

Magistra

REVISTA DE LA ESCUELA NACIONAL DE LA MAGISTRATURA
AÑO 4 - Nº 1 - 2010



República Bolivariana de Venezuela
Tribunal Supremo de Justicia
Escuela Nacional de la Magistratura

Magistra

REVISTA DE LA ESCUELA NACIONAL DE LA MAGISTRATURA

Año 4 • N° 1 • 2010

Caracas, 2010

© ESCUELA NACIONAL DE LA MAGISTRATURA
Tribunal Supremo de Justicia

Diagramación y montaje:
Dora Paulina Nicholls de García

Portada:
Carlos Pérez Cárdenas

Impreso en Venezuela
por Miguel Ángel García e Hijo, s.r.l.
Caracas-Venezuela

Depósito legal: pp200702DC2838
ISSN: 1856-8865

Consejo Directivo

Escuela Nacional de la Magistratura

Director General

Magistrado Dr. Arcadio Delgado Rosales

Directora General Adjunta

Dra. Nely Vásquez de Peña

Secretario General

Dr. Carlos Valery Ávila

Directora General de Administración y Recursos Humanos

Lic. Gisela Omaña

Directora General de Carrera Judicial

Abg. Dilcey Cortez

Directora General Docente (E)

Abg. Dilcey Cortez

Director General de Información y Documentación Judicial

Lic. David Jaimes Berutti

Director General de la Oficina de Cooperación Técnica y Proyectos Especiales

Dr. Humberto Ocando Ocando

CONSEJO EDITORIAL DE LA REVISTA

Director

Magistrado Dr. Arcadio Delgado Rosales

Subdirectora

Dra. Nely Vásquez de Peña

Revisión y Corrección

Dra. Nely Vásquez de Peña

Mg. Sc. Dhayana Carolina Fernández

Lic. Domingo Medina Gutiérrez

English Literature

English Literature is a subject that explores the history, development, and significance of literary works in the English language.

It involves the study of various literary genres, including poetry, drama, fiction, and non-fiction, and the analysis of their themes, styles, and contexts.

Students of English Literature learn to interpret and evaluate literary texts, developing critical thinking and analytical skills.

The subject also explores the cultural and historical contexts in which literary works were created, providing a deeper understanding of the human experience.

English Literature is a foundational subject for many careers in the arts, humanities, and social sciences.

It offers a rich and rewarding journey into the world of letters and the human imagination.

Through the study of English Literature, students gain a profound appreciation for the power of language and the enduring legacy of literary tradition.

The subject is a testament to the human capacity for creativity, expression, and the pursuit of knowledge.

English Literature is a subject that enriches the mind and the soul, offering a timeless and universal perspective on the human condition.

It is a subject that challenges, inspires, and transforms, providing a unique and invaluable educational experience.

English Literature is a subject that is as relevant and important today as it was in the past.

It is a subject that connects us to the past, the present, and the future, offering a shared human heritage.

English Literature is a subject that is a source of pride and accomplishment for all who study it.

It is a subject that is a testament to the power of the written word.

English Literature is a subject that is a source of inspiration and motivation for all who study it.

It is a subject that is a source of joy and fulfillment for all who study it.

English Literature is a subject that is a source of knowledge and wisdom for all who study it.

It is a subject that is a source of growth and development for all who study it.

English Literature is a subject that is a source of connection and community for all who study it.

It is a subject that is a source of meaning and purpose for all who study it.

English Literature is a subject that is a source of hope and optimism for all who study it.

It is a subject that is a source of love and life for all who study it.

English Literature is a subject that is a source of peace and harmony for all who study it.

It is a subject that is a source of unity and understanding for all who study it.

English Literature is a subject that is a source of joy and happiness for all who study it.

It is a subject that is a source of life and meaning for all who study it.

La **Revista Magistra**, es una publicación de la Escuela Nacional de la Magistratura, cuyo objetivo es dar publicidad a artículos de carácter científico-jurídico desarrollados principalmente por los miembros del Poder Judicial venezolano, pero abierta a las colaboraciones de expertos nacionales e internacionales siempre que cumplan con los requisitos de rigurosidad y objetividad propios del quehacer científico-jurídico. La **Revista Magistra** verifica que se cumplan las *Normas para los colaboradores* que ha establecido y lleva a cabo las labores de edición propias de una publicación de este tipo, pero las opiniones y afirmaciones contenidas en los artículos son responsabilidad exclusiva de los autores de los mismos.

Índice

Presentación: El derecho a tener derechos	9
---	---

Tema Central: Construcción de ciudadanía

Enrique Sánchez

¿El control constitucional de las leyes se aplica de acuerdo a la razón práctica? Un ensayo desde la perspectiva Kantiana <i>Is the constitutional control of the laws applied in agreement to the practical reason? An essay from the Kantian perspective</i>	15
---	----

Domingo Medina Gutiérrez

Utilidad, libertad y gobierno representativo: el pensamiento de John Stuart Mill <i>John Stuart Mill's writings on Utility, Liberty and Representative Government</i>	35
--	----

Humberto Ocando Ocando y Marianne Alarcón Aponte

La Defensoría del Pueblo en Venezuela conforme al Estado Social de Derecho y de Justicia <i>Venezuelan Ombudsman's Office in accordance with the Social State under the Rule of Law and Justice</i>	49
--	----

Dhayana Carolina Fernández Matos

El derecho de las mujeres a una vida libre de violencia. Un enfoque de derechos humanos <i>The right of women to a life free of violence. An approach of human rights</i>	63
---	----

Julio César Llanán Nogueira

De objetos a sujetos. La educación en y para los Derechos Humanos. Perspectiva de análisis

From objects to subjects. Education in and for Human Rights.

Analytical perspective 119

Reina Alejandra Baiz Villafranca

Feminicidio en Venezuela. Visibilizando una de las formas más extremas de violencia de género en contra de las mujeres

Feminicide in Venezuela. Showing one of the most extreme forms

of violence against the women 137

Estudios

Sacha Rohán Fernández Cabrera

La usura y sus distintos tipos de manifestaciones (Breve resumen histórico y su tratamiento por el Tribunal Supremo de Justicia)

Usury and its various types of events (A brief historical overview

and its treatment by the Supreme Court) 153

Reflexiones desde América Latina

Alejandro Daniel Pérez Corzo

Implementación de la reforma constitucional y legal del sistema electoral mexicano. Análisis crítico y perspectivas

Constitutional and legal reform of the Mexican Electoral System.

Critical analysis and perspectives 189

Recensiones

Notas sobre el Leviatán de Thomas Hobbes. Domingo Medina Gutiérrez .. 207

El siglo de las mujeres. Dhayana Carolina Fernández Matos 215

Normas para colaboradores/as de la revista *MAGISTRA* 221

Presentación

El derecho a tener derechos

Con estas palabras, atribuidas a la filósofa política alemana Hannah Arendt, iniciamos el recorrido que nos lleva a presentar el cuarto volumen de la revista arbitrada MAGISTRA, publicación anual que ha venido a llenar un espacio en los estudios e investigaciones en el área del Derecho y en las relaciones que éste mantiene con otras áreas de las Ciencias Sociales.

El derecho a tener derechos fue la manera en que Arendt definió la ciudadanía, lo que suponía ir más allá de los fundamentos liberales del término y de su construcción por la Modernidad, ya que para éstos, la ciudadanía implicaba el ejercicio de derechos políticos, básicamente el de elegir y ser elegido (sin que en este caso usemos el masculino para hacer referencia a toda la Humanidad, sino que uso se debe a que, literalmente, sólo los hombres podían ejercer estos derechos).

También se trata de ir más allá de la idea de ciudadanía propuesta en la década de 1950 por el sociólogo Thomas H. Marshall, quien la definió como «un status otorgado a quienes son miembros de pleno derecho de una determinada comunidad», instaurándose de esta manera un mecanismo de inclusión y exclusión que imposibilitaba a amplios sectores de la población detentar la condición de ciudadanos/as.

Pensar la ciudadanía como «el derecho a tener derechos» implica, por un lado, reflexionar profundamente sobre los derechos a los cuales se hace referencia, lo que significa analizar el contenido de los mismos y las posibilidades reales que tienen las personas para su ejercicio, de forma tal que éstos actúen, en cierto sentido, como mecanismo de inclusión, participación, tolerancia y respeto a los/as otros/as. Por otro lado, supone el compromiso de todos los grupos y factores que actúan

en el entramado social, incluyendo los órganos del Poder Público, de repensar la ciudadanía tomando en cuenta las particularidades de los distintos grupos sociales, permitiendo la apropiación de «lo público» como espacio fundamental para la participación de las personas.

Es en este contexto que se inscribe el tema central de esta publicación, que lleva por título **Construcción de Ciudadanía**. Componen esta sección un conjunto de artículos que, desde las distintas posiciones e identidades de los autores o autoras de los mismos, realizan su aporte a este tema tan complejo pero también tan estimulante.

De esta manera, nos encontramos con un trabajo sobre la función que tiene el juez o la jueza constitucional en el control constitucional de las leyes, tomando como argumento fundamental la teoría de la razón práctica del filósofo alemán Immanuel Kant.

Posteriormente se presenta un estudio, desde una perspectiva política, de la obra de John Stuart Mill. Principalmente se hace referencia a la tensión entre la libertad política y la libertad social que este autor expone. Se plantea como objetivo principal indagar sobre la manera en que este pensador resuelve dicha tensión, lo cual contribuye a explicar los límites del poder del gobierno y de la sociedad sobre las personas –bajo un argumento distinto al derecho subjetivo desarrollado por los contractualistas– fundado en la necesidad de permitir el libre desarrollo de las capacidades de los individuos lo que, a juicio de Mill, supone un aumento de la felicidad general.

El estudio publicado a continuación expone los elementos presentes en la construcción del concepto de Estado Social de Derecho y de Justicia consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, valiéndose para ello de la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, lo cual se intenta vincular con el rol que cumple la Defensoría del Pueblo en la defensa, promoción y protección de los derechos humanos, conforme a lo establecido en el texto constitucional.

La educación en y para los derechos humanos, también se incluye en esta revista, siendo un tema que forma parte de las agendas de desarrollo de la gran mayoría de los países de América Latina y el Caribe, donde las fuertes desigualdades y la profunda brecha social hacen poco viable una ciudadanía incluyente que profundice el modelo democrático. Es así que el autor de la publicación que trata esta problemática, plantea la necesidad

de devolver el espacio de lo público a quienes fueron desplazados/as de éste y para ello es fundamental una educación en derechos humanos, donde el conocimiento no se imponga, sino que se plantee como un intercambio de saberes y una visibilización de los otros/as, de los excluidos/as de siempre, que no sólo respete la diversidad cultural y social, sino que además se nutra de ella.

No podía faltar en esta edición de MAGISTRA estudios relativos a los derechos de las mujeres. En este sentido, se aborda el grave problema de la violencia contra las mujeres por razón de género, bajo un enfoque de derechos humanos, lo que significa ir más allá del rol de víctima para empoderarlas como ciudadanas, titulares de derechos, quedando establecida la obligación del Estado de garantizarles una vida libre de violencia.

En esta misma línea, se incluye un trabajo sobre la forma más extrema de violencia contra las mujeres: el feminicidio. Se expone cómo los tipos penales existentes en el ordenamiento jurídico venezolano, principalmente el mal llamado homicidio cuando se trata de una mujer, mantienen la invisibilización de las mujeres, lo cual es reforzado por la interpretación que realizan los/as operadores/as de justicia de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. Se establece la necesidad de reformar dicha ley y profundizar en la formación en Género y Derechos Humanos dirigida a los funcionarios y las funcionarias encargados/as de aplicarla en los tribunales de violencia contra las mujeres.

En la sección **Estudios** se incluye un trabajo que realiza un recorrido histórico de la usura desde la Antigüedad, su transformación a lo largo de los siglos y el papel jugado por distintas religiones en la forma de percibir esta figura, para luego hacer referencia a sentencias de distintas salas del Tribunal Supremo de Justicia que establecen un control a esta actividad.

La sección llamada **Reflexiones desde América Latina**, por primera vez incluida en esta revista, busca ser un espacio para el diálogo, el encuentro y el intercambio de opiniones con personas de todo el continente. En esta ocasión se presenta las opiniones y reflexiones de un abogado y politólogo mexicano sobre los cambios legislativos del sistema electoral de su país y sus propuestas para mejorar el funcionamiento cabal de dicho sistema.

Por último, aparecen las reseñas bibliográficas de dos libros que trascendiendo las ópticas nacionales, han pasado a ocupar un sitio de

referencia por sus repercusiones a gran escala, ellos son *Leviatán* de Tomás Hobbes y *El siglo de las mujeres* de Victoria Camps.

Esperamos que el lector o lectora que se acerque a esta publicación, pueda analizarla, cuestionarla, compartirla o criticarla, porque de esa manera se enriquece el conocimiento y se permite la construcción del mismo; porque las ideas y el intercambio de éstas, deben estar siempre presentes si lo que se persigue es mejorar el planeta que nos ha tocado habitar.

CONSEJO EDITORIAL

Tema Central

Construcción
de ciudadanía

¿El control constitucional de las leyes se aplica de acuerdo a la razón práctica?

Un ensayo desde la perspectiva kantiana

Is the constitutional control of the laws applied in agreement to the practical reason? An essay from the Kantian perspective

Enrique Sánchez*

* Profesor de la Universidad Central de Venezuela en la cátedra Introducción al Derecho. Integrante del Doctorado en Ciencias mención Derecho en la misma casa de estudios. Investigador del Centro de Estudios Post-doctorales (CIPOST). Facilitador de la Escuela Nacional de la Magistratura. Juez Presidente de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo.

RESUMEN

Una simple mirada a las diversas transformaciones que ha sufrido el Estado, concebido como estructura ordenadora del sinfín de relaciones propias de los diversos agentes que componen el conglomerado social, nos muestra sin ambages cómo en poco más de dos siglos la función jurisdiccional ha pasado de ser considerada como subsidiaria de aquella que naturalmente desempeña el Poder Ejecutivo, a una de carácter autónomo que no sólo controla la actividad de la Administración, sino que incluso puede llegar a derogar los actos generales y abstractos emanados del Poder Legislativo, siempre que la voluntad del Legislador llegue a contravenir la del Constituyente.

Este cambio progresivo que muestra la labor jurisdiccional, es tema de debate mundial en lo que atañe al origen de la legitimidad de esta especial atribución del juez constitucional, ya que un respetado sector de la doctrina considera que este mecanismo de control se encuentra en contradicción con la voluntad mayoritaria encarnada en el órgano legislativo.

El presente trabajo tiene como finalidad demostrar, desde la perspectiva que ofrecen algunos de los trabajos del filósofo alemán Immanuel Kant, que tal contradicción no se encuentra presente en la labor jurisdiccional desempeñada por este juez, dado que al realizarla existe una legítima imposición de la razón crítica contenida en la voluntad del poder creador del texto constitucional, sobre la expresión material de la voluntad del poder encargado de hacer las leyes formales.

Palabras clave: Control constitucional, razón crítica, legitimidad.

ABSTRACT

A simple look at the various transformations suffered by the State, designed as an ordering structure of the endless social relationships, shows us clearly how in just a little more than two centuries the jurisdictional function has gone from being regarded as subsidiary that naturally plays the Executive, to autonomous one which not only controls the activity of the Administration, but it may even repeal the abstract and general acts emanating from the legislature, provided that the will of the legislator arrives to contravene the constituent.

This progressive change showing the jurisdictional work is subject of global debate with regard to the origin of the legitimacy of this special power of the Constitutional Courts, owing to respected doctrine sector considers that this control mechanism is in contradiction with the majority will embodied in the legislature.

This paper aims to demonstrate, from the perspective offered by some of the work of Immanuel Kant, German philosopher, that such contradiction is not exist in the judicial review carried out by Constitutional Courts, since there this kind of control exert a legitimate imposition of critical reason, contained in the will of the creator power of the Constitution, on the material expression of will power responsible for making formal laws.

Key words: Judicial review, critical reason, legitimacy.

Justificación¹

No cabe duda de que el estado actual de los estudios de derecho constitucional en el ámbito mundial indica un profundo cambio de giro en torno al alcance de la función que debe llevar a cabo el juez constitucional, a los efectos de realizar el control de las leyes emanadas de los órganos que conforman el Poder Legislativo.

Este cambio, que tal vez no haya tenido la debida profusión en nuestro país, debido precisamente al anquilosamiento mostrado en los estudios que esta importante rama del derecho ofrece, se encuentra representado por el análisis tanto de la legitimidad democrática del juez constitucional para examinar, inclusive con carácter derogatorio, las leyes elaboradas por el Parlamento, como del método que este operador del sistema de justicia emplea al llevar a cabo esta función.

Así entonces, ante la señalada carencia, este ensayo no tiene una finalidad distinta a la de constituir un pequeño aporte al futuro desarrollo del segundo de los temas mencionados, esto es, el relativo al método empleado por el juez constitucional a la hora de determinar si una determinada ley resulta o no conforme con la Constitución, para lo cual hemos utilizado parte de la obra del filósofo Immanuel Kant, ya que la misma, a nuestro juicio, brinda una consistente herramienta para el estudio racional del tema seleccionado.

¹ Este trabajo fue presentado en el seminario "Kant y la Teoría General del Derecho", dictado en el Doctorado en Ciencias, mención Derecho, del Centro de Estudios de Postgrado de la Universidad Central de Venezuela.

Razón práctica y voluntad del legislador positivo

Establecido el alcance del presente ensayo, es obligatorio resaltar el consenso en cuanto a que uno de los grandes aportes realizados por Immanuel Kant al mundo del saber filosófico, ha sido el arduo desarrollo de la diferencia conceptual entre moral y derecho, para lo cual el maestro de Königsberg, basado en el método crítico, elaboró toda una doctrina relativa a la metafísica de las costumbres.

En este orden de ideas, al analizar la tríada compuesta por moral, Derecho y razón, Kant le otorga a esta última un rol esencialmente axial, al proponer una definición de Derecho alejada de la fórmula empírica, tal y como lo señala el profesor Guido Fassò (1982:269), de la siguiente forma:

Previo a la distinción entre Derecho y moral, Kant se plantea el problema de la definición del Derecho. Ésta no quiere ser una definición empírica, como la que ofrece el jurista, quien "puede, ciertamente, enunciar qué es lo jurídico (*Rechtens*), *quid sit iuris*, es decir, qué dicen las leyes o han dicho en un determinado lugar y en un determinado tiempo", pero para el que "permanece completamente oculto si aquello que ellas prescriben es también justo (*recht*) y el criterio universal por medio del cual se puede conocer en absoluto lo que es justo y lo que es injusto, *iustum et iniustum*". La definición del Derecho está investigada no por vía empírica, mediante la observación del Derecho positivo, sino "solamente en la razón en tanto que es el único fundamento de una posible legislación positiva" (Negrillas propias).

De allí entonces claramente se deduce, que para este filósofo alemán, el Derecho encuentra una definición no empírica que al trascender lo que bajo ciertas condiciones físico-espaciales postulan las leyes, se remonta a un tipo de razón en la que a su vez éstas se fundamentan, por lo que resulta primordial determinar esa razón dentro del complejo sistema crítico planteado por el propio Kant, para lo cual incursionar de manera un tanto breve en parte de su obra, constituirá un buen comienzo.

En este sentido, un primer acercamiento nos coloca en la noción de razón pura, la cual obedece a una concepción teórica cuyos postulados se identifican con una teoría del conocimiento mediante la cual se tratan de explicar los fundamentos no ya de la metafísica de la naturaleza, sino

de la metafísica de las costumbres. Es por ello que en el prólogo correspondiente a la fundamentación de esta última (Kant, Immanuel, 2007:15) podemos observar que:

Todo conocimiento racional, o es *material* y considera algún objeto, o es *formal* y se ocupa tan sólo de la forma del entendimiento y de la razón misma, y de las reglas universales del pensar en general, sin distinción de objetos. La filosofía formal se llama *lógica*; la filosofía material, empero, que tiene referencia a determinados objetos y a las leyes a que éstos están sometidos, se divide a su vez en dos. Porque las leyes son, o leyes de la *naturaleza*, o *leyes de la libertad*. La ciencia de las primeras llámase *física*; la de las segundas, *ética*; aquélla también suele llamarse teoría de la naturaleza, y ésta, *teoría de las costumbres*.

...Omissis...

Puede llamarse *empírica* toda filosofía que arraiga en fundamentos de la experiencia; pero la que presenta sus teorías derivándolas exclusivamente de principios *a priori*, se llama filosofía *pura*. Esta última, cuando es meramente formal, se llama *lógica*; pero si se limita a determinados objetos del entendimiento, se llama entonces *metafísica*.

De esta manera se origina la idea de una doble metafísica, una *metafísica de la naturaleza* y una *metafísica de las costumbres*. La física, pues, tendrá su parte empírica, pero también una parte racional; la ética igualmente, aun cuando aquí la parte empírica podría llamarse especialmente *antropología práctica*, y la parte racional, propiamente *moral* (Negrillas y cursivas propias).

De lo que puede deducirse que para Kant existe una teoría de las costumbres fundamentada en un conocimiento racional de carácter formal, que se ocupa de las reglas universales del pensar, cuyo factor de ordenación viene conferido por la razón pura, la cual, al estar incluida dentro de la filosofía material, toma como elemento de estudio determinados objetos del entendimiento –sin distinguirlos– que se encuentran regidos por las leyes de la libertad.

Ahora bien, al equiparar esta metafísica de las costumbres con la ciencia ética, y dividirla en un aspecto empírico y en otro racional, denominando al primero antropología práctica, y al segundo propiamente

te moral, cabe preguntarse si Kant sostiene que para ambos aspectos de la ética sigue imperando solamente la razón pura.

Para responder a esta interrogante, valga transitar un tanto a través del contenido de la *Introducción a la Teoría del Derecho*, y observar que en el Capítulo II de la *Introducción a la Metafísica de las costumbres*, correspondiente a la Idea y la Necesidad de una Metafísica de las Costumbres, el fundador del criticismo al analizar las leyes morales contraponiéndolas a las leyes naturales, menciona que las primeras sólo pueden estar fundadas *a priori*, excluyendo así su emanación de la experiencia sensible, ya que si se convierte en principio moral algún fenómeno objeto de estudio de las leyes naturales, se corre el riesgo de incurrir en graves errores (Kant, Immanuel, 1954: 45).

No obstante ello, su proposición en torno a las leyes morales no acepta la existencia de un rompimiento fatal entre moral y experiencia, en primer término porque los postulados que este tipo de leyes plantean *a priori* son producidos por la elevación inductiva de la experiencia a la generalidad, y en segundo término, porque la doctrina de la moralidad, al formular mandatos para todo el mundo, lo realiza sólo en tanto porque se es libre y se tiene razón práctica.

De acuerdo con lo anterior, valga destacar lo que al respecto se precisa en el mencionado capítulo de la *Introducción a la Teoría del Derecho* (Kant, Immanuel, 1954: 47 y 48):

Lo que las leyes morales nos dicen no está extraído de la observación de uno mismo y de su animalidad; no está deducido tampoco de la observación del curso del universo, es decir, de lo que acontece y de cómo se obra —si bien, la palabra “moral”, como la latina *more*, significa sólo maneras y forma de vida—, sino que la razón ordena cómo debe obrarse, aun cuando no haya aún ningún ejemplo de ello, y sin tener en cuenta el provecho que de la acción pueda derivarse para nosotros; un provecho acerca del cual, por lo demás, sólo la experiencia podría adoctrinarnos. Pues si bien la razón nos permite buscar nuestro provecho por todos los medios posibles, y si bien, además, basándose en la experiencia, uno puede prometerse, de ordinario, mayor provecho del cumplimiento de los mandatos de la razón que de su transgresión, la autoridad de estos últimos no descansa en esta circunstancia, sino que la razón se sirve del ejemplo de este posible provecho como de un contra-

peso contra la tentación de obrar en contra, y a fin de neutralizar de antemano los defectos de una balanza parcial en el juicio práctico, y hacer inclinar a continuación el platillo del lado de la razón práctica, valiéndose del peso de los fundamentos *a priori* (Negrillas propias).

Ahora bien, las consideraciones expuestas no transforman la relación entre la razón pura y la razón práctica en una de orden antagónico, sino por el contrario, en una relación de perfecta complementariedad, que deriva precisamente de la fuerte influencia que en la razón práctica ejercen los fundamentos *a priori*.

Como prueba de esta última relación, sirve citar al profesor José Ferrater Mora (2004: 1993), quien la ha explicado en términos del uso que se le confiere a la razón, al mencionar que:

La razón práctica es, en efecto, la razón en su uso moral. No es una razón distinta de la teórica; es un uso distinto de la razón (Negrillas propias).

Debiendo en consecuencia enfatizarse que la razón práctica no se asimila a la moral sino al uso moral de la razón pura, de allí que estas dos razones no constituyan tipos diferentes, sino que la diferencia estriba en el modo de aplicarse una u otra, puesto que la razón pura en su uso práctico se ocupa de las razones de determinar la voluntad, tal y como el propio Kant lo menciona en el Capítulo I de la *Introducción a la Metafísica de las costumbres*, perteneciente a su *Introducción a la Teoría del Derecho* (Kant, Immanuel, 1954: 40 y 41), en el que señala:

El apetito, cuyo fundamento interior de determinación –y, por tanto, también la posibilidad de hacer u omitir– se encuentra en la razón del sujeto, se denomina voluntad. La voluntad es, por consiguiente, el apetito, considerado, no tanto –como el arbitrio– en relación con la acción; en este sentido, la voluntad misma no tiene ante sí ningún fundamento de determinación en sentido propio, sino que es –en tanto que la razón puede determinar al arbitrio– la misma razón práctica (Negrillas propias).

Coligiéndose así que la razón práctica se identifica con la voluntad, a condición de que el arbitrio se encuentre determinado por la razón,

situación esta última que es denominada por Kant *libre arbitrio*, y que consiste en la independencia de su determinación por los impulsos sensibles, aunque pudiese estar afectado por ellos.

En este orden de consideraciones, tenemos que esta libertad del arbitrio muestra su concepto negativo precisamente cuando manifiesta la mencionada independencia de su determinación, pero cuando la razón pura tiene capacidad de ser práctica por sí misma, se está frente a su concepto positivo, lo cual sólo es posible al contrastar la máxima de toda acción con la posibilidad de servir de ley general.

Lo anterior, que no es cosa diferente a uno de los principios kantianos de tal vez mayor difusión, encuentra ya punto de conexión directa con la cita del profesor Guido Fassó —traída a colación al comienzo del presente apartado— en la que relaciona moral, derecho y razón, cuya concreción definitiva se tiene en la explicación que acerca de las leyes morales realiza Immanuel Kant en otro de los párrafos del mismo Capítulo I de la *Introducción a la Metafísica de las costumbres*, perteneciente a su *Introducción a la Teoría del Derecho* (1954: 42 y 43), al referir:

Estas leyes de libertad se denominan, a diferencia de las leyes naturales, leyes morales. En tanto que estas **leyes morales se refieren a acciones meramente externas y su normatividad, se denominan jurídicas**; cuando exigen, empero, además, que ellas mismas constituyan el fundamento **determinante de las acciones, son leyes éticas**: Y así puede decirse que la coincidencia con la leyes jurídicas constituye la **legalidad**, y la coincidencia con las leyes éticas, la **moralidad** de una acción. La libertad a la que se refieren las leyes jurídicas sólo puede ser la libertad en el ejercicio externo del arbitrio, mientras que la que se refiere a las leyes éticas es la libertad en el ejercicio tanto externo como interno del arbitrio, siempre que éste se halle determinado por leyes de la razón (Negrillas propias).

Por lo tanto, al conjugar el párrafo citado con todos los elementos de análisis antes expuestos, tenemos que dentro del kantismo no cabe establecer una separación entre las leyes morales de tipo jurídico y las leyes morales de tipo ético, cuando el ejercicio del arbitrio externo se encuentre determinado por la razón práctica, pudiendo entonces inferirse que las leyes jurídicas detentarán además carácter ético si en la acción mediante

la cual están fueron legisladas imperó una voluntad que se corresponde con la razón práctica, ya que de lo contrario las mismas entrarían en contradicción no sólo con la legalidad, sino sobre todo con la moralidad.

Ahora bien, aplicando lo anterior al tema objeto de este ensayo, es de rigor entrar a establecer cómo podría operar este enfoque en la difícil tarea que lleva a cabo el juez constitucional al momento de determinar si una ley positiva entra o no en contradicción con la norma de rango superior que la determina y condiciona, esto es, verificar si este operador del sistema de justicia al momento de analizar la validez de los actos normativos con efectos *erga omnes* emanados del órgano legislativo, hace uso de la razón práctica con miras a dejar sentado si ellos violan o no la Constitución, para lo cual es necesario emprender un vuelo rasante a través de esta especialísima función.

La función de control constitucional de las leyes

Con el advenimiento de los fuertes cambios que ha experimentado la sociedad contemporánea, a no dudarlo se han trastocado las interacciones de todo tipo que se presentan entre los diversos agentes que la componen, situación que se manifiesta no sólo entre los individuos sino, y sobre todo, en el Estado visto como entidad ordenadora superior, y de allí por supuesto, en los órganos que integran uno de sus elementos existenciales, a saber, el Poder Público.

Una excelente caracterización de lo expresado la encontramos en la opinión emitida por el profesor Luis López Guerra que se reproduce en las siguientes líneas:

Podría así, afirmarse que, mientras el siglo XIX fue el siglo del legislativo (que elaboró, en los países europeos, las grandes leyes del sistema: Códigos Civiles, comerciales, de procedimiento) y la primera parte del siglo XX del ejecutivo (encargado de poner en práctica el sistema de prestaciones del Estado de bienestar), parece haberse avanzado hacia una fase en que le corresponde un esencial protagonismo al Poder Judicial, encargado de garantizar y proteger las situaciones creadas por la continua evolución de los regímenes constitucionales (Negrillas propias).

No obstante, el incontrovertible contenido del fragmento transcrito pareciera no corresponderse con la concepción que prevaleció entre los revolucionarios franceses al momento de discutir en la Asamblea Constituyente de 1789, con respecto a la necesidad de crear de forma diferenciada del Poder Ejecutivo, un Poder Judicial que tuviese la pesada tarea de juzgar, independiente e imparcialmente, tanto a los ciudadanos como a los otros órganos del Poder Público.

En este sentido, una mirada al proceso constituyente galo del siglo XVIII (Carre de Malberg, Raymond, 1948: 629), que si bien es cierto no fue el proceso pionero en cuanto a la configuración de buena parte de las instituciones democráticas que nos rigen hoy en día², no lo es menos que indiscutiblemente marcó la pauta en lo concerniente al desarrollo conceptual del Estado de Derecho; obligatoriamente implica traer a colación las declaraciones realizadas en torno a la independencia del Poder Judicial, por una de sus figuras más connotadas, a saber, Mirabeau, quien expresó:

...pronto tendremos ocasión de examinar esta teoría de los tres poderes (...) y entonces los valerosos campeones de los tres poderes tratarán de hacernos comprender lo que entienden por esta gran frase de los tres poderes, **por ejemplo cómo conciben al poder judicial distinto del poder ejecutivo...** (*Archives Parlementaires*, 1ª serie, vol. VIII, p. 243) (Negrillas propias).

De la contraposición de las declaraciones reproducidas se desprende una clara divergencia en cuanto a la perspectiva de la existencia autónoma del Poder Judicial, situación que genera la necesidad de remontarse de manera muy sucinta al tratamiento de este asunto por algunos de los autores que se considera han sido sus mejores exponentes.

Partiendo de una revisión de la por demás conocida obra de John Locke, intitulada *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, observamos que toda la fuerza liberal en ella contenida pareciera no ser suficiente para establecer, en el ya lejano siglo XVII, la existencia de un Poder Judicial conceptualmente separado tanto del Legislativo, como, principalmente, del Ejecutivo.

² Por supuesto, si consideramos los vaivenes de la revolución independentista norteamericana.

Prueba de lo anterior la encontramos en que luego de definir con bastante precisión las funciones de los poderes Legislativo y Ejecutivo, en el Capítulo XII, "Del Poder Legislativo, del Poder Ejecutivo y del Poder Federativo de la Comunidad Política", el autor (1981:111) deja sentado que:

Existe en toda comunidad política **otro poder al que podría aplicarse el calificativo de natural, (...)**. Aunque los miembros de una comunidad política siguen siendo siempre personas distintas y son regidos por las leyes de la sociedad en sus relaciones mutuas como tales personas, sin embargo, todos ellos en conjunto y con referencia al resto del género humano forman un solo cuerpo; este cuerpo se halla colocado en relación al resto del género humano en el mismo estado de naturaleza en que se encontraban antes todos los miembros que lo constituyen. **Por esa razón, las disputas que surgen entre uno cualquiera de los miembros de la sociedad y otras personas que se encuentran fuera de la misma, corresponden a la comunidad entera;** el daño hecho a un miembro de ese cuerpo compromete a todo él en la tarea de exigir una reparación (Negrillas propias).

Lo que, como puede percibirse, se identifica más con las pautas de un incipiente concepto de soberanía, el cual posteriormente vendría a cimentar los postulados del Derecho Internacional Público, que con un Poder Judicial diferenciado de los otros órganos del Poder Público, y establecido para resolver los conflictos internos de los miembros de una comunidad.

No muy alejado se encuentra el barón de Montesquieu, quien no obstante haber realizado en el siglo XVIII un encomiable aporte³ en cuanto

³ Sobre el cual una magistrada de la Corte Constitucional de la República Federal de Alemania ha señalado: "Actualmente, cuando hablamos de división de poderes, pensamos más bien en el filósofo inglés John Locke y los precursores de la Revolución Francesa, particularmente Montesquieu. Un análisis más detenido de las consideraciones vertidas por Montesquieu acerca de la división de poderes en su obra *L'esprit des lois*, revela que mucha de las ideas no son originales. La obra recopila una gran parte de las ideas desarrolladas hasta entonces en otras y diversas circunstancias. No obstante, *El Espíritu de las Leyes* quedó indisolublemente asociado a la división de poderes". (Vid. Haas, Evelyn: "El campo de tensiones formado por la Corte Constitucional y la política", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, p. 81, Konrad Adenauer Stiftung – CIEDLA, 2000).

a la conceptualización del principio de la separación de los poderes⁴, al igual que Locke tampoco se esmeró por desarrollar una definición del Poder Judicial particularmente independiente del Legislativo, y singularmente del Ejecutivo, que siquiera lo asomara como el futuro controlador de los actos emanados de los dos últimos.

En el sentido anotado, Montesquieu en el Capítulo VI –“De la Constitución de Inglaterra”–, Libro Onceavo de su obra *El Espíritu de las Leyes*, al referirse al poder de juzgar no hace referencia a un Poder Judicial autónomo, sino muy por el contrario, establece que en cada Estado hay tres tipos de poderes, a saber: el Legislativo, el Ejecutivo que depende del derecho de gentes, y el Ejecutivo que depende del derecho civil (Montesquieu, 1951: 396).

No obstante, en el desarrollo de su declaración, de forma inescindible asocia su teoría a la libertad del ciudadano, para dejar sentado que ésta se vería seriamente oprimida si el mismo hombre, el mismo cuerpo de príncipes o de nobles, o aún el pueblo, ejerciera los tres poderes, a saber, el de fabricar las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas, y el de juzgar los crímenes o las diferencias entre los particulares (Montesquieu, 1951: 397).

De lo anterior se colige que estando profundamente presentes las reminiscencias de la obra de John Locke en la visión de la distribución del Poder Público por parte de Montesquieu, éste sólo avanza un paso más, al concebir no en términos orgánicos, sino estrictamente funcionales, la existencia de una actividad judicial separada tanto de la legislativa como de la ejecutiva, por lo que el verdadero gran salto en este sentido, a nuestro juicio lo efectuó Alexis de Tocqueville, cuya principal obra trataremos enseguida.

Manteniendo la línea seleccionada, valga aclarar que si bien es cierto que Alexis de Tocqueville no elaboró teoría alguna relacionada ni con el principio de separación de los poderes en general, ni con el Poder Judicial en particular, no resulta menos cierto que en su obra *La Democracia en*

⁴ Lo que curiosamente realizó sin haber jamás utilizado la expresión. Al respecto, Jean-Jacques Chevallier, en su obra: *Les Grandes Oeuvres Politiques. De Machiavel a Nos Jours*, (Librairie Armand Colin, Paris, 1970, p. 94), ha dicho: “L’expression classique ‘séparation des pouvoirs’, que Montesquieu n’emploie d’ailleurs jamais, est bien plate, bien grêle, pour rendre compte d’une notion si pleine”.

América, dedicó el Capítulo VI de su Primera Parte, a: "El Poder Judicial en los Estados Unidos y su Acción sobre la Sociedad Política", el cual es tomado aquí como patrón de referencia para significar que ya para el siglo XIX, período en el cual Tocqueville realizó su obra, en los Estados Unidos de Norteamérica existía una ardua labor de más de cuarenta años⁵, donde el Poder Judicial comenzaba a revisar, con facultad anulatoria, los actos del Poder Legislativo, lo que difiere un tanto de la opinión, que bajo una innegable perspectiva europea ha sido expuesta por el profesor Luis López Guerra, en cuanto a que este fenómeno comienza a partir de la segunda mitad del siglo XX, tal y como se puede percibir en la cita realizada en líneas anteriores.

En este mismo orden de ideas, lo descrito es plasmado de manera impecable en el fragmento que se transcribe a continuación (De Tocqueville, Alexis, 1996: 107):

El juez norteamericano se parece efectivamente a los magistrados de las otras naciones. Sin embargo, está revestido de un inmenso poder político.

¿De dónde viene esto? ¿Se mueve él en el mismo círculo y se sirve de los mismos medios que los demás jueces? ¿Por qué posee, pues, un poder que estos últimos no tienen?

La causa está en este solo hecho: los norteamericanos han reconocido a los jueces el derecho de fundamentar sus decisiones sobre la *Constitución* más bien que sobre las *leyes*. En otros términos, les han permitido no aplicar las leyes que les parezcan anticonstitucionales" (*Negrillas propias, cursivas del original*).

De donde fácilmente se logra deducir que a partir del momento en el cual los jueces norteamericanos se encontraron investidos de la facultad para anular las leyes, a la par se dotó al Poder Judicial de una autonomía que terminó por un lado deslindándolo definitivamente del Poder Eje-

⁵ Se aborda el consenso que existe con relación a que la sentencia pronunciada en el año 1803, por el Chief of Justice, John Marshall, en el caso *Madbury vs. Madison*, constituye el hito de la revisión constitucional de los actos del Poder Legislativo por parte del Poder Judicial, esto es, lo que se conoce con el nombre de *judicial review*, no obstante reconocer que los orígenes norteamericanos de esta práctica anteceden a este evento, particularmente en los llevados a cabo por el Parlamento inglés.

cutivo, y por el otro, erigiéndolo en el controlador de la principal de las actuaciones del Poder Legislativo.

Ahora bien, con el transcurrir del tiempo este mecanismo ha encontrado eco en la conservadora concepción del control del poder manejada en los países europeos, tanto así que a ciertas instituciones judiciales del viejo continente también se les confirió la potestad no ya de inaplicar las leyes, sino de expulsarlas del ordenamiento jurídico, a través del denominado por la doctrina especializada 'control concentrado de la constitucionalidad'⁶, situación que para el caso alemán no ha sido del todo pacífica, al encontrarse inmersa en las más profundas críticas, siendo un ejemplo de ellas el siguiente (Hass, Evelyn y otros: 83):

El prestigioso constitucionalista Josef Isensee señala que, tras 50 años de jurisprudencia de la Corte Constitucional, a las normas constitucionales se ha superpuesto la interpretación de la propia Corte. Su prolífica obra está actualmente recopilada en unos 100 tomos que abarcan unas 40.000 fojas. 'El alcance de la judicatura crece en forma permanente y ofrece una sofisticación cada vez mayor, a punto tal que prácticamente reemplaza las normas que interpreta. Cobra vida propia, sin que la doctrina constitucional tenga mucho que oponerle', constata Isensee.

Afirmar que estamos en presencia de una historia de éxito puede inducir a engaño. Lo que observamos es una mutación en el equilibrio original de los poderes. ¿Acaso la Corte Constitucional Federal ha devenido en Cuarto Poder, ha pasado de guardián preservador de la Constitución a constituirse en su interprete y diseñador?... **En tal caso estaríamos ante un cambio de roles**" (Negritas propias).

En este orden de ideas, tenemos como corolario que los jueces constitucionales, al aplicar el aludido control –bien sea difusa o concentradamente– establecen una mediación entre los principios y valores encarnados en la Constitución como norma suprema que patentiza el arbitrio del constituyente, y las disposiciones contenidas en la leyes, las cuales

⁶ En torno a este punto es necesario recordar que para el supuesto de la casi totalidad de los países del continente americano, el control difuso de la constitucionalidad de las leyes puede ser ejercido por los jueces que conforman el Poder Judicial en todos los niveles jerárquicos; en cambio, para el caso de los países europeos, sólo lo ejercen de manera concentrada, jueces especiales, por lo general desvinculados orgánicamente de los respectivos poderes judiciales.

obedecen a la voluntad del Legislador, de donde cabe preguntarse si en este complejo proceso interviene de algún modo la razón práctica.

Razón práctica y control constitucional de las leyes

Para lograr una satisfactoria respuesta a la interrogante planteada en el apartado anterior, resulta fundamental retomar lo mencionado en torno a la diferenciación realizada por Kant al analizar las leyes morales, ya que al dividir los tipos que a su entender las integran en leyes éticas y leyes jurídicas, además de racionalizar su propuesta, busca establecer un parámetro de legitimidad para la legalidad que representan las segundas, a través de su adecuación a la moralidad que las primeras detentan.

Lo expresado, que reformula el debate entre moral y Derecho desde la perspectiva de las causas que subyacen a esta compleja relación, se identifica en buena medida con el planteamiento realizado por el profesor Jürgen Habermas, en su trabajo sobre Derecho y moral, que gira en torno a la interrogante mediante la cual titula la "Primera Lección" de esta obra, es decir, **¿Cómo es posible la legitimidad a través de la legalidad?**, y que consiste en la realización de un análisis crítico sobre el enfoque empleado por Max Weber para explicar los órdenes estatales de las sociedades occidentales modernas como acuñaciones de la "dominación legal", con el cual este autor apoya un concepto positivista del Derecho, cuya amplitud resume el integrante de la Escuela de Frankfurt (2008:535 y 536) de la siguiente manera:

Esta tesis provocó una viva discusión. Max Weber apoyaba con ella un concepto positivista de derecho: **derecho es exactamente aquello que el legislador político (venga éste democráticamente legitimado o no) establece como derecho conforme a un procedimiento jurídicamente institucionalizado.** Bajo esta premisa, la fuerza legitimadora que la fórmula jurídica de por sí tiene no puede provenir de un parentesco entre el derecho y la moral. El derecho moderno ha de poder legitimar sólo en virtud de sus (del derecho) propias cualidades formales la dominación ejercida en forma de derecho. Tales cualidades o propiedades han de poder acreditarse como "racionales" sin que para ello sea necesario hacer referencia a la razón práctica en el sentido de Kant o de Aristóteles. El derecho dispone, según Weber, de una racionalidad

propia, independiente de la moral. A sus ojos la desdiferenciación de derecho y moral incluso representa una amenaza para la legitimidad del derecho y, por tanto, para la base legitimadora de la dominación legal. Esa fatal moralización del derecho es lo que Weber diagnostica analizando evoluciones contemporáneas que él describe como “materialización” del derecho formal burgués (Negrillas propias).

Así entonces, Max Weber encuentra la base de sustentación jurídica del derecho burgués básicamente en su materialización o juridificación, vocablos estos que para él connotan una suerte de legitimidad que automáticamente se manifiesta con la sola creación de las leyes jurídicas atendiendo a parámetros de realización meramente formal, en los cuales la cualidad representada por el andamiaje científico-metódico de un *corpus iuris* sistemáticamente erigido, puede *per se* otorgarle eficacia legitimadora a la legalidad de este tipo de leyes.

En total desacuerdo se muestra el profesor Habermas (2008: 542), al expresar en su profuso estudio, ya citado, lo siguiente:

Pese a toda la autoridad que las ciencias puedan reclamar en las sociedades modernas, las normas jurídicas no cobran legitimidad por el solo hecho de que se precisen sus significados, se expliquen los conceptos que subyacen a ellas, se examine su consistencia y se reduzcan a unidad las ideas a que deben su existencia. El trabajo de los especialistas en dogmática jurídica sólo puede representar una aportación a la legitimación si, y en la medida en que, ayuda a satisfacer esa necesidad de fundamentación que surge en cuanto el derecho queda convertido en conjunto del derecho positivo. Pues la mutabilidad del derecho positivo sólo es compatible desde el punto de vista de sus destinatarios y de sus administradores con su (del derecho) pretensión de validez legítima, mientras pueda suponerse que los cambios en el derecho y los desarrollos en el derecho pueden fundamentarse (en sus respectivos contextos) partiendo de principios que resulten convincentes. Las tareas y operaciones de sistematización de los especialistas en derecho han hecho precisamente cobrar conciencia del modo de validez postradicional del derecho. En el derecho positivo las normas han perdido por principio el tipo de validez consagrada por la costumbre. Las distintas proposiciones tienen, por tanto, que poder ser fundamentadas como ingredientes de un orden jurídico al que en conjunto quepa hacer

convinciente a partir de principios, pudiendo esos principios entrar en colisión unos con otros y debiendo en ese caso ser sometidos a un examen discursivo. Pero a su vez, lo que en el plano de esas discusiones normativas acaba haciéndose valer es una racionalidad que está más cerca de lo que Kant llamaba razón práctica que de una racionalidad puramente científica, y que en todo caso es una racionalidad que no es moralmente neutral (Negrillas propias).

Visto lo anterior, y reconduciendo la formulación de Max Weber al esquema kantiano que se toma como base de este ensayo, valga añadir a la contundente crítica efectuada por el profesor Habermas, que Weber incurre en una grave contradicción, que pareciera no soslayar, puesto que si las leyes jurídicas constituyen una variante de las leyes morales cuya legalidad se fundamenta en la moralidad detentada por las leyes éticas, mal podría siquiera pensarse que las primeras pudieran estar desprovistas del elemento moral y mantener su legitimidad, ya que esta carencia negaría *a priori* la posibilidad de que el legislador positivo pudiese, de conformidad con la razón práctica, imponer su voluntad de manera *erga omnes*, al conglomerado social para el cual legisla.

Ahora bien, aplicadas estas consideraciones al tema bajo estudio, resta dejar sentado que este elemento legitimador subyace en los principios y valores establecidos por el arbitrio del constituyente en los diversos textos constitucionales, y es precisamente a ellos que deben adecuarse las leyes jurídicas como expresión de la voluntad del legislador, si se pretende que las mismas, además de cumplir con el condicionante de la legalidad, se adecuen a los fundamentos de la legitimidad.

Hacia esta línea de interpretación pareciera dirigirse, en términos de la teoría del discurso, el profesor Jürgen Habermas (2008: 545) cuando vincula el discurso jurídico con derecho vigente, al referir que:

Los discursos jurídicos, cualquiera sea su modo de vinculación al derecho vigente, no pueden moverse en un universo cerrado de reglas jurídicas unívocamente fijadas. Esto es algo que se sigue de la propia estructuración del derecho moderno en reglas y principios. Muchos de estos principios son de naturaleza jurídica y simultáneamente de naturaleza moral, como fácilmente puede verse en el caso del derecho constitucional. Los principios morales del derecho natural racional se han conver-

tido en los Estados constitucionales modernos en derecho positivo. Por eso las vías de fundamentación institucionalizadas mediante procedimientos jurídicos, cuando se las mira desde la perspectiva de una lógica de la argumentación, permanecerán abiertas a discursos morales" (Negrillas propias).

De allí que sobre la base de las líneas citadas, e intentando seguir a Kant, se pueda proponer que la constitucionalidad de las leyes consiste precisamente en verificar si la voluntad del legislador positivo puede identificarse con la razón práctica, esto es, si al producir las leyes jurídicas el legislador determinó sobre la base de los principios y valores establecidos en la Constitución el arbitrio del constituyente.

Y siendo entonces que tal como fue tratado, esta función la realiza el juez constitucional, cabe aseverar que el control de la constitucionalidad de las leyes se lleva a cabo utilizando la razón práctica, tal y como se refleja en el comentario realizado por el jurista español Alejandro Nieto (2007: 28 y 29), al referirse a la razón crítica cuando trae a colación uno de los principales antecedentes históricos del control difuso de la constitucionalidad que se ejerce en Estados Unidos de Norteamérica, de la siguiente forma:

El mejor ejemplo histórico del noble ejercicio de la Razón crítica es el conocido caso de sir Edward Coke cuando en 1612 se opuso a las pretensiones judiciales del monarca con las siguientes palabras: "Las causas concernientes a la vida, la herencia, los bienes y la fortuna de los vasallos no se deciden según la ley natural sino por la Razón y la lógica convencional de las leyes, que es un arte que requiere muchos estudios y mucha experiencia antes de que un hombre pueda decir que le conoce".

Referencias bibliográficas

- CARRÉ DE MALBERG, Raymond (1948). *Teoría General del Estado*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- DE TOCQUEVILLE, Alexis (1996). *La Democracia en América*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, octava reimpresión de la segunda edición.
- FASSÒ, Guido (1982). *Historia de la Filosofía del Derecho*. Tomo 2, la Edad Moderna. Madrid: Ediciones Pirámide.
- HAAS, Evelyn y otros (2000). "El campo de tensiones formado por la Corte Constitucional y la política". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad Adenauer Stiftung – Ciedla.
- HABERMAS, Jürgen (2008). *Facticidad y validez*. Madrid: Editorial Trotta, 5ta. edición, 2008.
- JEAN-JACQUES, Chevallier (1970). *Les Grandes Ouvres Politiques. De Machiavel a Nos Jours*. Paris: Librairie Armand Colin.
- KANT, Immanuel (2007). *Fundamentación a la Metafísica de las costumbres*. México: Editorial Porrúa.
- KANT, Immanuel (1954). *Introducción a la Teoría del Derecho*. Madrid: Colección Civitas, Instituto de Estudios Políticos.
- LOCKE, John (1981). *Ensayo sobre el gobierno civil*. Madrid: Biblioteca Aguilar de Iniciación Política, primera edición, quinta reimpresión.
- MONTESQUIEU, Michel de (1951). *Ouvres Complètes: De L'Esprit des Lois*. Paris, Librairie Gallimard.
- MORA FERRATER, José (2004). *Diccionario de Filosofía*. Barcelona: Editorial Ariel.
- NIETO, Alejandro (2007). *Crítica de la Razón Jurídica*. Madrid: Editorial Trotta.

Utilidad, libertad y gobierno representativo: el pensamiento de John Stuart Mill

John Stuart Mill's writings on Utility, Liberty and Representative Government

Domingo Medina Gutiérrez*

* Politólogo por la Universidad Central de Venezuela (1998), candidato a Doctor en Teoría Política, Teoría Democrática y Relaciones Internacionales por la Universidad Autónoma de Madrid y profesor de la Universidad Bolivariana de Venezuela.

RESUMEN

Las dos principales obras de John Stuart Mill son su ensayo *Sobre la libertad* y sus *Consideraciones sobre el gobierno representativo*. Ya desde la introducción del primero de los libros, Mill advierte que su interés se centrará en dilucidar «la naturaleza y los límites del poder que puede ejercer legítimamente la sociedad sobre el individuo», lo cual anuncia una tensión entre libertad política y libertad social. Cómo resolvió Mill esa tensión es lo que intentaremos mostrar en las páginas que siguen, especialmente considerando que Mill en principio apoya el gobierno democrático –como ejercicio de la libertad política– al menos como una aspiración, pero otorga una mayor preeminencia a la libertad civil o social, la cual señala los límites al poder que Gobierno y sociedad pueden ejercer sobre el individuo.

Palabras clave: John Stuart Mill, utilidad, libertad, gobierno representativo.

ABSTRACT

The two main works of John Stuart Mill are his essay *On Liberty* and his *Considerations on the representative government*. From the very beginning of Chapter I of *On Liberty*, Mill points out that «[the] subject of this Essay is [...] the nature and limits of the power which can be legitimately exercised by society over the individual». This prefigures a dilemma between Political Liberty and Social Liberty. The aim of this article is to show how Mill solved this dilemma, specially regarding that he supports and grants a greater preeminence to the Civil or Social Liberty, which establishes the limits of the power which can be legitimately exercised by society and government over the individual.

Key words: John Stuart Mill, Utility, Liberty, Representative Government.

Introducción

No por mera casualidad las dos obras más importantes de John Stuart Mill son su ensayo *Sobre la libertad* y sus *Consideraciones sobre el gobierno representativo*, publicados por primera vez en 1859 y 1861, respectivamente. Ya desde la introducción del primero de los libros, Mill advierte que su interés se centrará en dilucidar «la naturaleza y

los límites del poder que puede ejercer legítimamente la sociedad sobre el individuo» (Mill, 1996: 55). Joaquín Abellán señala que el ensayo gira en torno al concepto de individualidad (Abellán, 1991: 364), y agrega que para Mill tan importante como lo que los hombres hacen es qué tipo de hombres lo hacen (*Ibíd.*). De este modo, el cultivo de la individualidad –el desarrollo de las capacidades que cada uno tiene– produce seres humanos bien desarrollados. En las *Consideraciones sobre el gobierno representativo* Mill intenta mostrar que ello sólo es posible bajo dicha forma de gobierno, para él sin duda la mejor.

Por otra parte, John Skuropski hace notar que el capítulo introductorio del ensayo *Sobre la libertad* comienza examinando la relación entre democracia y libertad (Skuropski, 1989: 339). Este autor señala que, como todos los liberales de la época, la visión de Mill sobre la democracia es ambivalente: en principio apoya el gobierno democrático –como ejercicio de la libertad política– al menos como una aspiración, pero otorga una mayor preeminencia a la libertad civil o social (*Ibíd.*: 338), la cual señala los límites al poder que Gobierno y sociedad pueden ejercer sobre el individuo (*Ibíd.*; Mill, 1996: 55). La tensión que se anuncia en las primeras páginas de *Sobre la libertad* es entre libertad política y libertad social (Skuropski, *Ibíd.*). Cómo resolvió Mill esa tensión es lo que intentaremos mostrar, muy brevemente aunque con rigor, en las páginas que siguen.

El principio de utilidad

Como en muchos otros aspectos, la teoría de Mill parte de Bentham. Vale aclarar que, sin embargo, ello no significa que Mill se identificara totalmente con los postulados de Bentham (Mellizo, 1993: XIII). De hecho, Abellán hace notar que ya en 1870 John Grote publicó una crítica de la obra de Mill, en la que señalaba que éste había abandonado el utilitarismo (Abellán, 1991: 363). La crítica de Grote se centraba en los criterios para la estimación de los placeres, con respecto a los cuales hay, ciertamente, una distinción entre Mill y Bentham y que veremos más adelante. Aunque no es nuestro interés dejar establecido si a Mill se le puede considerar como un pensador utilitarista o no, debemos señalar que en su *Autobiografía* (1985), Mill apenas dedica cuatro líneas a su libro *El utilitarismo*. Allí se limita a decir que en él recoge «una serie de trabajos no publicados que había escrito en los últimos años», a los cuales dio forma y añadió algunas

cosas «hasta convertirlos en una obrita» a la cual puso el título de *Utilitarismo* (Mill, 1985: 250). En 1838 había publicado un ensayo sobre Bentham «en el que señalaba lo que [...] pensaba que eran errores y deficiencias de su filosofía» (*Ibíd.*: 210).

En esa breve obra, Mill señala que «la utilidad, o la felicidad, es un fin demasiado complejo e impreciso como para ir tras él» (Mill, 1993: 82). Por eso, quienes adoptan la utilidad como norma, pocas veces pueden aplicarla verdaderamente, excepto a través de principios secundarios (*Ibíd.*). Por otra parte, Mill señala que una de las críticas que cabe hacerle a Bentham es su tratamiento del aspecto moral de las acciones y de los caracteres de los hombres como si fuese el único, cuando en realidad sólo es uno de los tres posibles. Además del aspecto moral (que se refiere a la bondad o la maldad), las acciones presentan un aspecto estético (referido a la belleza) y uno simpático (referido a la amabilidad) (*Ibíd.*: 84-85). Mill aclara que esta crítica a Bentham cabe adjudicársela en tanto que moralista declarado, pero no en cuanto pensador utilitarista (*Ibíd.*). Sin embargo, ya que para Bentham el fin último al cual debe referirse la moral es la felicidad (o utilidad), la crítica lo alcanza también en tanto que utilitarista. Esta crítica, señala Mill en su *Autobiografía*, es «en lo sustancial, perfectamente justa» (Mill, 1985: 210), aunque también la contrarrestó «mediante vindicaciones de [sus] principios fundamentales» (*Ibíd.*), uno de los cuales, precisamente, es el principio de utilidad.

El principio de utilidad de Bentham está vinculado al placer y el dolor (Colomer, 1991: 70). El supuesto de la conducta humana no es otro que la persecución del interés personal. Para Bentham, ningún hombre actúa sin motivos; cada uno está gobernado por (y es el mejor juez de) sus propios intereses. Éstos no consisten en otra cosa más que en buscar el placer y evitar el dolor (*Ibíd.*: 70-71). Para evitar una interpretación restrictiva del concepto de utilidad, Bentham usa el término felicidad (*Ibíd.*: 70). El principio de utilidad señala, de este modo, que el fin de toda acción humana es la obtención de la mayor felicidad posible (Abellán, 1991: 346). Bentham además supone que es posible medir y comparar placeres y dolores, y desarrollar un cálculo de interés general (*Ibíd.*: 347; Colomer, 1991: 70). En este cálculo hay que tener en cuenta los siguientes aspectos o dimensiones: la intensidad, la duración, la certeza o incertidumbre de conseguir el placer, y la proximidad o lejanía (*Ibíd.*). A estos cuatro factores hay que agregar la fecundidad (capacidad para producir otros

placeres) y la pureza (ausencia de sensaciones opuestas al placer). Finalmente, el cálculo del placer incluye la extensión del mismo, lo que se refiere al número de personas afectadas por él (Abellán, *Ibíd.*).

Dentro de esta visión, la felicidad de la comunidad se refiere a la mayor felicidad del mayor número de los miembros que la componen (Abellán, *Ibíd.*: 346; Colomer, *Ibíd.*: 72). No se puede, por tanto, hablar del interés de la comunidad sin antes comprender el interés del individuo (Colomer, *Ibíd.*). El bien común se consigue sólo si cada individuo satisface sus intereses e incrementa su felicidad personal (Abellán, *Ibíd.*: 348). Sin embargo, en la búsqueda del incremento de su felicidad, los individuos pueden interferir en los propósitos de los otros, evitando así que éstos logren incrementar su felicidad o incluso que la disminuyan (*Ibíd.*). Esto traería como consecuencia una disminución de la felicidad en la comunidad (*Ibíd.*). Se requiere, por tanto, una armonización de los intereses individuales. Pero Bentham niega que esta armonización se produzca de manera natural. Ésta sólo es posible artificialmente, por medios políticos, y ello es una función de la legislación y el gobierno (Abellán, *Ibíd.*; Colomer, *Ibíd.*). Con respecto a esto, Bentham se decanta por la democracia (Abellán, *Ibíd.*; Colomer, *Ibíd.*: 78), pero sobre ello volveremos más adelante. Veamos ahora qué es lo que dice Mill con respecto al principio de utilidad.

En primer lugar, cabe decir que Mill acepta dicho principio e insiste en que no es una filosofía del egoísmo, puesto que a fin de cuentas lo que interesa es la felicidad general –la mayor felicidad del mayor número de los miembros de la comunidad– (Abellán, *Ibíd.*: 361-362). Pero Mill también nos ofrece la «prueba» de que este principio es el criterio para evaluar todas las conductas humanas (Skupski, 1989: 285-288). Mill señala que la felicidad es un bien humano y, por tanto, parte de la utilidad y bienestar de cada individuo; pero la utilidad y bienestar de un individuo no consiste en otra cosa que su felicidad, por lo que la utilidad y bienestar general consisten en la felicidad general. De este modo, la felicidad ya no es un mero bien, sino que es el único bien de la humanidad (Skupski, *Ibíd.*; Abellán, 1991: 362). Mill además coincide con Bentham en que todos los hombres persiguen la felicidad (lograr placer o evitar el dolor) como fin último de sus acciones, y que las cosas que se buscan como un fin en sí mismo, en realidad se buscan por su asociación con la idea del placer (Abellán, *Ibíd.*). Pero a partir de este punto ya Mill comienza a separarse de Bentham.

En primer lugar, Mill señala que los placeres son de diferente calidad, por lo que algunos tienen más valor y son más deseables que otros. Esto supone que los placeres se pueden diferenciar intrínsecamente, sin consideración de la cantidad de placer de los mismos (Abellán, *Ibíd.*: 362-363). Abellán hace notar que esto implica, en realidad, la introducción de criterios externos para la medida de los placeres, y fue lo que le valió a Mill la crítica que le hizo John Grote que mencionábamos antes (Abellán, *Ibíd.*: 363). Para Grote, si se abandona el cálculo aritmético de los placeres, éstos ya no pueden compararse entre sí y se hace preciso recurrir a factores ajenos para decidir cuál es más preferible (*Ibíd.*).

El criterio al que Mill recurre para establecer una jerarquía y clasificación de los placeres es la naturaleza del hombre (Abellán, *Ibíd.*: 364). De este modo, es posible diferenciar intrínsecamente los placeres no sólo porque el hombre tenga valores en sí mismo superiores, sino que la «utilización de las facultades superiores [...] produce un tipo de placer intrínsecamente superior al producido por las facultades inferiores» (*Ibíd.*, 363). Si de dos placeres, uno es preferido y colocado por encima de otro –aun cuando la cantidad de placer que reporte sea menor–, se justifica atribuirle una superioridad cualitativa; la dimensión cuantitativa resulta así de poca o ninguna importancia (Abellán, *Ibíd.*: 364). De estos valores intrínsecamente superiores, la libertad puede considerarse como uno de los más importantes y ocupa buena parte de la obra de Mill.

El principio de libertad

Decíamos al principio que el objetivo que persigue Mill en su ensayo *Sobre la libertad* era señalar los límites al poder que la sociedad y el gobierno pueden ejercer sobre el individuo. Hay que dejar bien claro que la solución que Mill adopta está totalmente desvinculada del contractualismo y en esto la influencia de Bentham es notable. De hecho, en el ensayo que estamos considerando, Mill afirma que la sociedad no está fundada sobre un contrato y que nada se consigue «inventando un contrato a fin de deducir obligaciones sociales de él» (Mill, 1986: 153). El objetivo de Bentham, por su parte, no es el de establecer o «consagrar unos derechos subjetivos absolutos», como sí lo hace el contractualismo (Colomer, 1991: 79-80). De lo que se trata es de que existan unas garantías legales de que los derechos individuales actúan como mecanismo que limita y controla

el poder; no se trata, tampoco, de que exista un absoluto derecho a la resistencia, basado en la integridad moral de los individuos (Colomer, *Ibíd.*: 80). Bentham parte, por el contrario, de una concepción antropológicamente negativa de los individuos: cada uno persigue su propio interés (*Ibíd.*). Mill también parte del supuesto de que los individuos persiguen su propio interés, pero a la vez cree en las *potencialidades* del hombre. Esto es lo que le permite esbozar en la introducción de *Sobre la libertad* su principio (Mill, 1986: 65; Skuropski, 1989: 340 y ss.; Abellán, 1991: 367):

[Hay un principio que rige] absolutamente las relaciones de la sociedad con el individuo en lo que tengan de compulsión o control, ya sean los medios empleados la fuerza física en forma de penalidades o la coacción moral de la opinión pública. Este principio consiste en afirmar que el único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entremeta en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros, es la propia protección. Que la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de la comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás (Mill, 1986: 65).

John Skuropski hace notar que Mill, a lo largo de su obra, usa una variedad de términos como *herir*, *producir* o *causar daño*, *perjudicial para los intereses de otros*, *injurioso*, *causar daño definitivo* o *riesgo de daño definitivo* (Skuropski, 1989: 341-342). Sin embargo, añade Skuropski, en ningún momento pretende hacerlo desde un punto de vista técnico, sino que siempre se refiere a la acepción común de los mismos (*Ibíd.*, 342). Esto le permite a Mill establecer una distinción entre lo que podríamos llamar la esfera de lo público y la esfera de lo privado, y, más aún, afirmar que las obligaciones en las que incurre un individuo sólo son tales en virtud de su actuación en la esfera pública (*Ibíd.*).

Para sustentar su principio de libertad –la libertad de los individuos en su relación con la sociedad–, Mill recurre al concepto de individualidad (Mill, 1986: 125 y ss.; Skuropski, 1989: 347; Abellán, 1991: 364). Recordemos que Mill parte del principio de utilidad, aunque se deba entender esta última en su sentido más amplio, apoyada en los intereses del hombre como ser progresivo (Skuropski, *Ibíd.*: 348). En este sentido, el esfuerzo de

Mill se dirige a lograr que se reconozca que «el libre desenvolvimiento de la individualidad es uno de los principios esenciales del bienestar» (Mill, 1986: 127); es decir, sólo cultivando la individualidad se pueden producir «seres humanos bien desarrollados», que desarrollen todas sus capacidades en un todo armónico (Abellán, 1991: 364).

Que los individuos puedan desarrollar todas sus capacidades implica que deben superar la mediocridad en la cual se encuentran sumidos (Mill, 1986: 138; Abellán, 1991: 366). «Actualmente –señala Mill– los individuos están perdidos en la multitud. En política es casi una trivialidad decir que es la opinión pública la que gobierna el mundo» (Mill, *Ibíd.*). Para superar esta mediocridad y uniformidad se necesitan libertad y variedad de situaciones (Mill, *Ibíd.*: 128; Abellán, *Ibíd.*: 365). De la conjunción de estos dos elementos surgen «el vigor y la diversidad múltiple, las cuales se combinan en la originalidad» (Mill, *Ibíd.*). Esta última no significa un rechazo a toda experiencia pasada o a que los individuos sean instruidos y educados para que conozcan y utilicen los resultados que de ella se derivan; la originalidad, por el contrario, supone que los individuos –merced a la madurez de sus facultades– utilizan e interpretan la experiencia a su manera (*Ibíd.*).

Mill hace referencia a «todo Oriente» para poner de manifiesto que tanto la libertad como la variedad de situaciones son los prerrequisitos de la originalidad y del cultivo, por tanto, de la individualidad (*Ibíd.*: 144 y ss). En primer lugar, allí en Oriente el despotismo de la costumbre es completo:

[La] costumbre es allí, de todas las cosas, la apelación final; justicia y rectitud significan conformidad con la costumbre; nadie, excepto algún tirano intoxicado con el poder, piensa en resistir el argumento de la costumbre. (Mill, 1986: 144).

En opinión de Mill, este despotismo de la costumbre –hablando ya fuera del ámbito de Oriente– se halla en un incesante antagonismo con la tendencia a lograr algo mejor que la costumbre, llamada a veces espíritu de libertad y otras espíritu de progreso. Pero el espíritu de progreso no es siempre un espíritu de libertad; es más, no siempre ambos coinciden, pues el espíritu de libertad puede *aliarse* –temporal y localmente– con los adversarios del progreso para resistir a los intentos de imponer un mejo-

ramiento a un pueblo que no lo desea (*Ibíd.*). En todo caso, «la única fuente de mejoras, infalible y permanentemente, es la libertad, ya que, gracias a ella, hay tantos centros independientes de mejoramiento como individuos» (*Ibíd.*), y el principio progresivo –como amor a la libertad o al mejoramiento– es antagónico al imperio de la costumbre y envuelve la emancipación de su yugo (*Ibíd.*).

Por otra parte, la uniformidad (falta de variedad de situaciones) ha producido el estancamiento de un país como China. Los sistemas educativo y político chinos han logrado que todo el pueblo rijas sus pensamientos y conductas por las mismas máximas y reglas (Mill, *Ibíd.*: 146). En opinión de Mill, algo similar sucedía en Europa, aunque de una manera no organizada como la china, debido al régimen de la opinión pública (*Ibíd.*; Abellán, 1991: 365). Pero esta uniformidad también es fomentada desde otros espacios:

Toda extensión de la educación la fomenta, porque la educación pone al pueblo bajo influencias comunes y le da acceso al caudal general de hechos y sentimientos. Las mejoras en los medios de comunicación la favorecen, poniendo a los habitantes de lugares distanciados en contacto personal, y estableciendo una rápida corriente de residencia entre las distintas ciudades. El aumento del comercio y las manufacturas la promueven, difundiendo más ampliamente las ventajas de las circunstancias favorables y abriendo respecto a todos los objetos de ambición, aun los más altos, la competencia general, por donde el deseo de elevarse deja de ser el carácter de una clase particular y se convierte en el carácter de todas las clases (Mill, 1986: 148).

La influencia más poderosa, sin embargo, lo constituye el establecimiento del ascendiente de la opinión pública sobre el Estado (*Ibíd.*). Con ello ya no hay incentivos para sostener la inconformidad y abrazar opiniones diferentes a la de la multitud (*Ibíd.*). Todo ello constituye una «masa [muy] grande de hostilidad a la individualidad» (*Ibíd.*), cuyo mantenimiento se hará cada vez más difícil, a menos que la parte inteligente del público –la minoría– se dé cuenta de que es bueno que existan diferencias, con independencia de que éstas sean mejores o peores (*Ibíd.*: 148-149). De ahí la fuerte defensa de las libertades de pensamiento y de expresión, así como de la opinión de las minorías que Mill lleva a cabo (*Ibíd.*: 75 y ss.; Abellán, 1991: 367; Skuropski, 1989: 369 y ss.).

El gobierno representativo

Como no podía ser de otra manera, cuando se trata de las formas de gobierno, Mill se decanta por el gobierno representativo, pues sólo éste permite el desarrollo de la individualidad (Abellán, 1991: 369). Aparte de este criterio, Mill también agrega que es el que más provecho saca a este desarrollo (*Ibíd.*). Los argumentos a favor de esta forma de gobierno los expone Mill en sus *Consideraciones sobre el gobierno representativo* (1985). Abellán destaca que aunque en el *Sistema de lógica* Mill había afirmado que no se podía discutir en abstracto sobre las formas de gobierno, en las *Consideraciones sobre el gobierno representativo* intenta elaborar un ideal, con el fin de juzgar y evaluar las formas de gobierno concretas (*Ibíd.*).

Más arriba hemos visto cómo Mill parte, en muchas ocasiones, de los postulados de Bentham. Con respecto a las formas de gobierno, Bentham se inclina por el gobierno representativo, y lo hace partiendo de un supuesto ético igualitario, en el que funda el sufragio universal como una medida utilitaria (Colomer, 1991: 77-78). El razonamiento de Bentham supone una igual capacidad de felicidad de todos los individuos —ya que no es posible determinar el grado relativo de felicidad del que es susceptible cada uno—, pero ello no implica que la felicidad de cada uno deba tener el mismo contenido sustantivo que el de los demás (*Ibíd.*: 78). Pues bien, sólo un gobierno representativo puede actuar como mecanismo para permitir la libre expresión y armonización de las preferencias y deseos individuales; no puede hacer lo mismo un gobierno despótico, por más que pretenda actuar en bien del pueblo basándose en una idea sustantiva de la felicidad, pero sin consultar a los interesados, esto es, a los individuos (*Ibíd.*).

En Mill también hay una consideración del gobierno representativo como mecanismo que permite una mejor dirección de los asuntos colectivos, en la cual los individuos tienen un peso determinante (Abellán, 1991: 370). Ello se debe, entre otras cosas, a que solamente cuando los individuos dirigen sus propios intereses, éstos no quedan desatendidos; por otra parte, la prosperidad general aumenta «cuanto más intensas y más variadas sean las facultades consagradas a su desarrollo» (*Ibíd.*: 371).

Pero no es este el único argumento de Mill a favor del gobierno representativo. Ya hemos dicho que para Mill es de suma importancia el desarrollo de la individualidad y ello sólo es posible, decíamos, bajo el

gobierno representativo. También hemos visto que Mill rechaza contundentemente el despotismo porque produce hombres mediocres y uniformes, sin voluntad para interesarse por su destino individual y de participar en la dirección de los asuntos colectivos (*vid supra*, pág. 9; Abellán, *Ibíd.*). Sólo el gobierno representativo puede forjar hombres originales, es decir, con carácter, autonomía e independencia de opiniones (Abellán, *Ibíd.*).

J. Abellán, por último, hace notar que Mill se pronuncia a favor de cambiar el sistema mayoritario para la elección de los representantes por el sistema proporcional (*Ibíd.*, 372). Ello lo fundamenta en la necesidad de que las minorías también obtengan representación en el Parlamento, y no sean suprimidas, como ocurre bajo el sistema mayoritario (*Ibíd.*: 372-373). Recordemos también que en *Sobre la libertad* Mill había defendido la necesidad de preservar la opinión de la minoría (Mill, 1986: 119; Abellán, 1991: 367). Para ello daba las siguientes razones: i) la opinión de la minoría puede ser verdadera y reducirla al silencio implicaría aceptar nuestra infalibilidad; ii) la opinión de la minoría, aunque pueda ser un error, también puede contener un poco de verdad; la opinión general –rara vez o nunca toda la verdad– sólo puede ser reconocida como verdad gracias al contraste de opiniones; iii) aunque la opinión general sea admitida como toda la verdad, si no es vigorosa y lealmente discutida se convierte en prejuicio o dogma; iv) en este último caso, se pierde el efecto que sobre el carácter y la conducta pueda tener (*Ibíd.*).

Conclusiones

Utilidad (felicidad), libertad y gobierno representativo son las claves para entender la teoría de John Stuart Mill y cómo resolvió la tensión entre libertad política y libertad civil (social) que mencionábamos en la introducción. Aunque a cada uno dedica un libro, los tres están íntimamente relacionados y así hemos querido mostrarlo en las páginas que preceden. En una síntesis muy apretada, podríamos decir que es la libertad la que puede permitir la búsqueda de la felicidad; por ello, se requiere –a su vez– un gobierno que garantice tal libertad: el gobierno representativo. Sólo esta forma de gobierno permite a los individuos participar en la dirección de los asuntos colectivos –libertad política–. Pero la dimensión política no es, para Mill, valiosa en sí misma: es importante en tanto que puede

garantizar la libertad civil; en otras palabras, en tanto que permite el libre desenvolvimiento de los individuos, sin imponerles ningún tipo de coacción –a menos que su conducta pueda causar un daño a otro u otros–. Por otra parte, los límites al poder del gobierno y la sociedad sobre el individuo no están fundados en un absoluto y universal derecho subjetivo –como en el contractualismo–, sino en la necesidad de permitir el libre desarrollo de las capacidades de los individuos, lo que se traduce en un aumento de la felicidad general.

Asimismo, hemos visto que en todos los aspectos tratados en el presente ensayo (utilidad, libertad y gobierno representativo) la opinión de Mill parte, en principio, del tratamiento que Bentham da a los distintos temas, aunque luego establece sus diferencias con él. No se trataba, en nuestro caso, de mostrar la fidelidad o no de Mill al pensamiento de Bentham, en general, y al utilitarismo, en particular; o de afirmar, como Grote, que su obra representa un abandono de ello. Con la presentación, aquí, de la temprana crítica de Mill a Bentham (de 1838) –«contrarrestada con vindicaciones posteriores»– y el tratamiento de las cuestiones en otras de sus obras hemos pretendido mostrar que, en realidad, el pensamiento de Mill se construye como un diálogo con Bentham y su obra. Era de esperar que un hombre como Mill, educado como fue, nunca aceptara o rechazara nada –ni siquiera el pensamiento de Bentham– sin antes someterlo a una revisión crítica. Como él mismo afirmaba, todas las opiniones deben ser vigorosa y lealmente discutidas; sólo así se puede garantizar que dogmas y prejuicios desaparezcan. Tampoco la obra de Bentham puede convertirse en un dogma; de allí la discusión de Mill con su maestro.

Referencias bibliográficas

- ABELLÁN, Jorge (1991). «John Stuart Mill y el liberalismo». En Vallespín, Fernando (Ed.). *Historia de la teoría política*. Vol. III. Madrid: Alianza, pp. 339-396.
- COLOMER, Josep (1991). «Ilustración y liberalismo en Gran Bretaña». En Vallespín, Fernando (Ed.). *Historia de la teoría política*. Vol. III. Madrid: Alianza, pp. 11-96.
- GARFORTH, F.W. (1980). *Educative Democracy. John Stuart Mill on Education in society*. New York: Oxford University Press.
- MELLIZO, Carlos (1993). «Estudio preliminar». En Mill, J.S. *Bentham*. Madrid: Paidós, pp. IX-XXIII.
- MILL, John Stuart (1985). *Consideraciones sobre el gobierno representativo*. Madrid: Alianza.
- MILL, John Stuart (1986). *Autobiografía*. Madrid: Alianza.
- MILL, John Stuart (1993). *Bentham*. Madrid: Paidós.
- MILL, John Stuart (1996). *Sobre la libertad*. Madrid: Alianza.
- SKUROPSKI, John (1989). *John Stuart Mill*. London & New York: Routledge.

La Defensoría del Pueblo en Venezuela conforme al Estado Social de Derecho y de Justicia

Venezuelan Ombudsman's Office in accordance with the Social State under the Rule of Law and Justice

Humberto Ocando Ocando*

Marianne Alarcón Aponte**

* Director General de la Oficina de Cooperación Técnica y Proyectos Especiales de la Escuela Nacional de la Magistratura, Doctor en Derecho (LUZ, 2000), profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho, e investigador del Instituto de Filosofía del Derecho Dr. J.M. Delgado Ocando de la Universidad del Zulia.

** Magister en Derecho Procesal Civil, docente *ad-honorem* de la Dirección de Derecho Práctico, Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de LUZ.

RESUMEN

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) no da una definición de lo que debe entenderse por Estado Social de Derecho y de Justicia, sin embargo el autor pretende con su análisis presentar a los lectores el criterio de la Sala Constitucional de lo que se debe considerar como Estado Social de Derecho y de Justicia, en armonía con lo consagrado en referencia a la Defensoría del Pueblo como órgano del Poder Público (Poder Moral), en la **promoción, defensa y vigilancia de protección de los derechos humanos** como principio fundamental del Estado venezolano, en el sentido de someter toda su actuación –judicial, administrativa y legislativa– a los derechos fundamentales, lo cual evidencia como sistema político constitucional, como un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, en el cual el valor justicia es fundamental para el desarrollo de la población.

Palabras clave: Defensoría del Pueblo, Poder Moral, Estado Social de Derecho y Justicia, Derechos Humanos, Constitución.

ABSTRACT

The Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela (1999) does not provide a definition of what should be understood as Social State under the Rule of Law and Justice. However, the author, through his analysis, tries to present the criteria of the Constitutional Court, from which one must consider as Social State under the Rule of Law and Justice, in compliance with what is established regarding the Ombudsman's Office as a governmental body (Moral Authority) about the promotion, defence and security of Human Rights' protection as the fundamental principle of the Venezuelan State, in the sense that all judicial, administrative and legislative actions comply with fundamental rights, which proves it as a constitutional political system, as a Democratic State and as a Social State under the Rule of Law and Justice, in which, the value of justice is fundamental for the development of the population.

Key words: Ombudsman's office, Moral Authority, Social State under the rule of Law and Justice, Human rights, Constitution.

Introducción

La Sentencia N° 85 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se refiere a una decisión que ha producido un impacto en

el orden jurídico y social del Estado venezolano, por cuanto dicha sentencia constituye un nuevo paradigma de interpretación constitucional de los efectos del Estado Social de Derecho sobre el imperio de la autonomía de la voluntad de los particulares y el deber del Estado de proteger los intereses de los llamados débiles jurídicos, mediante el establecimiento y reconocimiento de las limitaciones a la voluntad contractual, lo que ciertamente permitirá al Poder Judicial cumplir con su función de tutelar al débil como valor jurídico, pues no puede existir una protección constitucional a expensas de los derechos fundamentales de otros.

Por otra parte, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) no establece en su articulado una definición de lo que debe entenderse por Estado Social de Derecho y de Justicia, es por ello que el autor pretende con su análisis presentar a los lectores el criterio de la Sala Constitucional de lo que se debe considerar como Estado Social de Derecho y de Justicia, cuyo fin es la armonía de las clases, evitando que la clase dominante, por tener el poder económico, político o cultural, abuse y subyugue a otras clases o grupos sociales, impidiéndoles el desarrollo y sometiéndolas a la pobreza y la ignorancia; a la categoría de explotados naturales y sin posibilidad de redimir su situación y que a través de una debida tutela judicial efectiva, el Estado proporcionará justicia, como valor supremo de todos los hombres en sociedad y fin último que justifica la existencia del Estado como modelo social democrático que garantiza la convivencia pacífica y armónica de los pueblos.

Doctrina Jurisprudencial acerca del Estado Social de Derecho y Justicia

Es interesante señalar que la precitada sentencia enriquece de manera muy amplia las concepciones que hasta la fecha se venían manejando sobre las definiciones doctrinarias de Estado de Derecho, Estado Social y de Justicia; asimismo, en ella se plantea de manera magistral la debida interpretación constitucional de los efectos del artículo 2º de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) (en adelante Constitución de 1999), según la cual el Estado venezolano adopta como organización jurídico-política la figura de Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, garantizando así el bienestar de todos los venezolanos, sin discriminación alguna; creando además las condiciones

necesarias para el desarrollo social y espiritual de todos sus habitantes y procurando la igualdad de oportunidades para que todos los ciudadanos puedan desarrollar libremente su personalidad, dirigir sus proyectos de vida, disfrutar los derechos humanos y, como fin último, buscar su felicidad.

En este orden de ideas se debe señalar, en primer término, que por Estado de Derecho deberá entenderse aquel poder que se ejerce únicamente a través de normas jurídicas y como consecuencia directa de ellas; toda la actividad del Estado y de la Administración Pública en general, debe ser regulada por ley. Asimismo, Carmona (2000) sostiene que la esencia de esta conceptualización del Estado de Derecho está centrada en el control judicial de la legalidad desde la norma suprema, esto es, la Constitución, como ley normativa suprema y garantizada por la separación y autonomía de los poderes públicos que conforman el Estado. Nuestra Constitución Bolivariana vigente recoge toda esta concepción.

Ahora bien, a este concepto de Estado de Derecho, la Constitución de 1999 vigente le agrega el aditivo de Estado Social. En este sentido, la jurisprudencia *in comento* señala que el concepto de Estado Social surge ante la desigualdad real existente entre las clases y grupos sociales, que atenta contra la igualdad jurídica reconocida a los individuos por la propia Carta Fundamental en su artículo 21. Igualmente, sostiene que es el Estado el instrumento de transformación social por excelencia a lo largo de la historia y por tanto, su función histórica es la de liberar al ser humano de la miseria, la ignorancia y la impotencia a la que se ha visto sometido desde el comienzo de la historia de la humanidad.

Se hace necesario, pues, reconocer la evolución histórica que ha sufrido el Estado como organización jurídico-política para llegar a entender al Estado Social de Derecho y de Justicia actual, acuñado por la vigente Constitución Bolivariana, y ese es el criterio de la Sala Constitucional. Revisados dichos antecedentes se puede entonces plantear un concepto actual de Estado Social de Derecho.

De esta manera, esta forma de organización jurídico-política deberá tutelar a personas o grupos que en relación con otros se encuentran en estado de debilidad o minusvalía jurídica, a pesar del principio del Estado de Derecho Liberal que establece la igualdad ante la ley, el cual en la práctica no resuelve nada, ya que *situaciones desiguales no pueden tratarse*

con soluciones iguales (cursiva nuestra). Así pues, el Estado está obligado a proteger a los débiles, a tutelar sus intereses amparados por la Constitución; como valor jurídico, no puede existir una protección constitucional a expensas de los derechos fundamentales de otros.

Cabe señalar además, que este concepto no se limita sólo a los derechos sociales contenidos en la Constitución de 1999 vigente sino que abarca una amplitud de derechos que van desde los derechos económicos, pasando por los derechos culturales y ambientales. En este sentido, el Estado Social de Derecho debe buscar alcanzar una mejor distribución de las riquezas producidas, un mayor acceso a la cultura, un manejo lógico de los recursos naturales, y por tanto, el Estado, a fin de garantizar esta función social, deberá intervenir en la actividad económica, reservarse rubros de estas actividades y vigilar, inspeccionar y fiscalizar la actividad concedida en estas áreas a los particulares, por lo que la propia Constitución de 1999 vigente restringe la libertad de empresa consagrada en el artículo 112. También hace referencia la jurisprudencia al derecho de propiedad y el de libre empresa, al señalar que no quedan abolidos en un Estado Social, sino que quedan condicionados en muchas áreas, al interés social, y en este sentido deben interpretarse las leyes.

Por otro lado, la Constitución Nacional de Venezuela de 1961, en principio no recogía este concepto de Estado Social de Derecho, no obstante, entre su normativa se encontraban muchas disposiciones de contenido social, reconociendo esas normas caracteres propios de los Estados Sociales de Derecho. Asimismo, en varias de sus disposiciones se tomaba en cuenta el valor de interés social, el cual es uno de los signos distintivos del Estado Social de Derecho.

De la misma forma, recoge la jurisprudencia que la doctrina nacional ha reiterado grandes diferencias entre el Estado tradicional y el Estado Social; en este sentido, Rondón de Sansó (2000) señala que el Estado tradicional se sustentaba en la justicia conmutativa, mientras que el Estado Social se sustenta en la justicia distributiva; el Estado tradicional es el legislador, en cuanto que el Estado Social es fundamentalmente un gestor al cual debe sujetarse la legislación (de allí el predominio de los decretos leyes y de las leyes habilitantes); el Estado tradicional se limita a asegurar la justicia legal formal, en cuanto que el Estado Social busca la justicia legal material. El Estado tradicional profesó los derechos indivi-

duales como tarea fundamental, en tanto que el Estado Social entiende que la única forma de asegurar la vigencia de los valores es su propia acción, entre muchas otras características distintivas que recoge la doctrina venezolana.

Este señalamiento nos demuestra que el tránsito hacia el Estado Social de Derecho ya venía dado desde la Constitución de la República de Venezuela de 1961, como lo reconoce la doctrina, pero que se profundiza en nuestra constitución de 1999 vigente desde su mismo Preámbulo. En este sentido, del Preámbulo Constitucional se colige que el Estado Social está destinado a fomentar la consolidación de la solidaridad social, la paz, el bien común, la convivencia, el aseguramiento de la igualdad, sin discriminación ni subordinación, para luego anteponer la Constitución de 1999 vigente el bien común (el interés general) al particular y reconocer que ese bien común se logra manteniendo la solidaridad social, la paz y la convivencia.

Por otra parte, la Constitución de 1999 actual no establece en su articulado una definición de lo que debe entenderse por Estado Social de Derecho; no obstante, ella permite ir delineando el alcance del concepto desde el punto de vista normativo, con base en diferentes artículos, complementados con el Preámbulo mismo y la doctrina, lo cual sirve de referencia para establecer el concepto de Estado Social de Derecho y sus alcances.

Inherente al Estado Social de Derecho es el concepto de interés social, entendido como un valor que persigue equilibrar en sus relaciones a personas o grupos que son, en alguna forma, reconocidos por la propia ley como débiles jurídicos o que se encuentran en una situación de inferioridad frente a otros grupos o personas que, por la naturaleza de sus relaciones, están en una posición dominante con relación a ellas, por lo que si en esas relaciones se les permitiera contratar en condiciones de igualdad formal, los poderosos obligarían a los débiles a asumir convenios o cláusulas que los perjudicarían o que obrarían en demasía en beneficio de los primeros empobreciendo a los segundos. En este sentido, corresponde a la Constitución y a las leyes evitar este desequilibrio determinando las materias objeto de interés social. Se observa entonces cómo la precitada Carta Fundamental recoge entre su articulado los llamados derechos sociales, como medio de protección a los débiles, pues

con ellos se puede formar un mapa de quiénes son los sujetos protegidos por el Estado Social.

Asimismo, debemos adicionar al concepto de Estado Social de Derecho, elementos inherentes a éste como son la solidaridad y la responsabilidad social, donde se puede notar, en primer término, que las obligaciones y deberes creados por el Estado Social no son sólo para el Estado, sino también para los particulares.

Al hablar de solidaridad, establece la sentencia *in comento* que ésta nace del deber de toda persona de contribuir a la paz social, de ayudar al Estado, según sus capacidades, en las obligaciones que a él corresponden en cumplimiento de los fines del bienestar social general y, en el ámbito familiar, de participar en los procesos establecidos constitucionalmente y, finalmente, la obligación solidaria por el bienestar social general.

Por otro lado, la responsabilidad social comprende los aportes que los particulares hacen al Estado para que éste cumpla con sus funciones de bienestar social; tales obligaciones vienen dadas por la Constitución y las leyes. Se puede hablar aquí de obligaciones compartidas que coadyuvan en la satisfacción de los derechos básicos y esenciales de toda la sociedad. Nace así la corresponsabilidad del Estado y los particulares en satisfacer el mayor número de necesidades en cualquiera de los ámbitos de la vida social.

El Estado Social de Derecho y de Justicia se fundamenta, primero que nada, en la separación de los poderes y el principio de legalidad, pero siempre unidos a las concepciones de interés social y de solidaridad y responsabilidad social, a fin de alcanzar el tan deseado equilibrio social. No debemos olvidar que el Estado Liberal de Derecho basaba su operatividad apegado al estricto principio de legalidad; como consecuencia de ello, los particulares podían llevar a cabo cualquier actividad que no estuviese expresamente prohibida por el legislador, aun cuando esa actividad fuera en detrimento de otros particulares o grupos.

Es así que el Estado Social de Derecho y de Justicia debe ser entendido como la regulación del Estado por el Derecho, quedando de esta forma subordinado al orden jurídico preestablecido, pero además se debe garantizar que esa normatividad jurídica cuide de realizar la justicia social, de hacer que los derechos sociales, económicos y culturales no sean meros enunciados sino una realidad concreta; de propender a una mejor

distribución de la riqueza; de combatir a la miseria y la falta de trabajo, vivienda, seguridad, salud, educación, entre otros servicios básicos esenciales para todos los grupos sociales.

En tal sentido, Combellas (1992) afirma que el Estado Social de Derecho es el Estado en la procura existencial, el garante de la satisfacción de las necesidades básicas para una vida digna, independientemente de las formas y modos de su relación con la economía, pero es imprescindible salvaguardar el rol del Estado como última instancia de garantía de la ejecución de la procura existencial, gracias a la protección y fomento de los derechos sociales y económicos.

En efecto, se puede definir al Estado Social de Derecho como un conjunto de reglas y normas que establecen un marco adecuado para las relaciones entre las personas e instituciones, autorizando, prohibiendo y permitiendo acciones específicas en la interacción de individuos e instituciones, siempre bajo la preeminencia del interés social, los derechos humanos, la solidaridad y responsabilidad social, la justicia y la equidad.

Es así como los derechos sociales han cobrado una gran importancia en la organización social, política y jurídica actual, conceptualizando los mismos como expectativas o pretensiones de recursos o bienes dirigidos a satisfacer necesidades básicas de las personas y cuya reivindicación debe interesar no sólo a los miembros más vulnerables de la sociedad sino a todas las personas en general.

Ahora bien, Molina (2006) señala que el Estado de Derecho es necesario para la democracia y para el desarrollo económico, por cuanto el Estado garantiza los derechos civiles y políticos de las personas; en el orden económico, el Estado ofrece seguridad jurídica a los inversionistas, pero se olvida este autor de la preeminencia del interés social, los derechos humanos, la responsabilidad social y la solidaridad como vías para alcanzar la Justicia. Es por ello que el rol del Estado como modelo social no sólo debe fundamentarse en orden de la legalidad para regular la conducta social, sino que debe buscar como fin la satisfacción de las necesidades básicas de la población en la procura existencial de la calidad de vida que todas las personas como seres humanos merecen, y todo ello se construye en un Estado Social de Derecho, gracias a la protección y fomento de los derechos sociales y económicos, como parte de todos los derechos humanos.

En este sentido, Nikken (2006) señala que en la fijación de las fronteras de los deberes del Estado en materia de derechos humanos, lo que pasó por el reconocimiento previo de los derechos como inherentes a la dignidad de la persona humana, nunca habrían quedado establecidos sin las luchas sociales y las conmociones históricas que le han venido devolviendo al ser humano el lugar que nunca debió dejar de ocupar como sujeto axiológico ineludible frente al Estado.

Ahora bien, el Estado Social de Derecho tiene como valor fundamental la Justicia, como presupuesto ético de la democracia que garantiza la convivencia pacífica y armónica. En este sentido, el sistema judicial se encuentra en la obligación de resolver los conflictos bajo el reconocimiento de los derechos humanos y fundamentales que se derivan de la naturaleza de la persona humana y que son inherentes a la dignidad de las mismas, necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material, aunque éstos no se encuentren taxativamente establecidos en la ley.

La Defensoría del Pueblo en la Constitución de 1999

La Defensoría del Pueblo está consagrada en el artículo 273 de la Carta Magna como órgano del Poder Moral. Es precisamente este Poder Moral una de las características sustanciales de esta institución novedosa, lo que se traduce normativamente en que no constituye procedimiento o instancia y carece de capacidades resolutivas o vinculantes. La Defensoría del Pueblo, aun siendo parte del Poder Público, se concreta como un organismo social extra poder, en el sentido de encontrarse al margen de los poderes clásicos del Estado y esgrimir el grado de presión moral de la institución, con el apoyo de la sociedad, frente al aparato del Estado.

En este orden, el artículo 280 *ejusdem* señala que la Defensoría del Pueblo tiene a su cargo la promoción, defensa y vigilancia de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, además de los intereses legítimos, colectivos o difusos, de los ciudadanos y ciudadanas. Esta actividad de promoción, protección, defensa y vigilancia de los derechos humanos la ejecuta el Defensor o Defensora del Pueblo, en atención a mecanismos institucionales, fundamentalmente con la Constitución y la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo.

En tal sentido, el texto constitucional de 1999 concibe la existencia de un órgano llamado «Defensoría del Pueblo» dentro de un Poder distinto a los otros Poderes del Estado; le da carta de nacimiento a una institución de diferente naturaleza al Ombudsman o Defensor del Pueblo que hallamos en el Derecho Comparado; y abre el campo a un aporte de extraordinaria significación en el Derecho Internacional. La institución se enriquece también en cuanto a su consolidación como magistratura de la persuasión, la disuasión y de la mediación entre el aparato del Estado, representado por funcionarios públicos o particulares que realicen funciones públicas y los derechos concretos de los ciudadanos que hayan sido lesionados por el Estado o estén expuestos a un peligro inminente.

Conforme al artículo 281 constitucional, son atribuciones del Defensor o Defensora del Pueblo:

- Velar por el efectivo respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados, convenios y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por la República, investigando de oficio o a instancia de parte las denuncias que lleguen a su conocimiento.
- Velar por el correcto funcionamiento de los servicios públicos, amparar y proteger los derechos e intereses legítimos, colectivos o difusos de las personas contra las arbitrariedades, desviaciones de poder y errores cometidos en la prestación de los mismos, interponiendo cuando fuere procedente las acciones necesarias para exigir al Estado el resarcimiento a las personas de los daños y perjuicios que les sean ocasionados con motivo del funcionamiento de los servicios públicos.
- Interponer las acciones de inconstitucionalidad, amparo, *habeas corpus*, *habeas data* y las demás acciones o recursos necesarios para ejercer las atribuciones señaladas en los numerales anteriores, cuando fuere procedente de conformidad con la ley.
- Instar al Fiscal o la Fiscal General de la República para que intente las acciones o recursos a que hubiere lugar contra los funcionarios públicos o funcionarias públicas, responsables de la violación o menoscabo de los derechos humanos.
- Solicitar al Consejo Moral Republicano que adopte las medidas a que hubiere lugar respecto de los funcionarios públicos o funcio-

narias públicas responsables por la violación o menoscabo de los derechos humanos.

- Solicitar ante el órgano competente la aplicación de los correctivos y las sanciones a que hubiere lugar por la violación de los derechos del público consumidor y usuario, de conformidad con la ley.
- Presentar ante los órganos legislativos municipales, estatales o nacionales, proyectos de ley u otras iniciativas para la protección progresiva de los derechos humanos.
- Velar por los derechos de los pueblos indígenas y ejercer las acciones necesarias para su garantía y efectiva protección.
- Visitar e inspeccionar las dependencias y establecimientos de los órganos del Estado, a fin de garantizar la protección de los derechos humanos.
- Formular ante los órganos correspondientes las recomendaciones y observaciones necesarias para la eficaz protección de los derechos humanos, en virtud de lo cual desarrollará mecanismos de comunicación permanente con órganos públicos o privados, nacionales e internacionales, de protección y defensa de los derechos humanos.
- Promover y ejecutar políticas para la difusión y efectiva protección de los derechos humanos.
- Las demás que establezcan la Constitución y la ley.

Es de resaltar lo que indica Briceño (2007), que la Defensoría del Pueblo constituye fundamentalmente un control sobre la actuación del Estado en todas sus vertientes; así lo expresa el artículo 7 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo cuando dice:

La actividad de la Defensoría del Pueblo abarca las actuaciones de cualquier órgano y funcionario o funcionaria perteneciente al Poder Público Nacional, Estatal o Municipal, en sus ramas Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral, Militar y demás órganos del Poder Ciudadano. Abarca igualmente la actuación de particulares que presten servicios públicos, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Esto incluye no sólo a los órganos de la Administración Pública sino a los jueces y a los mismos representantes del Poder Legislativo.

Generalmente el Ombudsman no tiene un poder vinculante en sus decisiones frente a los órganos que controla; la especificidad de su control se limita a instar a las autoridades administrativas a un actuar determinado. Esto es, el arma fundamental del Ombudsman en todas sus manifestaciones es la persuasión como medio de control para convencer a las autoridades de que sus decisiones violan los derechos humanos. Es decir, la persuasión es en todo su sentido, un instrumento de acción del Ombudsman, que lo originaliza y lo caracteriza frente a las demás instituciones del Estado. Por esta razón la figura del Defensor del Pueblo debe ser una persona ponderada, inteligente, de gran capacidad de comunicación y dispuesto siempre a la conciliación cuando exista un conflicto de una autoridad pública y un ciudadano determinado.

Conclusiones

La Constitución de 1999 establece la defensa y protección de los derechos humanos como principio fundamental del Estado venezolano en el sentido de someter toda su actuación –judicial, administrativa y legislativa– a los derechos humanos, lo cual evidencia como sistema político constitucional, como un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, en el cual el valor justicia es fundamental para el desarrollo de la población.

Se debe señalar que el fin último del Estado Social de Derecho y de Justicia es la construcción de un Estado constitucional y democrático de derecho donde la Constitución como norma fundamental sea el instrumento que sirva para frenar la acumulación de poderes y propicie un régimen legal donde sean respetados y tutelados tanto los derechos humanos y fundamentales como las libertades individuales y los derechos sociales; asimismo, se busque la transformación de la realidad social, generando en todos sus habitantes sentido de solidaridad y responsabilidad social, en donde actúen activa y responsablemente no sólo los poderes públicos, sino también los propios actores sociales y la sociedad civil organizada como garantes y custodios del propio régimen implantado para lograr el llamado Estado Social de Derecho y de Justicia.

En este orden, la Defensoría del Pueblo es un órgano del Poder Ciudadano encargado de velar por el goce y ejercicio de los derechos humanos y el respeto a las garantías constitucionales a través de su promoción, defensa y vigilancia, para refundar la República como una sociedad participativa y protagónica, que consolide valores como: el bien común, la justicia social, la paz y la libertad, inspirada en el pensamiento de nuestro Libertador Simón Bolívar, bajo los principios: igualdad y no discriminación; participación activa de la ciudadanía; gratuidad y confidencialidad.

Bibliografía

- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE (1999). *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.453 Extraordinario, de fecha 24 de marzo de 2000. Caracas-Venezuela.
- BRICEÑO V., Gustavo (2007). *Los Derechos Humanos y el Oidor Académico*. Caracas-Venezuela.
- CARMONA, Encarnación (2000). *El Estado Social de Derecho en la Constitución*. Consejo Económico y Social. Madrid-España.
- COMBELLAS, Ricardo (1992). *El Estado Social de Derecho. La Constitución de 1961 y la Reforma del Estado en Venezuela*. COPRE. Caracas-Venezuela.
- MOLINA, Juan (2006). *Reforma de los sistemas judiciales en América Latina*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos – UCAB. Caracas-Venezuela.
- NIKKEN, Pedro (2006). *La garantía internacional de los derechos humanos*. Colección de Estudios Jurídicos, N° 78. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas-Venezuela.
- RONDÓN de SANSÓ, Hildegard (2000). *Análisis de la Constitución Venezolana de 1999*. Editorial Ex libris. Caracas-Venezuela.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA (2008). Sala Constitucional. Sentencia N° 85, de fecha 24 de enero del 2002; Exp. N° 01-1274. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Enero/85-240102-01-1274.htm>

El derecho de las mujeres a
una vida libre de violencia.
Un enfoque de derechos
humanos

*The right of women to a life free
of violence. An approach
of human rights*

Dhayana Carolina Fernández Matos*

* Abogada y politóloga.

RESUMEN

En este trabajo se busca reconocer las claves del estudio de los derechos humanos de las mujeres, para usar este enfoque en el abordaje de la violencia por razón de género. El objetivo es hacer comprender que con el enfoque de derechos humanos se puede actuar de manera integral ante esta problemática.

Palabras clave: Derechos humanos, género, violencia contra las mujeres, obligaciones del Estado.

ABSTRACT

This paper seeks to recognize the key to study the human rights of women to use this approach in addressing violence against women. The goal is to understand that human rights approach allows to resolve this problem.

Key words: Human rights, gender, violence against women, responsibility of the State

1. ¿En qué consiste el reconocimiento y protección de los derechos humanos de las mujeres?

La plataforma de acción de la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres trae todo un capítulo relativo a los derechos humanos, que comienza con el siguiente párrafo: "Los derechos humanos y las libertades fundamentales son patrimonio inalienable de todos los seres humanos; su promoción y protección es la responsabilidad primordial de los gobiernos"¹ (Naciones Unidas, 1996: 203).

Sin embargo, para que esta frase tenga sentido y permita la protección real y efectiva de los derechos humanos de las mujeres, es preciso definir de qué estamos hablando cuando nos referimos a estos derechos, debido a que la mayoría de las definiciones y concepciones teóricas sobre esta materia hablan de un sujeto neutro que tiene su sustrato en un modelo androcéntrico de la realidad que privilegia lo humano como todo lo concerniente al hombre, modelo al cual deben llegar o parecerse las mujeres, sin tomar en cuenta sus propias experiencias.

¹ Las negrillas son nuestras.

En este apartado se intenta construir una definición de los derechos humanos de las mujeres que contemple aquellos elementos que tradicionalmente se mantienen invisibles y generan una protección limitada.

Esto no significa que se desconozcan las limitaciones de la teoría de los derechos humanos, sobre todo al tener en cuenta que éstos –desde la perspectiva del Derecho Internacional Público– no tienen carácter coercitivo y dependen de la voluntad política de los estados para cumplir con las obligaciones que han acordado en los instrumentos jurídicos y en los documentos que han suscrito. No obstante, no cabe la menor duda del poder que tiene el discurso de los derechos de las mujeres como alternativa para su lucha y su empoderamiento individual y colectivo, así como para el ejercicio de una ciudadanía que no acalle sus voces y permita ver la problemática de la violencia contra las mujeres por razón de género como un asunto que atenta contra su dignidad como persona y, por tanto, contra el pleno disfrute de sus derechos humanos.

Ello nos llevará también a plantear la idea de dignidad humana, teniendo presente los elementos que la determinan y que están en la raíz de toda definición de los derechos humanos.

Es preciso recordar que cuando hablamos de las mujeres, no nos referimos a un “sector” de la población o a un grupo específico, comparable con otros grupos humanos tales como indígenas, afrodescendientes, inmigrantes, etc., ya que en todos y cada uno de estos grupos hay personas del sexo femenino y, en ese sentido, la expansión de los derechos humanos a las mujeres significa “la más inclusiva ampliación que han sufrido los derechos humanos en su dinámica histórica” (Facio, 2009: 4).

1.1. La dignidad humana

La dignidad humana es el fundamento de los derechos humanos, así ha sido reconocido por la doctrina en general. El francés René Cassin², coautor de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, señala que la defensa y promoción de estos derechos abarca todas las dimensiones del quehacer humano, al considerarlos a la luz de la dignidad humana, siendo esta última un elemento indivisible de la noción de derechos humanos.

² Citado por PROVEA, 2005: 7.

A los efectos de este trabajo usaremos el término 'dignidad humana' en el sentido dado por Immanuel Kant, filósofo alemán del siglo XVIII, que al igual que otros clásicos de la época le daba mucha importancia a la idea de "razón", que para él consistía en la facultad básica del ser humano que le permitía aprehender la realidad, en función de las características y peculiaridades de la mente humana; en virtud de ello el hombre podía formular y seguir un cierto tipo de ley moral, que él definía como "imperativo categórico", que pretendía regular la coexistencia entre los hombres. Es así que le otorgó una dignidad al ser humano porque era capaz de conformar sus pensamientos de acuerdo con unos mandamientos morales, y el poder actuar según éstos convertía a los seres humanos en "personas" (Pelé, 2006: 934 y ss.).

Para Miguel Lorente Acosta (2005: 65), siguiendo a Kant, la dignidad es considerada como la cualidad moral que determina el valor absoluto del ser humano en cuanto tal y solamente los seres humanos la tienen, mientras que los objetos sólo tienen valor, con lo que explica que la persona es un fin en sí mismo, concluyendo que la dignidad es igual en todas las personas.

Cabe destacar que Kant no incluye a las mujeres dentro de su argumento; sin embargo, lo usamos porque esas cualidades morales que comparten todos los seres humanos contiene a las personas del sexo femenino, afirmación que hoy está fuera de duda; las mujeres somos personas y por tanto tenemos valor en sí mismas como tales.

Antonio Pelé (2006: 934 y ss.), en su tesis doctoral sobre la dignidad humana explica que cuando Kant establece que los hombres debían tratarse como fines en sí mismos y no como medios, lo que quería decir era que

cada uno debía reconocer el valor de la dignidad del ser humano en la persona de los demás y en la suya propia. Este valor tenía dos rasgos esenciales: era interno y absoluto. Interno porque dependía de la cualidad moral del Hombre y encarnaba el valor más importante. Se encontraba más allá de cualquier precio. Era absoluto porque no toleraba ni comparación ni vulneración alguna. La dignidad de la persona apareció como una necesidad sin la cual ningún otro valor y referente moral podían pensarse. Por lo tanto, los Hombres debían adoptar entre sí una actitud de mutuo respeto que implicaba no limitar la autonomía de los demás,

aceptar sus fines perseguidos y en su caso, ayudarles en conseguir esos fines, a través de unos deberes de justicia y benevolencia.

De lo dicho en los párrafos precedentes, en lo concerniente a la dignidad humana podemos establecer dos tipos de actuaciones: una positiva, que implica el libre desenvolvimiento de la personalidad, lo que debe ser respetado por todas las personas, siendo el mutuo respeto un componente fundamental para el ejercicio de la autonomía, lo que a su vez se complementa con una actuación de tipo negativo: no permitir ofensas ni humillaciones de ningún tipo contra ningún ser humano porque todos y todas, al ser un fin en sí mismos, compartimos ese ideal de respeto de la dignidad humana.

Estos dos elementos son fundamentales para comprender por qué la violencia contra las mujeres por razón de género es un irrespeto a su dignidad como personas y, por tanto, una violación de sus derechos humanos.

La violencia contra las mujeres, en todas sus formas, anula la autonomía personal porque al ser una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres, coloca a estas últimas en una situación de dominio y subordinación, limitando, obstaculizando o incluso no reconociéndoles derechos, anulándolas como personas. A ello hay que agregar que no pocas veces son vistas como objetos que los hombres pueden poseer y convertirse en sus "propietarios", detrás de lo cual está una clara limitación al libre desenvolvimiento de la personalidad y la autonomía personal. Pero además, en este tipo de violencia por razón de género está presente el componente negativo, ya que implica una ofensa, la más grave, a la dignidad de las mujeres como personas porque se les agrede y les causa daños de distintos tipos: físicos, psíquicos, sexuales. En este sentido, entender la violencia contra las mujeres en todas sus dimensiones precisa que la analicemos "como la manifestación más objetiva del trato indigno, pues el concepto de "trato" exige una continuidad en el tiempo y en las conductas que se han establecido, y la indignidad, como ataque a la dignidad se refleja en una vulneración sistemática de los Derechos Humanos" (Lorente Acosta, 2003: 71).

De esta forma podemos concluir que hay una relación directa entre el respeto a la dignidad humana y la violencia contra las mujeres por razón de género; sólo erradicando esta última puede hablarse del reconoci-

miento de las mujeres como personas, mientras ello no ocurra, la sociedad está en deuda con la mitad de la población mundial y no puede hablarse de derechos humanos reales y efectivos para todas las personas. Como bien lo expresó Bakunin en su obra *Dios y el Estado*³: "No soy verdaderamente libre más que cuando todos los seres humanos que me rodean, hombres y mujeres, son igualmente libres", a lo que hay que agregar que la libertad del otro o de la otra y el respeto de sus derechos no es una negación de los derechos propios sino una condición necesaria y su confirmación.

1.2. Los derechos humanos de las mujeres

La doctrina de los derechos humanos es muy rica y variada, por lo que el establecimiento de un marco conceptual para la definición de éstos se encuentra imbricado por las distintas condicionantes de tipo ideológico que a grandes rasgos se relacionan con distintas corrientes del pensamiento filosófico-jurídico.

Para Gregorio Peces-Barba (2005: 21 y ss.), el uso del término Derechos Humanos no es el más acertado para referirse a este tipo de derechos, ya que su uso ambiguo representa dos cosas distintas que expresan el enfrentamiento histórico que han tenido las concepciones iusnaturalistas y iuspositivistas. Siguiendo a los iusnaturalistas, los derechos humanos se refieren a una pretensión moral fuerte que debe ser atendida para hacer posible una vida humana digna, mientras que desde la perspectiva iuspositiva, se trata de un derecho subjetivo protegido por una norma jurídica. Es por ello que este autor usa la expresión "derechos fundamentales", que comprende tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, y de esa manera se incluye dentro del significado:

la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades (en ese sentido), (l)os derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica" (*Ibíd.*).

³ Citado por Fernández, 2001: 16.

No obstante este análisis, este autor reconoce la aceptación más generalizada de la expresión 'derechos humanos' pese su ambigüedad, porque representa un sentimiento de la Humanidad, un ideal que alcanzar. Desde nuestra posición, nos adherimos a esta idea de los derechos humanos partiendo de su gran aceptación en nuestro contexto, el latinoamericano, por lo que la lucha por estos derechos ha significado en la región para enfrentarse en el pasado y seguir haciéndolo hoy día, a regímenes dictatoriales o de marcado corte autoritario.

Es cierto que se ha hecho uso político de los derechos humanos y en su nombre se han cometido flagrantes irrespetos a la dignidad de las personas: se han invadido países, se ha asesinado, torturado, pero a su vez se convierten en una esperanza para las personas cuando el resto del sistema falla; cabe destacar como ejemplo de lo dicho, lo ocurrido durante la dictadura del general Augusto Pinochet en Chile, cuando los familiares de las personas desaparecidas por el régimen acudían a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la última esperanza, el único mecanismo para conocer el destino de sus familiares. Y de allí la carga simbólica del discurso de los derechos humanos.

Es por ello que desde la doctrina latinoamericana cobra mucha fuerza destacar que los derechos humanos se afirman frente al Estado, que está en la obligación de reconocer, respetar, garantizar y satisfacer. En ese sentido, Pedro Nikken (1994: 1), ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, expresa:

La noción de derechos humanos se corresponde con la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado. El poder público debe ejercerse al servicio del ser humano: no puede ser empleado lícitamente para ofender atributos inherentes a la persona y debe ser vehículo para que ella pueda vivir en sociedad en condiciones cónsonas con la misma dignidad que le es consustancial (...) La sociedad contemporánea reconoce que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derechos frente al Estado, derechos que éste, o bien tiene el deber de respetar y garantizar o bien está llamado a organizar su acción a fin de satisfacer su plena realización.

Desde las corrientes socialistas se ha puesto el acento en los elementos históricos presentes en la lógica de los derechos humanos, señalando la influencia que sobre la concepción de éstos tienen la temática de las clases

sociales y el sistema político imperante en un momento dado, señalando además el carácter dinámico de dichos derechos, modificables cuando se dan transformaciones en la estructura social. Bajo estos parámetros, dice Kudriatsev⁴:

Los Derechos Humanos no son ni cualidades naturales ni inherentes, ni son una afirmación legal arbitraria de las oportunidades sociales, sino que están determinados por la naturaleza del sistema político y económico y por ende de la cultura material y espiritual. Estos derechos aseguran la vida normal del hombre en la sociedad y son establecidos por el Estado en un sistema de derechos y deberes legales. El curso del desarrollo histórico no sólo cambia el alcance y el carácter de estos derechos y deberes, sino también su contenido.

Rescatamos de esta última definición el componente histórico porque consideramos que su presencia, cuando hablamos de los derechos humanos de las mujeres, es imprescindible para visualizar la negación de su condición de personas a lo largo del tiempo, valiéndose para ello de posiciones ideológicas y filosóficas que las colocan en una situación de desventaja.

Estas concepciones que presentamos parecieran estar redactadas en un lenguaje neutro que incluye a hombres y a mujeres, sin embargo, sabemos que este lenguaje no existe y que el marco referencial que se usa es el individuo varón, sin tomar en cuenta las experiencias de las mujeres, siendo imprescindible ir más allá y recurrir a elementos presentes en las concepciones feministas para hablar de una verdadera inclusión de las mujeres, para lo que se debe tener en cuenta tres componentes clave: "la lucha por la igualdad, la lucha por la violencia y la lucha por nuestro cuerpo" (Arroyo, 2007: 91). En ese sentido, no es válido un sujeto universal sino que como lo han reivindicado los movimientos feministas, se precisa un/a sujeto/a contextualizado/a, con una historia particular, con cuerpo y sexo, siendo necesario poner el énfasis en las estructuras y dispositivos de dominación que generan, reproducen, mantienen y profundizan la discriminación (Salvo del Canto, 2009: 6; Frías y Hurtado, 2010: 12).

⁴ Citado por PROVEA, 2005: 8.

Bajo este esquema, los derechos humanos son pretensiones morales inherentes a todas las personas, hombres y mujeres, vinculadas con el respeto de su dignidad, que toman en cuenta las relaciones de poder históricamente desiguales entre los sexos e intentan corregirlas mediante un reconocimiento de las experiencias diferentes de cada uno de ellos, que requieren el respeto y la garantía de dichas pretensiones por el Derecho positivo en la búsqueda de una igualdad real y efectiva que erradique la discriminación de las mujeres y permita el desarrollo autónomo de su proyecto de vida, estableciéndose cuando las circunstancias lo requieran, medidas especiales a favor de las personas en una situación histórica de desventaja, para corregir las desigualdades que la estructura social genera.

Con esta definición pretendemos visualizar a las mujeres en su condición de titulares de derechos, pero además, establecer la obligación que tienen los estados en garantizarlos. De esa manera, el mantenimiento de un sistema jurídico y social donde la violencia y la discriminación se aceptan como situaciones "normales" e incluso "naturales", implica la responsabilidad del Estado, y como señala Hilary Charlesworth (1997: 69), "(r)econsiderar las concepciones tradicionales de la responsabilidad del Estado constituye un proyecto vital en el derecho de los derechos humanos de las mujeres".

En el siglo XXI, pareciera no tener mayor relevancia intentar establecer un marco conceptual de los derechos humanos de las mujeres; ya decía Norberto Bobbio (1982: 128) que el problema de fondo de los derechos humanos no era tanto el justificarlos sino el de protegerlos, tratándose más de un problema político que filosófico. Sin embargo, aunque compartimos la creencia de que lo más importante es asegurar la protección, también pensamos que resulta fundamental un marco conceptual que visibilice a las mujeres y sus experiencias, porque es la única manera que dicha protección sea real y efectiva.

1.3. Características de los derechos humanos de las mujeres

En este punto haremos referencia a aquellas características que tienen los derechos humanos y que hay que tomar en consideración al hablar de los derechos de las mujeres, a saber: universales, indivisible, interdependientes y no jerarquizables.

Los derechos humanos son *universales* porque al ser inherentes a la dignidad humana corresponden a todas las mujeres y a todos los hombres sin distinciones fundadas en el origen, la etnia, la religión, la nacionalidad, el sexo o cualquier otra condición.

Sin embargo, esta universalidad ha sido cuestionada desde distintos ángulos: las mujeres y algunos hombres, como los esclavos, los pertenecientes a ciertos grupos étnicos o religiosos, etc., han sido excluidos en la práctica de este carácter. También cabe destacar que uno de los principales cuestionamientos expone que se pretende dar la condición de universales a unos derechos basados en valores propios de la cultura occidental, que además tienen como modelo al hombre, blanco y con rentas, desconociendo los elementos culturales presentes en la identidad de las personas, los cuales deben ser respetados tomando en cuenta sus diferencias. Esto se ha denominado relativismo cultural.

Desde nuestro criterio los derechos humanos son universales, lo cual no se opone al respeto de la identidad cultural, como lo explicaremos en las siguientes líneas.

Nuevamente seguimos a Gregorio Peces-Barba (1994: 614 y ss.), quien explica que al hablar de universalidad se están diciendo tres cosas diferentes: desde el plano lógico, se hace referencia a una titularidad de derechos a la que se adscriben todos los seres humanos; desde un plano temporal, la universalidad de derechos supone que éstos son válidos al margen del tiempo y en cualquier momento de la historia, lo que no implica que sean inmutables, pueden ser modificados y extender su ámbito de protección; y, en el plano espacial, implica la extensión de la cultura de los derechos humanos a todas las sociedades políticas sin excepción; en definitiva, "la universalidad tiene que plantearse desde la moralidad y en nuestro caso desde la de los derechos, desde las pretensiones morales justificadas que se convierten en derechos".

Lo anterior supone analizar esta característica desde dos ángulos: como universalidad en el *punto de partida*, la idea de que todas las personas nacen y permanecen libres e iguales en derechos, de marcada base ius-naturalista, que es reconocida por su generalidad y cuestionada por su visión etnocéntrica y androcéntrica; y la universalidad en el *punto de llegada*, que distingue claramente entre el ser y el deber-ser, ya que en la realidad,

muchas relaciones sociales se caracterizan por la desigualdad, lo que hace imposible que se pueda hablar de universalidad, y de esta manera

Lo que se genera de la comparación entre esa moralidad básica y esa realidad de desigualdad de determinados colectivos, es la toma de conciencia de la necesidad de acciones positivas para superar esta situación y restablecer el equilibrio, entre aquellos que pueden, por sí mismos, resolver sus problemas de educación, de salud, de seguridad social, de vivienda, etc., y que no se encuentran en situaciones sociales de inferioridad (mujeres, niños, minusválidos, consumidores, etc.) con los que son incapaces de satisfacer una serie de necesidades básicas o de actuar en las relaciones sociales en condiciones de igualdad (*Ibíd.*: 630).

La universalidad que se busca es en el *punto de llegada*, de esa manera el reconocimiento de derechos específicos de grupos históricamente desaventajados (entre los que destacan las mujeres porque son la mitad de la población mundial y pertenecen al resto de estos grupos, ya que hay mujeres discapacitadas, inmigrantes, refugiadas, etc.) no implica arrancar de una moralidad básica sino de llegar a una moralidad básica mediante el empleo de la igualdad como medio, lo que implica la *diferenciación*, para lograr la igualdad como fin que implica la *equiparación*.

Dicho lo anterior, podemos señalar que la universalidad de los derechos humanos de las mujeres, como hemos visto, es parte de la evolución y el reconocimiento de la necesidad de diferenciación del carácter universal de sus derechos para lograr la igualdad real con los hombres, lo que en no pocas ocasiones ha significado intensas luchas de los movimientos feministas y de mujeres.

En cuanto al relativismo cultural, sostenemos que no puede ningún país ampararse en prácticas tradicionales y costumbres locales para dejar de aplicar el principio de universalidad. Es cierto que las concepciones modernas señalan la importancia del respeto a la diversidad cultural, pero entendida como tal el conjunto de prácticas y tradiciones de una comunidad determinada, siempre y cuando no atenten contra la dignidad humana de las niñas y las mujeres, ni sean una forma de dominación y violencia por razón de género.

Cabe destacar el *Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer* del Secretario General de la ONU (2006: 34-36), donde se refleja

que la cultura afecta la mayoría de las manifestaciones de la violencia contra la mujer en todas partes del mundo. Sin embargo, para establecer la relación entre violencia y cultura es necesario ubicarse en contextos geográficos determinados, más allá de posiciones etnocéntricas que pretenden ver un atentado a los derechos humanos de las mujeres en prácticas culturales propias de países árabes, africanos o, en general, del Tercer Mundo. Queremos destacar que existen patrones culturales en los países industrializados, tales como el culto al cuerpo y cierto tipo o modelo de belleza, que también se constituyen en prácticas nocivas que afectan la vida de las mujeres, como es el caso de la anorexia o la bulimia, padecidas mayoritariamente por las mujeres y que ya empieza a alarmar su presencia en niñas incluso menores de diez años.

Lo dicho anteriormente no implica desconocer la gravedad de ciertas prácticas tradicionales negativas tales como la mutilación de los genitales femeninos, el matrimonio precoz en las niñas, las pruebas de virginidad, el asesinato de viudas, entre otras que, insistimos, no pueden legitimarse amparándose en un supuesto respeto a la diversidad cultural, porque estamos hablando de una flagrante violación de los derechos humanos de las mujeres, y no hay ningún fundamento cultural que permita atentar contra la dignidad humana.

La comunidad internacional tiene una responsabilidad fundamental en evitar que este tipo de prácticas se sigan realizando. Las campañas internacionales en contra de la ablación genital femenina, en contra de la muerte por lapidación de mujeres consideradas adúlteras, entre otras prácticas que han traspasado las barreras nacionales y que han unido a muchas organizaciones no gubernamentales a luchar contra ellas, son un importante paso en la protección de los derechos humanos de las mujeres sin que se acepten distinciones de ningún tipo; sin embargo, al tratarse de prácticas culturales socialmente aceptadas incluso por muchas mujeres, se requiere una fuerte campaña de educación y de concientización sobre sus consecuencias, que en muchas ocasiones pueden ocasionar incluso la muerte de las afectadas. Debe quedar claro que no es un intento de transculturización ni de imponer unas costumbres o culturas sobre otras; se trata de hacer ver a mujeres sometidas a estas prácticas que se atenta contra su dignidad como persona. En el informe del Secretario General de la ONU antes mencionado, se señala que prácticas como la ablación están

declinando aun en países de alta prevalencia debido a la oposición de los grupos de mujeres (Naciones Unidas, 2006: 45).

Como corolario de lo dicho, destacaremos la reflexión realizada por Amnistía Internacional en su informe *Está en nuestras manos. No más violencia contra las mujeres*, donde se señala:

Los derechos humanos son universales, y la violencia contra las mujeres ha hecho universales los abusos contra los derechos humanos. Las mujeres, pese a ser de diferentes países y continentes, tener distinta religión, cultura y origen social, haber recibido educación o ser analfabetas, ser ricas o pobres, vivir en medio de una guerra o en tiempos de paz, están unidas por un denominador común: la violencia, a menudo perpetrada por el Estado o por grupos armados, por la comunidad en la que viven o por su propia familia (2004: 13).

Continuando con las características fundamentales de los derechos humanos es importante resaltar que son *indivisibles, interdependientes y no jerarquizables*. Este reconocimiento se logró en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena, donde se estableció en el párrafo 5 que:

Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.

El derrumbe del Muro de Berlín y el proceso de extinción de los regímenes socialistas de Europa del Este, ocasionó que la antigua disputa ideológica sobre la preeminencia de un tipo de derechos sobre los otros perdiera vigencia, lográndose el consenso en reconocer la interdependencia ya que todos los derechos humanos tienen como fundamento la dignidad humana, la cual no admite cortapisas ni fraccionamientos. Además, la realidad demuestra que es imposible establecer un límite

claramente dibujado de los alcances de un derecho; sirva como ejemplo la relación que tiene el derecho a la vida, considerado como un prerrequisito para el reconocimiento del resto de los derechos, con el derecho a la salud, a la alimentación o a la educación.

Actualmente el derecho a la vida no se garantiza por parte del Estado únicamente respetándolo, es decir, no matando, como hubiese sido la postura de las corrientes liberales. Se requiere que tome medidas para garantizar condiciones que aseguren una vida digna, de lo contrario podríamos preguntarnos ¿qué derecho a la vida garantizado tiene una persona que no tiene alimentación, o vive en condiciones precarias, o estando afectada seriamente su salud?

Desde la perspectiva de las mujeres, ¿de qué sirve el reconocimiento del derecho al trabajo, a obtener igual remuneración por trabajos de igual valor o a la educación si se sigue manteniendo a las mujeres en una situación de subordinación, sin reconocerse el derecho a una vida libre de violencia o los derechos sexuales y reproductivos, el derecho a tener control y decisión sobre su propio cuerpo?

Este planteamiento de la interdependencia e indivisibilidad ha sido particularmente útil para el tratamiento de la violencia contra las mujeres por razones de género como un asunto de derechos humanos, destacando que el único tratado internacional que expresamente reconoce el derecho a una vida libre de violencia es la *Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres*, la cual establece en su artículo 3 que "Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado", lo que ha sido usado como base por los movimientos de mujeres y feministas de Latinoamérica para la reforma o creación de leyes que garanticen este derecho, por lo menos formalmente. Sirvan los ejemplos de México, que aprobó la *Ley general de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia* y Venezuela, con la *Ley orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia*, ambas de 2007, estableciéndose que estas leyes daban cumplimiento a los tratados internacionales en materia de derechos humanos de las mujeres.

Sin embargo, aunque otros instrumentos internacionales de derechos humanos no han hablado propiamente del derecho a una vida libre de violencia, sí han hecho referencia a los derechos humanos de las mujeres que son violados cuando éstas sufren violencia de género, lo que guarda

relación con el carácter indivisible e interdependiente que tienen. En esta línea, la Recomendación General N° 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW), fundamental para el tratamiento del tema que nos ocupa, señala en su párrafo 7:

La violencia contra la mujer, que menoscaba o anula el goce de sus derechos humanos y sus libertades fundamentales en virtud del derecho internacional o de los diversos convenios de derechos humanos, constituye discriminación, como la define el artículo 1 de la Convención. Esos derechos y libertades comprenden:

- a) El derecho a la vida;
- b) El derecho a no ser sometido a torturas o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes;
- c) El derecho a protección en condiciones de igualdad con arreglo a normas humanitarias en tiempo de conflicto armado internacional o interno;
- d) El derecho a la libertad y a la seguridad personales;
- e) El derecho a igualdad ante la ley;
- f) El derecho a igualdad en la familia;
- g) El derecho al más alto nivel posible de salud física y mental;
- h) El derecho a condiciones de empleo justas y favorables.

De esta forma no se recoge un derecho nuevo, pero se hace patente el carácter indivisible e interdependiente de los mismos; vemos como se reconoce que la violencia contra las mujeres afecta derechos de tipo civil, como la vida, la libertad o la integridad, pero también se hace referencia a derechos de tipo económico y social. Esta enunciación no es cerrada, ya que precisamente en virtud del carácter interdependiente que tienen los derechos y las distintas manifestaciones de violencia contra las mujeres por razón de género que pueden generarse, las posibilidades de violaciones de sus derechos son muchas, lo que se agrava en el caso de mujeres que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta como las discapacitadas, las indígenas, las niñas y las adolescentes, las inmigrantes, etc.

El carácter *no jerarquizable* de los derechos humanos implica que todos son iguales de importantes y que no se debe establecer la preeminencia de unos en relación con los otros, salvo en el caso del derecho a la vida,

que lógicamente se constituye en un prerrequisito para el ejercicio del resto, como lo señaláramos.

1.4. El derecho a la igualdad y la no discriminación

Antes de entrar a hablar acerca de la igualdad y su peso en el reconocimiento y protección de los derechos de las humanas, queremos explicar que en este estudio la igualdad implica tres dimensiones que se complementan. En primer lugar, estamos hablando de un principio, ubicándolo dentro de las pretensiones morales inherentes a la dignidad de las personas. En segundo lugar, es un derecho, visto como una pretensión justificada jurídicamente y de la que se posee la titularidad, o se pretende poseer. Tercero, la igualdad es un ideal, es la búsqueda o anhelo de las mujeres en lograr su pleno reconocimiento como personas. De esta forma la línea entre uno y otro significado es muy difusa porque desde la posición que asumimos en este estudio, todas son necesarias para el ejercicio de una ciudadanía plena por parte de las mujeres.

El derecho a la igualdad es quizás la norma que con mayor frecuencia podemos encontrar en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Sin embargo, el análisis del contenido de este derecho presenta distintas posturas. Desde las corrientes liberales este ideal de igualdad excluía a las mujeres. Sin embargo, fue esta misma idea la utilizada por el feminismo liberal para luchar por los derechos de las mujeres, apelando a que eran iguales a los hombres y por tanto tenían los mismos derechos.

Desde los regímenes del socialismo real se pretendió establecer la preeminencia del principio de igualdad como base de la actuación del Estado, sin embargo ello se hizo con restricciones fuertes e incluso violaciones de otros derechos humanos, como la libertad personal, siendo contraria esta concepción al principio mismo que trata de reconocer (Palacios Zuloaga, 2006: 27).

También se estudia este tema haciendo la distinción entre la igualdad *de jure* e igualdad *de facto*, refiriéndose la primera a la igualdad formal establecida en los instrumentos normativos, que aparece consagrada actualmente en las legislaciones tanto nacionales como internacionales; sirva de referencia el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece: "Todas las personas son iguales ante la

ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley". De forma similar es reconocido el derecho a la igualdad en el artículo 24 de la *Convención Americana de Derechos Humanos* y el artículo 3 de la *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos*⁵.

Cabe destacar que en este caso se trata de una norma de igualdad autónoma, ya que ella es aplicable por sí misma y no únicamente en el contexto de una amenaza a otro derecho reconocido por el tratado y en ese sentido, su protección no está limitada a los derechos que éste recoge (Bayefsky, 1990: 3, Naciones Unidas, 1989: párrafo 12).

La igualdad formal por sí sola no garantiza ni igualdad de trato ni igualdad de oportunidades pero creemos que, como señala la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1998: cap. IV), su reconocimiento contribuye al uso del Derecho como herramienta para el cambio social y en ese sentido, "aunque la igualdad formal no garantiza la eliminación de instancias de discriminación en la realidad, su reconocimiento permite impulsar transformaciones en la vida social, reclamando la autoridad del derecho".

Resulta importante destacar que la igualdad *de jure* se concibe como un medio para la realización del principio de igualdad y en todo caso no implica un tratamiento exacto por parte de la legislación de hombres y mujeres, ya que no se puede olvidar que desde los derechos humanos, "Se trata de una igualdad basada en el goce y ejercicio de los derechos humanos que por lo tanto, permite trato distinto, aun por parte de la ley, cuando la situación es distinta" (Facio, 1998: 6).

En las legislaciones nacionales también se reconoce la necesidad de que la igualdad en la ley se convierta en igualdad real y efectiva. La

⁵ Cabe destacar que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no establece el derecho a la igualdad, como derecho autónomo, como lo hacen el Pacto y las otras dos convenciones regionales, sin embargo, ello no implica que no esté presente este principio ya que el artículo 1 dice: "Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título 1 del presente Convenio", mientras que el artículo 24 consagra la no discriminación: "El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación".

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela⁶ así lo consagra en su artículo 21⁷:

Todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia:

(...)

2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Vemos por un lado que se recoge constitucionalmente la obligación de adoptar medidas positivas a favor de grupos en situación de desventaja, como es el caso de las mujeres y, por otro, la obligación de sancionar los abusos que contra ellas se cometan. Se trata de un artículo que integra la perspectiva de género y el enfoque de derechos humanos.

La Constitución española de 1978 también hace referencia a la igualdad real y efectiva, aunque con restricciones porque habla de "los españoles", estableciendo una limitación en razón de la nacionalidad e invisibilizando a "las españolas". En su artículo 14 establece: "Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social", lo cual es complementado con lo establecido en el artículo 9.2:

Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

⁶ Texto recuperado el 10 de junio de 2010 de la página web del Tribunal Supremo de Justicia: <http://www.tsj.gov.ve/legislacion/constitucion1999.htm>

⁷ Aunque aún falta mucho para conseguirse en la realidad.

Nuevamente nos encontramos que el texto constitucional establece la obligación que tienen, en este caso expresamente los poderes públicos, de lograr la igualdad en la práctica.

Observamos entonces que la igualdad *de jure* y la igualdad *de facto*, o igualdad real y efectiva, no se oponen sino que por el contrario, se complementan. Para que una norma o disposición proteja efectivamente a todas las personas, es necesario que se tome en cuenta la situación en la que éstas se encuentran en la realidad y ello supone tener en cuenta que hay grupos que por distintas razones históricas, sociales, u otras, están en una situación de desventaja, lo que implica que el reconocimiento formal de su derecho a la igualdad, si lleva a un tratamiento exacto al del resto de las personas que no están en su condición, mantendrá a estos grupos en una situación de desigualdad. Por ello, desde el enfoque de los derechos humanos con perspectiva de género existe la obligación por parte de los Estados de adoptar las medidas, incluso de tipo legislativo, para contrarrestar las desigualdades que el sistema genera. Desde esta visión, tal y como expresa Alda Facio (1998: 4), es necesario comprender que es asimétrico el punto de partida de hombres y mujeres, que no empiezan con las mismas oportunidades por causas socialmente construidas y por tanto, la aplicación de reglas neutrales traerá como consecuencia resultados desiguales.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe sobre el *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas* (2007: 42), hace uso del criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana para explicar el principio de igualdad bajo los criterios de reconocimiento de las diferencias. Al respecto se sostiene que una ley que no establece diferencias de trato y se aplique a todas las personas por igual, puede protegerlas de manera diferente y, en ese sentido, se precisa la igualdad de protección, lo que permitirá asegurar efectivamente los mismos derechos, libertades y oportunidades. Según esta Corte, esta dimensión del principio de igualdad es sustantiva y positiva. Es *sustantiva* porque hace una comparación entre los grupos para determinar si el tipo de protección que reciben y el grado en que se les otorga es desigual, cuando debería ser igual. Es *positiva* porque si se presenta una desigualdad injustificada en razones objetivas relativas al goce efectivo de derechos, el Estado debe adoptar medidas para asegurar igual protección. De esta manera, para conocer si esta dimensión del

derecho a la igualdad ha sido violada, es necesario constatar el grado de protección recibida y si existen desigualdades, establecer si se han adoptado medidas para superarlas.

La segunda dimensión que trata la Corte colombiana se refiere a la protección en mayor medida de los derechos de ciertas personas pertenecientes a grupos discriminados o marginados, ya que en estos casos se establece un deber especial del Estado de otorgarles un trato preferente o una protección especial. Según este razonamiento, "la igualdad se protege cuando la legislación y las políticas públicas toman en consideración las específicas circunstancias y características de aquellas personas que se encuentran en una posición de desventaja social, política, económica o legal" (*Ibíd.*). En el caso de las mujeres, el derecho a la igualdad se protege cuando los estados toman medidas para sancionar y erradicar la violencia por razón de género, y además se concientiza que el trato preferente que ha de dárseles no genera desigualdad sino que, por el contrario, busca equiparar las desventajas sociales existentes.

El desarrollo del derecho a la igualdad como reconocimiento de las diferencias pretende explicar los elementos que deben considerarse para que las mujeres puedan tener un derecho a la igualdad real y efectivo; es preciso tomar en cuenta que debido a las relaciones de poder históricamente desiguales entre los sexos, éstas se encuentran en una situación de desventaja que hace necesaria la adopción de medidas especiales de distintos tipos, que contribuyan a lograr una protección real y un ejercicio efectivo de sus derechos. Pero además, se precisa erradicar las distintas manifestaciones de violencia contra la mujer por razón de género, porque mientras éstas se vean afectadas y maltratadas por ser mujeres, es imposible hablar del logro de una igualdad real para todas y todos. "La violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre" (Naciones Unidas, Comité CEDAW, 1994: 1).

El principio de no discriminación es la otra cara de la igualdad, su importancia en el reconocimiento y ejercicio efectivo de los derechos de las mujeres es tal que en el marco de la Organización de las Naciones Unidas se adoptó el 18 de diciembre de 1979 la *Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*⁸ (CEDAW, por sus

⁸ Documento recuperado el 10 de junio de 2010 de la página web de las Naciones Unidas: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>

siglas en inglés), entrando en vigor el 3 de septiembre de 1981 después de haber conseguido la ratificación de veinte estados.

La CEDAW, se conoce como la Carta Internacional de los Derechos Humanos de las Mujeres al ser el primer instrumento internacional que incluye, explícita e implícitamente, todos sus derechos al prohibir todas las formas de discriminación por razones de sexo, siendo lo novedoso el tratamiento que le da a la prohibición de discriminación que, si bien es cierto estaba consagrada en otros instrumentos internacionales, éstos seguían una postura androcéntrica, mientras que en la CEDAW se toman en cuenta las necesidades de las mujeres (Facio, 1998: 1).

En el artículo 1 de la CEDAW, se define la discriminación contra la mujer como

toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Un análisis del contenido de este artículo nos permite exponer los alcances de esta convención y lo que significa en el reconocimiento, goce y garantía de los derechos de las humanas.

En primer lugar, al señalar que puede tratarse de una **distinción, exclusión o restricción** basada en el sexo, deja abierta la posibilidad de establecer distintas manifestaciones de la discriminación, que no siempre encierra una exclusión absoluta e incluso puede revestir la forma de derechos.

Segundo, al decir que la distinción, exclusión o restricción **tenga por objeto o por resultado**, deja claramente establecido que se puede estar en presencia de discriminación contra la mujer, aun cuando no exista la intención de discriminar. De esta manera se discrimina contra la mujer cuando una ley, una política pública o cualquier medida la excluye expresamente en función del sexo, pero también cuando una de estas actuaciones expresadas supuestamente en forma neutra, causa un perjuicio a las mujeres o no las incluye, como es el caso de la discriminación

indirecta⁹, sobre la cual los movimientos de mujeres y feministas deben agudizar sus sentidos, porque en la actualidad es más factible que se dé este tipo de discriminación a la directa, aunque esta última siga ocurriendo.

También tiene por resultado la discriminación aquella conducta de los estados cuando se niegan al establecimiento de medidas especiales a favor de las mujeres víctimas de violencia por razón de género, bajo el argumento de que se estaría discriminando a los hombres al no protegerseles de igual forma. Este razonamiento lo que supone es una visión androcéntrica y patriarcal que no reconoce a las mujeres su situación de subordinación por razones históricas ni establece medidas para que éstas gocen efectivamente de sus derechos.

Tercero, la conducta puede **menoscabar o anular** los derechos humanos de las mujeres, lo que significa que la afectación puede ser total y anular el derecho completamente o ser parcial, corresponder a una parcela del mismo, a un contexto determinado que limita dicho derecho.

Cuarto, la discriminación puede darse en el **reconocimiento, goce o ejercicio** de los derechos, es decir, en cualquiera de las etapas de los derechos humanos, a saber: en el reconocimiento, cuando una ley lo consagra como derecho, donde puede expresamente excluirse a las mujeres; el goce, a las necesidades que se satisfacen con ese derecho; y en el ejercicio, que implica que existan mecanismos que permitan a las titulares de derechos, hacer valer los mismos cuando hayan sido violados y lograr su reparación.

En este sentido, las obligaciones que la CEDAW consagra y que deben cumplir los estados partes son: 1) reconocer los derechos de las mujeres; 2) proveer las condiciones materiales y espirituales para poder disfrutarlos efectivamente; y 3) crear los mecanismos institucionales que permitan

⁹ "Puede haber discriminación indirecta contra la mujer cuando las leyes, las políticas y los programas se basan en criterios que aparentemente son neutros desde el punto de vista del género pero que, de hecho, repercuten negativamente en la mujer. Las leyes, las políticas y los programas que son neutros desde el punto de vista del género pueden, sin proponérselo, perpetuar las consecuencias de la discriminación pasada. Pueden elaborarse tomando como ejemplo, de manera inadvertida, estilos de vida masculinos y así no tener en cuenta aspectos de la vida de la mujer que pueden diferir de los del hombre. Estas diferencias pueden existir como consecuencia de expectativas, actitudes y comportamientos estereotípicos hacia la mujer que se basan en las diferencias biológicas entre los sexos. También pueden deberse a la subordinación generalizada de la mujer al hombre" (Recomendación General N° 25, CEDAW, ONU, 2004: 10).

denunciar su violación y lograr la reparación. El cumplimiento de estas tres obligaciones es fundamental para asegurar a las mujeres una vida libre de violencia, como lo explicaremos en la siguiente parte de este trabajo.

Quinto, al incluir esta definición de discriminación la frase **independientemente de su estado civil**, busca principalmente dejar expresamente establecido que esta convención prohíbe cualquier tipo de discriminación contra las mujeres, incluidas las que se dan en el matrimonio. Cabe destacar que esta prohibición ha sido una de las razones por las cuales la CEDAW es uno de los tratados con el mayor número de reservas, ya que muchos estados no reconocen la igualdad de derechos en el matrimonio. Sin embargo, el Comité de la CEDAW y distintas corrientes de pensamiento han denunciado que la mayoría de estas reservas atentan contra el fin mismo de la convención.

Sexto, al establecerse que se prohíbe la discriminación **sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer**, se señala que las mujeres son iguales a los hombres en dignidad y derechos, reconociéndose la concepción de igualdad de la cual hablamos, no androcéntrica sino que toma en cuenta las experiencias de las mujeres y protege sus derechos humanos.

Séptimo, el párrafo donde se establece que la discriminación está prohibida **en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera** significa que no existe ningún ámbito de actuación humana donde pueda permitirse la discriminación de las mujeres, ni en la esfera pública ni en la privada, que incluye la familiar, donde se dan muchas violaciones de sus derechos humanos (Facio, 1998: 5-6).

Este enfoque que visibiliza a las mujeres ha permitido que otros órganos de las Naciones Unidas tales como el *Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación racial* (CERD, por sus siglas en inglés) en su Recomendación General N° 25 se haya pronunciado sobre la discriminación que sufren las mujeres no sólo por razón de género sino por otros factores, en este caso por su origen étnico¹⁰, alegando que determinadas manifestaciones de discriminación racial:

¹⁰ Cabe destacar que uno de los cuestionamientos que se le hacían a la CEDAW, era que establecía un criterio de discriminación adecuado a las mujeres blancas y occidentales, reproduciendo la invisibilidad que criticaba al no visibilizar las experiencias de otras mujeres (Frías y Hurtado, 2010: 2), sin hacer el cruce entre género y etnia. Con esta recomendación del CERD, se realiza un análisis integrador de las relaciones de género y la manera en que ciertas manifestaciones de violencia racial afectan de forma específica o particular a las mujeres por razón de género.

pueden dirigirse contra las mujeres en calidad de tales como, por ejemplo, la violencia sexual cometida contra las mujeres de determinados grupos raciales o étnicos en detención o durante conflictos armados; la esterilización obligatoria de mujeres indígenas; el abuso de trabajadoras en el sector no estructurado o de empleadas domésticas en el extranjero. La discriminación racial puede tener consecuencias que afectan en primer lugar o únicamente a las mujeres, como embarazos resultantes de violaciones motivadas por prejuicios raciales; en algunas sociedades las mujeres violadas también pueden ser sometidas a ostracismo. Además, las mujeres pueden verse limitadas por la falta de remedios y mecanismos de denuncia de la discriminación a causa de impedimentos por razón de sexo, tales como los prejuicios de género en el ordenamiento jurídico y la discriminación de la mujer en la vida privada (Naciones Unidas, CERD, 2000: 1).

De esta manera podemos plantear las discriminaciones múltiples que se evidencian en la vida de muchas mujeres y que las colocan en una posición de mayor vulnerabilidad; sirva como ejemplo el caso de las trabajadoras domésticas en Europa provenientes de América Latina, Asia o África y que se encuentran en una situación administrativa irregular, siendo objeto de discriminación múltiple: por mujer, por pobre, por inmigrante, y también pueden ser múltiples las manifestaciones de violencia: por su pareja; en el trabajo por la patrona o el patrono, que se vale de su situación irregular; por las instituciones del Estado que la tratan como persona de segunda categoría; por los hombres, que la ven como objeto sexual y buscan apropiarse de su cuerpo y arrebatarle su dignidad (Fernández Matos, 2006: 83 y ss.).

Continuando con las disposiciones de la CEDAW, es de hacer notar que esta convención establece la obligación de los estados de adoptar medidas especiales de carácter temporal, llamadas también medidas de acción afirmativa, de acción positiva y mal llamadas "discriminación inversa" o "discriminación positiva". Estos dos últimos términos pueden generar confusión, ya que el uso más común de la palabra 'discriminación' en el lenguaje de los derechos humanos supone exclusión, segregación y violación de derechos y usar este calificativo para hacer referencia a unas medidas que implican todo lo contrario, ya que buscan que las mujeres puede efectivamente disfrutar de sus derechos humanos y acelerar el logro de la igualdad sustantiva, puede ocasionar resistencia e incluso ser

usado desde una perspectiva legalista androcéntrica para afirmar que su implementación supone la discriminación de los hombres¹¹.

Señala el artículo 4.1 de la CEDAW en relación con las medidas de acción positiva:

La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.

El Comité CEDAW, en su Recomendación General N° 25 (Naciones Unidas, 2004: 3) establece el alcance de las medidas especiales de carácter temporal. Lo primero que deseamos destacar es que en esta recomendación se expresa que existen tres obligaciones que los estados deben cumplir para la eliminación de la discriminación, éstas son:

- A. Garantizar que no haya discriminación directa ni indirecta contra las mujeres en las leyes y que tanto en el ámbito público como en el privado estén protegidas por tribunales competentes y por la existencia de sanciones y otras formas de reparación.
- B. Mejorar la situación de facto de las mujeres adoptando programas y políticas concretos y eficaces.
- C. Enfrentar los estereotipos basados en el género que afectan a la mujer no sólo mediante actos individuales, sino también porque

¹¹ El Comité CEDAW indica que "Las palabras "acción afirmativa" se utilizan en los Estados Unidos de América y en varios documentos de las Naciones Unidas, mientras que "acción positiva" tiene uso difundido en Europa y en muchos documentos de las Naciones Unidas. No obstante, "acción positiva" se utiliza también en otro sentido en las normas internacionales sobre derechos humanos, para describir sobre "una acción positiva del Estado" (la obligación de un Estado de tomar medidas en contraposición de su obligación de abstenerse de actuar). Por lo tanto, la expresión "acción positiva" es ambigua porque no abarca solamente medidas especiales de carácter temporal en el sentido del párrafo 1 del artículo 4 de la Convención. Las expresiones "discriminación en sentido inverso" o "discriminación positiva" han sido criticadas por varios comentaristas por considerarlas incorrectas" (Naciones Unidas, 2004: 10).

se reflejan en las leyes y las estructuras e instituciones jurídicas y sociales.

Estas obligaciones deben cumplirse de forma integrada por los estados partes y trascienden de la obligación jurídica formal de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la búsqueda de la igualdad sustantiva. Es en este contexto que se deben adoptar las medidas especiales de carácter temporal y en este sentido explica el Comité CEDAW:

Las medidas que se adopten en virtud del párrafo 1 del artículo 4 por los Estados Partes deben tener como finalidad acelerar la participación en condiciones de igualdad de la mujer en el ámbito político, económico, social, cultural y civil, o en cualquier otro ámbito. El Comité considera la aplicación de estas medidas no como excepción a la regla de no discriminación sino como forma de subrayar que las medidas especiales de carácter temporal son parte de una estrategia necesaria de los Estados Partes para lograr la igualdad sustantiva o *de facto* de la mujer y el hombre en el goce de sus derechos humanos y libertades fundamentales. Si bien la aplicación de medidas especiales de carácter temporal a menudo repara las consecuencias de la discriminación sufrida por la mujer en el pasado, los Estados Partes tienen la obligación, en virtud de la Convención, de mejorar la situación de la mujer para transformarla en una situación de igualdad sustantiva o *de facto* con el hombre, independientemente de que haya o no pruebas de que ha habido discriminación en el pasado. El Comité considera que los Estados Partes que adoptan y aplican dichas medidas en virtud de la Convención no discriminan contra el hombre (*Ibíd.*: 5).

En ese sentido, el establecimiento de las medidas lo que busca es equiparar a las mujeres con los hombres en el ejercicio efectivo de sus derechos y atacar la discriminación histórica que han padecido éstas. Sin embargo, cabe destacar su carácter temporal, que implica un lapso o término y no tienen carácter permanente, deben durar hasta que se logre superar la situación de desigualdad. Al señalar que se trata de medidas, implica que pueden ser de distinta índole: leyes, programas, políticas, estrategias, coordinaciones de los distintos entes públicos y con la sociedad civil para acelerar la igualdad sustantiva.

Es preciso advertir que estas medidas de carácter temporal no deben ser confundidas con condiciones generales que deben establecer los estados para asegurar a las mujeres una vida digna y el respeto de sus derechos como humanas; ello incluye el derecho a una vida libre de violencia por razones de género. En este sentido, no debe considerarse que los tipos penales que protegen especialmente a las mujeres víctimas de violencia por razones de género sean medidas especiales ya que, como señala Patricia Laurenzo (2005: 20), el Derecho Penal está dentro de un ámbito sancionador que nada tiene que ver con medidas de acción positiva, las cuales sólo tienen sentido como concesión de ventajas directas en el acceso a bienes de grupos marginados, para favorecer su participación social. Las leyes o normas penales contra la violencia otorgan una tutela reforzada a un grupo de la población (las mujeres), cuya vida, libertad e integridad se encuentran expuestas a una amenaza especialmente grave e intensa.

2. La violencia contra las mujeres por razón de género (VMG)

El estudiar la violencia contra las mujeres como un asunto de derechos humanos tiene la ventaja de ser un marco holístico de análisis, ya que implica que para el pleno ejercicio de todos los derechos y todas las libertades de las mujeres se precisa erradicar este tipo de violencia que atenta contra la igualdad real entre hombres y mujeres y las mantiene en una situación de discriminación, así lo ha reconocido el Comité CEDAW, en su recomendación N° 19, como lo señaláramos en el apartado anterior.

Hablar de una vida libre de violencia para las mujeres supone: prevenir la violencia, evitando que ocurra; sancionarla, castigando a los responsables y agresores de actos de esta naturaleza; y erradicarla, siendo el fin último a alcanzar para que las mujeres logren el verdadero respeto de su dignidad como personas. En definitiva, se ha de cuestionar el paradigma que legitima la desigual situación de las mujeres y los hombres en el mundo, la subordinación y la inexistencia simbólica de las mujeres, para hacer visibles las dimensiones de este tipo de violencia (Magallón Portolés, 2003: 34-35).

La utilización de este enfoque requiere que se ubique el marco normativo desde el cual se realiza el estudio, a saber: los instrumentos en materia de derechos humanos de las mujeres suscritos y ratificados por

los estados en distintos ámbitos de actuación internacional, bien sea en el marco de las Naciones Unidas como única entidad con pretensiones de universalidad, o de sistemas regionales. Además, al tratarlo como elemento dinamizador de la transformación social que asegure a las mujeres una vida libre de violencia, implica hacer referencia a las decisiones de estos órganos internacionales para mostrar la posición asumida en defensa de los derechos y en el establecimiento de garantías para su ejercicio.

Se precisa delimitar lo que se entiende como violencia contra las mujeres por razón de género, para ello estableceremos sus diferencias con otras manifestaciones de violencia que se dan en la sociedad. También es necesario hablar de los aportes hechos desde las teorías feministas¹² para el estudio de este tema.

2.1. El aporte de las teorías feministas

En esta parte haremos referencia al género y al patriarcado, elementos presentes en el análisis de la VMG con enfoque de derechos humanos.

En relación con el género, lo asumimos en este trabajo como categoría de análisis que permite describir las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres. Hacemos esta aclaratoria porque hoy día existe una polémica entre distintas corrientes del feminismo para darle contenido a este término, lo que sin duda enriquece el debate, pero trae como consecuencia que se relativice lo que el tratamiento de esta categoría ha significado para las mujeres desde los derechos humanos, independientemente de su clase social, orientación sexual, etnia, origen, etc.¹³.

La historia del término *género* ha sido rica ya que ha pasado por distintas disciplinas, desde su uso a partir de la lingüística, en la medicina y la psiquiatría a mediados de los años cincuenta, y de allí pasó a las ciencias sociales y a las teorías feministas. En sus inicios se convirtió en un concepto clave de las teorías que estaban en contra del determinismo biológico. Primero fue el médico John Money quien en 1955 tomó el

¹² Hablamos de teorías, en plural, porque sabemos que hay distintos posicionamientos ideológicos dentro del feminismo que escapan de este estudio.

¹³ Ver al respecto el artículo de Asunción Oliva Portolés (2005) titulado "Debate sobre el género".

término *gender* de la lingüística para usarlo en su estudio de la sexualidad cuando investigaba sobre el hermafroditismo y, posteriormente, fue el psiquiatra Robert Stoller quien le dio mayor relieve al empezar a referirse a la identidad de género¹⁴, señalando en su obra *Sex and Gender* que este vocablo no tenía un significado biológico sino psicológico y cultural. Señalaba Stoller que lo determinante en la identidad sexual no era el sexo biológico, sino el ser socializado/a desde el nacimiento, o incluso antes, como perteneciente a uno u otro sexo y de esta manera llegó a la conclusión de que la asignación de roles es más determinante en la consolidación de la identidad sexual que la carga genética, hormonal y biológica. A esta identidad fundamentada en la asignación de roles la llamó identidad de género (Facio, 1992: 40; Oliva Portolés, 2005: 15 y ss.).

En 1970 Kate Millet, en su obra *Política sexual*, cita el texto de Stoller y usa la categoría cultural de mujer de Simone de Beauvoir ("No se nace mujer, se llega a serlo") para plantear que el género depende de ciertos factores adquiridos, independientemente de la fisiología y anatomía de los órganos genitales. Escribe esta autora que la "conducta sexual" es el fruto del aprendizaje que comienza con una "socialización" temprana del individuo y queda reforzada por la experiencia del adulto. Asimismo hace referencia al sistema patriarcal y lo que éste significa en el control de las personas: "La influencia que ejercen sobre nosotros las normas patriarcales, sobre el temperamento y el papel de los sexos, no se deja empañar por la arbitrariedad que suponen (...) el patriarcado es una ideología dominante que no admite rival; tal vez ningún otro sistema haya ejercido un control tan completo sobre sus súbditos"¹⁵. De esta

¹⁴ Actualmente la "identidad de género" es un concepto muy usado por los colectivos de gays, lesbianas, bisexuales, transexuales y transgénero para el reconocimiento de sus derechos humanos. Es así que en los *Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*, se define este último como:

la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales (Documento recuperado el 20 de junio de 2010 en la página web: http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_sp.pdf).

¹⁵ Kate Millet. *Política sexual*, citada por Oliva Portolés, 2005: 20.

manera, cuando la noción de género surge en el feminismo, lo hace vinculada al patriarcado y a la división de poder (Oliva Portolés, 2005: 21).

Escapa de este estudio un análisis profundo de todas las posiciones que se han asumido sobre el género, sin embargo, queremos destacar que compartimos la visión de algunas autoras que plantean la necesidad de redefinir y reestructurar el género "en conjunción con una visión de igualdad política y social que comprende no sólo el sexo, sino también la clase y la raza" (Scott, 1996: 302). Esta conjunción del género con otras categorías como etnia, origen, clase social, orientación sexual, etc., es fundamental en la construcción de las identidades de las mujeres y ha sido uno de los cuestionamientos clave que desde el feminismo postcolonial y el feminismo del Tercer Mundo¹⁶ se ha hecho a las teorías que pretenden homogeneizar al sujeto mujer, usando como modelo o tipo ideal la mujer blanca, educada y occidental, sin tomar en cuenta cómo la construcción de género se ve permeada por la etnia, la clase social, el origen, la orientación sexual, u otros.

En la *IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres*, de la cual hemos hablado, la presencia de mujeres de todo el mundo puso de relieve la importancia de tomar en cuenta sus experiencias, "(r)econociendo las voces de las mujeres del mundo entero y teniendo en cuenta la diversidad de las mujeres y sus papeles y circunstancias" (ONU, 1996: 15). También en el punto 4 de la Plataforma para la Acción, titulado "Objetivos estratégicos y medidas", se establece:

se reconoce que las mujeres hacen frente a barreras que dificultan su plena igualdad y su progreso debido a factores tales como su raza, edad, idioma, origen étnico, cultura, religión o sus discapacidades, por pertenecer a comunidades indígenas o por otros factores. Muchas mujeres se enfrentan con obstáculos específicos relacionados con su situación familiar, particularmente en familias monoparentales, y con su situación socioeconómica, incluyendo sus condiciones de vida en zonas rurales, aisladas geográficamente o empobrecidas. También existen otras barre-

¹⁶ Escribía Alda Facio, abogada costarricense defensora de los derechos de las humanas, en el año 1992: "Es de esperar que las feministas del primer mundo algún día tengan suficiente poder y conciencia como para entender que en nuestros países las mujeres, además de necesitar comida, necesitamos conocer nuestra realidad desde nosotras mismas" (pág. 15).

ras adicionales en el caso de las mujeres refugiadas, de mujeres desplazadas, incluso en el interior del país, y de las mujeres inmigrantes y migrantes, incluyendo las trabajadoras migrantes. Muchas de ellas se ven además, particularmente afectadas por desastres medioambientales, enfermedades graves e infecciosas y por las diversas formas de violencia contra ellas¹⁷ (*Ibíd.*: 55).

Este reconocimiento de las diferencias no divide el movimiento de mujeres, por el contrario lo fortalece, porque reconoce las distintas vivencias y trayectorias de las mujeres sin caer en reduccionismos que pretenden encasillarlas en la idea de "mujer" en singular, invisibilizándolas y cometiendo el mismo error que se critica a las posturas tradicionales de los derechos humanos. De esa manera, se deja abierto el camino en la búsqueda de la igualdad real y efectiva. También cabe destacar del párrafo anterior, su referencia a las distintas formas de violencia que padecen las mujeres como barrera que obstaculiza el logro de esta igualdad.

Aclarada la imbricación del género por otras categorías analíticas, se requiere darle contenido al término desde la perspectiva de los derechos humanos, para ello haremos uso del concepto establecido en el *Estudio mundial sobre el papel de la mujer en el desarrollo, 1999: Mundialización, género y trabajo*, de las Naciones Unidas (1999b: pár. 16):

El género se define como los significados sociales que se confieren a las diferencias biológicas entre los sexos. Es un producto ideológico y cultural aunque también se reproduce en el ámbito de las prácticas físicas; a su vez, influye en los resultados de tales prácticas. Afecta la distribución de los recursos, la riqueza, el trabajo, la adopción de decisiones y el poder político y el disfrute de los derechos dentro de la familia y en la vida pública. Pese a las variantes que existen según las culturas y la época, las relaciones de género en todo el mundo entrañan una asimetría de poder entre el hombre y la mujer como característica profunda. Así pues, el género produce estratos sociales y, en ese sentido, se asemeja a otras fuentes de estratos como la raza, la clase, la etnicidad, la sexualidad y la edad. Nos ayuda a comprender la estructura social de la identidad de las personas según su género y la estructura desigual del poder vinculada a la relación entre los sexos.

¹⁷ Las negrillas son nuestras.

Una explicación de los elementos presentes en esta definición nos lleva a resaltar algo que hemos venido sosteniendo a lo largo de este estudio: las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres, convirtiéndose esta asimetría de poder en una característica profunda de la sociedad que coloca a las personas del sexo femenino en una situación de subordinación. Hemos visto como este fenómeno se ha traducido en el campo de los derechos humanos como una negación de la condición de ciudadanas a las mujeres hasta las últimas décadas del siglo XX, y que en la actualidad sigue sin conseguirse completamente.

El uso de esta categoría permite examinar cómo las estructuras sociales, políticas, económicas, así como la distribución de bienes y recursos en la sociedad, establecen diferencias entre las personas fundadas en el género al cual se pertenece, y llevan a invisibilizar a las mujeres en los espacios públicos y de decisión, a restarles capacidad para la autonomía personal e incluso negarles recursos para la satisfacción de necesidades básicas, lo que contribuye a que se esté evidenciando una profunda y cada vez más extensa feminización de la pobreza, todo lo cual repercute en la obtención de la igualdad real y efectiva y en el disfrute del resto de los derechos humanos, además de ser espacios donde la discriminación y la violencia se mantienen.

No obstante, al ser el género una construcción social –y allí su fuerza como discurso además de categoría analítica–, es cambiante, modificable, de manera que puede servir como elemento transformador de la realidad y tratar de corregir las desigualdades.

Debemos subrayar que la raíz del problema no está en las diferencias, sino en la construcción de un sistema social que a partir de éstas, que son mínimas entre los seres humanos, coloca a las mujeres en una situación de desventaja que se traduce en el campo de los derechos humanos como desigualdad, discriminación y violencia por razón de género. María Luisa Maqueda Abreu (2006: 02:2) señala que el género se constituye como resultado

de un proceso de construcción social mediante el que se adjudican simbólicamente las expectativas y valores que cada cultura atribuye a sus varones y mujeres. Fruto de ese aprendizaje cultural de signo machista, unos y otras exhiben los roles e identidades que les han sido asignados bajo la etiqueta del género. De ahí la prepotencia de lo masculino y la

subalternidad de lo femenino. Son los ingredientes esenciales de ese orden simbólico que define las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, origen de la violencia de género.

Esa explicación de la violencia contra las mujeres en clave cultural, no biológica, es la que define la perspectiva de género.

En este sentido, el uso de la perspectiva de género en los derechos humanos presenta las siguientes características:

- Permite una protección más eficaz de las mujeres por el sistema internacional de los derechos humanos al tomar en cuenta sus particularidades y los problemas que enfrentan, propios de su género. En ese sentido, posibilita la efectiva tutela de sus derechos.
- La *Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, que significó un aporte valioso al tema de los derechos humanos, incorpora esta perspectiva al establecer expresamente acciones destinadas a proteger los derechos de las mujeres en caso de discriminación y la responsabilidad de los estados por las violaciones de éstos tanto en el ámbito público como en el privado, incluidas las esfera de las relaciones domésticas o familiares¹⁸.
- Relacionado con el punto anterior, la aplicación de la perspectiva de género se constituye en un factor fundamental en el reconocimiento de la discriminación y la violencia contra las mujeres como dos problemas claves que afectan el ejercicio de sus derechos humanos y, por tanto, requieren de sistemas de protección más específicos que amparen estos derechos con más precisión.
- Contribuye al establecimiento de medidas de acción positiva que permiten lograr que la igualdad formal se concrete en la posibilidad real de tener condiciones equitativas, y a largo plazo estas medidas permiten avanzar en la lucha contra la pobreza y la

¹⁸ El 10 de diciembre de 1999 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó un Protocolo Facultativo de la *Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* (CEDAW) que permite al Comité CEDAW recibir peticiones individuales o grupales relacionadas con violaciones de los derechos consagrados en la convención y a emitir decisiones en la forma de "opiniones y recomendaciones". No emite sentencias.

feminización de la misma, así como al ejercicio de la ciudadanía por las mujeres en igualdad de condiciones que los hombres.

De este modo queda claro por un lado, que género no es sinónimo de mujer, aunque sea usado en ocasiones de esta manera y, por el otro, que su uso como categoría analítica permite establecer las relaciones asimétricas de poder que colocan a las mujeres en una situación de desventaja. En este sentido, cuando se habla de violencia por razones de género nos estamos refiriendo a "una categoría específica de violencia social que tiene su origen en la discriminación estructural de la mujer por el reparto no equitativo de roles sociales y que no tiene parangón en el sexo masculino" (Laurenzo Copello, 2005: 1).

La *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*¹⁹, de España (Ley de Protección Integral), también se refiere a este tipo de violencia específica. Desde la exposición de motivos queda establecido que no es un problema que afecte el ámbito privado sino que "se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión".

Este elemento es lo que distingue este tipo de violencia de otras manifestaciones de violencia social: que se dirige contra las mujeres por el hecho de serlo. Es cierto que los hombres pueden ser víctimas de distintas formas de violencia, pero no por razones de género²⁰; sirvan, de ejemplo los casos de homicidios: los hombres pueden ser asesinados por razones religiosas, étnicas, políticas, ideológicas, culturales, nacionales, etc., pero no son asesinados en su condición de hombres, como sí ocurre en el caso de las mujeres, y de allí la necesidad de reconocer el feminici-

¹⁹ Texto recuperado el 10 de marzo de 2010 de la página web del *Boletín Oficial del Estado*: http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?id=BOE-A-2004-21760

²⁰ Hay algunas concepciones que alegan que también existe la violencia de género contra los hombres porque ellos han sido socializados para ser agresivos, competitivos, temerarios, etc., sin embargo, desde nuestra postura, en la violencia de género está implícita la idea de inferioridad y subordinación de las mujeres, lo que no ocurre en estas manifestaciones de violencia en los hombres. Es nuestro criterio que la violencia de género no incluye a los hombres heterosexuales.

dio²¹, que no se refiere únicamente al "exterminio de mujeres", como se pretende hacer ver para negarle importancia, justificando que ya se encuentra reconocido este delito (el de homicidio, independientemente del sexo de la víctima) en las legislaciones penales; se trata de reflexionar y visibilizar los procesos que conducen al feminicidio y definirlo como aquellas acciones que tienden a controlar y eliminar a las mujeres a través del temor, el daño y la violencia, de esta manera obligarlas a sobrevivir en la inseguridad, amenazadas y en condiciones infrahumanas donde no se garantizan las necesidades vitales ni se respeta su dignidad como persona. Como señala Marcela Lagarde (s.f.: 14), "(e)l feminicidio implica normas coercitivas, políticas expoliadoras y modos de convivencia enajenantes que, en conjunto, componen la opresión de género, y en su realización material conducen a la eliminación material y simbólica de mujeres y al control del resto", y agrega que la opresión de las mujeres tiene una profunda marca feminicida ya que llevar a la práctica una acción personal y cotidiana o una política institucional de este signo "implica la concertación consciente e inconsciente de quienes ejercen la dominación y se benefician de ella" (*Ibid.*), lo que guarda estrecha relación con el sistema de dominación patriarcal del cual hablaremos a continuación.

El patriarcado es visto como un mecanismo de dominación mediante el cual se establece una jerarquización en las relaciones entre los géneros. Se usa este término para definir la ideología y las estructuras institucionales que mantienen la opresión de las mujeres y en ese sentido, se trata de relaciones de poder donde la construcción del orden social está dado por las reglas, valores, principios y normas del grupo dominante: los hombres. Además, remite a una situación de conflicto por la distinta posición de poder que ocupan las mujeres y los hombres (Miguel Álvarez, 2003: 13; Facio, 1992: 28; Oliva Portolés, 2005: 55-57).

Como sistema de dominación, el patriarcado permea todos los ámbitos humanos, a saber: el político, económico, social, educativo, religioso,

²¹ En el *Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer* (Naciones Unidas, 2006: 77-78) se hizo referencia a que distintos trabajos e investigaciones sobre el feminicidio habían comprobado que "las características de los asesinatos de las mujeres son muy diferentes de las de los asesinatos de los hombres y con frecuencia comprenden aspectos de violencia doméstica, celos extremos y posesividad o pasión, litigios sobre la dote o cuestiones de "honor". Además, frecuentemente están acompañados por violencia sexual".

cultural, entre otros, de forma que todas las instituciones están enmarcadas dentro de este sistema y representan las aspiraciones y la ideología de quienes detentan el poder y "requiere de la violencia como dispositivo real y simbólico para el disciplinamiento de las mujeres" (Frías y Hurtado, 2010: 14).

La socialización patriarcal ejerce un rol determinante en el mantenimiento y la profundización de la violencia por razones de género y en las distintas manifestaciones de discriminación contra las mujeres, convirtiéndose en el principal mecanismo para su reproducción.

De esa forma, desde las instituciones que controlan y mantienen la jerarquía entre los géneros, tales como la educación, la familia, las religiones, la política, la economía, etc., se transmiten los estereotipos de género que se refieren a una concepción de las características, roles o papeles que son o deberían ser poseídos por hombres y mujeres de acuerdo con la posición que le otorga el orden patriarcal a cada uno de los sexos, convirtiéndose dichos estereotipos en un obstáculo para el ejercicio de los derechos humanos de las mujeres y atentar contra su autonomía²².

Es contra este sistema de dominación con el cual ha estado enfrentado y luchado el movimiento feminista a lo largo de la historia, que puede variar su forma de manifestarse de una cultura a la otra, de un tiempo a otro, pero lo que permanece vigente es que aquellas conductas y roles considerados propios de los hombres tienen mayor valor que los asignados a las mujeres, quienes se mantienen en una posición de subordinación, lo que significa el ejercicio de una violencia estructural porque niega, relativiza y naturaliza lo que implica la violencia y la discriminación en la vida de las mujeres, lo que trae como consecuencia la violación de sus derechos humanos en los distintos entornos geográficos, políticos, sociales y económicos (Arroyo Vargas, 2004: 75-76).

2.2. La violencia de género

Se requiere seguir delimitando lo que se entiende por violencia contra las mujeres por razón de género, porque sólo de esa manera se pueden

²² Los estereotipos de género también afectan la autonomía de los hombres al delimitar los roles y patrones de conducta según los cuales deben actuar, lo que funciona como un dispositivo de control. Este tema es abordado desde la óptica de las nuevas masculinidades.

adoptar las medidas necesarias para la protección efectiva de los derechos de las humanas. En este sentido, es necesario diferenciar la VMG de la violencia social, dentro de la cual se tiende a subsumir distintas manifestaciones de violencia tales como la callejera o de pandilla, el racismo o la violencia intrafamiliar. Por ejemplo, Rodríguez Ortega (2002: 84) define la violencia social como la comisión de actos violentos que tienen como motivo la obtención o mantenimiento del poder social e incluye dentro de esta categoría la violencia doméstica, los ataques sexuales y el racismo.

Abordar la VMG dentro de la violencia social tiene como riesgo que no se llegue a conocer en profundidad el problema y sus dinámicas, buscando explicaciones que se alejen del origen de la misma, las relaciones asimétricas de poder entre hombres y mujeres; precisamente por tener raíces específicas, no se puede asumir que se comporte o evolucione en sintonía con la violencia social.

También es preciso diferenciar la VMG de la violencia doméstica o intrafamiliar, con la que se tiende a confundirse a menudo. La violencia doméstica o intrafamiliar se refiere a actos violentos que ocurren en el seno de una familia y puede ser ejercida por diferentes miembros de la misma, unos/as sobre los/as otros/as (padres/madres sobre hijos/as y viceversa, adultos/as sobre ancianos/as, etc.), y con esta caracterización se ubica el ámbito donde ocurre la violencia: el hogar, dentro del cual se pueden dar diferentes formas de ésta, que tienen diferentes causas y que requieren diferentes aproximaciones. Además, el usar como sinónimo de VMG a la violencia doméstica o intrafamiliar pareciera inducir a pensar que se trata de un acto privado y personal, en algo que ocurre en la intimidad del hogar, perdiéndose de vista que estamos frente a un delito que ocurre tanto dentro como fuera del hogar y es causado por distintos agentes (Ferrer Pérez, 2008: 67).

Patricia Laurenzo Copello (2005: 08:2-08:04), refiriéndose a las diversas reformas del delito de violencia doméstica en la legislación española antes de entrada en vigencia de la Ley de Protección Integral, dice que se "ha ido consolidando una doctrina que definitivamente sitúa el motivo de la tutela penal reforzada en la necesidad de proteger la dignidad de las personas que forman parte del núcleo de la vida doméstica -u otras situaciones asimiladas", pero se quiere dar protección fundamentalmente a la familia "como institución reconocida y amparada por (el) ordenamiento constitucional". Agrega esta autora:

Bien es verdad que, en la práctica, es en el contexto doméstico donde con mayor frecuencia se manifiesta este tipo de violencia. Porque es allí donde adquieren más intensidad las relaciones entre hombre y mujer. Pero eso no significa que la familia sea la causa de la violencia de género. También las agresiones sexuales o el acoso laboral son manifestaciones de este fenómeno y nada tienen que ver con el contexto familiar.

No pretendemos extrapolar la experiencia de las mujeres españolas al resto del planeta, pero sí podemos destacar que en otras regiones también se ha hecho uso de la VMG y violencia intrafamiliar como sinónimos, invisibilizándose la violencia específica dirigida contra las mujeres. Así ocurrió en América Latina, donde en la década de los noventa las presiones del movimiento feminista y de mujeres, y producto de negociaciones parlamentarias, se logró la aprobación de leyes de violencia intrafamiliar, que denotaban que el sujeto de protección era la familia. Sin embargo, la tercera ola de reformas legales que se evidencia en la región a partir de 2007 plantea mirar la violencia contra las mujeres de manera integral, incluyendo en leyes especiales el conjunto de políticas públicas, las entidades y recursos responsables para la prevención, sanción y erradicación de la violencia (Frías y Hurtado, 2010: 17-18).

Es necesario resaltar que estas leyes de protección integral están en sintonía con el enfoque de derechos humanos para el tratamiento de la violencia de género (por lo menos formalmente, aunque todavía falta mucho para que sus postulados se concreten completamente), ya que no solamente establecen sanciones penales o civiles para los agresores, sino además medidas de distinta índole tales como educativas, de apoyo laboral a las mujeres afectadas por la violencia, atención psicológica, políticas sanitarias, entre otras, aunque se tiende a privilegiar el tema penal cuando se hace referencia a estos textos, lo cual tiende a revictimizar a la mujer, no en el sentido de volver a ejercer violencia contra ésta sino manteniéndola en su condición de víctima. Desde el enfoque que pretendemos exponer en este trabajo, buscamos que se visualice a las mujeres afectadas por la VMG no como víctimas (no negamos que lo sean) sino en su condición de ciudadanas, titulares de derechos humanos que deben ser garantizados por el Estado, principal responsable de ello, con la correspondencia de la sociedad.

Dicho lo anterior podemos concentrarnos en el tratamiento de la violencia contra las mujeres por razón de género bajo el enfoque de los

derechos humanos, para ello utilizaremos la definición establecida en la *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer* (la Declaración) aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1993, documento que ha servido de referencia a lo largo del planeta tanto a otros instrumentos internacionales como a las legislaciones nacionales de los estados partes de la ONU. El artículo 1 de la Declaración establece que por violencia contra la mujer:

se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada.

Esta definición incluye todo tipo de violencia contra la mujer por pertenecer al sexo femenino; obviamente se está refiriendo a la violencia por razones de género, lo cual queda establecido desde el preámbulo de la Declaración, cuando se dice que la Asamblea General reconoce:

que la violencia contra la mujer constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre.

Resulta fundamental que esta definición establezca que los daños contra las mujeres pueden ser físicos, psicológicos o sexuales, no limitándolos únicamente a los daños físicos, como suele ocurrir en el tratamiento de este tema bajo una visión androcéntrica. Además, hace referencia tanto a los daños causados como los que se puedan causar, incluyendo las amenazas, lo que constituye un reconocimiento de la situación en la que se encuentran las mujeres, donde la alienación y la falta de autonomía puede llevarlas a ser vulnerables ante las amenazas de las cuales pueden ser objeto, lo que sin duda atenta contra el derecho a una vida libre de violencia; además, la jurisprudencia e investigaciones de distintos tipos

han señalado que después de una fase²³ donde se dan las amenazas (nos referimos a la violencia en el contexto de una relación de pareja), es bastante probable que se pase a otra donde se dé la agresión física, e incluso a la muerte. Cabe destacar, no obstante, que las amenazas pueden darse en otros contextos: laboral, educativo, etc., no solamente en las relaciones de pareja.

Queda claro que la violencia puede ser tanto en el ámbito público como en el privado, derrumbándose la vieja postura liberal que establece que el Estado no debe inmiscuirse en los asuntos que ocurren en el ámbito privado, haciendo efectiva la consigna del feminismo de los años sesenta de "lo personal es político", y no hay nada más personal que una vida autónoma y libre de violencia. Pero además, también se deja expresamente establecido que la VMG puede ocurrir en el hogar, en la comunidad, o en cualquier lugar, reconociendo de esa manera que existen distintos tipos de violencia. El artículo 2 de la Declaración señala:

Se entenderá que la violencia contra la mujer abarca los siguientes actos, aunque sin limitarse a ellos:

- a) La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación;
- b) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educativas y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada;
- c) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra.

Es importante destacar que la mención que realiza la Declaración es de carácter enunciativo y no taxativo; el patriarcado, al ser un sistema

²³ El ciclo de la violencia, estudiado por Leonore Walker, establece la existencia de tres fases en la violencia contra la mujer en el contexto de una relación de pareja.

"meta-estable", como señala Celia Amorós²⁴, puede transformarse y hacer surgir nuevas formas de VMG, sirva de ejemplo lo que está sucediendo con el uso de las nuevas tecnologías de información, principalmente en las redes sociales en Internet, donde se expone la intimidad de algunas mujeres, generalmente jóvenes y adolescentes, en muchas ocasiones sin su consentimiento, lo que genera nuevos espacios de agresión.

La *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar, Erradicar la Violencia contra la Mujer* (Convención de Belem do Pará) recoge una definición similar a la de la Declaración. Ya hemos indicado que esta Convención es el único tratado de carácter internacional dirigido a eliminar la violencia contra las mujeres, y que con frecuencia es citado como modelo cuando se habla de un tratado vinculante sobre este tema en el seno de las Naciones Unidas. Eso no significa que los otros sistemas regionales no hagan referencia a este tipo de violencia; por el contrario, el *Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos* relativo a los derechos de la mujer en África, en muchas de sus disposiciones se refiere a la violencia contra las mujeres. Incluso en Asia, donde no existe un sistema regional de protección de los derechos humanos, los estados de la región han acordado la *Convención de la Asociación del Asia Meridional para la cooperación regional sobre la prevención y la lucha contra la trata de mujeres y niños/as con fines de prostitución y la Declaración de Dhaka* para la eliminación de la VMG en Asia meridional. Igualmente, las disposiciones del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales* también han sido aplicadas en casos de violencia de género, como reseñaremos posteriormente (Naciones Unidas, 2006: 83).

La supresión de patrones culturales, costumbres y tradiciones que atentan contra la dignidad de las mujeres, se convierte en un tema fundamental para la erradicación de la VMG; en ese sentido, el artículo 4 de la Declaración establece a los estados la obligación de condenar la violencia contra la mujer y no invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir su obligación de eliminarla. Mientras que la Convención de Belem do Pará incluye dentro del derecho a una vida libre de violencia, el derecho de las mujeres a ser educadas libres de

²⁴ Ver al respecto la obra Amorós, Celia (1990). *La violencia contra las mujeres y los pactos patriarcales*. Madrid: Editorial Pablo Iglesias.

prejuicios y de prácticas culturales que las pongan en una situación de inferioridad. Al respecto consagra el artículo 6 de la Convención de Belem do Pará:

El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros:

- a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación; y
- b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

2.3. Obligaciones de los estados

En relación con los deberes de los estados para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres por razones de género, el artículo 4 de la Declaración de Naciones Unidas y los artículos 7 y 8 de la Convención de Belem do Pará traen un extenso catálogo de obligaciones, pero pueden ser estudiadas dentro de los tres niveles de obligación de los estados en materia de derechos humanos, a saber: respetar, promover y cumplir o garantizar.

a) *Obligación de respetar.* Esto significa que la primera obligación que tienen los estados es reconocer el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y, por tanto, abstenerse de realizar cualquier actividad que pueda llevar a su violación. Ya explicamos que este derecho puede estar expresamente consagrado como ocurre en la Convención de Belem do Pará, o puede estar implícito en otros derechos, lo que no pueden los estados es alegar la inexistencia del derecho para dejar de cumplir con su obligación.

Anteriormente se pensaba que la obligación de respeto era solamente una obligación negativa que el Estado cumplía absteniéndose de violar los derechos humanos; actualmente no cumple el Estado sólo con la abstención, es necesario que reconozca que el derecho a una vida libre de violencia es un derecho humano y ello se constituye en una obligación de tipo positivo.

De esa forma, cuando la Declaración de las Naciones Unidas establece en su artículo 4.a. que los estados deberán considerar la posibilidad de ratificar la *Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* que, aunque no habla expresamente de la violencia de género, está incluida al interpretarse que ésta es una forma de discriminación, lo que se le impone es una obligación positiva de respeto al derecho a una vida libre de violencia. De igual manera lo hace la Convención de Belem do Pará en el artículo 7.e. cuando establece como obligación de los estados partes tomar las medidas necesarias, incluso las de tipo legislativo cuando sean necesarias, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes o modificar prácticas jurídicas que permitan la persistencia o tolerancia de este tipo de violencia.

La obligación de respeto vista como negativa, de no hacer, también está consagrada en la Convención de Belem do Pará, dice el artículo 7.a. que los estados partes deberán: "abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar porque las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), desde su primera sentencia estableció el contenido del deber de respetar, y señaló al respecto: "La primera obligación asumida por los Estados partes (...) es la de "respetar los derechos y libertades" reconocidos en la Convención²⁵. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado" (CIDH, Caso Velásquez Rodríguez, 1988: pár. 165).

b) *Obligación de promover*. Esta obligación en sentido lato, está comprendida dentro de la obligación de garantizar; sin embargo, en algunos textos la mencionan de manera separada, lo que creemos es adecuado en el caso del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia. En ese sentido, por promover se puede entender la adopción de medidas educativas, de difusión, así como toda otra medida que conduzca a un clima

²⁵ Refiriéndose a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, pero puede ser usado en relación con cualquier tratado internacional.

de respeto y aceptación de los derechos de las humanas (Zalaquet Daher y Nash Rojas, 2004: 15).

En la Declaración de Naciones Unidas se establece la obligación de adoptar medidas apropiadas, especialmente en el ámbito de la educación, para modificar las pautas sociales y culturales de comportamiento de los hombres y de las mujeres y eliminar los prejuicios y demás conductas basadas en la idea de superioridad o inferioridad entre los sexos (artículo 4.j), de igual manera se establece la obligación de promover la elaboración de directrices para ayudar en la aplicación de los principios enunciados en la Declaración (artículo 4.n), y la de promover la labor de los movimientos a favor de las mujeres y las organizaciones no gubernamentales en la tarea de despertar la conciencia acerca del problema de la violencia de género y cooperar con ellos en los planos local, nacional y regional.

En la sentencia del Caso González y otras ("Campo Algodonero") *vs.* México de la CIDH, de una importancia crucial en la defensa del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia porque se estableció la responsabilidad del Estado mexicano en la violación de los derechos humanos de tres mujeres víctimas de feminicidio en Ciudad Juárez (siendo la primera vez que se dicta una sentencia en relación con las desapariciones de mujeres en esta ciudad, que ha evidenciado un patrón de impunidad desde el año 1993 cuando éstas comenzaron), además de las obligaciones relativas a investigar los hechos y reparar a las víctimas —en este caso los familiares de las víctimas— se establece otra manera de reparación, relacionada con la obligación de promoción. Señala la CIDH:

El Estado deberá, dentro de un plazo razonable, realizar un programa de educación destinado a la población en general del estado de Chihuahua, con el fin de superar dicha situación (discriminación, violencia y homicidios de mujeres por razones de género)²⁶. A tal efecto, el Estado deberá presentar un informe anual por tres años, en el que indique las acciones que se han realizado con tal fin (Puntos resolutivos, pár. 22).

Esto demuestra lo crucial que puede ser difundir y concientizar a las personas sobre que el derecho a una vida libre de violencia es un derecho humano de las mujeres, lo que implica que el Estado está obligado a

²⁶ El paréntesis es nuestro.

eliminar los obstáculos para que éstas puedan ejercerlo y ello incluye la eliminación de patrones y estereotipos de género, lo que sin duda no es tarea fácil ni su logro será inmediato; sin embargo, el Estado debe progresivamente tomar medidas encaminadas a ese fin, pudiendo actuar en colaboración con entidades de la sociedad civil y organizaciones de cooperación. En este sentido establece la Convención de Belem do Pará en su artículo 8, la obligación de los Estados partes de adoptar medidas progresivas para:

- b. modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer;
(...)
- e. fomentar y apoyar programas de educación gubernamentales y del sector privado destinados a concientizar al público sobre los problemas relacionados con la violencia contra la mujer, los recursos legales y la reparación que corresponda;
(...)
- i. promover la cooperación internacional para el intercambio de ideas y experiencias y la ejecución de programas encaminados a proteger a la mujer objeto de violencia.

c) *Obligación de garantizar.* Se refiere a asegurar el pleno y efectivo ejercicio de los derechos humanos por parte de todas las personas, lo que implica la adopción de medidas de distinto tipo, dependiendo del derecho de que se trate, además se incluye dentro de esta obligación la de investigar, reparar y sancionar las violaciones de los derechos humanos, y en el caso del derecho humano a una vida libre de violencia cobra especial importancia la obligación de debida diligencia a la cual nos referiremos posteriormente.

La CIDH también desde su primera sentencia ha definido esta obligación; al respecto ha señalado que la obligación de garantizar:

implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos (CIDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 1988: pár. 166).

Agrega además la Corte en esta sentencia que no cumple el Estado con esta obligación porque exista un marco normativo, sino que es necesaria una conducta gubernamental que asegure en la realidad la eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. En el caso que nos ocupa, no cumple el Estado con la obligación de garantizar el derecho a una vida libre de violencia para las mujeres únicamente con su reconocimiento como tal en el ordenamiento jurídico, sino que se requiere la adopción de medidas de distinta índole, incluidas medidas especiales de carácter temporal, para que este derecho se concrete en la realidad y las mujeres logren su plena autonomía.

También el Consejo de Europa se ha pronunciado sobre la necesidad de que las mujeres víctimas de la violencia de género logren una verdadera autonomía, para ello recomienda a los estados revisar que las medidas que se tomen estén centradas en las verdaderas necesidades de las mujeres afectadas y, además, que los programas o políticas que implementen se fundamenten en el empoderamiento de las mujeres a través de un apoyo óptimo y de estructuras de asistencia que eviten la revictimización (Amnistía Internacional, 2005: 18).

Observamos que existe un consenso general sobre la importancia de las medidas destinadas a prestarles apoyo y servicios públicos a las mujeres afectadas para que puedan realmente desarrollar su proyecto personal de vida. En este sentido, la Declaración de Naciones Unidas establece en su artículo 4. g. que los estados deberán esforzarse por garantizar en la mayor medida posible, tomando en cuenta los recursos de los cuales dispongan; que las mujeres objeto de VMG y sus hijos/as cuando los/as haya, puedan contar con asistencia especializada: servicios

de rehabilitación, ayuda para el cuidado y la manutención de los/as hijos/as, tratamiento, asesoramiento, servicios, instalaciones y programas sociales y de salud, así como todas las medidas adecuadas para fomentar su seguridad.

También la Convención de Belem do Pará en su artículo 8, hace referencias a esta obligación de los estados. Al respecto señala:

Los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para:

(...)

- d. suministrar los servicios especializados apropiados para la atención necesaria a la mujer objeto de violencia, por medio de entidades de los sectores público y privado, inclusive refugios, servicios de orientación para toda la familia, cuando sea el caso, y cuidado y custodia de los menores afectados;

(...)

- f. ofrecer a la mujer objeto de violencia acceso a programas eficaces de rehabilitación y capacitación que le permitan participar plenamente en la vida pública, privada y social.

Dentro de la obligación de garantizar está la de prevenir la violencia de género; en ese sentido, es deber de los estados la elaboración, planificación y ejecución de políticas públicas destinadas a este fin. Para lograr un buen diseño de éstas, los indicadores y datos estadísticos son un elemento fundamental. Los artículos 8.h. de la Convención de Belem do Pará y 4.j. de la Declaración de las Naciones Unidas se refieren a esta obligación, resaltando la necesidad de garantizar la recopilación estadística y la investigación sobre las causas, consecuencias y frecuencias de esta violencia, con el fin de adoptar las medidas necesarias y evaluar la eficacia de las mismas para prevenirla, sancionarla y eliminarla. Los informes de los organismos internacionales que han investigado el tema de la VMG han denunciado la falta del cumplimiento de esta obligación por parte de los estados, lo que se convierte en una barrera para la adopción de políticas públicas eficaces²⁷.

²⁷ Ver al respecto los informes *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas* de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; el *Estudio a fondo*

En el área de la administración de justicia, los estados están obligados a establecer procedimientos legales eficaces y justos para las mujeres afectadas, los cuales deben incluir, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a dichos procedimientos. Además, deben establecerse todos los mecanismos judiciales y administrativos que sean necesarios para garantizar a las mujeres que tengan acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño, así como a otros medios de compensación justos y eficaces cuando hayan sido objeto de violencia de género (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2007: 16). Esta obligación está recogida en el artículo 4.d. de la Declaración de Naciones Unidas donde se establece que los estados deberán

Establecer, en la legislación nacional, sanciones penales, civiles, laborales y administrativas, para castigar y reparar los agravios infligidos a las mujeres que sean objeto de violencia; debe darse a éstas acceso a los mecanismos de la justicia y, con arreglo a lo dispuesto en la legislación nacional, a un resarcimiento justo y eficaz por el daño que hayan padecido.

De manera similar se refiere la Convención de Belem do Pará en el artículo 7, literales f y g; sin embargo, este instrumento hace referencia expresa a las medidas de protección en el artículo 7.d, al referirse a la obligación de los estados partes de “adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad”.

Todas estas obligaciones se relacionan con la debida diligencia, que significa que los estados deben adoptar medidas integrales que incluyan un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación real y efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias.

Las estrategias de prevención deben, por un lado, evitar los factores de riesgo y, por el otro, fortalecer a las instituciones para que puedan actuar y dar respuesta efectiva en los casos de violencia. Asimismo, constituye una obligación de los estados adoptar medidas especiales

sobre todas las formas de violencia contra la mujer. Informe del Secretario General, de las Naciones Unidas, y el Estudio de la información sobre la violencia contra la mujer en América Latina y el Caribe encargado por la CEPAL que aparecen en la bibliografía.

cuando sea evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser objeto de violencia de género, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad a la cual pueden estar sometidas por pertenecer a grupos desaventajados como las discapacitadas, las ancianas, las niñas, las inmigrantes, las privadas de libertad por la comisión de un hecho punible, entre otras (CIDH, Caso González y otras, "Campo Algodonero" vs. México, 2009: pár. 258).

Todo ello supone la obligación de la debida diligencia que consagra la Declaración como deber de los estados para "prevenir, investigar y, conforme a la legislación nacional, castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares" (artículo 4.c), mientras que la Convención de Belem do Pará se refiere de manera similar en el artículo 7.b.

Cabe destacar que el Estado es responsable por la violación del derecho a una vida libre de violencia cometido por sus agentes en el ejercicio de sus funciones, por ejemplo, cuando los funcionarios de custodia de las mujeres privadas de libertad cometen actos de violencia sexual en contra de éstas. Sin embargo, también es responsable el Estado por los actos cometidos por los particulares si no adopta las medidas con la debida diligencia para impedir la violación de los derechos de las mujeres o para investigar y castigar los actos de violencia de género e indemnizar a las afectadas (Recomendación General N° 19, CEDAW, ONU, 1994: pár. 9).

El concepto de 'devida diligencia' hace referencia al grado de esfuerzo que un Estado debe realizar para aplicar derechos en la práctica. Además, si un derecho es violado, el Estado está en la obligación de restituirlo en la medida de lo posible y proporcionar la indemnización adecuada (Amnistía Internacional, 2004: 105).

La sentencia del caso *Opuz vs. Turquía* del 9 de junio de 2009, de la Corte Europea de Derechos Humanos, hace referencia expresa al incumplimiento de la obligación de debida diligencia del Estado turco para garantizar a una mujer, Nahide Opuz y a su madre, su derecho a una vida libre de violencia. Se trata de un caso en el cual la mujer era víctima de malos tratos y violencia contra ella y contra su madre por parte de su esposo, quien asesinó a su suegra. La demandante acudió ante la Corte alegando que el Estado no la había protegido ni a ella ni a su madre de

la violencia que había causado la muerte de esta última y su situación era conocida por las autoridades porque, entre otras acciones, se había presentado una petición ante la oficina del fiscal alegando peligro inminente y las autoridades se habían limitado a tomar la declaración del esposo.

Al respecto la Corte Europea "recuerda que una falla para tomar las medidas razonables que podrían haber alterado realmente el resultado o podrían haber mitigado el daño es suficiente para comprometer la responsabilidad del Estado" (pár. 136). Agrega en otra parte de la sentencia: "el Tribunal concluye que no se puede considerar que las autoridades demostraron debida diligencia. Por lo tanto, no cumplieron con su obligación positiva de proteger el derecho a la vida de la madre de la demandante" (pár. 149). En relación con la VMG establece la Corte:

Teniendo en cuenta los datos anteriores sobre el hecho de que la pasividad judicial general y discriminatoria de Turquía, si bien no es intencional, afectaba principalmente a las mujeres, el Tribunal considera que la violencia sufrida por la demandante y su madre puede considerarse una violencia de género que es una forma de discriminación contra la mujer. A pesar de las reformas llevadas a cabo por el Gobierno recientemente, la indiferencia total del sistema judicial y la impunidad que gozaban los agresores (...) indicaron que no había un compromiso suficiente para tomar las acciones apropiadas para tratar la violencia doméstica (pár. 200).

Esta decisión tomada en el contexto del sistema europeo de derechos humanos, donde no está reconocido expresamente el derecho a una vida libre de violencia, nos muestra que existen mecanismos para garantizarle a las mujeres el mismo, porque se trata de una pretensión inherente a la dignidad humana, porque la interdependencia entre los derechos humanos implica que se puede garantizar por otras vías; lo que resulta inaceptable es que el Estado no actúe y no garantice una vida sin maltrato, abuso, miedo y agresiones padecidos por el hecho de ser mujer.

En el sistema interamericano de protección de derechos humanos, también ha habido pronunciamiento en relación con esta temática. El caso de *Maria da Penha Fernandes Maia vs. Brasil*, del cual conoció la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha sido paradigmático en la región y ha impulsado la promulgación de la Ley 11.340 del 7 de agosto

de 2006, que lleva el nombre de Ley María da Penha como reconocimiento y reparación por los daños sufridos por esta mujer.

Se trata de un caso de violencia en el contexto de una relación de pareja: su esposo le ocasionó paraplejía irreversible e incluso intentó asesinarla. Se denunció al Estado brasileño por no haber tomado las medidas necesarias para el procesamiento y punición del agresor por un período superior a quince años.

Por primera vez se aplica la Convención de Belem do Pará, por lo cual se convierte en un caso emblemático ya que establece la responsabilidad internacional del Estado por violencia de género, dejando constancia que éste debe responder por hechos cometidos por particulares cuando no ha actuado con la debida diligencia en la protección de los derechos de las mujeres.

En ese sentido, un Estado que por negligencia, omisión y tolerancia no actúe en los casos en los cuales las mujeres son víctimas de violencia de género, que muestre falta de compromiso para responder efectivamente ante estos hechos, en los que –como en el caso de Brasil– exista una clara discriminación contra las mujeres agredidas por la ineficacia de la justicia y por la inadecuada aplicación de los preceptos nacionales e internacionales, deberá responder a la víctima del caso concreto, ordenando la solución expedita y justa del mismo, pagándole una indemnización por su ineficacia y omisión, pero además debe responder ante los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos por la falta de cumplimiento de sus deberes.

La Comisión, en su recomendación al Estado brasileño le señala que con el fin de evitar la tolerancia estatal y el trato discriminatorio en los asuntos relativos a violencia contra la mujer, desarrolle un conjunto de políticas públicas encaminadas, por un lado, a capacitar y sensibilizar a los/as funcionarios/as públicos/as para actuar en estos casos; a que sean solucionados a través de procedimientos judiciales breves y expeditos; a concienciar a la población en general en los temas de violencia contra la mujer y, en definitiva, a hacer cumplir con la obligación establecida en el artículo 7 de la Convención Belem do Pará.

Todo lo dicho nos permite indicar que con el enfoque de derechos humanos se abre un camino de posibilidades en diferentes ámbitos para que el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia sea una

realidad y podemos gozar de una ciudadanía plena que nos permita actuar en igualdad de condiciones con los hombres en las decisiones que afectan el bienestar colectivo y desarrollar el proyecto de vida personal en condiciones consonas con el respeto a la dignidad humana.

Referencias bibliográficas

- AMNISTÍA INTERNACIONAL (2004). *Está en nuestras manos. No más violencia contra las mujeres*. Madrid: Editorial Amnistía Internacional (EDAI).
- _____ (2005). *España. Más allá del papel. Hacer realidad la protección y la justicia para las mujeres ante la violencia de género en el ámbito familiar*. AI: EUR/005/2005.
- ARROYO VARGAS, Roxana (2004). "Violencia estructural de género: una categoría necesaria de análisis para los derechos humanos de las mujeres". *Pensamiento Jurídico Feminista*. N° 1, año 1, pp. 69-93.
- _____ (2007). "Derechos humanos de las mujeres en América Latina: un camino para la transformación cultural". *Pensamiento Jurídico Feminista*. N° 3, año 3, pp. 89-98.
- BOBBIO, Norberto (1982). *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1998). *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la condición de la mujer en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II.100, Doc. 17, 13 de octubre. Documento recuperado el 10 de junio de 2010 en: <http://www.cidh.org/countryrep/Mujeres98/Mujeres98.htm>
- _____ (2007). *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II.Doc.68
- CHARLESWORTH, Hilary (1997). ¿Qué son los "Derechos Humanos Internacionales de la Mujer?" Capítulo 3. En: Cook, Rebecca J. (Editora). *Derechos humanos de la mujer. Perspectivas nacionales e internacionales* (Iván Zagarra y Helena Uribe, Trads.). Bogotá: PROFAMILIA, pp. 55-80.
- FACIO MONTEJO, Ald (1992). *Cuando el género suena cambios trae (Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*. San José, Costa Rica: ILANUD.
- MONTEJO, Alda (1998). "La Carta Magna de todas las mujeres". En: *Módulo de la CEDAW*. Costa Rica: ILANUD. Documento recuperado el 03 de mayo de 2010 en la página web de la Red de Trabajadoras Sexuales de Latinoamérica y el Caribe: http://www.redtrasex.org.ar/documentos/docsuevos/facio_carta_magna_notas_amg.pdf

- FERNÁNDEZ, Ana María (2001). *El fin de los géneros sexuales. Programa de Formación de Formadores: Creciendo en Igualdad*. Buenos Aires: INADI-UNICEF, Dirección General de Escuelas de la Provincia de Buenos Aires.
- FERNÁNDEZ MATOS, Dhayana (2006). "Las mujeres inmigrantes latinoamericanas en España. Una realidad compleja". *Revista Otras Miradas*, Vol. 6 - N° 2, diciembre. Universidad de los Andes, pp. 77-105.
- FERRER PÉREZ, Victoria (2008). "Las diversas manifestaciones de la violencia de género". En: Bosch Fiol, Esperanza (comp.). *Violencia de género. Algunas cuestiones básicas*. Alcalá la Real, Jaén: Editorial Formación Alcalá, pp. 61-106.
- FRÍES, Lorena y HURTADO, Victoria (2010). "Estudio de la información sobre la violencia contra la mujer en América Latina y el Caribe". *Serie Mujer y Desarrollo*, N° 99. Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina.
- LAGARDE, Marcela (s.f.). *Identidad de género y derechos humanos. La construcción de las humanas*. Recuperado el 10 de marzo de 2010, del sitio web de la Universidad de Vigo: http://webs.uvigo.es/xenero/profesorado/marcela_lagarde/construccion_humanas.pdf
- LAURENZO COPELLO, Patricia (2005). "La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. N° 07-08, pp. 08:1-08:23.
- LORENTE ACOSTA, Miguel (2003). "Violencia contra las mujeres y trato indigno". En: Mañas Viejo, Carmen (coord.). *Violencia estructural y directa: mujeres y visibilidad. Feminismos/s 6*. Alicante: Centro de Estudios de la Mujer de la Universidad de Alicante, pp. 65-78.
- MAGALLÓN PORTOLÉS, Carmen (2003). "Epistemología y violencia. Aproximación a una visión integral sobre la violencia hacia las mujeres". En: Mañas Viejo, Carmen (coord.). *Violencia estructural y directa: mujeres y visibilidad. Feminismos/s 6*. Alicante: Centro de Estudios de la Mujer de la Universidad de Alicante, pp. 33-47.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa (2006). "La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. N° 08-02, pp. 02:1-02:13.
- MIGUEL ÁLVAREZ, Ana de (2003). "El movimiento feminista y la construcción de marcos de interpretación: el caso de la violencia contra las mujeres". *Revista Internacional de Sociología*. N° 35, mayo. Recuperado el 30 de marzo de 2010, del sitio web Mujeres en Red: <http://www.mujeresenred.net/news/IMG/pdf/anamig.pdf>
- NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL (2006). *Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer. Informe del Secretario General*. A/61/122/Add.1.

- COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN EN CONTRA DE LA MUJER (CEDAW) (1994). *Recomendación general N° 19*, 11° período de sesiones, 1992, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 84.
- _____ (CEDAW) (2004). *Recomendación general N° 25. Medidas Temporales Especiales*, 30° período de sesiones, 2004, U.N.Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 319.
- COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL (1996). *Declaración de Beijing y plataforma para la acción. IV Conferencia mundial sobre las mujeres*. Beijing (China) septiembre 1995. Madrid: Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer.
- _____ (1999a). *Las Conferencias Mundiales de Naciones Unidas sobre las Mujeres. Textos aprobados*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer.
- _____ (1999b). *Estudio Mundial sobre el Papel de la Mujer en el Desarrollo, 1999: Mundialización, Género y Trabajo. Informe del Secretario General*. A/54/227, 18 de agosto.
- _____ (CERD) (2000). *Recomendación General N° 25, Las discriminaciones raciales relacionadas con el género*. 56° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 250.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (1989). *Observación General N° 18, No Discriminación*. 37° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168.
- NIKKEN, Pedro (1988). "La fuerza obligatoria de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre". *Revista de Derecho Público*, N° 34, abril-junio, pp. 27-46.
- _____ (1990). "La fuerza obligatoria de la Declaración Universal de Derechos Humanos". *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 75, Universidad Central de Venezuela, pp. 331-349.
- _____ (1994). *El concepto de derechos humanos. Estudios básicos de Derechos Humanos*. San José, Costa Rica: IIDH. Recuperado el 20 de mayo de 2010 de la página web del Instituto Interamericano de Derechos Humanos: <http://www.iidh.ed.cr/documentos/HerrPed/pedagogicasespecializado/el%20concepto%20de%20derechos%20humanos.htm>
- OLIVA PORTOLÉS, Asunción (2005). "Debates sobre el género". En: Celia Amorós y Ana de Miguel (Eds.). *Teoría feminista: de la ilustración a la globalización: De los debates sobre el género al multiculturalismo*. Volumen 3. Madrid: Minerva Ediciones, pp. 13-60.
- PALACIOS ZULOAGA, Patricia (2006). *La No Discriminación. Estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos*. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile.

- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (1987). *Derecho Positivo de los Derechos Humanos*. Madrid: Editorial Debate.
- _____ (1988). *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Madrid: EUDEMA.
- _____ (1994). La universalidad de los derechos humanos. *Doxa*, N° 15-16, Volumen II, Universidad de Alicante, pp. 613-633.
- _____ (1995). *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado.
- PELÉ, Antonio (2006). *Filosofía e historia en el fundamento de la dignidad humana*. Tesis presentada para la obtención del grado de Doctor en Derecho en la Universidad Carlos III de Madrid. Tutor: Francisco Javier Ansuátegui Roig.
- PROGRAMA VENEZOLANO DE EDUCACIÓN-ACCIÓN EN DERECHOS HUMANOS (PROVEA) (2005). *Conceptos y características de los derechos humanos*. 2da. Ed. Serie "Tener derechos no basta", N° 5. Caracas: PROVEA.
- RODRÍGUEZ ORTEGA, Graciela (2002). "Violencia social". En: Muñoz de Alba Medrano, Marcia (Coord.). *Violencia social*. México: IIJ-UNAM, pp. 83-96. Texto recuperado el 15 de junio de 2010 en la página web del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/359/7.pdf>
- ZALAUQUET DAHER, José y NASH ROJAS, Claudio (2004). "Los derechos humanos en el proceso penal". *Revista de Derecho Procesal*. Texto actualizado en relación con la jurisprudencia para el curso de Magíster 2007 Derechos Fundamentales y Juicio Criminal: Una mirada desde el Derecho Internacional, pp. 1-44.

Jurisprudencia

Corte Europea de Derechos Humanos:

- Caso Opuz Vs. Turquía. Demanda N° 33401/02. Sentencia del 9 de junio de 2009. (Texto en español en Tojo, 2010: 223-247)

Corte Interamericana de Derechos Humanos:

- Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, N° 205.
- Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, N° 4.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

- Caso Maria da Penha vs. Brasil. Informe final n° 54/01. N° 12.051, 16 de abril de 2001.

De objetos a sujetos.
La educación en y para
los Derechos Humanos.
Perspectiva de análisis
*From objects to subjects.
Education in and for
Human Rights.
Analytical perspective*

Julio César Llanán Nogueira*

* Docente de Postgrado, Investigador, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Profesor titular de las asignaturas Políticas Sociales y Sociología de la Educación UCU. Coordinador del Programa Educación para la Paz, No violencia y los Derechos Humanos.

RESUMEN

En este trabajo nos proponemos poner de relieve tópicos centrales para el estudio y la investigación en educación en y para los Derechos Humanos. A tal efecto y de manera descriptiva situamos nuestro trabajo en el Programa de Educación para la Paz, no violencia y los Derechos Humanos. Centraremos nuestro análisis sobre los "retos" que conlleva la Educación en y para los Derechos Humanos en el marco de los Estados de Derecho en América Latina.

Palabras clave: Derechos Humanos, educación, ciudadanía, exclusión.

ABSTRACT

The aim of this work is to emphasize central topics for the study and the investigation in education in and for the Human Rights. In order to do so, and in a descriptive way we place our work in the Program of Education for the Peace, Not Violence and the Human Rights. Our analysis will be focused on the "challenges" that the Education carries in and for the Human Rights in the frame of the Democracies in Latin America.

Key words: Human rights, education, citizenship, exclusion.

Introducción

En este trabajo nos proponemos poner de relieve tópicos centrales para el estudio y la investigación en educación en y para los Derechos Humanos. A tal efecto y de manera descriptiva situamos nuestro trabajo en el Programa de Educación para la Paz, No Violencia y los Derechos Humanos¹. Centraremos nuestro análisis sobre los "retos" que conlleva la Educación en y para los Derechos Humanos en el marco de los Estados de Derecho en América Latina.

¿Que significado adquiere el concepto de "ciudadanía" en el contexto latinoamericano? ¿Cómo han influido los modelos neoliberales en la desertificación del espacio de lo público?, ¿Cuál es el impacto del

¹ Este trabajo se desarrolla como línea de investigación y extensión con escuelas de las provincias de Entre Ríos, Santa Fe y Corrientes.

Derecho a la Educación en la transversalidad de uso, acceso y permanencia de los derechos? Son estas algunas de las preguntas que intentaremos poner en discusión.

Desandando los caminos de la neutralidad

Existen diversas líneas de investigación y de acción que continúan vigentes en nuestras prácticas cotidianas bajo el supuesto de la "neutralidad socio pedagógica". Este paradigma de la neutralidad esconde tras de sí intenciones, acciones y estrategias políticas de incidencia directa hacia los sujetos teniendo como objetivo provocar "algo" perversamente silenciado.

La neutralidad (paradigma que impregna las prácticas relevadas)² bajo el manto de una "sutil impunidad conceptual" impacta en la vida cotidiana de los seres humanos y en la trama social, constituyéndose en un discurso "técnico" que oculta las relaciones de poder, género y política. Esta "acción provocada" produce procesos de naturalización de lo "dado" que inmoviliza las capacidades subjetivas pero a su vez instituye.

Pensamos los "haceres" pedagógicos desde el paradigma de la complejidad que el propio objeto de estudio impone, reconociéndolos desde la sociología de la educación como acciones u omisiones que tienen incidencia sobre el "otro". Es por ello que es un acto político.

La impronta de la "tecnificación" de la práctica y el currículo pensado desde un lugar de supuesta asepsia continúa vigente en las aulas con un doble efecto:

- a) Tranquilizando a algunos actores que conciente o inconcientemente reproducen líneas ideológicas que las industrias editoriales producen y,
- b) excluyendo a otros "sujetos" del circuito simbólico; ya sea de la elección curricular y de sus contenidos ideológicos, políticos,

² En el relevamiento cualitativo en instituciones seleccionadas en forma aleatoria se registró que en la práctica áulica de los docentes y del personal directivo a cargo de la gestión académica, se encuentra persistentemente la impronta sobre la neutralidad de los contenidos y de los procedimientos educativos. Poniéndose de manifiesto en los cuadernos de los alumnos y en las planificaciones de los docentes.

cognoscitivos como de la posibilidad de interpelación de lo "dado". Ausentándolos, en definitiva, de poder constituirse y comenzar su trayectoria como sujetos autónomos en el proceso socio educativo. *Desubjetivando* el hacer y el constituir al otro.

De la naturalización... a una Sociología de la Educación contextualizada:

Queremos poner de manifiesto nuestro trabajo en el campo de la formación de agentes en Derechos Humanos que nos introdujo en prácticas escolares, institucionales y con sujetos reales que, anclados en sus propias historias, nos han obligado teórica y metodológicamente a poner en discusión las matrices desde donde pensamos una Teoría Sociológica de la Educación y de los Derechos Humanos en contexto.

Hablamos de teoría contextualizada ya que la misma se encuentra en permanente movimiento histórico, entrecruzada por variables propias de las conflictivas relaciones sociales de los actores que intervienen en el escenario histórico, político y de poder.

Es en esa tensión (histórica, social, política y de poder) donde se insertan nuestras prácticas sociales y se consolidan los paradigmas. Es en el marco de las lógicas del "actuar con otro" –de manera consciente o inconsciente– que hacemos presentes los paradigmas que subjetivamente sostenemos.

No queremos eludir la responsabilidad ética de transmitir, y la marca que significa en el "tratamiento" de la cuestión social, la *instauración de la subjetividad del "especialista"*. Vale para el caso mencionar la noción de campo cultural y de poder simbólico que plantea Pierre Bourdieu (1999)³.

³ "Pero sería necesario explicar aquí los fundamentos teóricos de la noción de poder simbólico que, como lo he mostrado en un artículo aparecido bajo este título en los Anales, en 1977, integra tradiciones teóricas consideradas como incompatibles, kantianas (con la teoría de las formas simbólicas), estructuralistas o, mejor, durkheimniana, marxista y weberiana. No puedo sino remitirlos a este artículo, aparecido en inglés en *Language and Symbolic Power*. Esta noción es muy necesaria científicamente (y políticamente) porque permite asir y comprender la dimensión de la más invisible de las relaciones de dominación, de las relaciones entre dominantes y dominados según el género (el sexo), como venimos de verlo, pero también según la etnia (entre blancos y negros especialmente, o entre ladinos y mestizos), o según la posición en el espacio social. Es así que el sistema escolar, a través de las clasificaciones que opera y que se imponen

No podemos perder de vista que nuestras prácticas de intervención/ investigación poseen una dimensión cultural con función pedagógica: transmitimos a los sujetos individuales y /o colectivos con quienes interactuamos nuestras matrices de trabajo, poniendo con ellos en acto un despliegue de diversos dispositivos que dan cuenta de un posicionamiento ideológico acerca de cómo pensamos al sujeto y cuál es su lugar en el espacio de lo público y lo político.

Los discursos esquizofrénicos que dualizan las prácticas sociales se hacen presentes en varias vertientes teóricas de las Ciencias Sociales. Cuando hablamos de prácticas sociales queremos hacer referencia a prácticas específicamente situadas (histórica, política y simbólicamente) en instituciones gubernamentales y no gubernamentales, en agencias del Estado en todas sus extensiones, en nuestras prácticas académicas de investigación, etc. Dichas prácticas se encuentran relacionadas con el o los modelos de Estado, como espacio público privilegiado donde se reclama, se nombra y legaliza, se agrupan las demandas, se otorgan respuestas desde las políticas públicas.

Nuestras prácticas se inscriben en los lugares donde trabajamos: en la administración, gestión y planificación de ellas o en el lugar de "distribuidores" de las políticas que las agencias estatales delinean; lugar tan conflictivo como el de la propia relación entre lo público y lo privado, tensional como lo es el de la sociedad civil con la sociedad política.

Como lo veremos mas adelante, puede el Estado constituirse en un régimen de inclusión o de exclusión y nuestras prácticas generarán espacios de asociación o de disociación con las lógicas del régimen.

Sobre ciudadanías e inclusión

La agenda de discusión en América Latina y Caribe ha puesto de relieve en la últimas décadas la denominada "cuestión sobre la ciudadanía". Desde diversos enfoques teóricos y desarrollos epistemológicos se elaboraron respecto de la misma diversas líneas de trabajo y de debate que

a aquellos mismos que allí son víctimas (se sabe que la ideología del don es cada vez más aceptada a medida que se desciende en la jerarquía social) cumple una función de socializadora, de justificación del orden establecido, incomparablemente más importante que todas las formas de propaganda" (Bourdieu, 1999).

no abordaremos exhaustivamente en este trabajo, sin embargo, el énfasis puesto en la cuestión de la ciudadanía nos sirve para entender las relaciones entre modelos estatales, derechos y Derechos Humanos, desde una visión holística y transdisciplinar.

Los procesos históricos dan cuenta de los fenómenos de fragmentación social y la aparición de demandas de grupos sociales e individuos en situación de exclusión (material y simbólica) reclamando por el acceso a una ciudadanía real, denunciando la ineficacia de la mera "nominación formal", articulando reclamos por el reconocimiento, acceso, uso y goce de los derechos. Se trata de la producción de un lugar de ficción en el orden "de lo público" que fragmentó la idea moderna de homogeneidad, unicidad y ciudadanía, produciendo sociedades duales.

El sólo reconocimiento normativo por parte del Estado no aseguraba, ni asegura en el campo de lo real, la vigencia y efectividad de un sistema político-jurídico, menos aún la eficacia pretendida de la norma y del sistema. Las demandas políticas y sociales del siglo XX y XXI interpelan en forma directa la concepción de **ciudadanía formal, autista y monológica**. Coincidimos con pensar los fenómenos políticos como fenómenos sociales, dado que en la construcción de las distintas aristas del poder / hacer –que determinan las diversas formas de construcciones políticas y pedagógicas– nos encontramos con sujetos sociales⁴ que, sujetos a las relaciones reales de poder, se constituyen en la trama social.

El supuesto de que no existe ser humano extra-social determinará el análisis, y sin duda, significa un posicionamiento epistemológico en la construcción de las categorías operativas referidas al campo en cuestión. Castoriadis incorpora el lenguaje como creación e institución social, como instancia de socialización donde intervienen las instituciones significadas y designadas. Así el autor dice: "Desde su nacimiento el sujeto humano está captado en un campo histórico social, está ubicado bajo el dominio del imaginario colectivo instituyente, de la sociedad instituida y de la

⁴ Nos permitimos aquí negar la tesis que sostienen algunos politólogos, de poder pensar al sujeto / sujetos como extra social, adherimos a pensar junto a Castoriadis y otros al ser humano y agregamos a los grupos sociales como eminentemente sociales y constituidos en las tramas de poder (difuso o no –en la discusión que Deleuze le presenta a Foucault)– y sus significaciones de poder real como realizaciones concretas que se producen en el campo de la trama social, en la interferencia de poder / hacer de acciones políticas que los constituyen y les otorgan una o determinadas identidades.

historia de la cual esta institución es la culminación provisoria" (Castoriadis, 1997: 270).

Esta apreciación del autor nos permite avanzar sobre las postulaciones que hacen a la configuración del marco donde se constituye "lo político", "lo educativo" y "lo pedagógico" que a nuestro entender –si bien con especificidades– constituyen un todo no "disciplinable".

En el mismo texto el autor menciona un poder implícito y un poder explícito⁵. Este poder explícito es lo que concierne a lo político⁶. Señala el autor que "este poder explícito es el garante instituido del monopolio de las significaciones legítimas en la sociedad en cuestión".

Realiza Foucault un aporte que consideramos interesante para tener en cuenta. Nos referimos a la incorporación que realiza en su Teoría del Poder respecto del "poder pastoral", la discutida concepción de transformación moderna del concepto de poder y lo que nos parece en síntesis más importante para el tópico en cuestión, que es la significación otorgada al Estado como matriz de individuación⁷. Al respecto señala el autor:

Que el Estado en las sociedades contemporáneas, no es simplemente una de las formas o lugares de ejercicio del poder, sino que de una cierta manera todos los otros tipos de relación se refieren al él, es un hecho cierto. Pero no porque cada uno se derive de él. Sino, más bien porque se ha producido una estabilización continua de la relaciones de poder "...". Refiriéndose al sentido esta vez restringido de la palabra gobierno, se podría decir que las relaciones de poder han sido progresivamente gubernamentalizadas, es decir, elaboradas, racionalizadas y centralizadas en forma o bajo la fianza de las instituciones estatales.

⁵ "Al lado o 'por encima' de este infra poder implícito siempre hubo y habrá un poder explícito, instituido como tal, con sus dispositivos particulares, su funcionamiento definido y las sanciones legítimas que puede poner en marcha". Castoriadis, C. *Op. cit.*, p. 270.

⁶ "De ello resulta la necesidad explícitamente instituida que puedan tomar decisiones sancionables en cuanto a lo que hay que hacer y a lo que no hay que hacer, es decir, que puedan legislar, 'ejecutar', dirimir los litigios y gobernar. Las dos primeras de las funciones pueden estar (y han estado en la mayoría de las sociedades arcaicas) ocultas en la regulación de la costumbre, en cambio las última no". Castoriadis, C. *Op. cit.* 271.

⁷ Foucault M. *Le pouvoir s'exerce-t-il?* Citado por Matz Ramón en "Posmodernidad e Ilustración: La ontología social del último Foucault", *Zona Abierta* 39-40, 1986, p. 161.

Esta afirmación lleva a plantear la discusión sobre la necesidad de un nuevo contrato o pacto político ante el fracaso de la ficción del "contrato social" fundante de los Estados de América Latina y Caribe.

Si la idea es que el Estado surge de un contrato o pacto entre ciudadanos para la conformación de instituciones comunes y de regulación de las relaciones sociales, en nuestro caso latinoamericano la acción se produjo a la inversa: primero se conformó el Estado-Nación y luego se diseñaron modalidades disciplinares de incorporación para los sujetos. La minoría asumió la representación de las mayorías e instituyó (incluyendo y excluyendo) a quien iba a incluir como "ciudadanos".

Es en este contexto que creemos indispensable la necesidad de repensar los fundamentos de los Estados en América Latina y Caribe así como su impacto en la gobernabilidad y la profundización del modelo democrático latinoamericano, en clave de Derechos Humanos.

El impacto del neoliberalismo y las políticas de exclusión generaron procesos de "raquitismo estatal" e incumplimiento de las responsabilidades del Estado que fueron acompañados de procesos sociales que instrumentalmente denominamos "desnutrición subjetiva", en este sentido, se puede evidenciar que los sujetos sociales vivenciaron y vivencian en su cotidianeidad la "expulsión" en sus distintas dimensiones de anclaje. Lo educativo en tanto hecho político, histórico y contextualizado cristaliza este modelo.

El desplazamiento en el que han sido situados los sujetos sociales excluidos deteriora su propia auto-imagen y la identificación grupal. La percepción de **no pertenencia** deteriora las relaciones sociales, las fragmenta y conforma "enclaves urbanos" donde la sobrevivencia diaria sólo permite visualizar la inmediatez. Las percepciones de no existir y la imposibilidad de auto referenciarse en un proyecto de vida, los coloca en lo más oscuro del infierno de Dante, sin poder visualizar proyectos de salidas ni individuales ni grupales o colectivas.

La categoría de desnutrición nos sirve a los efectos de poder pensar el desafío de la alfabetización en y para los Derechos Humanos (EDH) que significa devolver al espacio de lo público a quienes fueron desplazados y re construir la subjetividad social en un proceso de nutrición con otros seres humanos.

Desnutridos y analfabetos recorren las calles y los campos de nuestra región siendo enunciados como sujetos desde lo formal pero instituidos como "objetos" en lo real.

Urgente es poder centrar nuestras miradas en el develamiento de las lógicas que producen, perpetúan y naturalizan las diversas formas de exclusión y de desaparición del otro del espacio de lo público. El efecto que instaura el modelo del poder violentador es el despojo y la privación material y simbólica de los seres humanos a quienes se les aplica.

La exclusión es producto de un acto de poder violentador que se instrumenta en los sistemas económicos, políticos y legales. Se articulan lógicas de desplazamientos, siendo tratados como objetos, privándoseles la posibilidad de ser sujetos, aunque paradójicamente sean enunciados como "ciudadanos" o sujetos de derecho en lo formal.

El "otro" es "situado" en un lugar –urbano, social, económico y simbólico– de desigualdad asignándosele un lugar de falta de posibilidades, existiendo una arquitectura política de la exclusión que genera enclaves urbanos para los excluidos, donde se tramitan las mismas lógicas que las de la construcción carcelaria clásica.

En la violencia del desplazamiento y la privación es donde reside el acto fundante de las lógicas de la exclusión, prefigurando para los excluidos un lugar imposibilitante, otorgándoles un espacio residual y de marginalización. Ellos son quienes habitan residualmente al margen de las ciudades, en situaciones de precariedad respecto a la legalidad de su hábitat, reconociendo su deambular por las calles como el único espacio público del que se pueden apropiar.

No siendo reconocidos como iguales por los que se encuentran incluidos ni por las instituciones, se les habilitan procedimientos de hiper especialización para ser tratados como excluidos o pobres, reafirmando-se simbólicamente su situación de exclusión.

La génesis de la exclusión y pobreza es un acto de violencia que logra instaurarse en el campo de lo cultural siendo naturalizada y reproducida por la sociedad global y legitimada por las estructuras institucionales.

La exclusión es un acto de violencia y desapropiación que impide la producción de ciudadanía vivenciándose procesos de afiliación fragmentarios que aumentan los niveles de violencia horizontal. Por acción u

omisión, la exclusión y la pobreza se constituyen en una violación a los Derechos Humanos.

Las desigualdades estructurales, económicas y simbólicas hablan de la genealogía de las historias de los grupos y movimientos sociales en América Latina. Históricamente, es partir de la privación que se constituyeron los Estados-Nación y los sistemas jurídicos en nuestro continente; desde su génesis se incluyó la minoría y excluyó a las mayorías, indígenas, gauchos, negros, esclavos.

Nuestras sociedades han sido fragmentadas y atomizadas desde las brechas económicas y "simbólicas" habilitándose modelos de tratamiento jurídico políticos de "control" de los síntomas de los excluidos para atenuar la potencialidad de los conflictos que los excluidos pueden generar al "modelo moderno". Sirva de referencia lo señalado por Rodino (1999):

(...) la etapa actual de "democracias insuficientes" nos exige con urgencia concretar una segunda transición democrática que avance hacia la plena vigencia de la democracia como régimen político y forma de vida, y hacia el respeto efectivo de los Derechos Humanos como las pautas de convivencia que deben regirla. Es nuestro desafío histórico-político presente. La educación en los valores y principios democráticos y de Derechos Humanos tiene hoy, pues, un enorme valor de la afirmación y la perspectiva que se le quiera imprimir a la modernización y a la gobernabilidad. Esa modernidad nos reclama la humanización de la convivencia.

Los incumplimientos han deteriorado las perspectivas, desde la visión de los sujetos, de sus posibilidades, por lo que la re alfabetización en y para Derechos Humanos, implicará pues, ampliar el campo de lo público y lo político.

El "reto" se convierte en ético, político y social. Pensar la democracia, la gobernabilidad y la vigencia efectiva de los Derechos Humanos implica que se hagan efectivas las obligaciones de los Estados.

Debemos –desde los contenidos y las estrategias políticas, educativas y pedagógicas– darnos un proceso urgente que implique una acción política de rescate de los seres humanos que se encuentran situados y tratados como "objetos sociales" y a partir de lo cognitivo, los valores éticos, las destrezas y habilidades, ampliar el espacio de lo público. Esto

permitiría que las personas y grupos puedan participar como sujetos reales y no actores de cartón, con un libreto pre-armado.

Es necesario pensar pues, un curriculum en contexto, con sujetos reales e historizados a partir de su propia identidad. Queremos reafirmar una de nuestras tesis de trabajo: los *Derechos Humanos y por lo tanto su inserción e incidencia pertenecen al campo de la cultura o las culturas*.

Así, es necesario para ello develar los opacamientos curriculares y habilitar espacios desde un nuevo paradigma para la formación de seres humanos como "sujetos". Esto significa producir una ruptura en lo institucional y lo político, un cambio de paradigma epistemológico respecto de los procesos institucionales en el campo educativo macro y micro.

Tal como lo señala Torres A. C (2008):

Hay una profunda crisis en el entendimiento de cuál es el sujeto pedagógico a educar. Lo que podría denominarse como una crisis endémica de los sistemas, se refleja en una dislocación real y simbólica entre los discursos de los maestros y los alumnos, que refleja asimismo una dislocación, también de magnitud, entre los discursos de las nuevas generaciones –como pertenecientes a la que se ha denominado "generación Nintendo"– y los adultos.

Los niveles de resistencia que aún se presentan para la implementación de un curriculum que tenga como estándar la educación en y para los Derechos Humanos en la educación formal nos desafía a la ruptura de matrices institucionales y políticas donde se pongan en discusión e implementen las preguntas básicas curriculares que tal como lo señala Magendzo A. (1999) orientarán a un nuevo modelo educativo:

¿cómo se enseña y cómo se aprenden los Derechos Humanos?, ¿cómo significan los estudiantes este saber?, ¿cuáles son las condiciones metodológicas óptimas para transferir este conocimiento?, ¿en qué medida los contextos sociales, económicos, culturales, políticos determinan las posibilidades de apropiación del saber de los Derechos Humanos?, ¿cómo se evalúan los aprendizajes?

La interpelación que proponen estas preguntas intra sistema es peligrosa a la mirada de los paradigmas clásicos. Pone en discusión la función tradicional docente y el rol o lugar de los alumnos y la propia institución.

¿Pero qué es tan temido? La puesta en evidencia de las lógicas institucionales y la interpelación de los lugares ya que ésta es una educación con incidencia, que si no pusiera en discusión estos aspectos, sólo serviría como un nuevo maquillaje para las mismas prácticas.

Las escuelas son —en lo silenciado— espacios de permanente violación de derechos. La lógica intra muro de las instituciones, sumado a la ausencia de sujetos reales y la falta de conocimiento por parte de los actores educativos de sus derechos contribuyen a la naturalización de las violaciones de derechos quedando silenciados en los intersticios de los propios muros no solo físicos sino simbólicos de las organizaciones institucionales.

Será pues el trabajo de los educadores y educadoras en y para los Derechos Humanos habilitar, tanto en el intra como en el extra muros, espacios simbólicos y materiales donde se pueda clarificar que lo naturalizado como normal no lo es, que la violencia institucional es una violación de derechos y que en lo micro las contradicciones curriculares ponen en evidencia el curriculum oculto.

Mientras exista ese juego perverso entre un curriculum formal y uno oculto no serán posible procesos educativos con sujetos, limitándose a acciones de "instrucción" que en el mejor de los casos quedarán en el olvido de los propios actores. Claro que el olvido aquí no inquieta como un problema curricular, dado que la posibilidad de olvido es lo que otorga la viabilidad a las instituciones de reproducir las lógicas normalizantes de exclusión (enmascaradas) y de silenciación de los conflictos.

Los alumnos piensan la educación intra muros como un trámite, un tiempo que debe pasar. Esta problemática se agudiza y se transforma en una modalidad violenta de manipulación en los extremos de la pobreza cuando la aceptación de estas lógicas significa la comida diaria para el grupo familiar.

Las nuevas modalidades de control social tal como lo señalara Foucault en el concepto de biopolítica, siguen corriendo a los márgenes del silencio de los seres humanos, en este caso haciendo depender la comida diaria de su adaptación institucional.

Las relaciones de dominación / opresión se reproducen en los distintos actores institucionales. Los docentes tampoco hablan intra muros por la dependencia salarial y por un mecanismo de sobrevivencia institu-

cional. Lo que para unos se presenta como un trámite para otros aparece como estrategias crueles de sobrevivencia, siendo inexistentes las garantías dentro del sistema formal de educación de espacios institucionales de "cuidado de los agentes". Y decimos agentes porque la incorporación a las lógicas institucionales les hizo perder –si lo adquirieron en la socialización primaria o secundaria– su carácter de sujetos.

Los instrumentales cognitivos para la alfabetización numérica, alfabética, disciplinar son nudos curriculares que permiten transversalizar la educación en y para los Derechos Humanos. La limitante se encuentra aquí en que los mismos son entendidos como fin y el desafío de una nueva política educativa pedagógica es transformarlos en medios para una educación en derechos.

Desde la lectura de la realidad y la resignificación de esta realidad se pueden transmitir los valores de los Derechos Humanos aún en las operaciones lógicas matemáticas y de otras disciplinas también, pero es todavía una deuda pendiente ganar el corazón del curriculum.

La formulación de una pedagogía de y en Derechos Humanos nos implica una revolución cultural de matrices que permitirá situar a los sujetos como pertenecientes y a los contenidos como pertinentes. Son a la vez micro y macro transformaciones y un desafío a construir.

¿Como se enseña en lo formal los derechos del niño si ni las instituciones ni los actores están dispuestos a darles lugar como sujetos de Derecho? Sujetos plenos ya que **un sujeto de derecho que no es pleno no es sujeto**, continúa la linealidad de la lógica de la manipulación objetual medieval. Coincidimos con Magendzo A. (2002), cuando señala:

Esta posición se basa en considerar que la Pedagogía Crítica y la Educación en Derechos Humanos cuestionan tan profundamente las estructuras sociales opresivas de la educación que es preferible construir una estrategia renovadora. En otras palabras, la Pedagogía Crítica y la Educación en Derechos Humanos, para ser relevantes y tener éxito, deben volverse radicales y asumir una posición muy crítica hacia la estructura educativa tradicional, su concepción, la forma en que ocurre el aprendizaje y la distribución del poder.

Superada la discusión acerca de si el derecho a la educación y por ende la educación en y para los Derechos Humanos le corresponde al ámbito

de la instrucción formal o no formal, la misma se constituye en un elemento a ser implementado en todos los ámbitos y modalidades educativas.

Reconciliar la Democracia y los Derechos Humanos con la sociedad civil, combatir las mafias, reconocer las diferencias y articular estrategias para un derecho ciudadano "para todos los seres humanos", requiere articular planes intersectoriales y de habilitación. Es en este espacio donde podrían comenzar a tomar imagen los rostros de los ocultos implicando como condición la posibilidad de reformulación del Estado y del Derecho en la diversidad cultural latinoamericana en el marco del pluriculturalismo y el respeto por las diferencias.

Un ciudadano que pueda "actuar y pertenecer" y significar la utopía impondrá un imperativo ético político en todos los seres humanos: la necesidad de una sociedad más justa.

Las perspectivas de los sistemas políticos en nuestro continente tienen estándares mínimos a los que los Estados se han comprometido y que deben servir de base para la planificación de las políticas públicas. La violación de estos estándares corroe la posibilidad democrática en nuestro continente.

Si el Derecho es el mediador entre el Estado y la Sociedad debe cumplir una función operativa re escribiendo una nueva historia de la función del Derecho en la vida cotidiana de los seres humanos. Un discurso jurídico plural sin sujetos ausentes tiene la oportunidad de devolver el rostro a los sujetos desplazados y vulnerabilizados y rehabilitarles el lugar expropiado para la efectiva vigencia.

La educación en y para los Derechos Humanos fortalece y re significa las estructuras políticas, otorga lugar a los sujetos y hace a la esencia de gobernabilidad democrática, otorgando herramientas no sólo para la denuncia sino también para la prevención de la violación de Derechos y para la distribución simbólica de los saberes.

La EDH contextualizada, posee intencionalidad porque hace visible una ética, una política de incidencia, valores contextualizados que habilitan una mirada de "afuera" diferente a los instrumentales tradicionales de los paradigmas "normalizadores" del disciplinamiento.

Hablamos de incidencia crítica, histórica, mutable, que habilita y compromete. Es una enseñanza a mirar con todos los sentidos según la

diversidad de contextos. Mirar, impactar, comprender, aprehender y actuar. Situar en nuestro continente y poder aprehenderlo y sentirlo nos fija un horizonte.

En EDH interpelamos las matrices de la naturalización de lo social. Lo social se construye y lo construyen. De lo contrario la lógica de lo natural nos obligaría a aceptar que no podemos modificar nada: que hay pobres naturalmente –“si siempre existieron”–, que la desigualdad es innata –si siempre se vio–, que la diferencia entre el varón y la mujer existe desde que se creó el mundo, que hay razas superiores y que hay otros que tienen que adaptarse; este sería un modelo de “integración colonial y neo colonial” que convierte al otro en objeto de manipulación de los que dicen, hablan, enuncian desde algún lugar de poder... ¿que también habrán existido desde siempre?

La educación en y para los Derechos Humanos (EDH) es un modelo educativo procesual, de reconocimiento y no de captura-secuestro de los seres humanos, que posibilita el empoderamiento en los diversos contextos simbólicos, culturales, sociales y políticos, su complejidad nos implica permanentes desafíos y viabilidades.

Es en los intersticios y en las fragmentaciones de lo instituido donde podemos operar desde una función facilitadora con acciones que incidan sobre las tramas/redes sociales, la vida política y la construcción de una nueva ciudadanía contextuada en América Latina. Para ello desde el análisis de la Sociología de la Educación se impone superar los paradigmas instrumentales, éstos se reducen al procedimiento y justifican desde allí la acción política, educativa, de subjetivación, de ciudadanía, aunque estemos en presencia de sujetos ausentes o “ausentados”.

Para los que sostienen esta forma de pensar/mirar mientras el procedimiento se cumpla es un “como si” existiera y fuera real. Pero la ficción del “como si” oculta tras de sí los rostros y la cotidianidades de quienes quedan excluidos y jamás llegaron a lo público, y aún habiendo sido formalmente habilitados, se les expulsó con estrategias y políticas públicas, económicas y simbólicas.

La EDH no puede reducirse a la instrucción jurídica de los derechos y garantías, que consideramos fundamentalmente cognoscitiva e instrumentalmente para “tomar conciencia”. La comprensión y puesta en funcionamiento del instrumental jurídico implica decididamente *que el sujeto*

lo pueda sostener en la trama socio afectiva que lo sitúa y lo constituye, para hacer de ellos una herramienta de acción y poder operar críticamente sobre los mismos. Es necesario comprender lo positivizado y saber que estos instrumentos jurídicos no son inmutables, inmóviles y privilegios de algunas elites que han logrado el acceso a la justicia.

La EDH debe hacerse teniendo en cuenta la dimensión cognoscitiva-valorativa-política animando el actuar social.

Situado y subjetivado en contexto adquiere sentido el instrumental, dotando de sentido la trama social y simbólica y habilitando la comprensión y la acción de un proyecto de vida no sólo de coyuntura sino de trascendencia. De este modo se resignifica la cotidianeidad de la propia existencia convirtiendo a los sujetos en transmisores de sentidos en el campo de la cultura.

Es por ello que la labor tiene que facilitar una acción de conversión: de "objetos de derecho de otros", a "sujetos de derecho con significación e identidad" en su individuación y en el colectivo social. En esta acción la facilitación que propone la EDH rompe con el concepto clásico jurídico de sujeto de derecho, posibilitando la individuación intersubjetiva con otros en nos-otros.

La EDH situada, contextuada, permite reconocer el poder actuar, ejerciéndolo en el marco de los valores éticos, jurídicos y políticos consensuados de Derechos Humanos.

La conversión en sujeto habilitará un espacio crítico y de acción sobre lo público que permitirá resignificar su propias condiciones de vida y las nuestras, habilitando lo colectivo.

Los modelos de ciudadanía clásicos no dan cuenta sino del desplazamiento de los seres humanos a los márgenes. Una EDH tiene que co-construir un nuevo modelo de ciudadanía que se implique en el campo de la cultura promoviendo la efectiva aparición en lo público de los sujetos que han sido ocultados o se han auto ocultado por el agotamiento societal.

Así, necesitamos situar en el campo de la diversidad cultural los contenidos de una educación en y para los Derechos Humanos, ya sea los cognitivos, valorativos, las habilidades como las competencias para la acción, teniendo suma vigilancia sobre los modelos que proponen absolutismos.

Los relativismos y absolutismos merecen una especial reflexión dado que **impactan sobre el principio de igualdad**. Una vez inflexionada la igualdad en nuestro contexto de asimetrías acentuadas, la próxima acción es la desigualdad, la atomización los ghettos y la discriminación. Diversidad no es desigualdad, es igualdad diferencial y plural en el marco de los estándares mínimos que nos permiten respetar al ser humano en su integralidad.

Referencias bibliográficas

- ANDERSON, P (1997). "Neoliberalismo un balance provisorio", en *La trama del neoliberalismo*, cap. I, Comp. Sader, E. y Gentili, P. Buenos Aires: Oficina de Publicaciones de CBC, UBA.
- BOURDIEU, Pierre (1999). "Trayectoria de un sociólogo", conferencia magistral para la Cátedra Michel Foucault, de la Universidad Autónoma Metropolitana (Valle de México), sustentada el martes 22 de junio de 1999, y publicada en la revista *La Tarea*, núm. 15, junio de 2001, Guadalajara.
- CAPELLA, J.R. (1993). *Los ciudadanos siervos*. España: Editorial Trotta.
- CASTORIADIS Cornelius (1997). *El Avance de la Insignificancia*. Buenos Aires: EUDEBA.
- FOUCAULT, Michel (1988). "El sujeto y el Poder". *Revista Mexicana de Sociología*, Vol. 50, N° 3, julio-septiembre, pp. 3-20.
- GARRETÓN, M.A. (2002). "¿Polis ilusoria, democracia irrelevante?". *Revista Todavía*, Buenos Aires, N° 2, Septiembre.
- GONZÁLEZ SAIBENE, A. (2004). "El objeto de intervención profesional: un mito del trabajo social". Versión revisada 2005. Mimeo. Rosario. Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales.
- O'DONNELL, Guillermo (2003). "Democracia, Desarrollo Humano y Derechos Humanos", en O'Donnell, G.; Iazzeta, O. y Vargas Culler (editores). *Democracia, Desarrollo Humano Y Ciudadanía. Reflexiones sobre la calidad de la democracia en América Latina*. Rosario: PNUD, Editorial Homo Sapiens.
- MAÍZ SUÁREZ, Ramón (1986). "Posmodernidad e Ilustración: La ontología social del último Foucault". *Revista Zona Abierta*, N° 39-40, pp. 151-198.
- MAGENDZO, A. (1999). *Investigación: Experiencias de Educación en Derechos Humanos en América Latina*. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

- MAGENDZO, A. (2002). *Pedagogía crítica y educación en derechos humanos*. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- MAGENDZO, A. (2002). *Derechos humanos y currículum escolar*. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Disponible en: www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/Material_Educativo/DDHH-Curriculum.pdf?url=%2FBibliotecaWeb%2FVarios%2FDocumentos%2FMaterial_Educativo%2FDDHH-Curriculum.pdf
- MUJICA BARREDA, Rosa María (1995). "Los Derechos Humanos en un Proyecto Educativo Nacional", *Democracia, Pedagogía y Derechos Humanos*. Lima: Red Latinoamericana para la Paz y los Derechos Humanos. CEAAL.
- NUN, J. (2001). Conferencia de cierre del 5º Congreso Nacional de la Asociación Argentina de Estudios del Trabajo, 4 de agosto de 2001, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de Buenos Aires.
- NUN, J. (2002). "Ciudadanía, integración y mito". *Revista Todavía*, Fundación OSDE, mayo.
- RODINO, Ana María (1999). "La educación en valores entendida como educación en Derechos Humanos". *Revista IIDH*, N° 29, San José, Costa Rica.
- TEDESCO, J.C. (1995). *El nuevo pacto educativo. Educación, competitividad y ciudadanía Moderna*. Madrid: Editorial Anaya.
- TEDESCO, J.C. (1996) "La educación y los nuevos desafíos de la formación del ciudadano". *Revista Nueva Sociedad*, N° 146, Caracas.
- TORRES, C.A. (2008). "Después de la tormenta neoliberal: la política educativa Latinoamericana entre la crítica y la utopía". *Revista Iberoamericana de Educación*, N° 48, pp. 207-229.

Feminicidio en Venezuela.
Visibilizando una de las
formas más extremas
de violencia de género
en contra de las mujeres
*Feminicide in Venezuela. Showing
one of the most extreme forms
of violence against the women*

Reina Alejandra Baiz Villafranca*

* Abogada egresada de la Universidad Santa María, Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Católica Andrés Bello.

RESUMEN

Venezuela no se encuentra exenta de una de las formas más extremas de violencia de género contra las mujeres como lo es el feminicidio: diariamente mueren mujeres, en razón de su género. Existen casos que resultan sencillamente invisibilizados por criterios androcéntricos, por estereotipos, por prejuicios que todavía hoy en día predominan en la cultura venezolana y que lamentablemente influyen en la interpretación y aplicación de las normas existentes. El presente documento tiene como objetivo general analizar el tratamiento del feminicidio por parte del Estado venezolano, tanto en la normativa penal especial como en su aplicación e interpretación por parte de los diferentes funcionarios y funcionarias que conforman la administración de justicia penal venezolana.

Palabras clave: Discriminación, feminicidio, violencia de género.

ABSTRACT

Venezuela is not exempt from one of the most extreme forms of violence against the women like it is the feminicidio: every day women die, in reason of genre. There exist cases that hide themselves for stereotypes, for prejudices that still nowadays prevail in the Venezuelan culture and that lamentably influence the interpretation and application of the existing procedure. The present document has as general aim analyze the treatment of the feminicidio on the part of the Venezuelan State, both in the penal special regulation and in his application and interpretation on the part of the different civil servants and civil servants who shape the Administration of Venezuelan Justice.

Keys words: Discrimination, femicide, violence of genre.

Introducción

El feminicidio¹ en Venezuela, entendido como la muerte de las mujeres por el simple hecho de ser mujeres, ha sido abordado desde una perspectiva androcéntrica, facilitando su invisibilización por parte del Estado, al no reconocerlo como consecuencia de mecanismos culturales que excluyen a las mujeres, imponiendo la superioridad de

¹ Término utilizado en 1990 por Jane Caputo y Diana Russell en el artículo "Femicide: Speaking the unspeakable" publicado en la *Revista Miss* de septiembre-octubre.

los hombres; ello incide en la discriminación de las mujeres, al no visibilizar una de las formas más extremas de violencia de género ejercida en su contra, tanto en el ámbito público como en el privado.

Como bien lo señala Magally Huggins (2006:119)

...el permanente crecimiento de la tasa de mortalidad femenina es un alerta que obliga a estudiar su contenido antes de que se acerque a la cifra masculina, especialmente porque las mujeres que mueren por violencia pasan invisibles en las estadísticas oficiales de mortalidad, por sus componentes particulares de género...

Por esta razón, el presente trabajo tiene como objetivo general analizar el tratamiento del feminicidio por parte del Estado venezolano, tanto en la normativa penal especial como en su aplicación e interpretación por parte de los diferentes funcionarios y funcionarias que conforman la administración de justicia penal venezolana, reconociendo los elementos androcéntricos, describiendo la situación de discriminación específica en contra de las mujeres en razón de su sexo.

1. Identificación y descripción de la situación de discriminación en contra de las mujeres en la República Bolivariana de Venezuela

La muerte de mujeres por el hecho de ser mujeres, constituye una forma de violencia de género; su no consagración como un delito en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, así como el tratamiento dado por parte de los funcionarios y funcionarias que integran la administración de justicia penal venezolana, favorecen su invisibilización, erigiéndose como situaciones específicas de discriminación contra todas las mujeres.

En la "Exposición de motivos" de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (LODMVLV), *se reconoce que cada 10 días muere una mujer por violencia de género en Caracas*²; se afirma que en un importante número de casos las amenazas y las situa-

² Según AVESA, en Venezuela muere una mujer por violencia cada 12 horas.

ciones límite, producto de acciones de acoso, coacción, chantajes y ofensas, culminan en hechos de mayor entidad que derivan en atentados a la integridad física e incluso la muerte de la víctima.

Sin embargo, dentro de las formas de violencia de género en contra de las mujeres previstas y definidas en el artículo 15 de la LODMVLV, no se encuentra el FEMINICIDIO; tampoco se encuentra tipificado como delito con esa denominación, sólo se establece en el Parágrafo Único del artículo 65 de la Ley *in comento*, lo siguiente:

...En los casos de homicidio intencional en todas sus calificaciones tipificados en el Código Penal, cuando el autor del delito previsto en esta Ley sea el cónyuge, ex cónyuge, concubino, ex concubino, persona con quien la víctima mantuvo vida marital, unión estable de hecho o relación de afectividad, con o sin convivencia, la pena a imponer será de veintiocho a treinta años de presidio.

En lo que respecta a la competencia de los tribunales que conocen de los casos que encuadran dentro del supuesto especial previsto en el parágrafo único del artículo 65, se prevé en el artículo 12, en concordancia con el artículo 64 *ejusdem*, que corresponderá a los tribunales penales ordinarios, conforme al procedimiento establecido en el Código Orgánico Procesal Penal; no obstante, en la LODMVLV se establece que "...los tribunales... observarán los principios y propósitos de la presente Ley...", lo que realmente en la práctica resulta difícil, considerando que no se encuentran capacitados en el tratamiento de la violencia de género ejercida en contra de las mujeres, como sí lo están los tribunales penales con competencia en violencia contra las mujeres.

1.1. Fundamento

El Estado, al no consagrar el feminicidio como forma de violencia de género y como delito, sumado a la no aplicación del supuesto especial previsto en el parágrafo único del artículo 65 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, es responsable de situaciones específicas de discriminación en contra de las mujeres en razón de su sexo.

La Recomendación General 19 del *Comité de la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la*

Mujer³ (CEDAW) establece que la definición de la discriminación contra la mujer incluye la violencia basada en el sexo, comprendiendo la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer, o que la afecta en forma desproporcionada.

De conformidad con el artículo 1 de la **Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer**⁴ ("Convención De Belem Do Pará") se entiende por violencia contra la mujer "...cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado...".

La no consagración del feminicidio en el ordenamiento jurídico venezolano y su tratamiento por parte de los operadores(as) judiciales, permite afirmar que existe una distinción basada en el sexo que menoscaba el reconocimiento, goce y ejercicio del derecho a la vida, del derecho a la integridad física y del acceso a la justicia en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, lo que significa un trato discriminatorio contra las mujeres y atenta contra su derecho a una vida libre de violencia.

Los fundamentos que llevan a establecer que existe un trato discriminatorio son, entre otros, que el no reconocimiento del feminicidio, perpetúa la invisibilización sistemática de las mujeres en razón de su sexo, como consecuencia directa de la discriminación estructural de las mujeres en las sociedades patriarcales.

Compartimos la posición de Elena Larrauri⁵ (2008) cuando señala:

...que el problema no es sólo el cómo son efectivamente aplicadas las leyes, sino que en algunos casos es la propia norma (o su ausencia) lo que constituye el problema (...) la ausencia del derecho penal se observa no sólo en su falta de aplicación, o en su defectuosa aplicación, sino, en ocasiones, en la ausencia de regulación... En otras ocasiones, la des-

³ Adoptada el 18 de diciembre de 1979, entrando en vigor el 3 de septiembre de 1981, ratificada por Venezuela el 2 de mayo de 1983.

⁴ Aprobada por la Asamblea General de la OEA el 9 de junio de 1994, entrando en vigor el 5 de marzo de 1995. Ratificada por Venezuela el 16 de enero de 1995 según *Gaceta Oficial* N° 35.632.

⁵ Larrauri, Elena (2008). *Mujeres y sistema penal: violencia doméstica*. Euros Editores, Buenos Aires, Argentina.

protección acontece no por la ausencia de derecho penal, sino por una regulación insuficiente al estar desde un punto de vista masculino...

En el caso venezolano, resulta cuestionable que en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia se conserven criterios androcéntricos al usarse la palabra homicidio. En efecto, como lo señala Patsilf Toledo (p. 1), el uso de esta palabra es considerado inadecuado por su carácter androcéntrico, y es que, etimológicamente, la palabra "homicidio"; deviene de *Homo* (hombre); de hecho, para Francisco Muñoz Conde⁶ "...La palabra "homicidio" se emplea en el Código Penal en un sentido amplio equivalente a la muerte de un hombre por otro..." (2004: 37). El referido autor utiliza la denominación "HOMBRE" para designar a todos los seres humanos, invisibilizando a las mujeres. En este sentido y siguiendo a Simone de Beauvoir⁷, la mujer es definida por el varón, con relación a él y no en sí misma, porque al ser los hombres lo positivo y lo neutro, se llega a utilizar la denominación "HOMBRES" para abarcar a todas las personas.

Coincidimos con Alda Facio cuando expresa que por siglos hemos visto el mundo desde la perspectiva androcéntrica, la consideramos como un punto de vista neutral y objetivo, resultando incómoda la perspectiva de género; y además, cuando señala que el Estado está obligado a eliminar todas las barreras, incluyendo las lingüísticas, que obstaculizan o impiden el acceso a la justicia de las mujeres en un plano de igualdad con los hombres.

- *No tipificación del feminicidio en el ordenamiento jurídico venezolano*

Para comprender el impacto que tiene la no tipificación del feminicidio, es necesario señalar que en el *Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer*, elaborado por el Secretario General de las Naciones Unidas en el año 2006, se comprobó que las características de los asesinatos de mujeres son muy diferentes de los asesinatos de hombres

⁶ En el libro *Derecho Penal*, Parte Especial, décimo quinta edición. Tirant lo Blanch, Valencia, España.

⁷ De Beauvoir, S. (2005). *El segundo sexo*. Buenos Aires, Sudamericana.

y, frecuentemente, comprenden aspectos de violencia doméstica, celos extremos y posesividad o pasión, litigios sobre la dote o cuestiones de "honor"; además, frecuentemente están acompañados por violencia sexual (pp. 77-78).

Ubicándonos en el contexto venezolano, podemos mencionar como ejemplo el caso de Francelis –citado por la magistrada Yolanda Jaimes–, una mujer apuñalada y degollada por "su marido", quien permanentemente la sometía a maltratos físicos, verbales y psicológicos; el hombre la golpeó hasta ocasionarle un aborto, no cesaba en su empeño de hombre maltratador, hasta que ella resolvió denunciarlo ante los órganos competentes; los tribunales especiales le dictaron medidas cautelares de prohibición de acercarse a la agredida, sin embargo, una vez en libertad la buscó de nuevo y la asesinó con alevosía y sin compasión alguna.

Este sólo es un ejemplo de las consecuencias que genera la no tipificación del feminicidio, resaltando que se trata de la *invisibilización de una forma extrema de violencia de género en contra de las mujeres*, donde se vulnera el derecho a la vida, así como se minimiza la gravedad de los hechos, llegando a ser calificados incluso como "crímenes pasionales", donde "los hombres apasionados matan a las mujeres" por considerarlas "su propiedad", cuando los hechos tienen un origen más complejo que la pasión y / o los celos, como es la discriminación estructural de las mujeres, en razón de su sexo.

Por su gravedad, magnitud y consecuencias, se requiere la tipificación específica del Feminicidio por ser un fenómeno complejo, un tipo de violencia extrema en contra de las mujeres, que no se encuentra comprendida en los tipos penales género-neutrales, como el homicidio intencional, privilegiando el efecto simbólico de la ley penal, haciendo visible la violencia que afecta a las mujeres por ser mujeres, facilitando la producción de información estadística desagregada y el seguimiento de la acción del aparato de justicia, de la jurisprudencia y de la doctrina frente a esta forma de violencia contra las mujeres (Toledo, p. 3).

Se precisa revisar y analizar el contenido del Derecho Penal, sus principios de igualdad y no discriminación, legalidad, culpabilidad, tipicidad, para identificar la presencia de criterios androcéntricos, impulsando así la integración del Derecho Penal con la visión de género, introduciendo con más fuerza la visión jurídico-penal a la reflexión y

discusión en torno a esta forma de violencia en contra de las mujeres; y es necesario que la tipificación sea contextualizada, y sus objetivos clarificados en relación a la realidad en que se inserta, considerando la naturaleza de las dificultades que presenta, en la práctica, la prevención, investigación y sanción del feminicidio y otras formas de violencia contra las mujeres (Toledo, p. 7).

Para entender la complejidad de esta problemática, haremos referencia a la sentencia número 05-09, dictada en fecha 25/03/2009 por el Juzgado Tercero de Primera Instancia en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, en la causa penal N° 3M-614-08, en la cual, a pesar de quedar demostrado que:

(...)

...el día siete (07) de abril de 2007, (...) la ciudadana LISBETH MARGARITA BRAVO, (...), se encontraba en su residencia, (...), cuando entró el (...) ciudadano LUIS ENRIQUE PORTILLO JIMÉNEZ (...) por la puerta trasera, y luego cerró la puerta del frente, de modo (sic) que ambos quedaron encerrados en la casa, y una vez dentro de ésta el imputado arremetió con un objeto contundente de los denominados Palos de Madera, contra la integridad física de la ciudadana LISBETH MARGARITA BRAVO, con quien había mantenido una relación de pareja (...) el imputado salió de la residencia por la puerta (sic) del frente, la cual cerró y luego se retiró del sitio...

Sin embargo, se condenó al ciudadano Luis Enrique Portillo Jiménez por la comisión del delito de homicidio intencional previsto y sancionado en el artículo 405 del Código Penal, no aplicándose el supuesto especial previsto en el parágrafo único del artículo 65 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, que se encontraba vigente para el momento en que ocurrieron los hechos, quebrantando el juzgador el principio del *iura novit curia*, resultando deficiente la decisión judicial e invisibilizando el feminicidio: aun cuando se demostró que habían tenido una relación de afectividad, el juez no lo consideró como una condición capaz de modificar el tipo penal por el cual había sido acusado el ciudadano Luis Portillo, centrándose en el acto, sin considerar el contexto en el que se produjo el mismo.

En lo que respecta a la aplicación del principio *iura novit curia* dentro del ámbito del procedimiento penal venezolano, el juez presidente, con base en el citado principio tiene la facultad de cambiar la calificación jurídica conferida al hecho por la acusación fiscal, como bien lo admite el principio acusatorio, porque sencillamente el juzgador tiene que atenerse a la persona y a los hechos contenidos dentro de la acusación, pero en lo que respecta a la calificación y a la pena aplicable al hecho NO; en este aspecto el juez debe demostrar su conocimiento del derecho, aplicando de esta forma el *iura novit curia*. Esta potestad del juez de establecer una calificación jurídica distinta a la propuesta por el fiscal del Ministerio Público se encuentra prevista en el artículo 350 del Código Orgánico Procesal Penal, en los siguientes términos:

...Si en el curso de la audiencia el tribunal observa la posibilidad de una calificación jurídica que no ha sido considerada por ninguna de las partes, podrá advertir al imputado sobre esa posibilidad, para que prepare su defensa. A todo evento, esta advertencia deberá ser hecha por el juez presidente inmediatamente después de terminada la recepción de pruebas, si antes no lo hubiere hecho. En este caso se recibirá nueva declaración al imputado y se informará a las partes que tendrán derecho a pedir la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa.

La Sala Constitucional del Máximo Tribunal de la República, en su sentencia N° 1081, de fecha 15/01/2001 estableció

...que (...) el tribunal, si en el curso de la audiencia, observa un error en la calificación jurídica no apreciado por las partes, podrá prevenir al imputado sobre el cambio en la calificación de los hechos de la acusación y, una vez hecha tal observación, podrá incluso modificar, en forma *in bonus* o *in pejus*, en la propia sentencia condenatoria la calificación jurídica o la pena originalmente dada en la acusación...

Dentro del marco del sistema acusatorio es fundamental mantener coherencia, identidad entre el hecho imputado, el hecho juzgado-probado y el hecho sentenciado. En el caso que nos ocupa, resultaba claro que debía aplicarse el supuesto establecido en el párrafo único del artículo 65 de la LODMVLV; sin embargo no se hizo, imponiéndose la tipificación del

Código Penal con su consecuente sesgo androcéntrico. Este sólo es un caso de los muchos existentes donde se desconoce la legislación especial y por tanto se limita (o viola) el derecho de las mujeres al acceso a la justicia.

En relación con este tema, el *Informe especial sobre el Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, señala que existe una diversidad de factores que limitan la correcta aplicación de las leyes que protegen a las mujeres por parte de las autoridades estatales, dentro de los que se encuentra la ausencia de procedimientos claros y de programas de capacitación de los funcionarios públicos (2007: 95).

- a) No existe razón que justifique la diferencia en el trato. El Estado debe garantizarle el derecho a la vida, el acceso a la justicia tanto a mujeres como a hombres, considerando lo establecido en el preámbulo de la Convención de Belén Do Pará, donde se señala que la violencia contra la mujer es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres.
- b) No existe proporcionalidad: al invisibilizar una de las formas más extremas de violencia de género en contra de las mujeres, se perpetúa el androcentrismo, legitimando la discriminación en contra de las mujeres, obstaculizando alcanzar una igualdad real entre mujeres y hombres, y es que el feminicidio, como lo afirman María Sciortino y Luciana Guerra⁸ (2009: 100) es la "...expresión de un problema estructural y político que es invisibilizado, al mismo tiempo que promovido y reproducido de manera sistemática...".
- c) Siendo el trato diferenciado discriminatorio, al no perseguir un fin legítimo, al perpetuar la desigualdad entre hombres y mujeres, invisibilizando a las mujeres, así como la violencia que las afecta en razón de su género, con un manto de supuesta neutralidad que no es tal.

⁸ En el artículo "Un abordaje del feminicidio desde la convergencia entre teoría y activismo", publicado en la *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, Caracas, enero/junio 2009, volumen 14, número 32.

Con la finalidad de prevenir, investigar, enjuiciar, sancionar los casos de feminicidio en la República Bolivariana de Venezuela, debe existir coherencia entre los instrumentos jurídicos y los órganos de la administración de justicia penal venezolana, que integran el Sistema de Justicia Penal, para garantizarle a las mujeres el reconocimiento efectivo de sus derechos humanos, en condiciones de igualdad real con respecto a los hombres.

2. Reforma de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia

Unas de las medidas necesarias para visibilizar el feminicidio como una forma extrema de violencia de género en contra de las mujeres en la República Bolivariana de Venezuela, y garantizar su adecuado tratamiento por parte de los órganos que conforman la administración de justicia penal venezolana, es reformar la LODMVLV, con la finalidad de consagrar los diferentes tipos de feminicidio como formas y delitos de violencia de género en contra de las mujeres, así como también atribuir su conocimiento a los tribunales penales con competencia en la materia. En ese sentido, se hace necesario incorporar a la legislación penal especial lo siguiente:

- a. Definir como formas extremas de violencia de género en contra de las mujeres el feminicidio íntimo, el feminicidio familiar íntimo, el feminicidio infantil, el feminicidio sexual sistémico, y el feminicidio obstétrico.
- b. Tipificar como delitos el feminicidio íntimo, el feminicidio familiar íntimo, el feminicidio infantil, el feminicidio sexual sistémico, y el feminicidio obstétrico.
- c. Atribuirle la competencia para el juzgamiento de los referidos casos a los tribunales penales con competencia en violencia contra las mujeres.
- d. Instaurando un procedimiento penal claro, preciso, con visión de género.

Justificación e idoneidad

La Convención de Belen Do Pará establece en su artículo 7 que los estados partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia,

...c. incluir en su legislación interna normas penales, (...) que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso; (...) f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;...

erigiéndose como una obligación internacional del Estado venezolano la necesidad de reformar la Ley, sancionando el feminicidio.

Dentro de los avances que se obtienen con la consagración de los diferentes tipos de feminicidio se destacan:

- a. Visibilización del fenómeno.
- b. Integración de la perspectiva de género en el Derecho Penal, tanto sustantivo como adjetivo.
- c. Reconocimiento de los factores de riesgo y la dinámica de los hechos que desencadenan la muerte de mujeres en razón de su género.
- d. Incentiva la investigación cuantitativa y cualitativa de una de las formas más extremas de violencia de género en contra de las mujeres.
- e. Estimula la recolección y procesamiento de datos estadísticos de la muerte de mujeres, en razón de su género.

Para lograr la visibilización del feminicidio como una forma extrema de violencia de género en contra de las mujeres, es necesaria la aplicación tanto de una medida legislativa como una educativa de formación y capacitación de los funcionarios y funcionarias judiciales en temas de género y violencia contra las mujeres, porque de nada serviría la reforma de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de

Violencia si el personal encargado de su aplicación e interpretación no se encuentra preparado en materia de género y derechos humanos, aunado al hecho que a través de la educación se fomentan cambios sociales y jurídicos, de carácter permanente.

Conclusión

El feminicidio se erige como la forma más extrema de violencia de género ejercida en contra de las mujeres, tanto en el ámbito público como en el privado; comprende la muerte de las mujeres por ser mujeres, siendo un obstáculo para el ejercicio efectivo de los derechos humanos de las mujeres; su invisibilización constituye una forma de discriminación en contra de las mujeres, en razón de su sexo.

De tal manera, el Estado venezolano tiene la obligación internacional de *prevenir, sancionar y erradicar* toda forma de violencia contra la mujer, siendo el feminicidio la más extrema. Debe adoptar medidas destinadas a su prevención, investigación, sanción y erradicación, comenzando por reconocerlo como un fenómeno, siendo necesaria la aplicación de dos medidas que se complementan: en primer lugar, la capacitación de los funcionarios y funcionarias que integran los órganos de la administración de justicia penal venezolana, con miras a su concientización y sensibilización en tan terrible problemática; en segundo lugar, con la reforma de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia para tipificar el feminicidio y sus diferentes modalidades, así como atribuirle la competencia para el juzgamiento de los mismos a los tribunales penales de violencia contra la mujer, por ser los organismos jurisdiccionales que deberían estar debidamente capacitados en género y derechos humanos.

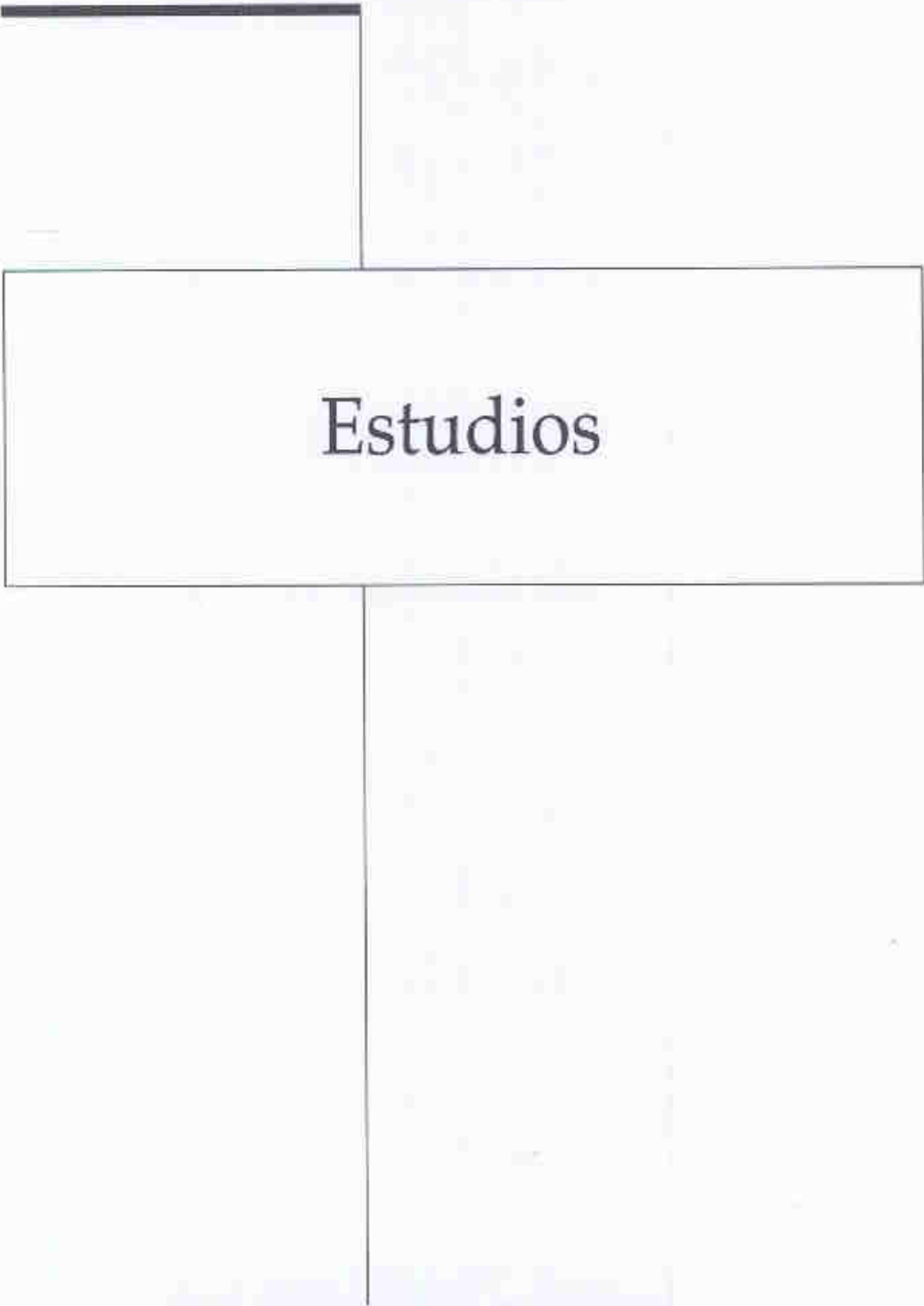
Referencias bibliográficas

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (06/07/2006). *Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer*. Informe del Secretario General.

CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (07/03/2003). *Situación de los derechos de la mujer en Ciudad Juárez, México: el derecho a no ser objeto de violencia y discriminación*. OEA/Ser.L/V/II.117.

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (20/01/2007). Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68.
- COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (1994). *Recomendación General 19: La violencia contra la Mujer*.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA (2009). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, N° 5.908. Jueves, 19 de febrero de 2009.
- CONVENCION INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER "CONVENCIÓN DE BELEM DO PARÁ".
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Sentencia del 16 de noviembre de 2009.
- DE BEAUVOIR, S. (2005). *El segundo sexo*. Buenos Aires: Sudamericana.
- FACIO, Alda (05/12/2000). *El acceso a la justicia desde la perspectiva de género*. Costa Rica: ILANUD.
- HERNÁNDEZ, R.; FERNÁNDEZ, C. y BAPTISTA, P. (2003). *Metodología de la investigación* (3^{da} ed.). México: McGraw-Hill.
- HUGGINS, Magally (2006). "La violencia más allá de lo visible", en *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, Caracas, enero-junio 2006, volumen 11, número 26.
- LARRAURI, Elena (2008). *Mujeres y derecho penal: violencia doméstica*. Buenos Aires, Argentina: Euros Editores.
- LEY ORGÁNICA SOBRE EL DERECHO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA (2007). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 38.770, 17 de septiembre de 2007.
- TOLEDO, Patsilí. ¿Tipificar el femicidio? Documento recuperado: [http://www.nomasviolenciacontramujeres.cl/files/Tipificar%20eL%20femicidio%20-%20Patsili Toledo.pdf](http://www.nomasviolenciacontramujeres.cl/files/Tipificar%20eL%20femicidio%20-%20Patsili%20Toledo.pdf).
- SCIORTINO, María y GUERRA, Luciana. "Un abordaje del feminicidio desde la convergencia entre teoría y activismo", en la *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, Caracas, enero/junio 2009, Volumen 14, número 32.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (2004). *Derecho Penal*. Parte Especial, décimo quinta edición. Tirant lo Blanch, Valencia-España.
- SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE LA REPÚBLICA. Sentencia N° 1081, de fecha 15/01/2001.



Estudios

La usura y sus distintos tipos
de manifestaciones
(Breve resumen histórico
y su tratamiento por el
Tribunal Supremo de Justicia)
*Usury and its various types
of events (A brief historical
overview and its treatment
by the Supreme Court)*

Sacha Rohán Fernández Cabrera*

* Universidad Central de Venezuela, abogada. Doctorado en Ciencias, Mención Derecho (por defender tesis doctoral). Especialización en Derecho Procesal y Especialización en Derecho Internacional Económico y de la Integración UCV. Docente, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho. Ex Coordinadora de Servicios Jurídicos del Área Metropolitana de Caracas.

RESUMEN

El presente trabajo da una visión histórica general de lo que ha sido la usura desde la antigüedad hasta nuestros días, así como la forma en que se ha sido tratada y concebida en distintas épocas, observa cómo se ha dado en el sistema financiero y señala cómo se ha pronunciado el Tribunal Supremo de Justicia con respecto a ésta después de aprobada la Constitución de 1999, indicando la importancia de su control, sin que ello implique vulneración de derechos constitucionales.

Palabras clave: usura, banca, tasas de interés, libertad económica.

ABSTRACT

This paper provides a historical overview of usury from ancient times to the present, and indicates how it has been treated and conceived at different times; it also provides a observation about how it has developed in the financial system and pointing out how the Supreme Court has treated it, after the adoption of the Constitution of 1999, indicating the importance of their control, without becoming a violation of constitutional rights.

Key words: usury, banking, interest rates, economic freedom.

*No tomarás interés ni usura, antes bien teme a tu Dios
y deja vivir a tu hermano junto a ti.*

*No le darás a interés tu dinero ni le darás tus víveres a
usura.*

(LEVÍTICO, 25:36)

*No prestarás a interés... ya se trate de réditos de dinero,
o de víveres, o de cualquier cosa que produzcas a interés*

(DEUTERONOMIO 23:20)

*... [quien] no presta con usura ni cobra intereses..., un
hombre así es justo*

(EZEQUIEL 18 8-9)

Introducción

Las citas escogidas entre muchas otras del Antiguo Testamento con las que se comienza el presente trabajo, nos permiten ver que la prohibición de la usura se remonta a las raíces legales y éticas de la civilización desde muchos años atrás. Dicha prohibición fue confirmada y aun reforzada por los primeros cristianos, incluso San Agustín define como usura toda transacción en la que una persona espera recibir más de lo que ha dado, por lo que la consideraba prohibida; incluso cualquier beneficio obtenido de ella ni siquiera podía darse como limosna. Esta posición fue mantenida en el siglo XIV por Santo Tomás de Aquino con mayor claridad y vigor.

Efectivamente, los préstamos son parte de la vida diaria de casi todo consumidor, debido a que se utilizan para comprar vehículos, casas y otros productos, y se utilizan las tarjetas de crédito para muchos gastos personales. Por ello es que la mayoría de los consumidores entienden que tienen que pagar intereses, pero a menudo las personas se preguntan cuántos intereses son demasiados.

En el presente trabajo trataremos de dar una visión histórica general de lo que ha sido la usura, así como de indicar la forma en que se ha pronunciado el Tribunal Supremo de Justicia con respecto a ésta después de aprobada la Constitución de 1999.

1. Consideraciones generales

Las leyes y el resto del ordenamiento jurídico especifican las condiciones o las tasas máximas de interés que se deben cobrar por los préstamos. Estas leyes están creadas en aras de dar protección al consumidor y se suelen llamar en su conjunto leyes contra la usura; entre ellas se pueden mencionar la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (LDPABS) o las resoluciones del Banco Central de Venezuela, entre otras¹. Esta legislación se efectúa con la finalidad de controlar el

¹ La LDPABS fue publicada en la G.O. N° 39.358 del 01/02/2010; está también la Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y Demás Tarjetas de Financiamientos o Pago Electrónico, publicada en la G.O. N° 39.021 del 22/09/2008, entre otras, así como el Banco Central de Venezuela ha dictado el Aviso Oficial donde fija los límites máximos de comisiones, tarifas o recargos por las operaciones y actividades que se allí se mencionan, publicada en la G.O. N° 38.883 del 04/03/2008; el Aviso Oficial mediante el cual establece que "A partir del 27 de octubre de 2008 los bancos, entidades de ahorro y préstamo y demás instituciones financieras regidas por la Ley General de

cobro de tasas de interés exorbitantes por un préstamo, cualquiera que éste sea, y de esa manera proteger al consumidor contra esta práctica de préstamos predatoria.

Así encontramos que un *préstamo comercial* es un préstamo que se hace primeramente para ser utilizado en la operación de una empresa, o con el propósito de inversión, agricultura, industria o empresas similares.

Por otra parte, los *préstamos al consumidor* son préstamos que se hacen a individuos para uso personal y diferentes tipos de compras, siendo que los límites en estos préstamos varían².

En principio, la entidad responsable de establecer las tasas de interés máximas para varios tipos de préstamos, incluyendo las tasas para tarjetas de crédito, transacciones en las casas de empeño y compras de renta, según las pautas establecidas por la ley y por las resoluciones, es el Banco Central de Venezuela³, aunque el legislador también lo puede

Bancos y Otras Instituciones Financieras y demás leyes especiales, podrán cobrar hasta los siguientes límites máximos de comisiones, tarifas o recargos por las operaciones y actividades que se mencionan", publicada en la G.O. N° 39.045 del 27/10/2008; el Aviso Oficial que tiene por objeto garantizar el respeto y protección de los derechos de los usuarios y las usuarias de dichos instrumentos de pago, obligando al emisor de los mismos a otorgar información adecuada y no engañosa a los y las tarjetahabientes, publicada en la G.O. N° 39.374 del 25/02/2010; el Aviso Oficial en el que establece que los bancos, entidades de ahorro y préstamo y demás instituciones financieras regidas por la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras y demás leyes especiales, podrán cobrar hasta los límites máximos de comisiones, tarifas o recargos por las operaciones y actividades que se mencionan en el mismo, publicada en la G.O. N° 39.439 del 04/06/2010; el Aviso Oficial donde establece a los bancos, entidades de ahorro y préstamo y demás instituciones financieras regidas por la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras y demás leyes especiales, que podrán cobrar hasta los límites máximos (allí señalados) de comisiones, tarifas o recargos por las operaciones y actividades que allí se enuncian, publicada en la G.O. N° 39.494 del 24/08/2010; y el Aviso Oficial sobre el Estudio Comparativo de Tarjetas de Crédito y Débito, agosto 2010. Información al Público en General, que la Tasa de Interés Activa de la Tarjeta de Crédito "Cédulas del Buen Vivir Bicentenario", es de 15%, publicada en la G.O. N° 39.521 del 30/09/2010, entre otras normativas.

- ² En este sentido se señalan como ejemplos, entre muchos otros límites legales, que los préstamos de interés hipotecario dados a través de la Política Habitacional se encuentran regulados por el Ministerio del Poder Popular para Vivienda y Hábitat, así como los préstamos de vehículo se rigen por el mercado o por las resoluciones que establezca el BCV.
- ³ Como ejemplo de regulación de las tasas de interés por el Banco Central de Venezuela se puede ver la Resolución N° 06-04-02 del 18/04/2006, publicada en la G.O. N° 38.419 del 18/04/2006.

realizar de manera directa al establecerlo en las leyes⁴. Sin embargo, se debe tener claro que las tasas de interés pueden variar mucho, dependiendo del tipo de crédito de que se trate.

Las altas tasas de interés no son la única forma de préstamo predatorio existente, debiendo los consumidores tener cuidado al momento de solicitar un préstamo, ya que existen compañías de crédito falsas o agiotistas que cobran una cuota por adelantado y luego simplemente desaparecen con el dinero. Además, se debe tomar en cuenta que ningún prestamista legítimo garantiza que su solicitud será aprobada.

Consecuentemente, siempre se debe tener cuidado con las empresas que garantizan un préstamo si se les paga una cuota por adelantado, ya que es ilegal que realicen este tipo de solicitud o acepten un pago hasta que el futuro deudor no reciba el préstamo o crédito. Un prestamista legítimo nunca garantizará o insinuará al ciudadano que recibirá un préstamo o tarjeta de crédito antes de que lo solicite, especialmente si se tiene mal crédito, no se tiene crédito o se encuentra en atraso o quiebra.

2. Breve resumen histórico de la usura⁵

2.1. *El mundo antiguo o clásico*

Acá partiremos con Aristóteles quien rechazaba la usura categóricamente, al decir que de todas las formas de comercio, la usura era la más depravada y la más odiosa, ya que se proponía un objetivo antinatural, porque hacía un uso erróneo del dinero en sí, pues el dinero fue creado para el intercambio y no para ser incrementado con la usura, siendo una reproducción antinatural de dinero con dinero.

Por su parte, Platón afirmaba que la usura enfrentaba inevitablemente a una clase contra otra, siendo por ello destructiva para el Estado. También los filósofos romanos Cicerón, Catón y Séneca, así como la tradición judeo-cristiana como la grecorromana, que juntas constituyen la principal fuente de la civilización occidental, eran unánimes a este respecto, siendo que la tradición religiosa y la secular hablaban aquí con una sola voz.

⁴ Un ejemplo de esto es la Ley de Protección al Deudor Hipotecario, publicada en la G.O. N° 35.450 del 29/04/2004.

⁵ Parte histórica tomada de Abdel Haqq Bewley, *Historia de la usura*, <http://www.webislam.com/?idt=3636>.

Por lo tanto, la práctica de la usura ha estado sometida a prohibición desde los tiempos antiguos, sin que se deba a primitivismo, ingenuidad o falta de comprensión de la realidad económica, sino que el fundamento de dicha prohibición era ético y teológico y por consiguiente tenía en cuenta cuestiones más profundas que la conveniencia económica y el comercio internacional; en este sentido, se comprendía que la prohibición de la usura o la esencia de la transacción usuraria, que garantizaría a alguien la obtención de algo por nada, constituía según éstos, una violación de la ley natural, con lo cual se producía un desequilibrio y desintegración. Así pues, cualquier inconveniencia que se produjera en las transacciones comerciales era sacrificada en aras del bien público general, que era considerado siempre como de mayor importancia, tenía un carácter deontológico.

2.2. Antecedentes conceptuales en Roma

Podemos ver a la usura como la compensación económica que se genera por el uso de un capital perteneciente a otra persona, la cual puede venir fijada a través de un interés, que puede ser percibido con arreglo a un tipo oficial, o adquirido de manera ilegal cuando supera el importe de dicho tipo.

En el Derecho Romano la usura se correspondía al interés, lo cual dista de la concepción actual, en la que se equipara a intereses excesivos o usurarios.

En Roma, la jurisprudencia manejó de manera dispersa el tema de la usura y aunque no se pueden clasificar los distintos tipos de usura, sí se pueden delimitar los supuestos por los que se pueden exigir intereses a través de la distinción entre *usurae* voluntarias, que son convencionales o determinadas por la voluntad de las partes, y *usurae* legales, establecidas por el ordenamiento jurídico. La doctrina romanista estudió mucho sobre las primeras y, sobre todo, las usurarias moratorias tuvieron una especial dedicación.

En el período justiniano se limitaron los tipos máximos de interés, se implantó la radical prohibición de la usura en las normas seculares como puro planteamiento moral, por influencia de la Iglesia, que incluso a través de los concilios ratificó dicha prohibición.

2.3. La concepción en el mundo judío y la Edad Media

No obstante la posición romana, para los judíos sí existían transacciones usurarias, ya que en una época temprana los antiguos judíos declararon poseer una licencia escritural que les permitía, según ellos, practicar la usura, bajo ciertas condiciones⁶.

Las actividades prestamistas de los judíos se realizaron desde los guetos de las grandes ciudades de la cristiandad durante toda la Edad Media, eran toleradas por las autoridades y podían ser practicadas bajo un severo control, siempre y cuando se considerara que prestaban un servicio útil. Se debe destacar que aun dentro de una situación tan opresiva, era posible para el prestamista acumular enormes ganancias mediante la práctica de la usura, tanto así que durante el siglo XIII, en Inglaterra, casi la mitad de los impuestos del país eran recolectados de la comunidad judía, que representaba menos de 5% de la población⁷.

Los préstamos de dinero continuaron en pequeña escala durante la Edad Media: algunos mercaderes locales sin escrúpulos se aprovechaban de las personas humildes que estaban en dificultades por una mala cosecha, una mala administración o desgracias similares y que se veían obligadas a buscar un préstamo para satisfacer sus necesidades cotidianas; esto se efectuaba tratando de ocultar la naturaleza usuraria del préstamo ya que si se descubría, el usurero era objeto de severos castigos y era marginado por la sociedad.

Sin embargo, a pesar de que la Iglesia y el escolasticismo ponen freno a la usura, durante la Edad Media son constantes las operaciones usurarias; cabe citar el interés del 16% aplicado en varias regiones francesas, esto debido a que se dio un auge de la economía monetaria con la que aparecieron los negocios entre las ciudades, en donde los protagonistas eran los nobles y burgueses, por lo que adquirió relevancia la usura de

⁶ En Deuteronomio, capítulo 23, versículo 21, se afirma: "Al extranjero podrás prestarle a interés, pero a tu hermano no le prestarás a interés". La palabra "extranjero" en este texto es interpretada por lo general como "enemigo" y, armados con este texto, los judíos emplearon la usura como un arma, hallando en ella un medio de obtener poder sobre sus enemigos: mediante la usura, la necesidad de otra gente podía transformarse en sometimiento.

⁷ No obstante lo anterior, no pudieron convertir su riqueza en poder, al ser frecuentemente sometidos a terribles purgas populares, lo que llevó a su expulsión de ese país en el siglo XIV, al cual no regresarían sino pasados 350 años.

manera inevitable. Algo curioso es el notar que son las abadías los consagrados institutos crediticios usureros, donde se consigue la figura del *mort-gaje*, que es un préstamo con interés utilizado en los medios económicos rurales, donde la circulación de la moneda era escasa, por lo que la actividad consistía en un préstamo garantizado por un inmueble del cual el proveedor de fondos recibía las rentas⁸.

Esto llevó a que en el siglo XIII se volvieran más rigurosas las prohibiciones para clérigos y laicos, pero la práctica de usura persistió abierta y fraudulentamente tal como lo mencionamos antes, por lo que luego aparece otra vez elaborada por civilistas y canonistas con una casuística muy precisa sobre la usura. En este momento es cuando aparecen conceptos de la usura que la asimilan al robo y al pecado⁹.

En el siglo XV comenzaron a proliferar las obras en que se mezclaban la teología, el Derecho Romano y el Derecho Canónico, para que luego en el siglo XVI apareciera una literatura jurídico-mercantil que exponía sus consideraciones jurídicas en las relaciones privadas, conectando exigencias económicas con la moral cristiana¹⁰.

2.4. La usura en los asuntos de Estado

También los reyes y los príncipes se veían en algunas ocasiones obligados a pedir préstamos enormes a interés, generalmente para financiar sus campañas militares, siendo obtenidos normalmente del extranjero (frecuentemente de Italia), los que se pagaban de los impuestos y eludían, por su tamaño, la prohibición general.

No obstante, la usura estaba excluida por completo de todas las transacciones habituales, tanto las comerciales como las sociales, a pesar de ser un hecho innegable, condenado y despreciado universalmente.

⁸ Así se señala en *Historia de la usura*, <http://www.webislam.com/?idt=3636>; y de *Usura. Derecho Romano Español. Usuras convencionales, legales, ilícitas. Intereses. Problemática jurídica*.

⁹ Obviamente desde una perspectiva eminentemente canónica, donde un ejemplo claro es la obra de San Raimundo de Peñafort, con la que se inician las relaciones entre religión y vida jurídica, resultando decisivos sus criterios en la recepción del Derecho Romano en España, el cual pasa por vía subsecuente a América.

¹⁰ Entre los autores estarían Luis de Molina, Saravia de la Calle y Tomás Mercado.

2.5. La Reforma y la usura

Con el Renacimiento italiano las cosas empezaron a cambiar gradualmente, llegando su punto crítico el 31 de octubre de 1517, cuando Martín Lutero clavó sus 95 tesis en la puerta de la iglesia en Wittenberg y se inició la Reforma, en desafío a la autoridad de Roma, llegando más allá de una simple reforma de una institución corrompida, ya que se destruyó la unidad de la cristiandad occidental. Aunque la intención era eliminar las barreras que se interponían entre el individuo y Dios, el resultado fue dar una ilimitada libertad individual de acción, que dejó a la gente a la deriva, libre de la moralidad tradicional impuesta por la Ley Canónica de la Iglesia, donde existía la prohibición de la usura. La Iglesia Católica representaba una tradición continua desde Moisés, a pesar de todas sus desviaciones y de su corrupción, pero al quebrarse su autoridad con la Reforma y nacer el protestantismo, las antiguas restricciones a la usura fueron abandonadas¹¹.

Anteriormente la usura estaba sujeta a una doctrina consagrada por la tradición, pero Calvino trató la ética de los préstamos como otro caso más entre los diversos problemas a que se enfrentaba la sociedad humana que debían ser resueltos de acuerdo con las circunstancias. Tomó la ley en sus manos y desechó los pasajes del Antiguo Testamento que trataban de la usura, así como los precedentes judiciales del pasado, considerándolos inaplicables a las circunstancias de su época, dando su aprobación al argumento de que cobrar interés sobre el capital es tan razonable como cobrar renta por la tierra. El comerciante tenía ahora un precedente basado en la opinión de alguien que hablaba con autoridad religiosa; así cambió la ley moral y por lo tanto ya no era inmoral cobrar intereses. A partir de ese momento la polémica en el seno de la comunidad mercantil era saber cuál era la tasa admisible y no si debería permitirse el interés.

Con la llegada del Renacimiento y la Reforma, que quebró la tradición cristiana imperante en la Edad Media, como se señalara, junto con los descubrimientos geográficos y la afluencia de metales preciosos y ma-

¹¹ Esto se produjo de manera más evidente con Calvino, quien irónicamente era un estricto moralista puritano, quien abrió las compuertas de la usura, legalizó los préstamos de dinero con interés, dando confirmación legal a una práctica que había sido considerada ilegal desde los tiempos más remotos. Independientemente de que permitiera sólo intereses moderados y de que matizara esta licencia con condiciones estrictas, no vino a alterar nada.

terias primas, se dio un súbito impulso al comercio, originando el credo mercantilista que exaltó la virtud de la moneda como símbolo de riqueza y bienestar de los estados, por lo que resultó anacrónica la prohibición rotunda del préstamo con interés.

A pesar de ello, la Iglesia Católica mantuvo su oposición total al préstamo con interés, pero las autoridades admitieron cierta tolerancia; por lo que surgieron medios por los que se eludió la prohibición de la usura, tratándose de supuestos contractuales con cláusulas modificadoras de su propia esencia. Por ello, los tribunales eclesiásticos eran los que tenían la exclusiva competencia para imponer el castigo por las prácticas usurarias, siendo las penas impuestas de orden espiritual y temporal, por lo que la doctrina delimitó el ámbito de la responsabilidad personal y el material.

2.6. *La usura en Inglaterra*

Durante el puritanismo en tiempos de Calvino, en la corte de Enrique VIII, en Inglaterra se produjeron cambios importantes. Este rey había decidido casarse con Ana Bolena, pero el Papa se negó a anular su primer matrimonio con Catalina, para no contrariar al poderoso emperador Carlos I de España, del cual esta última era hija. Debido a que en la Ley Canónica no existía ninguna otra fórmula para disolver el matrimonio, Enrique VIII —quien en su juventud se había ganado la aprobación papal y el título de “Defensor de la Fe” por su condena de Martín Lutero— se dispuso a seguir el ejemplo de Lutero rompiendo con Roma y erigiéndose él mismo en cabeza de la Iglesia Anglicana de Inglaterra.

Una de sus primeras acciones, siguiendo el precedente de Calvino, fue conseguir de los comerciantes de la ciudad un préstamo al diez por ciento anual —índice que fue fijado como el límite del interés moderado—, poniendo así el sello de la aprobación real y religiosa a la usura en Inglaterra. No obstante, la antigua prohibición no fue abandonada sin que se alzaran voces de protesta, que duraron más de un siglo, se publicaron numerosos tratados y panfletos y se pronunció infinidad de sermones y de discursos.

Con el tiempo redefinieron la usura para ajustarla a la práctica comercial en uso, de forma que la usura sólo se daba cuando se imponían tasas de interés excesivas, pero qué constituía una tasa de interés excesiva,

eso quedó sin definirse claramente. Antes la práctica comercial estaba sujeta a la ley moral, ahora la ley moral podía ser alterada por la práctica comercial.

3. Su recepción final en la época contemporánea

Aunque ya hemos mencionado el carácter ilícito de la usura, también hemos visto cómo ha sido constante en la tradición jurídica europea, de forma tal que su verdadero significado ha estado en función de las realidades económicas, pudiendo ser analizada también desde perspectivas éticas, teológicas y jurídicas.

En el siglo XIV comienzan a surgir establecimientos específicamente dedicados a hacer préstamos muy bajos, tales como los Montes de Piedad, bajo el auspicio de la Iglesia. En el período comprendido entre el siglo XV al XVII, donde aparecen muchos factores económicos y mercantiles que hicieron cuestionar la validez de la usura y, aunque la Iglesia Católica se oponía al préstamo por interés, admitía la distinción entre la usura lucrativa y la compensatoria. Consecuentemente se consideró que lo más eficaz para luchar contra la usura era facilitar el crédito y así aparecieron los establecimientos anteriormente citados.

En el siglo XVIII se consagró el criterio individualista de la plena libertad de las transacciones, incluidas las de los intereses, y en el siglo XIX se volvió al intervencionismo, apareciendo normas limitadoras del tipo de interés lo cual generó que las prácticas abusivas afloraran de nuevo.

Por todo esto, se puede concluir que la práctica de la usura ha sido una constante, superando su prohibición absoluta y los límites impuestos a los tipos de usura existentes.

4. Nacimiento de la banca

Las transacciones financieras que se agruparon bajo el término de "banca", se venían realizando, de una u otra forma, desde hacía mucho tiempo. Los tres elementos principales que participan en su formación son: 1) el cambio de moneda extranjera, 2) la negociación de préstamos, y 3) los depósitos bancarios, a los que va asociada la creación de dinero.

El comercio internacional había existido durante muchos siglos y, gradualmente, los comerciantes fueron creando una forma de pago por mercancías en el extranjero que evitaba la necesidad de transportar grandes cantidades de oro y plata de un país a otro, a través de las letras de cambio¹². A los comerciantes les interesaba tener su dinero rápidamente, por lo que vendían la letra de cambio a otro comerciante, que se la pagaba al contado por un precio inferior al nominal, siendo que el segundo cobraba luego la letra, una vez cumplida su fecha, y obtenía un buen beneficio, llamando a esto "descontar". Esto se convirtió en un buen negocio cada vez más sofisticado y pronto apareció una clase de comerciantes a los que resultaba más provechoso comerciar en letras de cambio que en mercancías reales, especializándose el banquero en este tipo de transacciones¹³.

Del depósito bancario —el tercer elemento—, se ocupaban principalmente los orfebres, en razón de la naturaleza de su comercio con metales preciosos y lingotes, junto al hecho de que contaban por lo general con cámaras de seguridad, motivo por el cual durante siglos la gente les había confiado sus excedentes de oro y plata y otros objetos de valor para su custodia, recibiendo a cambio un recibo de lo que habían depositado. Posteriormente se comenzó a usar estos recibos en lugar de dinero, poniéndolo a nombre de otro para amortizar una deuda grande; también se escribía al orfebre autorizándole a pagar al portador de la carta una cierta cantidad de lo que tenían en depósito, anticipándose así a lo que llegaría a ser el cheque moderno. Por todo esto, el orfebre cobraba un tanto por almacenamiento y por otros servicios de esa misma índole que realizase; así empezaron a circular billetes expedidos por particulares que se utilizaban como moneda de cambio, aunque estaban aún ligados a depósitos en moneda real y su volumen era muy pequeño en comparación con las transacciones que se realizaban al contado.

¹² En su forma más simple consistía en una carta, que el comprador de las mercancías daba al vendedor, en la que autorizaba a un agente del comprador en el país de origen del vendedor, a pagar por las mercancías que había comprado, de forma que el vendedor pudiera cobrar el dinero que se le debía en su propio país y en su propia moneda. Estas letras llevaban fecha diferida, para dar tiempo a que se vendieran las mercancías y a que se pudiera transferir el dinero.

¹³ Si viéramos esto desde un punto de vista religioso muy ortodoxo, podríamos decir que se trata de usura.

Después de un tiempo los orfebres notaron que los depósitos que almacenaban por cuenta de otra gente se mantenían más o menos al mismo nivel, por lo que comenzaron a expedir recibos en cantidad excesiva, tanto para pagar artículos para ellos mismos y en forma de préstamos con interés –según lo permitieran las circunstancias–, siendo esto un papel totalmente ficticio ya que no estaba respaldado por moneda real.

De esta forma, con estas tres transacciones, se creó un tipo de negocio que trataba sólo con el dinero en sí.

No obstante, hoy en día las entidades financieras no sólo son cuestionadas por las comisiones que cobran por los distintos servicios que prestan, como las que cobran por uso de tarjetas de crédito, sino por las altas tasas de interés que cobran en todos sus servicios. Es por ello que el tema del crédito de consumo y su costo han vuelto a poner a la banca en el banquillo de los acusados.

La queja del comercio por las elevadas comisiones en el uso de las tarjetas de débito y crédito se suma a la vieja discusión sobre las altas tasas de interés que cobran los bancos en la modalidad de préstamo de consumo, específicamente el que se entrega a través de tarjetas de crédito; éste es el más alto de toda la estructura de tasas del sistema, casi al límite de la usura.

La banca ha guardado silencio frente a las últimas acusaciones de los comerciantes, pero el debate comienza a tomar otro tono, sobre todo cuando se observa que en Venezuela, en protección de los usuarios se dictó la Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y Demás Tarjetas de Financiamientos o Pago Electrónico y el Banco Central de Venezuela ha dictado varias resoluciones regulando las mismas.

La banca siempre ha señalado que factores como los mayores costos de administración explican que en esta modalidad de crédito se cobren las más elevadas tasas de interés, junto a elementos estructurales como inversiones forzosas o el pago de ciertos impuestos.

Esto también se observa en algunos préstamos a corto plazo que se realizan, especialmente entre entidades financieras para suplir sus faltantes temporales de liquidez, y en los préstamos preferenciales, en los que se otorgan –especialmente a las grandes empresas del país– u ofrecen paquetes completos de servicios, fijándose comisiones respectivas para recuperar lo que dejan de recibir vía tasas de interés.

Los créditos ordinarios registran tasas más altas, así como para los préstamos de consumo ese interés es similar al de las tarjetas de crédito, es decir, cerca del máximo nivel permitido por las normas legales.

Una modalidad de financiación que está tomando fuerza es el llamado microcrédito que se dirige especialmente a pequeños negocios, pero cuyo costo también se acerca a la tasa de usura en varias entidades financieras. Algunos creen que la banca gana por punta y punta.

Para el caso de las tarjetas, las entidades financieras le cobran al comerciante la comisión respectiva por el servicio. Aunque el tarjetahabiente paga una suma por su uso cuando se financia con ella, cada vez que realiza una compra por medio de ese mecanismo se les está cobrando a los comerciantes un servicio por el cual también podrá pagar el tarjetahabiente, según dicen los propios comerciantes.

5. Comisiones y servicios financieros, otro negocio

Hace tiempo que el negocio de la banca dio un giro más allá de la simple intermediación financiera de captar y prestar, siendo que las fuentes generadoras de ingresos son muy diversas. Las comisiones y servicios son componentes cada vez más importantes en la cuenta de resultados de los establecimientos financieros.

Las comisiones por manejo de diversos instrumentos crediticios y bancarios, incluyendo las tarjetas de débito y crédito, por los paquetes que ofrecen a los clientes en los que se incluyen modalidades de créditos rotativos, cupos extra de sobregiros, se suman a los pagos por los servicios de canales electrónicos y pagos en el extranjero.

Algunos dirían que ahora la banca cobra por todo, como por el uso de las tarjetas, los cobros por uso de cajeros automáticos, entre otros¹⁴. Así las cosas, los costos en que incurren los usuarios de las entidades financieras son elevados y van más allá de las tasas de interés. Cabe señalar que las entidades financieras cada vez más estimulan el uso de medios electró-

¹⁴ Cuando se usa la red de la entidad donde el cliente tiene su cuenta se tiene un número máximo de transacción antes del cobro de las comisiones y cuando excede dicho límite, el costo es menor a cuando se trata de otras redes de cajeros o de avances en efectivo con tarjetas de crédito.

nicos entre su clientela, como una manera de buscar eficiencias y descongestionar la red de oficinas, disminuir costos y costes y aumentar las ganancias, pero no se observa una retribución proporcional en la prestación del servicio.

6. El Tribunal Supremo de Justicia, su jurisprudencia y el tratamiento de la usura

El Tribunal Supremo de Justicia, en varias de sus distintas salas, se ha pronunciado de manera directa o indirecta respecto a la usura, con lo cual ha perfilado de una manera genérica lo que entiende por usura y cómo se le debe tratar y regular. En tal sentido nos conseguimos con la sentencia de Sala de Casación Civil N° 75/05.02.2002, expediente N° 00-000016, en la que señaló que:

Los sueldos, pensiones o salarios menores de cuatrocientos bolívares, excepto cuando se trate de juicios de alimentos (Dec. N° 247 de la Junta Revolucionaria de Gobierno sobre Represión de la Usura, de 9-IV-46, art. 8°); las cuatro quintas partes de los sueldos, pensiones y salarios comprendidos entre cuatrocientos y mil doscientos bolívares (Dec. cit., art. 9°); y los dos tercios del sueldo o pensión de que goce el deudor cuando exceda de mil doscientos bolívares (C.C. art. 1.929, ord. 4°, modificado por el Dec. cit., art. 8° y 9°).

“... El Decreto sobre la Represión de la Usura N° 247 dictado en el año 1947 por la Junta Revolucionaria de Gobierno, establece: “Que la Usura en todas sus manifestaciones es contraria al orden público y por ello debe considerarse ilícita y perseguible penalmente (...) que es deber del Estado proteger las clases desposeídas y todo aquel que llegue a encontrarse en situación de inferioridad económica o moral para defenderse contra la indebida explotación (...) se considera constitutivo del delito de Usura, el préstamo de dinero en el cual se estipule o de alguna manera se obtenga un interés que exceda del uno por ciento (1%) mensual...”. Atendiendo a las consideraciones legales anteriormente explanadas, los prestamistas y sus inmediatos colaboradores pretenden, apoyados en la ventaja económica, desposeerme de una forma pseudo legal, basados en artificios jurídicos y sobre todo de “Contratos Disfrazados”, la legítima propiedad de mi casa que es el único bien existente en mi mermado patrimonio...”.

En esta sentencia se nos dice que la usura siempre es contraria al ordenamiento jurídico y en consecuencia al orden público también¹⁵. Debido a ello, es el motivo por el cual se le considera como un delito que ha de ser perseguido penalmente, incluso de oficio, por parte de las autoridades del Estado. Del mismo modo, nos da a entender que la prohibición de la usura es con la finalidad de evitar abusos mercantiles y comerciales que generalmente van en detrimento de los sectores menos favorecidos económicamente.

También la Sala de Casación Civil, en su sentencia N° RC000181/21.05.2010, expediente N° 09-627, reiteró su fallo N° 310/23.05.2006 en el que señaló que:

“...a partir del derecho que tiene toda persona a la vivienda digna y a la protección de ésta como parte del sistema de seguridad social cuya

¹⁵ El “orden público” es un concepto jurídico indeterminado, el cual tendrá un contenido dependiendo del contexto histórico en el cual se encuentre. Así, podríamos entenderlo como el conjunto de valores eminentes que guían la existencia y bienestar de una sociedad, en donde se recoge y ampara un interés social dominante por su trascendencia, por el número de personas que afecta y por la valía de los derechos que tiende a proteger. De este modo, en gran medida el orden público es acopio de normas de moral y de ética pública que en ocasiones alcanzan su exposición en ley, pero que aun sin esa expresa declaración legislativa constituyen principios rectores de sabio gobierno nacidos de la civilización y fortalecidos por la cultura, la costumbre, por la manera de ser, en fin, por el estilo de una sociedad, es decir, a través de la cual se manifiesta de la voluntad social predominante. Por ende, una cuestión se llama de orden público cuando responde a un interés general, colectivo, por oposición a las cuestiones de orden privado, en las que sólo juega un interés particular. Por eso las leyes de orden público son irrenunciables, imperativas, a contrario de las normas de orden privado que son renunciables, permisivas y confieren a los interesados la posibilidad de apartarse de sus disposiciones y sustituirlas por otras.

De allí que las leyes de orden público son aquellas en las que están interesadas, de una manera muy inmediata y directa, la paz y la seguridad sociales, las buenas costumbres, un sentido primario de la justicia y la moral. Dicho en otras palabras, las leyes fundamentales y básicas que forman el núcleo sobre el que está estructurada la organización social. Por lo tanto esto comprende que: a) estas leyes no pueden ser dejadas sin efecto por acuerdo de las partes en sus contratos; b) el principio de que las leyes no tienen carácter retroactivo no juega en materia de estas leyes de orden público; c) en el caso que los jueces deben aplicar una ley extranjera, estas leyes no deberán aplicarse si esa aplicación importa desplazar una ley nacional de orden público; y d) nadie puede invocar un error de derecho para eludir la aplicación de una ley de orden público, dado que el error de derecho no puede jamás ser invocado para eludir la aplicación de ninguna ley.

efectividad se encuentra garantizada por el Estado en el artículo 86 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, lo cual forma parte del proyecto para la consecución de la verdadera transformación social en pro de la igualdad de los ciudadanos que proclamó nuestro Libertador, y ante el riesgo que representa para las familias venezolanas, especialmente aquellas de menos recursos (medios y bajos), perder su vivienda por la aplicación de modalidades financieras que pretendan desconocer tal situación, la misma tiene como finalidad proteger a cualquier ciudadano o ciudadana beneficiario o solicitante de un crédito hipotecario, entendidos éstos como los destinados a la construcción, autoconstrucción, adquisición, ampliación o remodelación de vivienda digna, regulando las condiciones fundamentales de los referidos créditos, impidiendo que en algún caso pudiera practicarse el anatocismo y la usura.

La intención del legislador se erigió en la necesidad de resolver un problema fundamental y social del pueblo venezolano, referido a la vivienda principal y propia de todos los venezolanos, ante los antecedentes de sistemas crediticios que, lejos de permitir la adquisición de vivienda propia, destruyan la poca estabilidad económica e incluso la familia, pues luego de haber entregado todos los ahorros en una inicial, al cabo de pocos años debían mucho más de lo que inicialmente habían recibido en crédito, a pesar de pagar sumas mensuales que ahogaban los presupuestos, enfrentándose luego a procesos judiciales por falta de pago y la consecuente pérdida de sus hogares. Los legisladores como quienes hoy sentencia entienden a la vivienda principal y propia como un derecho fundamental del ser humano, el cual debe ser defendido y garantizado, destinado a las personas naturales que requieren de una vivienda digna y propia.

En tal sentido, la misma ley define claramente los sujetos sometidos a su ámbito de aplicación, reconociendo que **son todas aquellas personas a quienes se les ha otorgado un crédito hipotecario para vivienda sobre el mismo bien inmueble, por una institución o un acreedor particular.**

Luego, ciertamente ordena que a partir de su entrada en vigencia sean paralizados todos los procesos judiciales en ejecución de demanda de los deudores hipotecarios, reconocidos así por la propia ley, así como también la aceptación de nuevas demandas hasta que el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo, emita el correspondiente certificado de deuda..." (negritas de la sentencia de la Sala).

Acá se puede observar cómo la Sala de Casación Civil indica que la usura es ilegítima en todas sus formas, incluyendo los créditos hipotecarios para la adquisición de viviendas, en donde el Estado debe intervenir para corregir los vicios crediticios.

Por otra parte la Sala Constitucional, en sentencia N° 1973/15.08.2002, expediente N° 01-2384, ha dicho que:

Se decretó la nulidad, por considerarse una estipulación desproporcionada dentro del contrato, violatorias del artículo 114 constitucional, de las cláusulas que permitían al prestamista modificar unilateralmente los términos, condiciones y cobertura de los montos asegurados y para contratar a su arbitrio, sin autorización explícita del prestatario, las pólizas de seguro que éste debe tomar a favor directo o indirecto del prestamista. Así como también la nulidad, por carecer de equivalencia con las obligaciones entre los contratantes, de la tasa de interés moratoria adicional de cualquier porcentaje, que se sume a las tasas para el cálculo de los intereses moratorios del mercado, por tratarse de cláusulas usurarias, contrarias a las buenas costumbres y de aquellas estipulaciones de los contratos de financiamiento de vehículos, violatorias del artículo 13 de la Ley sobre Ventas con Reserva de Dominio, y que establecen como intereses de mora, puntajes sobre el interés del mercado; ordenándose asimismo la reestructuración de los contratos de compra-venta de vehículos a quienes reclamen ante él, restando de la cuota mensual la alícuota correspondiente a gastos de cobranza.

En esta sentencia notamos cómo la Sala Constitucional indica que en materia de seguros, el hecho de poder modificar unilateralmente las cláusulas contractuales, entre ellas las relativas al cobro de intereses, puede considerarse como cláusulas de tipo usurarias, ya que se puede llegar incluso al colmo de colocar o establecer una tasa de interés superior a las razonables o a las legalmente permitidas.

Del mismo modo la Sala Constitucional en sentencia N° 329/04.2005.2000, expediente N° 00-0736, indicó que:

El artículo 96 de la Constitución de 1961 disponía:

Artículo 96: "Todos pueden dedicarse libremente a la actividad lucrativa de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta

Constitución y las que establezcan las leyes por razones de seguridad, de sanidad u otras de interés social.

La ley dictará normas para impedir la usura, la indebida elevación de los precios y, en general, las maniobras abusivas encaminadas a obstruir o restringir la libertad económica”.

Actualmente el derecho a la libertad económica está previsto en el artículo 112 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que señala:

Artículo 112: “Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país”.

De las normas antes transcritas se puede colegir que las mismas consagran la libertad económica no en términos absolutos, sino permitiendo que mediante la Ley se dispongan limitaciones. Sin embargo, debe destacarse que ello no implica ejercicio alguno de poderes discrecionales por parte del legislador, el cual no podrá incurrir en arbitrariedades y pretender calificar por ejemplo, como “razones de interés social” limitaciones a la libertad económica que resulten contrarias a los principios de justicia social, ya que, si bien la capacidad del Estado de limitar la libertad económica es flexible, dicha flexibilidad existe mientras ese derecho no se desnaturalice. En este mismo sentido debe entenderse que cuando la norma transcrita se refiere a las limitaciones a dicho derecho, y señala sólo “las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes...”, no puede interpretarse que la Constitución establezca garantías cuya vigencia pueda ser determinada soberanamente por el legislador ya que todos los derechos subjetivos previstos en la Constitución son eficaces por sí mismos, con independencia de la remisión legal a la que pueda

aludir la Constitución. Lo que la Ley Fundamental ofrece es un "estatuto completo de la libertad, efectivo por sí mismo, no necesitando de ningún complemento para ser operativo inmediatamente" (E. García de Enterría, citado por Linares Benzo, Gustavo, en su ponencia "Lo que la libertad económica saca del juego", en el IV Congreso Venezolano de Derecho Constitucional).

Con esta sentencia la Sala Constitucional deja bien en claro que el derecho a la libertad económica, como todo derecho humano o fundamental, no es absoluto e ilimitado, sino que por el contrario, existen límites sobre este derecho, los cuales son impuestos por la ley y el derecho de los demás, siendo que es lo que permite la convivencia en común, la paz social y el bien común. Por lo tanto, se puede observar cómo, ya desde la Constitución de 1961, se encontraba en el ámbito constitucional proscrito y penado la actividad de la usura, ya que esto va en contra de todos los principios de equidad, justicia social, solidaridad, etc., por ello es que el Estado busca proscribir esta actividad.

Igualmente, mediante sentencia N° 753/05.05.2005, expediente N° 04-2199, la Sala Constitucional indicó:

En el caso de autos, la sentencia accionada estimó que el delito de usura, previsto en el artículo 108 de la derogada Ley de Protección al Consumidor y al Usuario –artículo 127 de la ley vigente– era un delito de acción privada, razón por la cual –a decir de la accionada– no existió ninguna violación constitucional, por haberse tramitado por el procedimiento de los delitos de acción privada.

Así, estima en consecuencia la Sala de suma importancia determinar si la usura es un delito que procede a instancia privada, o si por el contrario es un delito de acción pública, caso en el cual la Corte de Apelaciones habría incurrido en la violación del debido proceso del accionante.

A este respecto, debe señalarse que los delitos de acción pública son aquellos en los cuales el Estado por medio del Ministerio Público tiene la titularidad de la acción penal, por tener interés en que este tipo de delitos sean perseguidos y para que finalmente se impongan las sanciones penales correspondientes. Así, los intereses que tratan de protegerse en esta clase de delitos son generales, ya que de una u otra forma interesan a toda la colectividad.

Por su parte, en los delitos de acción privada el interés que se tutela es el de la víctima, quien tiene la titularidad de la acción penal, toda vez que los intereses envueltos afectan sólo su esfera jurídica.

En primer término, quiere apreciar la Sala que cuando el legislador ha querido que un delito sea calificado como de acción privada, así lo ha señalado en forma expresa, y para ello –sólo a manera ilustrativa– podemos mencionar los artículos 159, 160, 169, 174, 184, 186, 187, 188, 190, 191, 271, 340, 380, 387, 391, 422, 442, 451, 468, 469, 471, 475, 477, 478, 479, 480 y 481 del Código Penal.

En el caso de la usura, no sólo el legislador no estableció que el mismo fuera de acción privada, sino que por el contrario la derogada Ley de Protección al Consumidor y al Usuario hizo una remisión expresa en su artículo 142, y dispuso que el procedimiento aplicable para el enjuiciamiento de los delitos ahí previstos, era el contenido en el Capítulo X del Título II del Libro Tercero del Código de Enjuiciamiento Criminal, que establece el trámite de los juicios correccionales, los cuales se referían a delitos de acción pública.

Aunado a lo anterior, puede apreciar la Sala que el delito de usura es de tal importancia que la propia Constitución lo refiere cuando en su artículo 114 dispone:

“El ilícito económico, la especulación, el acaparamiento, la usura, la cartelización y otros delitos conexos, serán penados severamente de acuerdo con la ley”.

En este contexto, la relevancia del delito de usura puede apreciarse también por el hecho de estar previsto en una ley especial como lo es la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario que tiene como objeto (según su artículo 1º): “la defensa, protección y salvaguarda de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, su organización, educación, información y orientación; así como establecer los ilícitos y los procedimientos para la aplicación de las sanciones”.

Así, de la norma transcrita se evidencia que la ley *in commento* incide de forma directa sobre el sistema económico del país y la misma busca la protección de usuarios y consumidores como factores que intervienen en la economía, lo cual –sin lugar a dudas– es un interés que tiene que proteger el Estado por afectar el interés general.

Así las cosas, en el delito de usura está presente un interés general cuya protección no puede dejarse en forma exclusiva en el particular; es decir, no pudiera ser considerado como un delito de acción privada.

En este contexto, al tramitarse el juicio al accionante bajo las normas de los delitos de acción privada fueron lesionadas normas de orden público que no pueden ser relajadas por los particulares. Así, tenemos el caso de la intervención del Ministerio Público –cuya intervención se omitió dentro del juicio accionado– quien, de conformidad con el artículo 108 del Código Orgánico Procesal Penal, tiene, entre otras funciones, la de (numeral 4) “formular la acusación...”, (numeral 5) “ordenar el archivo de los recaudos...”, (numeral 6) solicitar al juez de control que prescinda o suspenda el ejercicio de la acción penal, y (numeral 7) solicitar “el sobreseimiento de la causa o la absolución del imputado”.

En virtud de las consideraciones expuestas, esta Sala estima que fue lesionado el derecho al debido proceso del accionante cuando se consideró que el delito de usura era un delito de acción privada, razón por la cual la acción de amparo debe declararse con lugar y en consecuencia resulta forzoso anular la decisión accionada, así como el juicio tramitado ante el Juzgado Cuarto de Primera Instancia en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Aragua, y como restablecimiento de la situación jurídica infringida se ordena la reposición de la causa llevada en contra del accionante al estado en que el Ministerio Público lo tramite como un delito de acción pública. Así se decide.

En esta sentencia se ve cómo la Sala Constitucional reitera el criterio de que la materia de usura es de orden público y contraria a los principios y valores establecidos en el texto constitucional, motivo por el cual el delito de usura consagrado en la ley adjetiva penal no se puede considerar bajo ningún concepto como un delito de acción privada, sino que por el contrario es de acción pública, ya que con dicha actividad se afecta al colectivo y no solamente a un individuo. Por este motivo, al verse afectada toda la colectividad con aquellas personas que realicen prácticas usurarias es que dicho delito nunca se puede considerar como de acción privada sino que se le debe ver, como lo es, de acción pública.

También en una de las sentencias más relevantes dictadas por la Sala Constitucional, referente a los créditos indexados, en la sentencia N° 85/24.01.2002, expediente N° 01-1274, reiterando el criterio anterior e indicando algunas cosas más, señaló:

Dentro de ese orden de ideas, la Sala considera que conductas constitucionalmente prohibidas, tales como los monopolios (artículo 113

constitucional), las que abusan de la posición de dominio (artículo 113 *eiusdem*), la usuraria (artículo 114) y otras prevenidas en la Constitución, no pueden ser desconocidas o relegadas, mediante acuerdos de voluntades. De ello suceder, tales convenios no surtirán efectos.

(...)

No es que el Estado Social de Derecho propenda a un Estado Socialista, o no respete la libertad de empresa o el derecho de propiedad, sino que es un Estado que protege a los habitantes del país de la explotación desproporcionada, lo que se logra impidiendo o mitigando prácticas que atentan contra la justa distribución de la riqueza, y que conforme a las metas contenidas en el Preámbulo de la Constitución, tiende en toda forma a evitar la actividad monopólica, los abusos de la posición de dominio, la demanda concentrada (artículo 113 constitucional); los ilícitos económicos, la especulación, el acaparamiento, la usura, la cartelización (artículo 114 *eiusdem*); la adquisición de bienes y servicios de baja calidad, o que se ofrezcan sin la información adecuada o engañosa sobre el contenido y características de los servicios y productos de consumo, así como que se atente contra la libertad de elección de los mismos (artículo 117 constitucional).

(...)

La solidaridad social de quien realiza la actividad económica, sea venezolano o extranjero, a juicio de esta Sala va aún más allá. Las personas no pueden estar encaminadas a obtener ventajas usurarias, o a realizar contratos –así las partes los acepten– donde una de ellas no corre riesgos y obtiene todas las ganancias, mientras la otra está destinada a empobrecerse. Hasta allí no llegan las consecuencias de la autonomía de la voluntad en un Estado Social de Derecho, en el cual la solidaridad social es uno de sus elementos, que existe no para explotar o disminuir a los demás, ni para premio de los más privilegiados.

(...)

Apunta la Sala que se trata de un sistema excepcional, que reguló la autonomía de la voluntad uniformando las condiciones de los préstamos, y que debido a los ajustes y a la prestación con fines colectivos que hacen los prestatarios, no puede considerarse que los pagos que ellos hagan sean ganancias usurarias para los prestamistas, ni que exista anatocismo ya que la propia ley permite la capitalización de los intereses y, por lo tanto, el cobro de los intereses por ese capital, formado por los intereses insolutos.

(...)

De allí que la Sala debe examinar los distintos tipos de créditos denunciados por los accionantes, otorgados fuera del marco de la política habitacional, aunque con similitud con los prevenidos en las leyes citadas en este capítulo, para determinar si son o no usurarios, si con ello se efectúa el anatocismo, y si en una materia de interés social, que responde a Derechos Sociales estrictos, como es el derecho a la vivienda, el prestamista –aun sin llegar a la usura– puede obtener ganancias no razonables, resultado de las condiciones en que se contrate el préstamo, o condiciones empobrecedoras del débil jurídico. En fin, si operaciones legalmente sustentadas han devenido en inconstitucionales.

(...)

3. Usura

La usura se encuentra tipificada como delito en el artículo 108 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario. Dicha norma reza:

“Quien por medio de un acuerdo o convenio, cualquiera que sea la forma utilizada para hacer constar la operación, ocultarla o disminuirla, obtenga para sí o para un tercero, directa o indirectamente, una prestación que implique una ventaja o beneficio notoriamente desproporcionado a la contraprestación que por su parte realiza, será sancionado con prisión de tres meses a dos años y multa, equivalente en bolívares de 600 a 2.000 días de salario mínimo urbano.

En la misma pena incurrirá quien en operaciones de crédito o financiamiento obtenga a título de intereses, comisiones o recargos de servicios una cantidad por encima de las tasas máximas respectivas fijadas por el Banco Central de Venezuela”.

La usura es una conducta inconstitucional, contraria al artículo 114 constitucional, independiente de que sea delictiva, y su persecución como inconstitucional puede hasta ser ajena a la actuación de los tribunales penales.

El artículo 108 transcrito prevé dos tipos de usura, la primera puede ser cometida por cualquiera, lo que incluye a los prestamistas, mientras que la segunda, a que se refiere el último párrafo del artículo, sólo por éstos.

El primer tipo de usura se refiere a una inconformidad contractual donde una parte obtiene de otra una ventaja o beneficio notoriamente desproporcionado a la contraprestación que por su parte realiza. Es la desproporción o inequivalencia lo que causa la inconformidad y la que tiene que

ser ponderada en cada caso, con independencia de la aceptación del perjudicado. Se trata del contrato leonino a favor de un contratante, el cual puede constituir una lesión objetiva.

El segundo tipo de usura está referido al cobro de intereses que pueden percibir los Bancos y las otras Instituciones Financieras, conforme a la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, los cuales según esta última ley, en la actualidad derogada, debían calcularse en todo caso sobre saldos deudores (artículo 120.13 *eiusdem*) y no pueden exceder las tasas que en cada área de préstamo, establezcan los organismos competentes, como es el Banco Central de Venezuela, para los préstamos bancarios o ejecutados por otros entes financieros (artículo 28 de la citada Ley General de Bancos); pero para los créditos otorgados dentro de la política o asistencia habitacional, ni los Decretos con rango y Fuerza de Ley que Regulan el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional (artículo 23), tanto el vigente como el derogado, ni las Normas de Operación de los Decretos con Rango y Fuerza de Ley (artículo 128 de la vigente), atribuyeron al Consejo Nacional de la Vivienda, ni a organismo alguno, la fijación de los intereses, que en esta materia serían los del mercado.

Tanto para la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario (artículo 108) como para la citada Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras (artículo 28), es un deber del Banco Central de Venezuela fijar las tasas máximas de interés, lo cual es función indelegable, y que choca con las disposiciones de los Decretos con Rango y Fuerza de Ley del Subsistema de Vivienda y Política Habitacional y sus Normas de Operación, que dejan la determinación de los intereses a la tasa del mercado, pero que deben procurar el justo equilibrio entre el trato preferencial para el prestatario y la justa remuneración para los ahorristas habitacionales, por lo que los artículos 102 y 118 de las Normas de Operación vigentes, los cuales son idénticos en su esencia, señalan parámetros para su cálculo, en los préstamos hipotecarios a corto y largo plazo otorgados a las personas que legalmente reciben asistencia habitacional.

La falta de equilibrio y justeza en el cálculo de intereses, en los préstamos habitacionales, a juicio de esta Sala, podría convertir el cobro de interés en usurarios, así no se trate de conductas delictivas, ya que las leyes comentadas no señalan organismos que fijen los intereses máximos.

Resulta importante para esta Sala destacar, que al no existir ente público que pueda hacer las determinaciones de los artículos 102 y 118 comentados, la norma se hace inaplicable. La del artículo 118, idéntica a la del 102, reza:

"Artículo 118: La tasa de interés aplicable a los préstamos a largo plazo que se otorguen bajo el régimen del Decreto con rango y fuerza de Ley que regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional, será variable, formulada con base en informaciones y criterios de mercado que procuren el justo equilibrio entre el trato preferencial para el prestatario y la justa remuneración para los ahorristas habitacionales. Dicha tasa deberá calcularse con base en los siguientes parámetros

1. La tasa activa variable será el producto de la sumatoria de la tasa pasiva a ser pagada a los ahorristas habitacionales, más el costo minimizado de intermediación financiera, determinado por el Consejo Nacional de la Vivienda, previa opinión favorable del Ministerio de Finanzas.
2. La tasa pasiva variable que servirá de base para el cálculo de la tasa activa, deberá ser aquella que procure un rendimiento real y positivo para los ahorristas habitacionales y a la vez facilite la multiplicación de fondos destinables a créditos, a través de emisiones y colocaciones".

Las normas inmediatamente citadas contradicen los artículos 7.3 y 21.12 de la Ley del Banco Central de Venezuela (*Gaceta Oficial* N° 37.296 de 3 de octubre de 2001), que expresan que el Banco Central de Venezuela regulará las tasas de interés del sistema bancario. Siendo el único organismo facultado para regular las tasas de interés del sistema financiero, a pesar que el artículo 49 de la Ley que lo rige señaló que podrá fijar las tasas máximas y mínimas que los bancos y demás instituciones financieras privadas o públicas regidas por la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras o por otras leyes, pueden cobrar y pagar por las distintas clases de operaciones activas y pasivas que realicen, el Banco Central de Venezuela está obligado a fijarlas ya que si no el artículo 108 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario quedaría tácitamente derogado, y el artículo 28 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras quedaría sin aplicación, e incluso el artículo 122 de la propia Ley del Banco Central de Venezuela, que pena a los bancos e instituciones financieras que infringen las Resoluciones del Banco Central de Venezuela en materia de tasas de interés, quedaría sin vigencia. Se trata de servicios propios del Banco Central que de acuerdo a la ley le corresponden, tal como lo prevé el artículo 7.13 de la Ley del Banco Central de Venezuela.

Consecuencia de las normas citadas, es que en materia de préstamos destinados a la política y la asistencia habitacional, las tasas de interés

máximas cobrables a los préstamos deben ser establecidas por el Banco Central de Venezuela (siendo éste un deber y no un poder), al igual que las tasas máximas de interés que regirán los préstamos que otorgue la Banca y otras Instituciones Financieras, fuera de la asistencia habitacional. De no ser así, el Banco Central de Venezuela incumple el objetivo que le señala el artículo 5 de la ley que lo rige, cual es: contribuir al desarrollo armónico de la economía nacional, atendiendo a los fundamentos del régimen socio-económico de la República.

Ahora bien, en Venezuela la existencia de la usura no depende de la situación angustiosa, o del apremio grave en el orden económico en que se encuentra una parte con relación a la otra, y que lo fuerza a aceptar un préstamo o un contrato que lo perjudique y que hace necesario para calificar la usura, la situación de las partes para el momento del negocio. De allí que para determinar la usura, la necesidad que pesa sobre el débil jurídico, o su ignorancia, no resultan importantes, bastando el cobro excesivo de intereses o la desproporción de las prestaciones entre las partes, donde una obtiene de la otra una prestación notoriamente inequivalente a su favor.

Con esto, el legislador venezolano, al contrario de otras legislaciones, no tomó en cuenta la situación angustiosa de una parte, ni su inexperiencia, ni lo limitado de sus facultades.

Pero siendo la conducta usuraria inconstitucional, independientemente de su criminalidad, podría tipificarse dentro de la misma, las ventajas que a su favor obtiene un contratante, fundado en los conocimientos producto de su experiencia, sobre los otros que por débiles, necesitados o atraídos por la publicidad, acuden a él; máxime cuando en el contratante experto legalmente se le exige honorabilidad.

De lo anterior se colige que si la ley permite en los contratos, contraprestaciones desproporcionadas a favor de una parte, conforme a la actual Constitución tales leyes podrían ser usurarias, y por tanto inconstitucionales, aunque las conductas ajustadas a dichas leyes no necesariamente serían delictivas, y la condición usuraria nacida de esas leyes que permitan las contraprestaciones asimétricas, tendría que ser ponderada de acuerdo a cada negocio, ya que en aquéllas inicialmente legítimas, podrían existir cláusulas desproporcionadas a favor de una parte, siendo éstas las usurarias; y las que debe examinar la Sala en los contratos de préstamo sujetos a su análisis.

(...)

Quien se encuentra en situación de necesidad es mucho más vulnerable que quien no lo está, en el negocio que repercute sobre esa situación, y ello, que lo ha tenido en cuenta el legislador, también lo debe tener en cuenta el juzgador, por lo que fuera de la calificación de usuraria de algunas cláusulas contractuales, a otras podría considerarlas como contrarias a las buenas costumbres, cuando ellos inciden en desequilibrar la convivencia humana.

Así como la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario señala una serie de normas para salvaguardar al consumidor (*latu sensu*), las cuales a veces regulan hasta las menciones de los contratos (artículos 19, 20 y 21); igualmente, normas que establecen con claridad la manera de actuar, pueden ser entendidas como protectivas de los seres humanos, de la convivencia, y ellas atienden más a la protección de las buenas costumbres que a la del orden público.

(...)

Resulta usurario, por desproporcionado, que la cuota mensual esté formada por una alícuota por concepto de comisión de cobranza, y que dicha alícuota permanezca fija en detrimento del deudor, que no logra al pagar la cuota, amortizar el capital, ya que al pago del monto de ella, primero se imputan los intereses calculados a la tasa variable, luego la comisión por cobranza, y luego lo que resta —si es que resta— se abona al capital. Este sistema genera una última cuota que es igual a todo el capital insoluto. Capital que a su vez produce intereses de mora si no se cancelaren a tiempo las cuotas más un añadido de tres puntos porcentuales anuales a la tasa aplicable vigente para el primer día de la mora.

De este modo observamos cómo la Sala Constitucional realiza una clasificación de la usura, así como introduce correctivos ante la falencias del sistema en cuanto a la protección de los consumidores y usuarios del sistema financiero, en lo relativo a las cláusulas y condiciones que a pesar de haber sido permitidas por la ley, eran usurarias y contrarias al principio constitucional. Por lo tanto, a pesar de existir una libertad económica, y que no estamos en un Estado Socialista¹⁶ puro sino más bien social-democrático, lo que se busca es un equilibrio e igualdad económica y social que no genere desigualdades. Por ello, aunque el legislador venezo-

¹⁶ Entendido éste como lo concibieron Marx y Engels.

lano, al contrario de otras legislaciones, no tomó en cuenta la situación angustiosa de una parte, ni su inexperiencia, ni lo limitado de sus facultades, permite al juez constitucional tomar ciertos correctivos necesarios con la finalidad de lograr el equilibrio justo, que pueden llegar incluso a la modificación de cláusulas contractuales, independientemente del principio de la autonomía de la voluntad o de la ignorancia, inexperiencia o facultades limitadas del débil jurídico.

Posteriormente, en este mismo expediente pero en una sentencia ulterior, la Sala Constitucional, en sentencia N° 961/23.05.2002, expediente N° 01-1274, indicó que:

Dicho artículo 108 en su último aparte expresa, para calificar la usura, que las operaciones serán usurarias si los prestamistas obtienen, a título de interés, comisiones o recargos de servicios, cantidades por encima de las tasas máximas respectivas fijadas por el Banco Central de Venezuela.

Estas tasas las fija (sic) el Banco Central de Venezuela, conforme a la Ley que lo rige, para el sistema financiero, ya que no es lógico pensar que el Banco Central de Venezuela para cada operación de crédito o de financiamiento deba crear "una gaveta de intereses".

Con esto, la Sala Constitucional recuerda una vez más que ante las situaciones usurarias, los órganos correspondiente del Estado deben intervenir para evitar que se den estas prácticas, ya sea a través del Banco Central de Venezuela, del Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, antes Instituto de Protección al Consumidor y al Usuario, de la Defensoría del Pueblo, del Ministerio Público o de cualquier otro órgano llamado a actuar en protección de la comunidad.

Por otro lado, la Sala de Casación Penal, en sentencia N° 1228/28.09.2000, expediente N° c000988, dijo que:

Tomando entonces como norte que la usura es un atentado contra los intereses económicos generales, en virtud de que el interés que se pacte debe ser superior al permitido por la ley, todos los elementos de prueba deben ser relevantes en el proceso, porque de ellos se indican hechos íntimamente relacionados con los investigados, más aún si se les compara con las pruebas tomadas en consideración por el sentenciador de la

recurrida al momento de establecer la responsabilidad del imputado. Con la apreciación de esas pruebas en conciencia, y con el objeto de evitar que la usura pueda disfrazarse, el juez estará en la obligación de restituir el objeto del delito, a fin de que se le devuelva a la víctima la posesión del bien inmueble que le fue dejado de entregar.

Esta sentencia resalta también el interés general de evitar que se produzcan hechos usureros, calificando a la usura como un atentado contra los intereses económicos generales, es decir, de la colectividad, y por ello ha de ser proscrita.

También la Sala de Casación Penal, en sentencia N° 318/11.07.2006, expediente N° A06-0067-318, indicó que:

Se decidió que la usura es un delito instantáneo, se consuma en el momento de la celebración del contrato de préstamo usurario, aunque sus efectos, o sea, la percepción futura de los intereses, sean permanentes.

De esta manera la Sala de Casación Penal deja en claro que el delito de usura se da y se configura desde el primer momento en que se produce, sin importar que sea un delito permanente, ya que con solamente haber cometido una vez el hecho ya se produce el hecho antijurídico que ha de ser penado.

Del mismo modo se destaca la sentencia de la Sala de Casación Penal N° 363/09.08.2010, expediente N° C08-137, en la que dijo:

Y el delito de usura genérica y de usura en las operaciones de financiamiento, están tipificados en los artículos 126 y 128, respectivamente, de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, cuyo contenido es:

"Artículo 126. Quien por medio de un acuerdo o convenio, cualquiera que sea la forma utilizada para hacer constar la operación, ocultarla o disminuirla, obtenga para sí o para un tercero, directa o indirectamente, una prestación que implique una ventaja o beneficio notoriamente desproporcionado a la contraprestación que por su parte realiza, incurrirá en delito de usura y será sancionado con prisión de uno a tres años, y serán sancionados con multa de cien unidades tributarias (100 UT) a tres mil unidades tributarias (3000 UT). En la misma pena incurrirá quien en

operaciones de crédito o financiamiento obtenga a título de intereses, comisiones o recargos de servicio una cantidad por encima de las tasas máximas respectivas fijadas o permitidas por el Banco Central de Venezuela”.

“Artículo 128. Quien en operaciones de venta a crédito de bienes o servicios o de financiamiento para tales operaciones, obtenga a título de intereses, comisiones o recargos, cualquier cantidad por encima de los máximos que sean fijados o permitidos por el Banco Central de Venezuela, en atención a las condiciones existentes en el mercado financiero nacional, incurrirá en delito de usura, y será sancionado con pena de prisión de dos a cinco años y con multa de cien unidades tributarias (100 UT) a tres mil unidades tributarias (3.000 UT). Igualmente, será sancionado con la misma pena quien viole lo establecido en el segundo párrafo del artículo 91 de la presente Ley”.

Estas figuras delictivas están enmarcadas en el contexto de la ley que protege al consumidor en su afán legítimo por obtener los bienes y servicios que pretenden satisfacer las necesidades más apremiantes de la colectividad.

En sentido amplio, debe decirse, que la usura es significado de interés excesivo, de ganancia exagerada, de explotación a la persona necesitada, de provecho y utilidad inmerecidos.

Ahora bien, el artículo 126 enunciado, busca combatir dicha ganancia desventajosa, pero en el ámbito de las relaciones contractuales o convencionales, debiendo ser “notoriamente desproporcionada a la prestación”.

La característica relevante de este hecho disvalioso se encuentra en el beneficio material obtenido por el victimario, directa o indirectamente, para sí mismo o para un tercero; y que afecta a su vez, el patrimonio de la víctima.

Puede ser diverso, como la vida misma, con tal se perciba de forma concreta y objetivamente tal ventaja, que en la mayoría de las veces es dineraria, en contradicción a las pautas de la justicia, que ordena dar a cada quien lo que le corresponde en derecho.

Se extiende esta norma a las comisiones o recargos de servicio, inclusive a los intereses causados en las relaciones contractuales, fijados más allá de las tasas permitidas por el Banco Central de Venezuela, procurando combatir la vieja costumbre de causar intereses sobre intereses de forma desmedida, haciendo que las deudas sean groseramente impagables.

Con el artículo 128 antes anotado, el legislador trasladó la protección a los ciudadanos en contra de la usura, a todas las operaciones (contrataciones), en las cuales se adquieran bienes y servicios, a crédito o sujetas a financiamiento, y en los cuales los intereses, recargos en servicios o comisiones, sean superiores a los fijados por el Banco Central de Venezuela, "en atención a las condiciones existentes en el mercado".

En este supuesto, se exige como medio de comisión, la comprobación de la operación de compra venta a crédito de los bienes o servicios, por los mecanismos idóneos (incluyendo aquellas ejecutadas por mecanismos electrónicos), con sus efectos exagerados en perjuicio de una de las partes; o la existencia de un contrato o convenio en el que se detecten las ventajas o beneficios desproporcionados que le han causado una merma patrimonial a la víctima.

Acá se puede notar cómo la Sala de Casación Penal define lo que se entiende por el delito de usura, señalando que es una figura destinada a la protección del consumidor para la obtención de bienes y servicios para satisfacer las necesidades más apremiantes de la colectividad, indicando igualmente que esa normativa se extiende a las comisiones o recargos de servicio, así como los intereses causados en las relaciones contractuales de crédito o sujetas a financiamiento, que sean fijados más allá de las tasas permitidas por el Banco Central de Venezuela, para combatir la costumbre de causar intereses sobre intereses de forma desmedida, haciendo que las deudas sean groseramente impagables, pero para la configuración del delito exige, como medio de comisión, la comprobación de la operación de compra-venta a crédito de los bienes o servicios, por los mecanismos idóneos (incluyendo aquellas ejecutadas por mecanismos electrónicos), con sus efectos exagerados en perjuicio de una de las partes; o la existencia de un contrato o convenio en el que se detecten las ventajas o beneficios desproporcionados que le han causado una merma patrimonial a la víctima.

Igualmente, mediante sentencia N° 376/17.08.2010, expediente N° E10-209, la Sala de Casación Penal indicó que:

En derivación, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, sobre la base de lo antes expuesto, concluye en que concurren los requisitos para solicitar la extradición de los ciudadanos Guillermo Antonio Zuloaga Siso y Guillermo Zuloaga Núñez, quienes tienen

pendiente una causa ante los Tribunales de la República Bolivariana de Venezuela, por la presunta comisión de los delitos Usura Genérica Continuada tipificado en el artículo 143 (vigente para el momento de los hechos), ahora 144 de la Ley para la Defensa de las personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, en relación con el artículo 99 del Código Penal, y Agavillamiento tipificado en el artículo 286 en concordada relación con el artículo 288 eiusdem, ante el Tribunal Décimo Tercero en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas.

De lo expuesto, resulta necesaria la comparecencia de los solicitados en extradición para que se sometan a la jurisdicción de los tribunales ordinarios venezolanos, que son sus jueces naturales.

Con lo anterior se observa que este delito de usura incluso permite que pueda ser solicitada la extradición de una persona nacional, a los fines de que sea enjuiciada y cumpla con su condena en nuestro país.

Finalmente, la Sala Político Administrativa en sentencia N° 2156/10.10.2001, expediente N° 0517, dijo:

Es cierto que la Carta Constitucional establece una garantía general a favor del ejercicio de actividades económicas, sin embargo el mismo texto (artículo 112) fija los límites a que está sujeto su ejercicio sea en virtud de los principios ahí mismo contenidos, por ejemplo, la prohibición de monopolios (artículo 113 eiusdem), la especulación, el acaparamiento, la usura, la cartelización (artículo 114 ilícitos económicos); o por otras limitaciones de orden legal previstas por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social.

No se trata por tanto, de un derecho irrestricto sino sujeto a los naturales límites que exige el respeto a otros intereses colectivos de suyo trascendentes que el Estado está obligado a proteger, como son la iniciativa privada, la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, y en fin todos aquellos tendentes a impulsar el desarrollo integral del país.

Con esto se reitera lo ya dicho, mencionado y establecido por las otras salas del Tribunal Supremo de Justicia, en el sentido de que a pesar que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece el derecho a la libertad económica, esta libertad no es irrestricta, sino que por

el contrario posee ciertas limitaciones legales y una de esas limitaciones es contra las actividades usurarias.

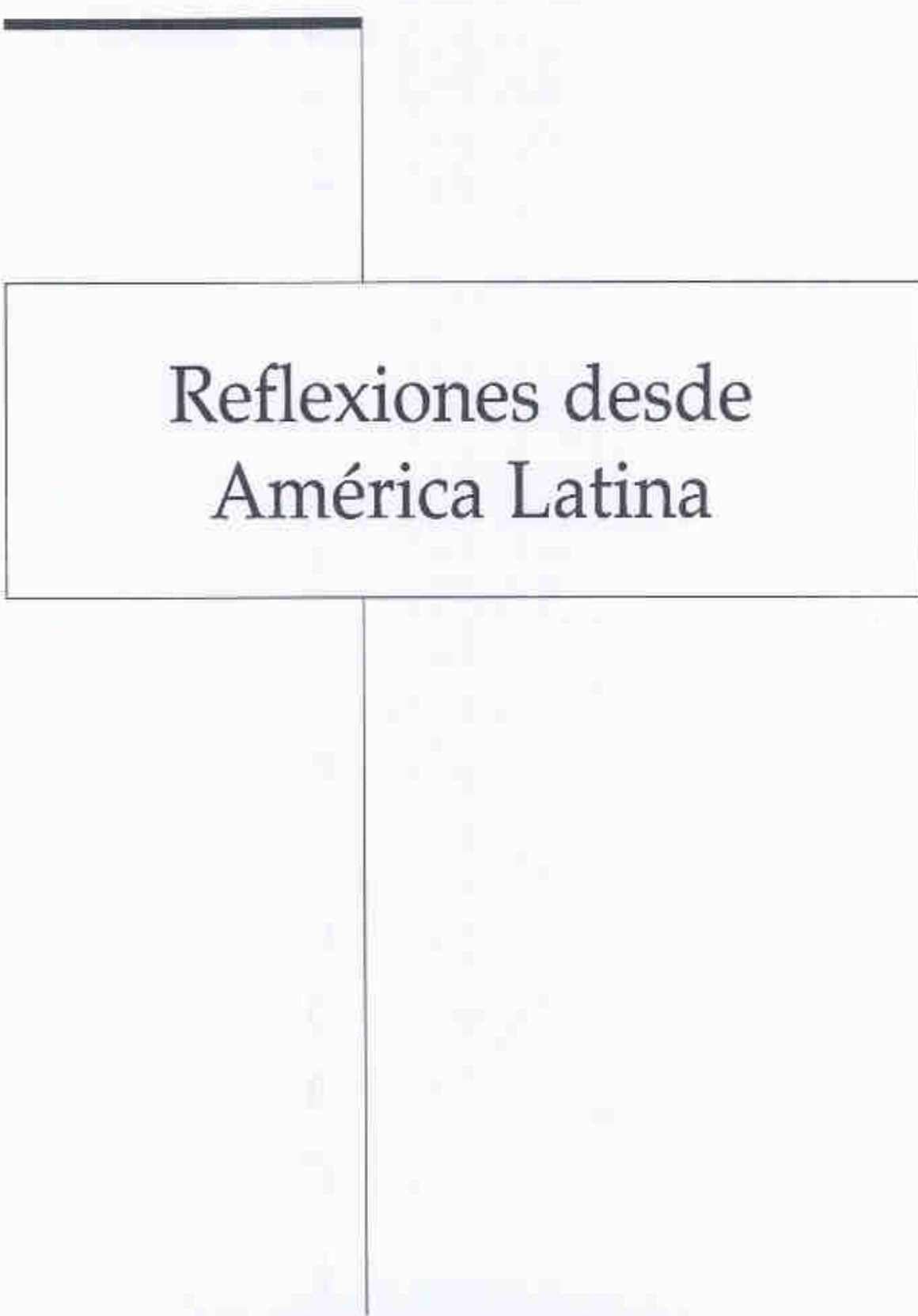
Conclusión

De esta forma hemos podido presentar una panorámica histórica, mostrar los acontecimientos que abarcan la historia de la usura; con esto vemos cómo, en un período de menos de dos siglos, la usura pasó de ser un delito condenado absolutamente desde los tiempos más antiguos, castigado severamente por la ley y despreciado por todo el mundo, a ser considerada como una forma reconocida y honorable de hacer negocios, cuyos practicantes recibían los más altos honores que un Estado puede otorgar.

No obstante, la posición de nuestros antecesores en la historia humana sobre esta cuestión se vuelve cada día más clara, a medida que observamos los efectos insidiosos de la usura que se van haciendo sentir cada vez más en el medio ambiente y en nuestras vidas, en donde vemos el carácter dañino y destructivo de la usura, que ha invadido la vida moderna, siendo que se debe percibir como una cuestión de gran importancia política, jurídica y económica. Ya vimos cómo nuestros antepasados demostraron que la vida es posible sin la usura y tal vez su eliminación total sea lo que nos permita mejorar nuestra calidad de vida actual.

Del mismo modo hemos observado cómo las diferentes salas del Tribunal Supremo de Justicia se han pronunciado al respecto, indicando la importancia de su control, que la libertad económica no es ilimitada y que las leyes, los distintos órganos del Estado—incluyendo los tribunales—deben intervenir para evitar y prohibir su práctica, así como el legislador ha de actuar diligentemente en su erradicación, dando de esta manera cumplimiento al principio y valor consagrado en la Constitución.

Abreviaturas utilizadas: Art.(s): Artículo(s); BCV: Banco Central de Venezuela; CC: Código Civil; CP: Código Penal; CRBV: Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; G.O.: Gaceta Oficial; LDPABS: Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios; Nro.: Número; p.: página; pp.: páginas.



Reflexiones desde América Latina

Implementación de la reforma
constitucional y legal del
sistema electoral mexicano.

Análisis crítico y perspectivas

*Constitutional and legal reform
of the Mexican Electoral System.
Critical analysis and perspectives*

Alejandro Daniel Pérez Corzo*

* Abogado por la Universidad Latinoamericana (México), Especialista en Gerencia y Marketing Político del Programa Conjunto de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, la Universidad Internacional Menéndez Pelayo y la Escuela Superior de Gobiernos Locales de la Unión Iberoamericana de Municipalistas, y candidato al Doctorado en Teoría Política, Teoría Democrática y Administración Pública por la Universidad Autónoma de Madrid.

RESUMEN

El sistema electoral mexicano lleva décadas en perfeccionamiento; la última reforma a nivel constitucional (2007) y a nivel legal (2008), consecuencia en parte de un grave conflicto postelectoral en el 2006, representó un golpe de timón en la configuración de dicho sistema. Se prohibió la compra de tiempos de radio y televisión con fines político electorales, usando a partir de entonces sólo los tiempos oficiales que el Estado mexicano tiene en cada concesión de radio y televisión y privilegiando el financiamiento público sobre el privado. Se creó un procedimiento especial sancionador que tuvo la intención de atacar de manera expedita las violaciones a la legislación electoral. Se elevaron las sanciones a los actos anticipados de campaña y se reconstituyó el órgano administrativo electoral con la salida anticipada y escalonada de los miembros de su Consejo General y creando una unidad de fiscalización de los partidos políticos. La reforma dio muchas nuevas facultades a la autoridad electoral y, por ende, también muchas nuevas tareas. Sobre la implementación de dicha reforma y sus pendientes trata el siguiente artículo.

Palabras clave: México, Sistema Electoral Mexicano, Reforma Electoral, Instituto Federal Electoral, elecciones.

ABSTRACT

Mexico's electoral system has been in a perfecting process during decades. The last constitutional (2007) and legal (2008) reforms, as a consequence of a nasty postelectoral conflict in 2006 represented a hard steer of the wheel. The purchase of political publicity on television or the radio has been prohibited using since the public spaces that Mexican Government has in the media for such means and gave absolute predominance to the public funding establishing clear limits for private funds y political campaigns. It had created a special sanctions procedure for the fast application of the law. Anticipated campaign acts are more severely sanctioned. The electoral authority has been totally renewed, even with the anticipated termination of its chairmen and an enforcement unit for the political parties has been created. The reforms gave new and grate power to the electoral authority but also gave lots of new task to it. The implementation of the reform and its challenges are the matter of this paper.

Key words: Mexico, Mexican Electoral System, Electoral Reform, Federal Bureau of Elections, Elections.

Introducción

El presente ensayo tiene como finalidad hacer un análisis crítico y propositivo respecto de los avances en la implementación de la reforma constitucional y legal que en materia electoral del Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos emanó en los años 2007 y 2008, y que por su naturaleza profunda y extensa tiene todavía temas pendientes de implementación y otros tantos que han sido materializados de manera perfectible, o simplemente no fueron contemplados integralmente en la norma. Es intención de estas líneas describir los objetivos de la reforma, los avances en su implementación y determinar los pendientes operativos y legislativos.

Las cuatro principales fuentes de información de las que se echa mano para la redacción de este texto son, a saber: la primera, endógena del Instituto Federal Electoral, es el *"Informe General Sobre la Implementación de la Reforma Electoral, Durante el Proceso 2008-2009"*, conocido coloquialmente como *"Libro Blanco 2009"*; la segunda el documento de difusión con fines informativos publicado por el propio Instituto intitulado *"Análisis comparativo de la reforma electoral constitucional y legal 2007-2008"*; una tercera, que si bien es de origen exógeno, cuenta también con la participación activa en su elaboración por parte del Instituto, en conjunto con la de especialistas del Centro de Investigación y Docencia Económica y del propio Congreso, y lo es la relatoría sobre el reciente *"Seminario de Análisis 2010: Los Temas Críticos de la Reforma Electoral"*; y por último, un trabajo de investigación que ubica comparativamente en el contexto internacional los resultados de la reforma, se trata del estudio realizado por la Fundación Internacional para Sistemas Electorales denominado *"Aplicación de la Reforma Electoral 2007/2008 en México desde una Perspectiva Internacional Comparada"*, pretendiendo así que la información cuantitativa y cualitativa que se contiene en los referidos documentos sirva como marco de referencia para la enunciación de posturas personales.

Los objetivos de la reforma

Los objetivos vertebrales de la reforma electoral 2007-2008 se aglutinan en cuatro ejes fundamentales: las condiciones de la competencia; los recursos y la fiscalización de los partidos políticos; actividades y obliga-

ciones de partidos, dentro y fuera de los procesos electorales; y la organización electoral.

En lo que a las condiciones de la competencia respecta, el propio IFE en su *"Libro Blanco"* enumera como objetivos centrales:

- Fortalecer la equidad en las contiendas políticas.
- Reducir los costos de las campañas electorales.
- Reducir el financiamiento público ordinario de los partidos.
- Acotar la influencia política de los medios de comunicación social y garantizar la supremacía del interés público.
- Garantizar la presencia de los partidos políticos en los medios de comunicación social y el acceso equitativo a ellos.
- Disminuir la polarización en las campañas políticas sancionando, a petición de parte, las expresiones denigrantes.
- Impedir que actores ajenos al proceso electoral incidan en las campañas electorales.
- Evitar que la propaganda de gobiernos o instituciones públicas influya en la contienda.
- Impedir la propaganda personalizada de los servidores públicos y procurar que las campañas gubernamentales sean estrictamente institucionales, durante las campañas electorales.
- Establecer nuevos procedimientos que posibilitan la actuación expedita de la autoridad ante infracciones en materia de propaganda electoral.
- Garantizar la sanción oportuna de conductas infractoras durante los procesos electorales.
- Procurar una reparación expedita de los efectos electorales suscitados por actos o propaganda difundida al margen de la ley.
- Ampliar los alcances de la ley hacia otros sujetos y actores sociales involucrados en los procesos electorales.

En lo que respecta al financiamiento de los partidos políticos y la fiscalización de los mismos, los objetivos han sido:

- Evitar al máximo el ingreso de dinero de fuentes ilegales a la política.
- Limitar las aportaciones privadas.
- Fortalecer todos los mecanismos de vigilancia y fiscalización de los recursos involucrados en la política electoral.
- Regular las precampañas, fijando límites temporales, normativos y de gasto en los procesos internos.
- Regular y vigilar el adecuado destino de los recursos de los partidos políticos que pierden el registro.

En lo concerniente a las actividades y obligaciones de los partidos políticos, dentro y fuera de los procesos electorales, los objetivos son:

- Reducir la duración de las campañas políticas.
- Transparentar las actividades de los partidos políticos en tanto entidades de interés público, fortaleciendo el derecho de acceso a la información de la ciudadanía.
- Fortalecer los derechos de los militantes de los partidos políticos, estableciendo obligatoriamente, medios de defensa dentro de las organizaciones partidistas.

En lo que a la organización electoral se refiere los objetivos se centran en:

- Aumentar la confianza de la ciudadanía en el Instituto Federal Electoral y las instituciones electorales.
- Generar una mayor coherencia y consistencia en el ordenamiento jurídico electoral de toda la Federación, propiciando la coincidencia de los calendarios electorales y centralizando el acceso a la radio y la televisión.
- Fortalecer la confianza de la credencial para votar, del catálogo general de electores y del padrón electoral.
- Permitir a los ciudadanos asumir nuevas obligaciones para registrarse ante él y que éste, a su vez, mejorara su capacidad técnica de depuración del padrón.

- Garantizar la certeza sobre los resultados electorales.
- Asegurar la máxima transparencia en el proceso de cómputo de sufragios y fortalecer la confianza mediante el recuento de votos.
- Transparentar la distribución de votos al interior de las coaliciones y evitar distorsiones en el sistema de partidos.
- Fortalecer la fiscalización y vigilancia sobre la operación administrativa y el gasto del IFE.
- Preservar la experiencia en los procesos de renovación del Consejo General¹.

Discusión teórica y posturas frente a la reforma

Existen diferentes posturas respecto de la reforma; hay quien la critica y quien la alaba. El doctor Lorenzo Córdova Vianello comenta "como el ejemplo icónico del proceso de deconstrucción que ha venido erosionando a muchas instituciones públicas, y que pasa por considerar a sus cargos directivos como cuotas de poder que los partidos (y hoy hasta algunos poderes fácticos) reivindican como propios"².

La politóloga María Amparo Cassar va más allá y advierte de los limitados alcances de la reforma para corregir los problemas de fondo de la democracia mexicana, afirmando: "Se requiere, también, evitar la expectativa de lo que estas reformas pueden generar. Ninguna de ellas curará los males de la política mexicana ni allanará el camino a los acuerdos. No se olvide, por ejemplo, que si la reelección de los diputados llegara a aprobarse, los electores tendrían que escoger de entre los partidos existentes porque no hay de otros". Y retomando que "La reforma no sólo ha sido criticada. Ha sido combatida en los juzgados desde diversas posiciones ideológicas, intereses y principios: partidos, empresarios, intelectuales y televisoras"³. La misma politóloga enumera lo que ella considera son pendientes de la reforma y que a su parecer son:

¹ Instituto Federal Electoral, "Informe General sobre la Implementación de la Reforma Electoral, Durante el Proceso 2008-2009", 2009; México D.F., 2010.

² Periódico *El Universal*, México, 7 de octubre de 2010.

³ Revista *Nexus*, México, 1º de octubre de 2009.

Uno. Mantener el espíritu de una legislación que privilegie la equidad en las tres vertientes arriba mencionadas, pero evitando aquello que la ha hecho ineficaz.

En realidad, no es a través de la legislación electoral que se puede terminar con la inequidad que producen los medios de comunicación electrónica. La única manera de hacerlo es a través de modificar la estructura duopólica de la televisión: un mercado sin competencia que se traduce en la posibilidad de fijar precios, pero también en el poder de discriminación.

Ahora bien, si no se piensa en eso o mientras se piensa en eso, hay mejores modelos de relación medios/elecciones. El esquema adoptado no pudo haber sido más complicado, costoso, controvertible y proclive al conflicto. Un modelo tanto más sencillo –manteniendo la prohibición de compra de propaganda– sería establecer una “barra de información electoral” a cargo de los tiempos de Estado de cinco minutos en horario matutino, vespertino y nocturno. Adicionalmente, se reservaría el tiempo necesario para uno o más debates que proporcionarían a la población mayor información sobre los candidatos y sus propuestas.

Un esquema de esta naturaleza evitaría la necesidad de monitoreo, desespotizaría las campañas, permitiría a las televisoras planear sus pautas, impediría la interrupción de la programación y dejaría al televidente o radioescucha en entera libertad para someterse o no a la propaganda política.

Dos. Por redundante, eliminar de la legislación electoral lo referente a la calumnia y a la denigración, porque limita innecesariamente la libertad de expresión y porque los ciudadanos tenemos derecho a saber y los candidatos a recordarnos las pillerías, mentiras e incumplimientos de los competidores. Ya el artículo 6º y el Código Civil contienen lo concerniente a los límites a la libre manifestación de las ideas. No hay por qué ampliarlos ni imponer sanciones distintas a su violación. Por añadidura, se prescindiría de la tarea de censores y jueces que con tan malos resultados se ha encargado a los consejeros electorales. Urge, por ello, dotar a cada una de las autoridades electorales de las funciones para las que están preparadas: el IFE a organizar y administrar, y el TEPJF a impartir justicia electoral.

Tres. Adecuar la legislación en materia de lo que se permite y prohíbe a las autoridades. Sé que no es políticamente correcto hablar en este país de que los mandatarios intervengan en las campañas. Pero ya es tiempo de que se deje de confundir el hecho de hacer proselitismo a favor del

partido al que se pertenece y hacerlo en los tiempos y con los recursos públicos. No hay país democrático que impida a un mandatario federal o estatal hacer proselitismo a favor de su partido. En todo caso, si de verdad los legisladores van a permitir la reelección, este problema se va a plantear de inmediato o, ¿acaso pretenden que todos aquellos que aspiren a reelegirse van a tener que renunciar a sus puestos antes de las campañas?

Cuatro. Disminuir aún más los recursos económicos dedicados a partidos y elecciones. Tres mil 633 millones para ocho partidos es mucho dinero. Este recorte debe incluir, además de lo que se otorga a los partidos, lo que se destina al IFE. Somos el único país que mantiene una burocracia electoral federal permanente y 32 burocracias locales, también permanentes. Más aún, si el gobierno federal decidiera hacer buena su obligación de la credencial de identidad, en automático se podría ahorrar el 40% del presupuesto del IFE, que es el que se dedica al registro electoral y emisión de credenciales.

Cinco. Revisar la legislación de precampañas. Tal y como resultó el experimento, las precampañas sirvieron para ampliar y legitimar el otorgamiento de recursos —en efectivo y en tiempos de radio y televisión— y para compensar la reducción en los tiempos de campaña. Si las precampañas son para la selección de candidatos y la mayoría de ellos son nombrados por métodos que no requieren de la lucha entre contendientes, no hay necesidad ni de financiamiento público, ni de tiempos en medios, ni de fiscalización especial.

Seis. Abordar los temas pendientes: reelección, candidaturas independientes, fórmulas de representación y formas de democracia directa. Ninguno de estos temas es de “blanco o negro”. Las modalidades que pueden adoptar son muy variadas, como también lo son sus consecuencias. Por ejemplo, se requiere una discusión seria sobre quién, cómo y en qué asuntos se admite el plebiscito, sobre las consecuencias de la disminución de la representación proporcional, sobre el número de reelecciones que se quiere permitir⁴.

El también destacado especialista en la materia Mauricio Merino, critica encarnizadamente la manera de sustituir a los consejeros electorales afirmando: *“No se le pueden pedir peras al olmo: los partidos designarán a los nuevos consejeros del IFE que les resulten más afines, porque es su facultad*

⁴ *Idem.*

hacerlo, porque el procedimiento de selección así lo exige, y porque todos los precedentes nos dicen que así pasará. Tuvieron la oportunidad de romper esa dinámica en el 2007 pero, literalmente, la dilapidaron con sus malas artes, sus despropósitos y prepotencia”⁵.

En resumen, muchos especialistas critican distintos aspectos de la reforma. Es opinión del que escribe que si bien es mejorable en los aspectos que más adelante se señalarán, la reforma del sistema electoral mexicano tiene puntos relevantes y conservables en esencia, especialmente el dejar al margen a los poderes fácticos de la competencia electoral formal.

La implementación de la reforma

La reforma electoral 2007-2008 representó, como era previsible, un enorme reto de coordinación institucional para su implementación. El Instituto Federal Electoral contó apenas con un período de 180 días para ejecutarla, lo cual requería, sin dejar la operación cotidiana obligatoria, la emisión de acuerdos y reglamentos que permitieran convertir en operación institucional lo que el pueblo de México había manifestado desear a través de sus representantes en el Poder Legislativo. El cambio de modelo de comunicación política, los mecanismos de financiamiento, los mecanismos de recuento de votos y la integración de sus órganos colegiados fueron las tareas más complejas, aunado a la complejidad que implicaba renovar simultáneamente parte del Consejo General. El espectro amplio de la reforma que tocó una enorme cantidad de aspectos del andamiaje de la competencia democrática, incluso algunos antes intocados o hasta inéditos.

En este orden de ideas, el Instituto Federal Electoral emitió, de cara a su primer experimento práctico, las elecciones federales del 2009, 21 reglamentos y 3 normas reglamentarias, 171 acuerdos en materia de medios electrónicos de comunicación (radio y televisión), lo que generó que en lo que al tema de financiamiento de campañas se trata, se redujera el financiamiento público a los partidos en 45,42% (comparando 2009 con 2003). Las aportaciones privadas a los partidos políticos se disminuyeron en más de 90%, el gasto en publicidad electoral se redujo, formalmente, a cero y el tope de campaña se disminuyó en 24,23% en relación al 2003.

⁵ Periódico *El Universal*, México, 7 de octubre de 2010.

En lo que respecta a la fiscalización de los sujetos regulados dentro y fuera de las campañas electorales, el IFE fiscalizó más de cuatro mil informes de precampaña y a más de 129 asociaciones políticas nacionales, instaló un Centro Nacional de Control y Monitoreo y 150 centros de verificación, lo que le permitió al Instituto verificar 1090 estaciones de radio y 348 canales de televisión.

El IFE instaló, también, diez puntos de recepción satelital listos para ser instalados en los canales de televisión privados. La infraestructura desplegada es capaz de archivar, en línea, 103 mil 380 promocionales de 30 segundos en formato de alta calidad.

En lo que respecta a pautas publicitarias, el IFE ordenó pautas de transmisión a dos mil 77 concesionarios y permisionarios durante la precampaña, dos mil 43 a las campañas federales y cuatro mil 461 pautas generadas conforme a los criterios constitucionales y legales y enviadas a los medios de comunicación de todo el país, desde el inicio de las precampañas hasta el día de la jornada electoral.

Según informa el propio IFE, notificó tres mil 694 órdenes de transmisión que sustituyeron permanentemente materiales de los partidos políticos. Los partidos políticos entregaron dos mil 314 materiales distintos, de los cuales mil 993 resultaron técnicamente aptos para su transmisión y las autoridades electorales 273-267 aptos; 967 materiales se transmitieron vía satélite. Cada canal de televisión o emisora de radio quedó obligado a transmitir 14 mil 976 promocionales entre el 31 de enero y el 5 de julio, lo que equivale a 96 promocionales al día. Todos los medios de comunicación, en conjunto, quedaron obligados a transmitir 14 millones 201 mil 538 (42,4%) promocionales de los partidos políticos correspondieron a los partidos políticos y 19 millones 254 mil 846 (57,6%) de las autoridades electorales. 33 millones 456 mil 384 promocionales en total. Al inicio de la precampaña se detectaban ya 143 señales de radio y televisión, las más importantes del país. Ocho millones 367 mil 439 detecciones, en el período entre el inicio de las campañas y el día de la jornada electoral. Mil 11 avisos de no transmisión por parte de los permisionarios y concesionarios, para subsanar los materiales no transmitidos; se detectaron 563 presuntos incumplimientos detectados por el sistema de monitoreo 348 espacios noticiosos de radio y televisión monitoreados para dar a conocer el tratamiento que cada uno dio a las contiendas. Se

entregaron y se hicieron públicos nueve informes y reportes de los resultados del monitoreo de noticieros durante la campaña federal.

En relación a las quejas y denuncias y a los procedimientos especiales sancionadores, podemos destacar que el IFE inició 60 procedimientos especiales sancionadores, relacionados con radio y televisión, mil 26 quejas y denuncias de procedimiento especial sancionador atendidas a nivel nacional, 663 quejas atendidas por las juntas y los consejos distritales y 363 por el Consejo General. 83% de las quejas recibidas a nivel central fueron resueltas al 23 de septiembre de 2009. trescientos consejos distritales se convirtieron en instancias de resolución de controversias entre partidos, dos mil 100 consejeros distritales actuaron como jueces de dichas controversias y 224 consejeros locales actuaron como jueces de segunda instancia de las controversias. En razón del volumen de quejas el IFE contrató 32 abogados para apoyar las resoluciones en las 32 juntas locales y 300 asesores jurídicos provisionales en las 300 juntas distritales.

En lo que se refiere al recuento de votos, 42 mil 620 casillas fueron sometidas a recuento en los cómputos distritales y en sólo tres días, el IFE pudo recontar los votos de 30,63% de las casillas instaladas para posteriormente lograr un recuento total de votos en 19 de los 300 distritos, distribuidos en 12 entidades federativas.

En lo que respecta a la integridad del padrón electoral y a las nuevas características de seguridad de la credencial de elector, el IFE expidió ocho millones 70 mil credenciales entre diciembre de 2008 y diciembre de 2009, que incorporan la Clave Única de Registro de Población (CURP), y con duración de 10 años, y digitalizó ocho millones 283 mil 265 documentos, presentados por los ciudadanos al momento de acudir a solicitar su credencial de elector entre el 6 de julio y el 30 de septiembre del 2009.

Como se puede observar en esta amplia numeralia resumida, proporcionada por el propio IFE, las actividades de implementación de la reforma han sido muchas e importantes y no debieran soslayarse, sin perder de vista tampoco que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público tuvo que autorizar 650 millones de pesos, de todos los mexicanos, para la aplicación de la referida reforma.

Existe, desde luego, reconocimiento de quien escribe a la capacidad del IFE para ejecutar los designios del pueblo de México y que él, a través del Poder Legislativo de la Unión expresó en la reforma electoral 2007-

2008, pero este documento no pretende ser un resumen acróstico de los informes del Instituto o del propio Legislativo, por lo que a continuación iniciaré con lo ofrecido en la primeras líneas de este ensayo: un análisis crítico y propositivo.

Los pendientes de la Reforma Electoral 2007-2008, Diagnóstico, posicionamiento y propuestas

Siempre que se hace un análisis en un formato limitado como el del presente ensayo es necesario generalizar, lo que por un lado crea el riesgo de dejar fuera de la revisión temas que pudieran resultar en algún grado relevantes, pero por el otro, da la ventaja de poder exponer de manera más sistemática temas multivariantes, multifactoriales. Dicho esto, en opinión del que escribe, podemos agrupar en cinco grandes apartados los pendientes tanto de implementación como de regulación de la reforma constitucional y legal en materia electoral del 2007-2008, para que sirvan a su vez de conclusiones y que son:

1. **El acceso de los partidos políticos a los medios de comunicación, la regulación de la utilización de alternativas a la radio y la televisión.** Los sistemas de monitoreo de la propaganda electoral difundida en radio y televisión son, en mi opinión, en términos generales buenos, sin embargo, rumbo a la elección presidencial del 2012 se debe frenar la publicidad electoral simulada, especialmente en medios electrónicos, de lo contrario se seguirá violando sistemáticamente la legislación y su espíritu. El derecho de réplica habrá de regularse en profundidad, de tal suerte que sin violar la libertad de expresión se pueda garantizar el interés público materializado en la equidad de la competencia electoral.
2. **El financiamiento de la actividades de los partidos, la existencia de un financiamiento paralelo potencialmente ilegal.** Es opinión del que escribe que, sin dejar de reconocer que las actividades del IFE superan en nivel de ejecución operativa por mucho a las de algunos de sus pares a nivel internacional⁶, la democracia mexi-

⁶ Fundación Internacional para Sistemas Electorales, "Aplicación de la Reforma Electoral 2007/2008 en México desde una Perspectiva Internacional Comparada".

cana es una democracia, en términos absolutos, cara; es cierto que lo es, en principio, por un modelo cuya convicción es la de dejar fuera el financiamiento privado que mediatizaba la vida democrática, pero cierto es también que habrá de hacerse un mayor esfuerzo por reducir el financiamiento público de las actividades de los partidos en mayor medida y de mejorar los mecanismos de fiscalización y transparencia del ejercicio de tales recursos.

Por otra parte, la prohibición de contratar directamente los mecanismos tradicionales de comunicación social ha generado un mercado paralelo informal de infomerciales, entrevistas, redes sociales, encuestas, etc., mismos que al no estar regulados integralmente, no sólo generan la ilegalidad referida en el numeral precedente, sino que representan un caldo de cultivo fértil para la entrada de financiamiento con recursos procedentes de actividades ilícitas, situación que tendrá que prevenirse con la regulación adecuada de dichos medios alternativos de comunicación social, respetando en todo momento la libertad de expresión, y combatirse en conjunto con todos los mecanismos de investigación y sanción con los que cuenta el Estado mexicano, como la Unidad de Inteligencia Financiera de la SHCP, el Centro de Investigación y Seguridad Nacional, la Secretaría de Seguridad Pública Federal y la Procuraduría General de la República.

3. **El recuento de votos, ¿cómo, cuándo y por qué?** El recuento de votos en las mesas de los consejos distritales ha resultado, en la breve experiencia, una válvula de escape a la suspicacia natural de quien resulta desfavorecido en un proceso electoral; es mi opinión que no obstante que la elección federal de 2012 en la que concurrirán la elección de Presidente de la República, senadores y diputados, representará un reto operativo enorme en materia de recuento de votos, en lugar de pensar en limitar o dar marcha atrás a tan paliativo mecanismo que reduce el volumen del litigio post-electoral y conjura el conflicto político extra-litigioso, como se propone en algunos foros, habrá de pensarse en dotar al IFE de herramientas metodológicas y tecnológicas para lograr los recuentos en tiempo y forma, incluso si es necesario ampliar los plazos. En lo que a los supuestos del recuento de los votos se refiere opino que es pertinente conservar la actual regulación que

permite el recuento oficioso de los votos sin la necesidad de que fuerza política alguna lo solicite, lo que evitaría que los contendientes aleguen la falta de recuento cuando no lo solicitaron en tiempo y forma o simplemente no lo solicitaron en absoluto.

4. **El Procedimiento Especial Sancionador, poco especial e ineficaz sancionador.** El Procedimiento Especial Sancionador ha sido una herramienta fundamental para la conducción de las contiendas electorales; no obstante este razonamiento, podemos decir que el amplio catálogo de conductas sancionables y el método por el que sustancia el procedimiento ha incluso llegado a generar problemas como el de que algunos sujetos regulados y potencialmente sancionados son los mismos medios de comunicación que transmiten lo que sucede en la mesa del Consejo General lo cual, en el campo de la realidad práctica, ofrece debilidades serias. Adicionalmente, de los 1076 procedimientos especiales sancionadores iniciados en 2009 (lo que hace al proceso poco especial y le quita toda su naturaleza excepcional) el resultado de una cifra muy representativa terminó siendo recurrido ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación o sus salas regionales. Afirmando que el catálogo de conductas que se analizan y sancionan en esa instancia deberá revisarse y reducirse a los mínimos necesarios para la adecuada conducción de las contiendas electorales, de tal suerte que el resto se sustancie directamente ante el Poder Judicial de la Federación, quien además garantizará el debido proceso, situación que en procedimientos especiales y urgentes es difícil de asegurar en todos los casos. Adicionalmente se sugiere la creación de una Secretaría Adjunta Jurídica que, dependiente de la Secretaría Ejecutiva del IFE, se encargue de la carga administrativa y del estudio técnico, y tal vez hasta de la instrucción de los asuntos que se someten a la consideración del Consejo General o de las juntas y consejos distritales.
5. **Compatibilidades del Registro Federal de Electores, la credencial para votar y la cédula de identidad.** La integración y actualización del padrón electoral ha sido un esfuerzo enorme para el Estado mexicano, no sólo en términos organizativos sino también económicos. Ante la necesidad real de contar, por muchas razones

legales y extralegales, con una cédula de identidad ciudadana, el que escribe coincide con la postura externada en diversos foros por los consejeros del IFE de que, buscando mecanismos que aseguren la integridad y confidencialidad de la información, se procure que la referida cédula de identidad ciudadana y la credencial para votar se integren en un solo documento que contemple, adicionalmente a lo que ya contiene la credencial de elector, lo necesario para que sea también una cédula de identidad ciudadana que cumpla con las características contempladas en el marco jurídico y resulte útil para el Estado.

A modo de reflexión adicional, debo afirmar que no es marginal la necesidad de garantizar el carácter técnico y ciudadano del IFE, es justamente el sistema electoral y el juego democrático que aquel garantiza, el que permite que estén representados legítimamente en el Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos opciones políticas que antes no encontraron más opción que la clandestinidad, que fueron durante décadas participantes meramente testimoniales del proceso político, o que incluso fueron señaladas como parte de un sistema autoritario. Es por eso que el estudio y perfeccionamiento, en diferentes frentes, de la materia electoral, es consustancial a la salud de la representación política.

Referencias bibliográficas

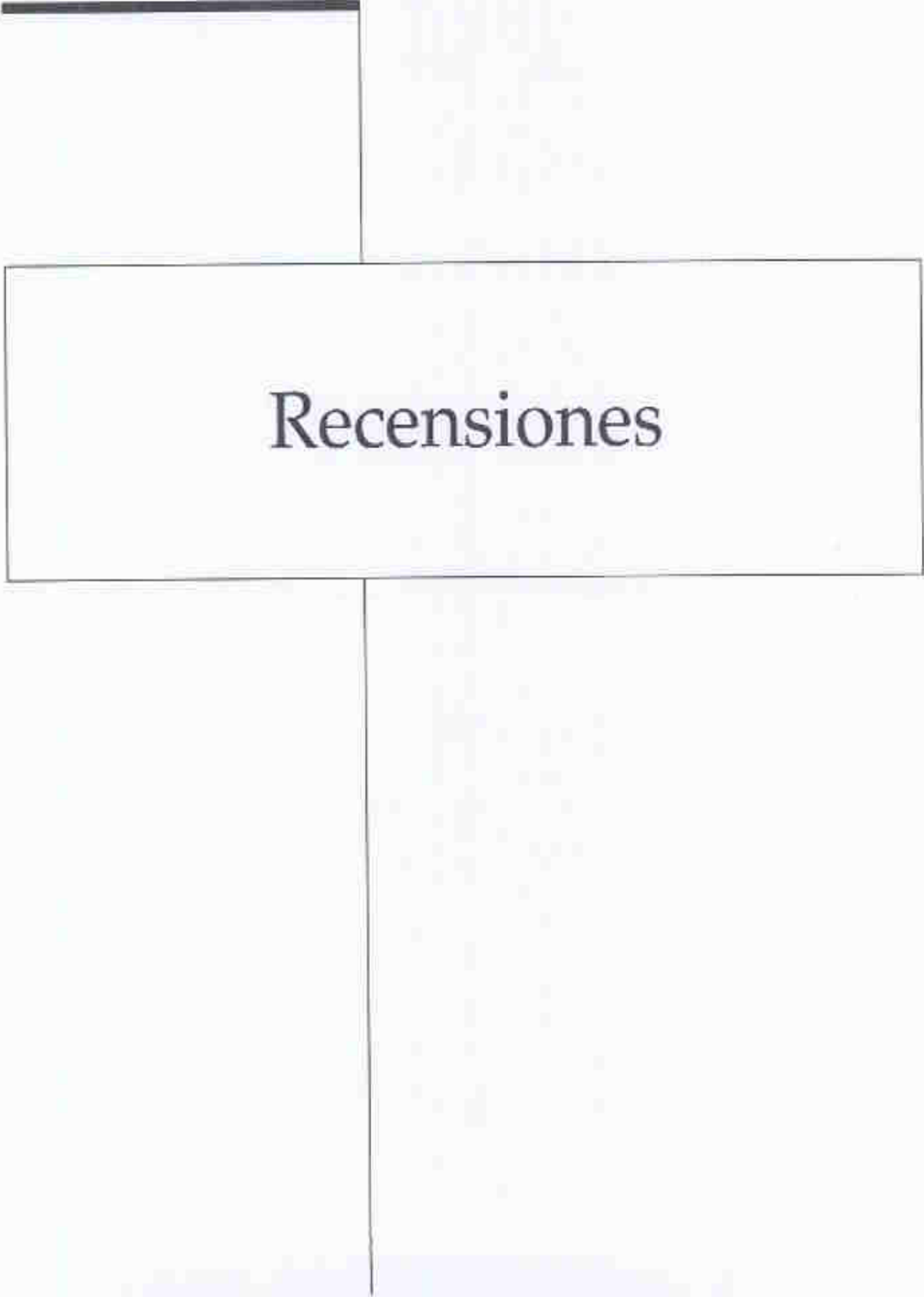
- INSTITUTO FEDERAL ELECTORAL (2010). *Informe General sobre la Implementación de la Reforma Electoral, Durante el Proceso 2008-2009*. México, D.F., IFE.
- FUNDACIÓN INTERNACIONAL PARA SISTEMAS ELECTORALES (2010). *Aplicación de la Reforma Electoral 2007/2008 en México desde una Perspectiva Internacional Comparada*. México, D.F.
- CÁMARA DE DIPUTADOS DEL CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (2010). *Relatoría sobre el "Seminario de Análisis 2010: Los Temas Críticos de la Reforma Electoral"*. México, D.F.

Legislación

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*
- Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.*

Hemerografía

- Diario *El Universal*, México (2010). www.el-universal.com.mx
- Revista *Nexos*, México (2010). www.nexos.com.mx



Recensiones

Notas sobre el *Leviatán* de Thomas Hobbes

Domingo Medina Gutiérrez



Resumir una obra como el *Leviatán*, que consta de cuarenta y siete capítulos, puede parecer a primera vista una tarea complicada. Reducir sus más de seiscientos cincuenta páginas¹ a sólo cinco o seis comporta el riesgo de excluir aspectos centrales de la obra, sin los cuales su comprensión sería difícil. La naturaleza humana, el estado de naturaleza, el contrato social, el poder, la ley, la obligación, el individualismo, la necesidad, entre otros, han sido señalados, por distintos autores y en mayor o menor medida, como aspectos centrales e incluso como *los* aspectos centrales de la obra².

¹ Este número de páginas corresponde a la edición inglesa de C. B. Macpherson, de 1971. Con respecto a la edición española, sólo hemos podido contar con la selección de textos hecha por Enrique Tierno Galván (1965), única disponible en las estanterías de las bibliotecas consultadas. Cuando no se indique lo contrario, citaremos por esta última: entre paréntesis y en números romanos el capítulo y luego el número de páginas –en arábigos–.

² La bibliografía sobre Hobbes y su filosofía es vastísima. Los ensayos incluidos en los volúmenes editados por Chappell (1992) y Sorell (1996) dan cuenta de la gran variedad de temas, no siempre referidos a la teoría política o la moral.

Obvias razones de espacio nos impiden discutir aquí tal centralidad y los argumentos que la sustentan. Por ahora, nos centraremos sólo en el *Leviatán*. Allí, el propósito de Hobbes era considerar la naturaleza del Estado (*this artificiall man*). El nuestro, glosar esas consideraciones.

1. El hombre, materia del Estado

Según Hobbes, lo que caracteriza al hombre o, para ser más fieles, a la humanidad entera³, es «un perpetuo e incesante afán de poder que sólo cesa con la muerte» (XI, 125)⁴. Esta sentencia encierra al menos tres cuestiones importantes: a) ¿qué es el poder?; b) ¿por qué los hombres lo desean?; c) ¿por qué es incesante ese deseo? Veamos qué es lo que se dice en el *Leviatán* al respecto.

Para Hobbes, el hombre actúa guiado por sus apetitos y aversiones. Los primeros son esfuerzos dirigidos a la consecución del objeto que los causa; los segundos, un esfuerzo para alejarse o apartarse de él. De estos apetitos y aversiones, algunos son innatos y otros proceden de la experiencia. Apetitos innatos son, por ejemplo, el de alimentarse o consumir agua. Los apetitos y aversiones que proceden de la experiencia son apetitos y aversiones de cosas particulares y dependen de «la comprobación de sus efectos sobre nosotros mismos o sobre otros hombres» (VI, 90). Debido a que el cuerpo humano cambia constantemente, las mismas cosas no causan en el mismo hombre siempre el mismo apetito o aversión. Tampoco genera el mismo apetito en diferentes hombres.

El último apetito de una cosa, hacerla o dejar de hacerla por considerarla imposible, es lo que Hobbes llama voluntad. Ésta es producto de la deliberación, «suma entera de nuestros deseos, aversiones, esperanzas y temores» (VI, 96-97), así como de la previsión de las consecuencias de nuestras acciones u omisiones. Cuando en la deliberación, es decir, en la previsión de esas consecuencias, «el bien [...] supera en magnitud al mal, la sucesión entera es [...] bien aparente o semejante; y, contrariamente,

³ «...a general inclination of all mankind...», son las palabras que usa Hobbes según la edición inglesa de C. B. Macpherson (1971) que hemos consultado.

⁴ Según C. B. Macpherson (1971, 38-39), esta caracterización está basada en la sociedad burguesa de la época en que Hobbes escribió, sociedad capitalista en la cual se daba una competencia entre los hombres por la adquisición de bienes. Sin embargo, Alan Ryan (1996, 237) sostiene que Hobbes no es un pensador capitalista ni un teórico de la sociedad comercial, como parece afirmar Macpherson.

cuando el mal excede al bien, el conjunto es mal aparente o semejante» (VI, 98-99).

La satisfacción continua de nuestros apetitos y deseos constituye la felicidad (VI, 99). En palabras de Hobbes, la felicidad es «el continuo progreso de los deseos de un objeto a otro, ya que la consecución del primero no es otra cosa sino un camino para realizar otro ulterior» (XI, 125). Ello se debe a que el objeto de los deseos del hombre es asegurar la vía del deseo futuro (*Ibid.*). Esto nos permite afirmar que los deseos —entre los cuales el deseo de poder—, así como las acciones realizadas para satisfacerlos son incesantes porque el hombre intenta no sólo procurarse sino asegurarse una vida feliz.

Así nos acercamos a la primera definición hobbesiana del poder, si bien no de poder político, sino del poder de un hombre «universalmente considerado»: los medios con los cuales cuenta, o de los cuales dispone, para satisfacer continuamente sus deseos, es decir, para obtener futuros bienes aparentes (X, 117). Este poder puede ser natural (original) o instrumental (adquirido).

Por poder natural Hobbes entiende la *eminencia* de las facultades del cuerpo o de la mente (fuerza, belleza, aptitud, etc.). Y por poder instrumental, el que se adquiere gracias a esa eminencia y a la fortuna, y sirve a su vez para conseguir más poder. Entre estos Hobbes menciona la riqueza, la reputación, los amigos y la buena suerte (*Ibid.*).

Hemos subrayado la palabra *eminencia*, ya que para Hobbes el poder es tal sólo en tanto que es eminente, es decir, en tanto destaque. Un hombre tiene poder cuando destaca sobre los demás (en prudencia, aptitud, fuerza, etc.) y es reconocido por éstos. Así, por ejemplo, las ciencias sólo constituyen un poder pequeño porque no es reconocido por todos (X, 118). No todos los hombres buscan más poder del que tienen los otros y ni siquiera más del que ya ellos tienen. De este modo, diferentes hombres se satisfacen con distintos niveles de poder, riqueza, conocimiento, etc. Ello se debe tanto a la diferencia de la constitución de sus cuerpos como a la diferencia de las costumbres y la educación (VIII, 109).

Con todo lo que hemos dicho hasta aquí, podemos ahora responder de la siguiente manera a las interrogantes que nos planteábamos al principio.

- a. El poder de un hombre es el monto o la cantidad en la cual sus medios —los que efectivamente posee— para obtener futuros bienes aparentes supera a los de los demás y así es reconocido.

- b. Los hombres desean poder porque constituye el fundamento de su bienestar actual y es lo que le permite la obtención de dichos futuros bienes aparentes.
- c. Ese deseo de poder de los hombres es incesante porque no pueden asegurarse una vida feliz, esto es, la satisfacción continua de sus deseos sino adquiriendo más poder (más medios para obtener más bienes).

2. El hombre, artífice del Estado

Nos hacemos ahora una nueva pregunta: ¿cómo puede ese hombre, cuyo afán de poder sólo cesa con la muerte, instituir al Estado? Ya hemos dicho que la razón por la cual ese afán de poder es incesante es que el hombre no puede asegurarse su subsistencia –y menos una vida feliz– sino adquiriendo más poder. Y ello no sólo significa adquirir más medios para obtener más bienes y defender los que ya posee, sino evitar que otros los consigan y quitarles los que ya tienen. De este modo, mientras algunos hombres se ven impulsados a atacar a los demás, otros se ven obligados a defenderse. El resultado de todo ellos es una guerra de todos contra todos en la cual los hombres se atacan mutuamente para obtener algún bien y/o para defenderlo.

Esto es lo que caracteriza al estado de naturaleza, situación en la cual no hay ningún tipo de restricciones y cada hombre puede invadir la vida de los demás, y no hay esperanza de vida civilizada, sino que ésta es «solitaria, pobre, tosca, embrutecida y breve» (XIII, 136). La vida está, así, constantemente en riesgo. Pero los hombres pueden abandonar ese estado, impulsados por una mezcla de pasiones y de razón⁵. Entre estas pasiones están el miedo a la muerte, el deseo de las cosas necesarias para una vida cómoda y la esperanza de alcanzarlas por medio del trabajo (XIII, 138). La razón, por su parte, «sugiere adecuadas normas de paz a las cuales pueden llegar los hombres por mutuos consenso» (*Ibid*). Estas normas no son otras que las leyes naturales.

En el estado de naturaleza –guerra de todos contra todos– cada hombre sigue su propia razón, no hay nada que no le sirva proteger su vida y, por consiguiente, tiene el derecho –el *Derecho Natural*– o la libertad de hacer

⁵ De hecho, el hombre no sólo está guiado por pasiones; también es capaz de razonar, es decir, de calcular y deliberar. La deliberación difiere del razonamiento en que éste se hace en términos generales y aquella en particulares (VI, 98).

cualquier cosa, incluso sobre el cuerpo de los demás, para la conservación de su vida. Pero mientras persista ese derecho natural nadie puede tener la seguridad de que vivirá «todo el tiempo que ordinariamente la Naturaleza permite vivir a los hombres» (XIV, 140).

Pero a este derecho natural, a esa libertad de hacer o dejar de hacer, se opone la *Ley Natural*, «precepto o norma general, establecida por la razón, en virtud de la cual se prohíbe a un hombre hacer lo que puede destruir su vida o privarle de los medios para conservarla» (XIV, 139), puesto que «la obligación [la ley] y la libertad [el derecho] [...] son incompatibles cuando se refieren a una misma cosa» (XIV, 140).

La primera ley natural es buscar la paz y seguirla. De esta primera ley, Hobbes deriva la segunda: «...que uno acceda, si los demás consienten también, y mientras se considere necesario para la paz y defensa de sí mismo, a renunciar este derecho a todas las cosas y a satisfacerse con la misma libertad, frente a los demás hombres, que le sea concedida a los demás con respecto a él mismo» (*Ibid*). Efecto de esta renuncia es la disminución de los impedimentos que para el disfrute de ese derecho tienen los demás; pero ello sólo debe hacerse «si los demás consienten también», ya que lo contrario sería exponerse a ser aniquilado.

Los hombres, sin embargo, no deben simplemente renunciar su derecho, puesto que en ausencia de un poder común quien cumple primero no tiene la seguridad de que los otros también lo harán⁶, y las palabras no son suficientes para contener la ambición, la cólera y las demás pasiones humanas. Por ello, los hombres deben transferir sus derechos –y con él los medios para disfrutarlos– a un tercero, un hombre o asamblea de hombres, para que haga uso de todos los medios para mantenerlos –a todos los hombres– bajo el contrato.

De este modo, los hombres que incesantemente deseaban el poder, pero que a causa de ello se hallaban envueltos en un estado salvaje de guerra de todos contra todos, transfieren todo su poder y su fuerza a ese hombre o asamblea de hombres a fin de que los utilice para defender a unos de otros y a todos del peligro exterior (XVII, 161).

⁶ Hobbes lo dice así: «...quien cumple primero se confía a su amigo, contrariamente al derecho, que nunca debió abandonar, de defender su vida y sus medios de subsistencia» (XIV, 146).

3. El Estado

Ese hombre o asamblea de hombres a quien los hombres han transferido sus derechos y encargado de defenderlos es el gran *Leviatán*, el Estado. Hobbes lo define así:

...una persona de cuyos actos una gran multitud, por pactos mutuos realizados entre si, ha sido instituido por cada uno como autor, al objeto de que pueda utilizar la fortaleza y medios de todos como lo juzgue oportuno para asegurar la paz y defensa común. El titular de esa persona se denomina soberano (XVII, 162).

3.1. *Derechos y obligaciones del soberano*

El soberano no está estrictamente obligado, puesto que él no ha hecho ningún pacto, aunque tiene que cumplir con su misión. Ya que han sido los hombres quienes han pactado unos con otros, no tienen más que obligaciones para con el soberano. Entre estas obligaciones están cumplir el pacto (no hacerlo sería injusticia) o, en caso de haber disentido, consentir con el resto a partir de la institución del soberano y reconocer los actos del soberano como propios o exponerse a ser aniquilado.

La misión del soberano es procurar la seguridad del pueblo que lo ha investido con el poder soberano, y a ello está obligado por la ley de naturaleza y a rendir cuentas a dios (XXX, 203). Para Hobbes, la seguridad no es la mera conservación de la vida, sino todas las excelencias que el hombre pueda adquirir legalmente sin perjuicio para él, para los demás o para el Estado. Hobbes señala algunos derechos de los cuales «goza» el soberano y que le permiten cumplir con su misión:

- a. Es juez de los medios de la paz y defensa, y de las opiniones y doctrinas favorables o contrarias a ellas.
- b. Prescribe normas de propiedad (de qué bienes pueden disfrutar los súbditos y qué medios deben usar para hacerlo).
- c. Administrar justicia, hacer la guerra o acordar la paz.
- d. Elegir consejeros, ministros, magistrados y funcionarios.
- e. Premiar con honor o riquezas.
- f. Dar títulos de honor.

3.2. *Las causas que debilitan o tienden a desintegrar al Estado*

Hobbes también enumera algunos elementos que le impiden al soberano cumplir con esa misión y que tienden a debilitar o desintegrar al Estado. Entre estos elementos tenemos, en primer lugar, la institución imperfecta: cuando el soberano se conforma con menos poder del que necesita para la paz y defensa del Estado, con lo cual no cumple bien su misión y dispone a muchos a la rebeldía (XXIX, 196). Asimismo, hay un conjunto de doctrinas que tienden a sembrar la confusión y alentar la desobediencia de los súbditos. Entre otras cosas, estas doctrinas plantean que cada hombre es juez del bien y del mal; que es pecado obrar contra la conciencia; que la fe se alcanza por inspiración divina; que el soberano está sujeto a leyes civiles; que los hombres tienen la propiedad absoluta de bienes; y que el gobierno puede ser dividido.

Otras causas que debilitan al Estado son las rebeliones producto de la lectura de los antiguos griegos y romanos. Sus libros no sólo exaltan a los estados populares sino el asesinato de los soberanos, considerado legítimo cuando se trataba de tiranos (XXIX, 200). Una última causa de desintegración del Estado es su división en varios elementos, quedando la recaudación del dinero en manos de una asamblea, la dirección y el mando en poder de un hombre, y el poder de hacer leyes, no sólo entre estos dos, sino a veces en un tercero (*Ibíd.*).

4. El gobierno eclesiástico y el reino de las tinieblas

En la tercera parte de su libro, Hobbes se dedica a explicar por qué el soberano civil debe también ejercer el gobierno eclesiástico, ser «el pastor supremo de sus propios súbditos» (XLII, 218). En primer lugar, ello debe ser así porque el soberano, para cumplir su misión, debe ser juez de los medios para alcanzar la paz y de las doctrinas que le son favorables o contrarias. El soberano, en consecuencia, debe juzgar si una religión —en este caso, Hobbes se refiere al cristianismo— es favorable a la paz o no y si se debe utilizar como un medio para alcanzarla.

Por otra parte, dejar el gobierno eclesiástico en manos ajenas al soberano supone dos causas de desintegración del Estado. Por un lado, si el soberano no ejerce el gobierno eclesiástico, quienes lo hacen pueden propagar entre los súbditos creencias falsas o adelantar acciones que conlleven a la confusión y a la desobediencia. Por el otro, en ese caso el verdadero soberano sería quien ejerza el gobierno eclesiástico, pues el soberano civil estaría subordinado a él

y tendría, de ese modo, autoridad para nombrar y destituir soberanos si ello es «lo más conveniente para la salvación de las almas» de los fieles, quienes además son los súbditos del soberano.

Un temor parecido es el que lleva a Hobbes a denunciar la «vana filosofía [griega y romana] y las tradiciones fabulosas [la escolástica]». Ya en la segunda parte de la obra había señalado algunas de las doctrinas que eran contrarias al mantenimiento del Estado. Entre ellas las de griegos y romanos, que exaltaban el estado popular y el tiranicidio, y las de los escolásticos, que siembran la confusión. Lo que pretende Hobbes es explicar por qué el soberano debe rechazarlas e impedir que sus súbditos sean influidos por ellas. De lo que se trata es de asegurar que el soberano pueda cumplir su misión.

Referencias bibliográficas

- ASTORGA, Omar (1993). *La fortuna del pensamiento de Hobbes*. Caracas: Fondo Editorial de Humanidades y Educación – UCV.
- CHAPPELL, Vere (Ed.) (1992). *Thomas Hobbes*. New York & London: Garland Publishing Inc.
- GOLDSMITH, M.M. (1966). *Hobbes's Science of Politics*. New York: Columbia University Press.
- GOLDSMITH, M.M. (1996). «Hobbes on law». En Sorell, Tom (Ed.) *The Cambridge Companion to Hobbes*. Cambridge: Cambridge University Press. 274-304.
- HOBBES, Thomas (1965). *Antología de textos políticos. Del Ciudadano y Leviatán*. [Selección por Enrique Tierno Galván]. Madrid: Tecnos.
- HOBBES, Thomas (1971). *Leviathan* [Introducción y edición por C. B. Macpherson]. Harmondsworth, Penguin Books.
- MACPHERSON, C.B. (1971). «Introduction» a Hobbes, Thomas. *Leviathan* [Introducción y edición por C. B. Macpherson]. Harmondsworth, Penguin Books.
- RYAN, Alan (1996). «Hobbes's Political Philosophy». En Sorell, Tom (Ed.) *The Cambridge Companion to Hobbes*. Cambridge: Cambridge University Press. 208-245.
- SORELL, Tom (Ed.) (1996). *The Cambridge Companion to Hobbes*. Cambridge, Cambridge University Press.

El siglo de las mujeres

Dhayana Carolina Fernández Matos



«El siglo XXI será el siglo de las mujeres. Ya nadie detiene el movimiento que ha constituido la mayor revolución del siglo que ahora acaba» (pp. 9). Con este argumento demoledor inicia Victoria Camps (Barcelona, 1941, catedrática de Filosofía de la Universidad Autónoma de Barcelona) el prólogo de su libro, señalando que en la etapa actual, ya nadie puede negar la existencia de la paridad entre hombres y mujeres en distintos ámbitos de la vida, sin embargo, pese a ello, todavía persisten diferencias fundamentales que se reflejan principalmente en dos ámbitos: por un lado, la mujer sigue siendo discriminada en la vida privada y permanece sin cambios significativos la división tradicional del trabajo y, por el otro lado, aunque se ha dado la incorporación masiva de la mujer al trabajo fuera del hogar, al hecho cierto de que hoy en día hay más mujeres que egresan de las universidades que hombres (aunque con notables diferencias en relación con carreras relacionadas con la tecnología), el acceso y obtención de cargos de mayor responsabilidad y jerarquía por las mujeres, avanza con excesiva lentitud.

El libro se centra en el abordaje de estos dos grandes problemas bajo una óptica que busca la reflexión, desde el feminismo, de la forma más acertada para superarlos. Camps plantea la necesidad de darle un giro al discurso

feminista, hacerlo más combativo actuando en áreas que deben ser centrales, a saber: la educación, el empleo, la política y los valores éticos.

Para la autora, el cambio en el discurso feminista es un factor clave ya que, como la mayoría de las grandes teorías o discursos del siglo XX, «está desorientado y aburrido» y necesita nuevos aires que permitan, principalmente a las nuevas generaciones que se han encontrado con las 'cosas hechas', entender y hacerse partícipe de un movimiento que tiene mucho que dar aún porque pese a la ya conocida igualdad formal conseguida en muchas sociedades, es decir, la igualdad en la ley entre hombres y mujeres, en la realidad y en los hechos siguen persistiendo aspectos claves de desigualdad que mantienen a las mujeres en una situación de desventaja. El primero de ellos se refiere a la situación de las mujeres en el ámbito doméstico, donde sigue cargando con la inferioridad de su género, la doble jornada de trabajo, la realización de actividades que siguen considerándose «propias de su sexo» como el cuidado de los/as hijos/as, de los /as ancianos/as o de los/as enfermos/as.

El segundo, hace referencia a la inexistencia de una verdadera *igualdad de oportunidades* y en este aspecto consideramos que Camps pone al descubierto una de las grandes falacias en relación con la equiparación de las situaciones entre hombres y mujeres. Es cierto que formalmente, cualquier mujer puede ser presidenta, catedrática, directora de empresa, rectora de una universidad, incluso, algunas lo han conseguido, pero la práctica cotidiana demuestra lo difícil y la gran cantidad de obstáculos que se les presentan a las mujeres para lograrlo.

Las razones de esta situación están dadas porque los hombres no quieren perder protagonismo y se defienden, para Camps incluso de una manera no muy consciente, y además, porque las mujeres se resisten a perder y sacrificar determinados valores como la maternidad y el cuidado de los/as hijos/as, que si pueden ser liberados de los estereotipos presentes en la sociedad que las consideran actividades inferiores propias de las mujeres, pueden demostrar que son legítimas y valiosas para todos/as.

El tercer aspecto, quizás el más grave y donde mejor se aprecia que pese a lo conseguido todavía el camino por recorrer es muy arduo y lleno de obstáculos, es la violencia sexual contra la mujer que no ha mejorado con los años y que es un tema que requiere tenerlo siempre presente porque creerlo ya superado, puede llevar a retrocesos que no se pueden permitir actualmente.

En la solución de estos tres problemas, podemos encontrar en este libro una importante propuesta de hacer las cosas diferentes desde el movimiento feminista y supone darle nuevos aires y una vuelta a los lineamientos que lo han distinguido a lo largo del tiempo. Se plantea «la feminización de los hombres» y «el interés común del feminismo».

Feminizar a los hombres implica que así como las mujeres se han ido apropiando de ventajas y valores que durante mucho tiempo fueron considerados exclusivos de los hombres, ahora a éstos les toca hacer el movimiento inverso y aprender de los aspectos positivos que tienen la vida y las experiencias de las mujeres. Siguiendo los planteamientos de Carol Gilligan y su conocida *ética del cuidado*, Victoria Camps nos dice que no se trata de sustituir la justicia, valor considerado típicamente masculino, por el cuidado de los otros, considerado femenino. Por el contrario, se trata de darle una importancia semejante a ambos de forma tal que la virtud justicia, vaya acompañada de la benevolencia y la preocupación por los demás.

Aunque creemos interesante como postulado la feminización de los hombres, hay que estar alerta en la forma de abordar este planteamiento porque puede llevar a posturas deterministas que consideren «natural» y propias de cada uno de los sexos ciertas cualidades, lo que sin duda no es lo que la autora plantea en su obra, sino que busca revalorizar aquellas virtudes o cualidades que son infravaloradas o invisibilizadas porque se identifican con las mujeres.

El interés común del feminismo, implica universalizar la causa feminista y no dejarla sólo como un problema en mano de las mujeres y que lleva a su tratamiento mediante proyectos marginales propios de instituciones especializadas como los institutos de la mujer y los ministerios de asuntos sociales. En este sentido nos dice la autora: «Las mujeres deben empeñarse en hacer ver la conexión que tienen sus reivindicaciones con la mayoría de las cuestiones sociales que nos estamos planteando. Es preciso que la causa feminista quede integrada en todas las políticas sociales, que llegue a perder incluso su denominación de origen. No es a la mujer a quien hay que defender, sino la educación de los hijos, el cuidado de los enfermos, la atención de los ancianos, la estabilidad de la familia, el reparto equitativo del trabajo» (pp. 23), se trata en definitiva de establecer que son temas que competen a todos/as, hombres y mujeres, que se supere la vieja dicotomía entre lo público y lo privado que supone que este último ámbito corresponde a las mujeres y los problemas son específicos de éstas. Se trata además de hacer ver que las desigualdades que padecen las mujeres son problemas que afectan al interés común.

Es todo un reto para el feminismo adecuarse a los nuevos tiempos y beber de estos nuevos aires que Victoria Camps plantea, se precisa deslastrarse de postulados clásicos y transformarse para no fallecer, retomar el impulso necesario que permita continuar en la lucha por la transformación de la sociedad y de sus instituciones, que verdaderamente permitan a las mujeres salir de las situaciones de discriminación y desventajas, a veces muy sutiles pero no por ellas menos peligrosas, que aún persisten.

En relación a la forma de abordar las cuatro grandes áreas que, en opinión de Camps, deben ser las grandes líneas estratégicas del feminismo, las cuales señalamos al principio de esta reseña, nos encontramos con posturas que pueden resultarnos incluso contradictorias con aquello que desde siempre ha sido la lucha de las mujeres, pero una reflexión más profunda y realista de las cosas, nos permiten visualizar elementos que pueden llevar a cambios importantes desde otras vías. Es así como desde el terreno de la educación, cuestiona la idea –llena de buenas intenciones dice la autora– de una igual educación para todos/as, que no conseguirá equilibrar las desigualdades mientras persistan diferencias económicas y sociales, es por esa razón que plantea una educación más particularizada y selectiva, que implica tratar de forma diferente a los/as que están en situación diferentes, como es el caso de las mujeres, no sólo de aquéllas analfabetas o con escaso nivel de instrucción, ya que incluso las cultas han sentido en su piel la inferioridad con la cual la sociedad sella su condición de mujer.

El abordaje del trabajo de las mujeres es uno de los capítulos más prometedores de este libro, donde además se presenta una relación de lo que ha significado el estado de bienestar en la incorporación de la mujer al trabajo fuera del hogar.

Desde hace mucho tiempo, Victoria Camps es reconocida como una gran defensora del estado de bienestar, señala que éste ha favorecido a las mujeres no sólo como usuarias de los servicios que dicho estado proporciona al responsabilizarse de ciertas actividades que históricamente desempeñaban las mujeres de forma gratuita sin contraprestación alguna, sino además porque la mujer está más presente que el hombre en el sector público. Hoy es conocido por todos/as que esta manera de hacer política a través del estado de bienestar está en crisis, lo que guarda relación con otra crisis que nos aqueja actualmente, la del mercado laboral que, como nos indica la autora, son complementarias, afectan de manera diferente a hombres y mujeres, siendo las consecuencias más graves para estas últimas.

La conjunción de estos dos factores: menos recursos para que el Estado se haga cargo de los servicios que salieron del hogar y que anteriormente los prestaban las mujeres gratuitamente, por un lado, pero además el hecho de que el trabajo escasea, lleva a considerar como alternativa el trabajo parcial, que es considerado el lugar natural para la mujer. Cabe destacar que Camps no cuestiona las bondades que puede traer el trabajo a tiempo parcial, que implica un replanteamiento del uso del tiempo, su desacuerdo está en que se considere sólo a las mujeres como las posibles titulares de este tipo de trabajo, lo cual puede llevar a la precarización e inferioridad de los puestos o cargos bajo esta modalidad por considerarlos típicamente femenino, con la carga simbólica negativa que ello puede acarrear en una sociedad con marcado carácter androcéntrico como la nuestra.

La crisis del mercado laboral y la existencia del trabajo a tiempo parcial, puede ser considerada una gran oportunidad para que haya una distribución más equitativa del tiempo para la educación de los/as hijos/as, el cuidado de los/as ancianos/as, etcétera, pero no sólo por parte de las mujeres, sino también de los hombres, es decir, una revalorización de la ética del cuidado que debe ser asumida también por los hombres. El trabajo parcial implica a su vez mayor tiempo libre, que debe ser distribuido equitativamente en el caso del reparto de las labores cotidianas, esta es la oportunidad que Camps señala no debe perderse en esta crisis, porque se lograría realmente «feminizar» al hombre, que haría actividades de la vida privada, que son de interés común y no competen sólo a las mujeres.

Desde la perspectiva política, la autora si bien es cierto no contradice los objetivos que el movimiento feminista se ha planteado en esta área, a saber: más mujeres en las clases dirigentes y en los órganos de toma de decisión, por un lado y, reivindicación de los temas tradicionales como las leyes de despenalización del aborto, la formación de las mujeres, prestaciones sociales que descarguen a las mujeres del trabajo doméstico, etcétera, por el otro, reflexiona acerca de la necesidad de superar esta política de emancipación femenina que considera los problemas de las mujeres como problemas «a parte», para que sean considerados como problemas comunes y ello pasa por una profundización de la democracia que, pese a sus debilidades, sigue siendo el mejor sistema imperante para equilibrar las desigualdades sociales, pasa por acabar con la dicotomía entre lo público y lo privado, así como por visibilizar la magnitud de la frase más conocida del feminismo: «lo personal es político», lo cual quiere decir que los asuntos que afectan a las mujeres no son privados sino que afectan el interés común y el bienestar general.

Los valores éticos no podían ser dejados de lado por una filósofa de la trayectoria de Camps, de lo que expresa en su obra queremos resaltar nuevamente el llamado de atención que hace sobre el olvido del cuidado como una prescripción ética básica, alertándonos que pensar éticamente siempre se refiere a pensar en los/as otros/as y si además queremos que se convierta en una práctica, a la par de medidas de justicia deben asumirse actitudes de cuidado. Es nuestra opinión que esta posición de la autora debería significar un replanteamiento del estado de Derecho heredado del liberalismo decimonónico y que privilegia la justicia como el gran valor universal, pero es una justicia fría, impávida, «neutral», que se olvida de las personas, es por ello que creemos muy acertada esta reflexión que señala la necesidad de compatibilizarla con la solidaridad implícita en el cuidado de los/as otros/as, que no debe ser vista como atributo únicamente femenino sino un valor a ser compartido por toda la humanidad, hombres y mujeres.

El apéndice de esta obra presenta varios artículos escritos por la autora y publicados en otros textos que guardan estrecha relación con la temática principal, sin embargo, por su importancia, queremos resaltar el relativo a «Los peligros de la publicidad», donde expone con suficiente claridad los riesgos y desafíos existentes en el abordaje de esta área; lo que ello implica para la reproducción de estereotipos donde la mujer es reflejada en una condición de subordinación y para moldear conductas. También pone en jaque las leyes que tratan de regular y ponerle límites a la publicidad ya que, en no pocas ocasiones, su efectividad es nula ante comportamientos tan arraigados y tan interiorizados que llevan a interpretaciones y juicios diversos por quienes le corresponde la aplicación de las mismas.

El siglo de las mujeres no es un texto o manual sobre el significado del feminismo en los tiempos que corren, tampoco es un decálogo sobre lo que debe ser la lucha de las mujeres, sin embargo, es una obra que hay que tener en cuenta si se busca reubicar el discurso feminista y adaptarlo al devenir de la sociedad.

Referencia bibliográfica

CAMPS, Victoria (2003). *El siglo de las mujeres*. 4ta.edición. Madrid: Ediciones Cátedra, Universitat de Valencia, Instituto de la Mujer.

Normas para colaboradores/as de la revista *MAGISTRA*

Los artículos científicos a ser considerados para su publicación por el Consejo Editorial de la revista *MAGISTRA* deben cumplir con las siguientes recomendaciones:

- La revista *MAGISTRA* sólo considerará para su publicación trabajos inéditos y que no hayan sido propuestos simultáneamente a otras revistas.
- Las propuestas deben incluir el título del artículo, nombre del autor, sinopsis curricular y dirección postal o institucional, un resumen en español e inglés, tres palabras clave utilizadas y el nombre del proyecto de investigación del cual es resultado. En ningún caso los resúmenes pueden exceder los 1.200 caracteres.
- Los artículos propuestos tendrán una extensión entre 20 y 30 páginas escritas a espacio y medio en letra 12 puntos, Arial o Verdana, y en papel tamaño carta, incluyendo las notas, cuadros y referencias bibliográficas.
- Las propuestas deben ser enviadas en disquete y/o disco compacto y tres copias impresas indicando el programa utilizado; o también como documento al correo electrónico del Servicio Autónomo de Información y Documentación Judicial, Dirección de Recursos Documentales, Investigación y Desarrollo de la Escuela Nacional de la Magistratura (e-mail: revistamagistra@gmail.com)
- Cuando se requiera el apoyo de gráficos, cuadros o mapas, se debe enviar una versión en blanco y negro a la medida de la mancha de la revista como parte del original, indicando el lugar y la página donde serán colocados, o si éstos van a ser incluidos como anexo o apéndice del artículo.

- Las notas deben colocarse numeradas a pie de página y separadas de las referencias bibliográficas.
- La bibliografía deberá seguir el modelo APA (American Psychological Association) de la siguiente forma:

Libros:

FLORES CAZORLA, M. (1987). *Delincuencia juvenil y familia en la doctrina criminológica*. Valencia: Universidad de Carabobo, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico.

Revistas o publicaciones periódicas:

PALAZZI, P. A. (1999). «El Hábeas Data en el Derecho Argentino». *Revista Internacional de Derecho e Informática*. N° 01: páginas 16-53.

Artículo en libro compilado:

IRAZU SILVA, J.L. (2000). «Las sanciones penales en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente». En MORAIS DE GUERRERO, M.G. (Coord.). *Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. pp. 232-240. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello.

Páginas Web:

Tribunal Supremo de Justicia, fecha: 8 de noviembre de 2003. [On line]
Página: <http://www.tsj.gov.ve>

Ponencia presentada en evento:

ORTIZ, R. (1997, octubre). *Una experiencia de formación de postgrado en Derecho*. Ponencia presentada en el Seminario Iberoamericano sobre Formación Avanzada en Derecho. Salamanca, Universidad de Salamanca.

- La presentación de las citas o referencias bibliográficas se realizará con el sistema autor-fecha, incluyéndolas en el texto, indicando el apellido del autor, el año de la publicación y la página (ejemplo: Cedeño, 2004: 12). En caso que se haga referencia a dos autores, deben escribirse los apellidos de ambos (ejemplo: González y Morales, 1997: 26). Si son más de dos autores, deberá escribirse «y otros» (ejemplo: Núñez y otros, 1978: 127).

- Una vez constatado el cumplimiento de las normas, el Consejo Editorial procederá a someter las propuestas al menos a un/a árbitro/a, de manera anónima, entre especialistas o pares investigadores/as. Las sugerencias de éste/a, cuando las hubiere, serán dadas a conocer, con la confidencialidad del caso, a cada autor/a.
- La revista *MAGISTRA* aceptará artículos para someterlo a arbitraje durante todo el año.
- Los/as autores/as recibirán un ejemplar de la revista *MAGISTRA* en la cual ha sido publicado su artículo

MAGISTRA, Año 4 • Nº 1 • 2010

Impresa en Venezuela

por MIGUEL ÁNGEL GARCÍA E HIJO, S.R.L.

Sur 15 • Nº 107 • El Conde • Telf.: 576.13.62 - Caracas

magimpresores@yahoo.com

durante el mes de diciembre del año dos mil diez

Tiraje: 500 ejemplares

English Literature

English Literature is a subject that explores the history, development, and impact of literature in the English language.

It covers a wide range of texts, from ancient Greek and Roman literature to modern British and American literature.

Students studying English Literature will develop critical thinking skills and a deep understanding of the human condition.

The course includes the study of major literary works, as well as the analysis of literary theory and criticism.

Students will also explore the social and cultural contexts in which literature was produced.

By the end of the course, students will have a comprehensive understanding of the English literary tradition.

English Literature is a challenging but rewarding subject that provides a rich and diverse educational experience.

Students who complete this course will be well-prepared for further study in the field of literature.

English Literature is a subject that offers a unique and valuable perspective on the world.

It is a subject that is both intellectually stimulating and culturally enriching.

English Literature is a subject that is essential for a well-rounded education.

It is a subject that provides a deep understanding of the human experience.

English Literature is a subject that is both challenging and rewarding.

It is a subject that

offers a unique and valuable perspective on the world.

English Literature is

a subject that is both

challenging and

rewarding.

It is a subject that

provides a deep understanding of the human experience.

English Literature is a subject that is essential for a well-rounded education.

It is a subject that offers a unique and valuable perspective on the world.

English Literature is a subject that is both challenging and rewarding.

It is a subject that provides a deep understanding of the human experience.

English Literature is a subject that is essential for a well-rounded education.



República Bolivariana de Venezuela
Tribunal Supremo de Justicia
Escuela Nacional de la Magistratura

ISSN 1856-8860



01

9 771856 886001