

UNIVERSIDAD DE VALENCIA  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO Y POLÍTICA

PROGRAMA DE DOCTORADO  
“SOSTENIBILIDAD Y PAZ EN LA ERA POSGLOBAL”

TESIS DOCTORAL:  
Incidencia del Iusnaturalismo en las Políticas Públicas de Prevención de la  
Violencia Domestica en Panamá

Autora:  
Mariângela de Lacerda

Directores:  
Dr. Jesús Ballesteros Llompart  
Dra. Emilia Bea Pérez

VALENCIA, 2021

## AGRADECIMIENTOS

Escribir mis agradecimientos se ha hecho una grata y reflexiva tarea. Al sentarme a escribirlos, los nombres de esas personas simplemente saltaron de mi mente a la página sin ningún esfuerzo, haciéndome recordar, inclusive, un texto bíblico, que se encuentra en el Evangelio de San Marcos capítulo 2: 1-12, que cuenta la fábula de un paralítico que quería ver a Jesús, pero que sólo lo logró contando con la ayuda de sus amigos. Los amigos correctos y que merece la pena tener cerca son aquellos que donan parte de la fuerza que tienen para ayudarte a superar los obstáculos, que prestan su tiempo, su conocimiento e influencia para ayudarte a alcanzar tu meta. En primer lugar agradezco a Dios por haberme concedido la gracia de haberlos conocido.

Agradezco a Nelson Jesús Urbaneja, profesor de metodología de la Universidad Americana de Panamá, quien dispuso de su precioso tiempo para ayudarme a delimitar el tema y los objetivos de la presente investigación; Rubén Manuel Garibaldi Jiménez, fiscal adjunto de la Sección Especializada de Familia del área metropolitana de Panamá, quien me atendió varias veces en su despacho, siempre amable, paciente y receptivo para responder a todos mis cuestionamientos; Allan Barrios, contador y abogado, presidente del Tribunal Administrativo Tributario de Panamá, quien gentilmente me cedió la biblioteca de la Procuraduría General de la Nación, para que pudiera consultar todos los libros de derecho constitucional y de historia panameña utilizados para el desarrollo de esta investigación; Marta Zuñiga, administradora, directora de derechos humanos del Instituto Nacional de la Mujer, quien me atendió de manera muy amable para enseñarme no solo las instalaciones del Instituto sino también para acompañarme hasta el Albergue destinado a acoger mujeres en condición de vulnerabilidad; Omaida Elena de Frías Sánchez, psicóloga, funcionaria del Ministerio de Salud de la Nación Panameña, quien me recibió en su sala de terapia, donde ella, de manera gentil y didáctica, contestó mucho más que las preguntas propuestas, llevándome a comprender los matices de la cultura panameña, todo a través de una enriquecedora y fascinante conversación; Rocío Collante de Urriola, diplomata, coordinadora nacional de la Red Internacional de Promotores de los Objetivos de Desarrollo Social de la Organización de las Naciones Unidas, quien me atendió diversas veces para contestar preguntas sobre temas de Administración pública interna así como de las relaciones internacionales del gobierno panameño; Cristóbal Mendieta, abogado y asesor parlamentario junto a la Asamblea Nacional, quien me recibió en la biblioteca de la Asamblea, para que conversáramos sobre el procedimiento de elaboración y votación de las leyes en Panamá,

quien me facilitó las Actas de la votación de la Ley 82/2013 y me proporcionó un recorrido por la sala de sesiones de la Asamblea.

Agradezco a Ana Vizcaíno, coordinadora del curso de Derecho de la Universidad Americana de Panamá, quien me invita a participar, ya sea como ponente o asistente, de cada uno de los diversos cursos, seminarios, congresos que realiza en la Universidad.

Finalmente, agradezco a mis directores de tesis Jesús Ballesteros y Emilia Bea Pérez por haberme orientado y animado a desarrollar mi propio pensamiento crítico acerca del iusnaturalismo y sus consecuencias prácticas, para consolidar mis convicciones y ser capaz de defenderlas.

## DEDICATORIA

Con todo mi cariño dedico esta tesis a Alberto Alonso, un hombre virtuoso y equilibrado con quien tuve la fortuna de empezar a compartir mi existencia desde hace unos cuantos años. Su incentivo fue fundamental para la realización de este trabajo. Su apoyo ante mi angustia al momento de analizar temas complejos y que exigían profundo conocimiento psicológico fue determinante para la consecución de los objetivos de la tesis. Su comprensión ante los fines de semana de lectura y elaboración de los capítulos durante el proceso de investigación evidenciaron su preocupación en ayudarme de acuerdo con sus posibilidades. La tolerancia con todos los libros dispersados por la casa. La total ausencia de quejas.

Los errores ortográficos, de concordancia verbal o nominal se los atribuyo a él, quien me corrigió el texto, ya que el castellano no es mi idioma nativo.

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	9
<b>PRIMERA PARTE: FUNDAMENTOS IUSNATURALISTAS</b> .....	17
<b>CAPITULO I. EL IUSNATURALISMO Y SUS RESPECTIVAS VERTIENTES</b> .....	17
1.1. El iusnaturalismo de la Edad Antigua.....	18
1.2. El iusnaturalismo de la Edad Media.....	23
1.3. El iusnaturalismo de la Edad Moderna.....	31
1.3.1. El iusnaturalismo de Thomas Hobbes.....	34
1.3.2. El iusnaturalismo de John Locke.....	36
1.3.3. El iusnaturalismo de Rousseau.....	40
1.3.4. El iusnaturalismo de Immanuel Kant.....	43
1.4. Síntesis conclusiva de las vertientes iusnaturalistas.....	48
<b>CAPITULO II. LAS TRANSFORMACIONES DEL PENSAMIENTO JURIDICO CONTEMPORANEO Y LA PREVALENCIA DEL IUSNATURALISMO</b> .....	51
2.1. La equivocidad del término <iusnaturalismo>.....	51
2.2. Las principales corrientes del pensamiento jurídico en la actualidad.....	53
2.2.2. El iusnaturalismo contemporáneo.....	54
2.2.2.1. El derecho natural defendido por Gustav Radbruch.....	56
2.2.2.2 El derecho natural defendido por Jacques Maritain.....	59
2.2.2.3. El derecho natural defendido por Sergio Cotta.....	64
2.2.3. El Iuspositivismo contemporáneo.....	68
2.2.3.1. El positivismo jurídico simple.....	69
2.2.3.2. El positivismo científico.....	76
2.2.3.3. El positivismo jurídico sofisticado.....	79
2.3. ¿Cómo ha prevalecido el iusnaturalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo?.....	89
<b>CAPÍTULO III. EL ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO Y SU APERTURA AL DERECHO INTERNACIONAL</b> .....	92
3.1. El Estado constitucional y el principio del bien común.....	92
3.2. La supremacía de la Constitución.....	92
3.2.1. El orden valorativo constitucional.....	94
3.2.2. El control normativo de constitucionalidad.....	97
3.3. La eficacia de las normas de derechos fundamentales.....	102
3.4. La recepción de las Constituciones al Derecho internacional de los derechos humanos.....	107
<b>CAPITULO IV. EL SISTEMA UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS</b> .....	110

4.1. Una aproximación a los tres conceptos de derechos: naturales, humanos y fundamentales .....	110
4.1. Carta Internacional de los Derechos Humanos .....	112
4.2. La Declaración Universal de los Derechos Humanos .....	113
4.3. La creación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos .....	115
4.3.1. Convención Americana de Derechos Humanos .....	119
4.3.2. Procedimientos ante los órganos del Sistema Interamericano .....	123
4.3.2.1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos .....	124
4.3.2.2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	135
4.4. Jerarquía de los tratados de derechos humanos en Panamá .....	139
<b>SEGUNDA PARTE: LA VIOLENCIA DOMÉSTICA COMO ATENTADO A LA PAZ .....</b>	<b>142</b>
<b>CAPITULO V.: LA VIOLENCIA DOMESTICA Y SU TIPOLOGÍA: RECONOCIENDO LAS FORMAS DE PODER Y CONTROL.....</b>	<b>142</b>
5.1. El concepto de violencia domestica .....	142
5.2. La violencia entre parejas y su tipología.....	144
5.2.1. Violencia situacional.....	146
5.2.2. Control coercitivo (terrorismo íntimo).....	148
5.2.2.1. Formas de poder y control: ¿Quiénes son los terroristas íntimos?.....	150
5.2.2.2. Control por medio de abuso económico.....	151
5.2.2.3. Control por medio del uso del privilegio masculino .....	152
5.2.2.4. Control por medio de la manipulación los hijos.....	153
5.2.2.5. Control por medio de aislamiento .....	154
5.2.2.6. Control por medio de abuso emocional.....	154
5.2.2.7. Control por medio del uso de minimización, negación y culpa .....	156
5.2.2.8. Control por medio del uso de intimidación .....	157
5.2.2.9. Control por medio del uso de coerción y amenazas .....	157
5.2.2.10. El uso de la violencia física y sexual como factor potenciador de control.....	158
5.2.3. Resistencia violenta.....	159
5.2.4. Control violento mutuo asociado a la ruptura .....	161
5.3. La Violencia física y psicológica contra los menores .....	161
<b>CAPITULO VI. LA VIOLENCIA DOMESTICA COMO ÓBICE A LA PAZ .....</b>	<b>164</b>
6.1. Un análisis sobre el concepto de violencia en la Edad Contemporánea.....	167
6.2. La violencia como origen del desequilibrio en el mundo.....	170
6.2. Reflexiones sobre la constitución de la persona y su apertura para la formación de la familia ...	174
6.3. La dinámica de violencia en el contexto familiar.....	180
6.4. Los menores víctimas de violencia doméstica y el continuo desequilibrio en la existencia humana .....	184

6.5. El derecho natural a la paz como base de toda norma en la vida humana.....	189
<b>CAPITULO VII. LAS POLITICAS PÚBLICAS COMO FORMA DE PREVENCIÓN AL PROBLEMA DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA .....</b>	<b>191</b>
7.1. El concepto de política .....	191
7.2. El concepto de políticas públicas .....	193
7.4. Características de las políticas publicas .....	196
7.5. El proceso de elaboración de políticas publicas .....	197
7.5.1. Identificación del problema.....	199
7.5.2. Formación de la agenda.....	201
7.5.3. Formulación de alternativas .....	204
7.5.4. Toma de decisión .....	206
7.5.5. Implementación de la política pública.....	209
7.5.6. Evaluación de la política pública .....	210
7.5.7. Extinción de la política pública.....	213
<b>TERCERA PARTE: LA RESPUESTA PANAMEÑA A LA VIOLENCIA DOMÉSTICA .....</b>	<b>216</b>
<b>CAPITULO VIII. EL COMPROMISO DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ CON LA PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS.....</b>	<b>216</b>
8.1. La formación del Estado Constitucional democrático panameño .....	216
8.2. Las transformaciones constitucionales panameñas en su contexto histórico .....	216
8.3. La Constitución de 1972 y sus respectivas reformas .....	227
8.4. La Constitución Panameña como matriz de políticas públicas .....	231
8.5. La apertura del Estado panameño al sistema universal de protección de los derechos humanos	234
8.6. El Plan Estratégico de la República de Panamá para la protección de los derechos humanos.....	236
<b>CAPITULO IX. LAS POLITICAS PUBLICAS DE PREVENCIÓN A LA VIOLENCIA DOMESTICA EN PANAMÁ.....</b>	<b>242</b>
9.1. Las tasas de violencia doméstica en Panamá .....	242
9.2. Las soluciones gubernamentales para la prevención del problema de la violencia doméstica en Panamá .....	244
9.2.1. La Penalización de la violencia doméstica y la actuación de las Instituciones Judiciales .....	244
9.2.3. Las Políticas de empoderamiento a mujeres víctimas de violencia .....	248
9.2.4. El fortalecimiento de las familias para prevenir la violencia doméstica en contra de los niños y adolescentes.....	253
9.3. La intervención de los Servicios de Salud.....	257
9.4. Intervención y responsabilidades del ámbito Educativo .....	260
<b>CAPITULO X. LA EFECTIVIDAD DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PREVENCIÓN A LA VIOLENCIA DOMÉSTICA EN PANAMÁ .....</b>	<b>262</b>
10.1. Reflexiones en cuanto a la incidencia del iusnaturalismo en las políticas públicas de prevención a la violencia doméstica en Panamá.....	262

10.2. Visita de Campo al Ministerio Público de Panamá.....	263
10.3. Visita de Campo al Albergue para mujeres víctimas de violencia doméstica.....	266
10.4. Visita de Campo al Centro de Salud de Rio Abajo .....	270
10.5. La ley n. 82 de 2013 como política de fortalecimiento de las familias panameñas .....	278
10.6. Efectividad de la política de rehabilitación de agresores .....	281
10.7 Análisis de las políticas públicas de prevención a la violencia doméstica en Panamá .....	283
10.8. Urge la sustitución de una cultura de violencia por una cultura de paz .....	286
10.9. Apoyo del Estado a las Redes de apoyo.....	291
10.9.1. El manejo de las emociones puede ser aprendido en las Escuelas .....	292
<b>CONCLUSIÓN</b> .....	295
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	300
Anexos: .....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>



## INTRODUCCIÓN

A través de las siguientes páginas se observará que el iusnaturalismo, teoría jurídica que defiende la existencia de una ley natural planteada por grandes pensadores como Aristóteles, Tomás de Aquino, Immanuel Kant, y luego restauradas por pensadores contemporáneos como Gustav Radbruch, Jacques Maritain, Sergio Cotta, Robert Alexy y Roger Shiner, es una manifestación filosófica que se evidencia presente en el ordenamiento jurídico de los Estados constitucionales democráticos, como es el caso del Estado panameño, incidiendo<sup>1</sup> directamente en la elaboración y ejecución de políticas públicas que tienen como objetivo prevenir la violencia doméstica en el país.

En el primer capítulo de este estudio se analizará el concepto de derecho natural dentro de cada uno de los contextos histórico-políticos en que fue desarrollado. La teoría naturalista defiende la existencia de un derecho natural, universal, anterior y superior a cualquier ley escrita, desarrollada desde distintas concepciones de la naturaleza del hombre, en tres diferentes fases de la historia, empezando por la antigua, pasando por la medieval y moderna, hasta llegar a los días actuales, en que se la entiende como una pretensión de corrección del sistema jurídico. En virtud de su exigencia eterna de justicia, el iusnaturalismo dio fundamento a la creación y manutención de los organismos internacionales de defensa de los derechos humanos.

En la Edad Antigua, la ambigüedad entre derecho natural y derecho positivo fue demostrada en primer lugar por los sofistas, luego por los estoicos, pasando a ser registrada por Platón en su obra *La República*, quien adoptando el ejemplo dado por su maestro Sócrates, se dedicó a establecer las diferencias entre las leyes naturales – sólidas y permanentes – y las leyes no naturales – convencionales, debatibles y cambiantes. En la Edad Media filósofos cristianos como San Agustín y Santo Tomás de Aquino adoptaban el entendimiento de que si Dios había creado el mundo, y por consiguiente, la naturaleza, la ley de Dios debería ser aquella que inspira el derecho natural.

En las dos primeras fases del iusnaturalismo existe una apreciación del derecho muy cercana a la religión, la ética y la moral. Dichas concepciones, conocidas como tradicionales, entendían la organización social como natural y por lo tanto, la sumisión de cada persona a las reglas sociales era una consecuencia inmediata de su posición en el mundo. No se

---

<sup>1</sup> El término incidencia utilizado para efectos de este estudio significa influencia o repercusión, de acuerdo con la definición numeral 3 del Diccionario de la lengua española. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. <https://dle.rae.es/incidencia>

cuestionaban los motivos que justificarían la autoridad de la sociedad sobre el individuo. Lo máximo que se atrevieron a cuestionar fue la forma de organización social. Todos estaban de acuerdo en que el hombre, siendo un animal social, estaba naturalmente sujeto a las reglas vigentes en su sociedad. Así, sintiéndose parte integrante del organismo social, el hombre no cuestionaba la autoridad de la sociedad sobre él. Por medio de los pensadores de las edades antigua y medieval, es decir, tanto aquellos basados en el cosmos como en la existencia de una ley natural creada por Dios, han luchado por sus derechos naturales, exigiendo cambios al Estado e imponiéndoselos al mundo.

Los pensadores de la Edad moderna plantean un iusnaturalismo basado en el contrato social, cuyo núcleo está anclado en la autonomía de la voluntad. El discurso naturalista revolucionario moderno, aliado a la voluntad popular y la necesidad de garantía de los derechos individuales, fueron factores determinantes el establecimiento de un nuevo orden jurídico, materializado por medio de declaraciones autónomas de derechos humanos, como es el caso de la Declaración de Derechos de Virginia (Bill of Rights of the good people of Virginia) de 1776, y de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre de 1789.

Los pensadores modernos como Rousseau e Immanuel Kant creían en la posibilidad de revelar, mediante procedimientos racionales, las reglas que componían el derecho natural a fin de aplicarlo a cualquier sociedad humana. El Estado pasó a ser considerado como la realización misma de la humanidad, por lo tanto, el derecho a ser desarrollado no debería tener como base las costumbres ni las tradiciones de una nación, puesto que la organización racional de las conductas humanas debería ser universal y sistemática.

En este orden de ideas, se han creado los códigos modernos, en el formato de libros que contenían todas las normas sobre un determinado asunto, ordenadas metódicamente. Entre dichas compilaciones, el ejemplo más utilizado por la doctrina es el código civil francés de 1804, conocido como Código de Napoleón. Por tanto, el derecho positivo de aquel entonces era sentido como la expresión escrita del derecho natural. Los pensadores modernos consideraban que la misma humanidad, de acuerdo con su progreso histórico, había logrado refinar el derecho a punto de absorber por completo el derecho natural dentro de los códigos escritos.

Los autores del Código de Napoleón tenían la convicción de que se trataba de una consolidación sistemática y objetiva del derecho natural y que el derecho natural racionalista allí incluido organizaría la sociedad mundial. Esa idea, de hecho ha sido acatada por juristas de diferentes nacionalidades, que trataron de adoptar un código civil en los moldes del código civil francés. Sin embargo, aunque los autores de los códigos fuesen iusnaturalistas, el

derecho, ahora codificado, posteriormente perdería su directa relación con el derecho natural, puesto que el discurso jurídico de justificación de los derechos se ha ido reduciendo gradualmente. Tomaba espacio el aspecto dogmático de las normas.

En el siglo XIX, con la explosión del capitalismo a nivel mundial, hubo progreso material nunca antes visto. La economía industrial traía consigo instrumentos como la máquina de vapor, las líneas de tren, o las grandes construcciones. Todo muy novedoso y necesario al parecer de la gente, pues nadie se atrevería a cuestionar los signos de la modernidad y del progreso. Una justificativa filosófica de su validez estaría totalmente fuera de lugar. Más que filósofos, la modernidad carecía de técnicos capaces de desarrollar e implementar innovaciones.

En el segundo capítulo se observará como el iuspositivismo ganó destaque en el pensamiento jurídico contemporáneo, empezando por el iuspositivismo tradicional del inglés John Austin, pasando por el positivismo científico, hasta desembocar en la doble teoría del derecho planteada por Robert Alexy, consistente en la creación de una forma de corrección del sistema jurídico que promueve la reconciliación de la idealidad (iusnaturalismo) con la realidad (iuspositivismo) por medio de la institucionalización de la razón.

El iuspositivismo, debido al sentido realista y práctico con que se presentó al mundo en el Siglo XX, por medio de la teoría analítica de Hart, luego de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen, predominaba en la formación de los nuevos juristas. Los juristas posteriores a la revolución francesa, por entender que iuspositivismo era la expresión material de iusnaturalismo no veían necesidad de recurrir a este último en el día a día. El iuspositivismo simple, cuya teoría asegura que sin positivación y coacción no hay Derecho, se convirtió en tecnicidad extrema, que autorizó de cierta manera las atrocidades que se cometieron contra los seres humanos durante las dos grandes guerras mundiales, pues el poder político justificaba legalmente la crueldad de sus actos.

En este sentido el profesor Enrique Galán comenta que no hay la mínima comparación entre el número de muertos habidos en las dos guerras mundiales del Siglo XX con todas las guerras de los imperios antiguos, donde se manejaba el concepto de guerra justa, afirmando que <la idea de violencia como partera de la historia es una operación ideológica que sirve para telescopear hacia el pasado nuestra crueldad actual. Incluso se ha llegado a decir que es mucho mayor que antaño. Como si en la Edad Media se hubiera arrojado una bomba nuclear sobre ciudades indefensas, como si en el Renacimiento se hubieron creado campos de exterminio científicamente planificados, como si la esclavitud romana fuera idéntica a la trata de esclavos capitalista, como si las guerras de los Imperios antiguos fueran

del mismo rango que las mundiales del siglo XX que se llevaron por delante 100 millones de almas en menos de 10 años<sup>2</sup>.

En el tercer capítulo se analizará las características del Estado constitucional democrático, cuya estructura fue elaborada para combatir las consecuencias de la Segunda guerra mundial. Terminada la Segunda guerra, el mundo se encontró con la necesidad de evocar todas las dimensiones de la justicia para integrarlas a los sistemas jurídicos. En este contexto, el alemán Gustav Radbruch, así como el francés Jacques Maritain, desde sus distintas labores, rescataron las ideas iusnaturalistas para exigir la prevalencia de la justicia ante el derecho positivo. El filósofo francés Jacques Maritain, que recurría a las ideas de Tomás de Aquino, llegó a afirmar que <el olvido de las enseñanzas divinas por parte de la humanidad convirtió a los hombres en enemigos. Solo por medio de una unidad comunitaria basada en la amistad es posible el ejercicio de la justicia para alcanzar el bien común><sup>3</sup>. Bajo esta perspectiva, fueron elaborados los valores, principios y derechos descritos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos promulgado por la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

A partir de la creación de la Organización de las Naciones Unidas, así como de sus sucesivos documentos escritos en defensa de los derechos humanos, investigadores de todo el mundo se sintieron impulsados a indagar sobre la eficacia del sistema internacional como forma integrativo-incluyente de promover la amistad y la solidaridad entre las personas, haciéndose necesario re-describir la finalidad del derecho, ahora dentro del contexto contemporáneo de la humanidad. En este sentido, a finales del Siglo XX, el italiano Sergio Cotta, por medio de su perspectiva onto-fenomenológica de entender el derecho, y orientándose en una perspectiva filosófica similar a la de San Agustín, defendió la presencia del derecho natural en la indagación del orden interno del Derecho occidental actual. Su pensamiento influenció a doctrinadores de su contexto académico, como el italiano Francesco D'Agostino, pero también a filósofos españoles como José Alfredo Peris Cancio y Jesús Ballesteros.

El rescate del iusnaturalismo como una exigencia de justicia se materializaba por medio de las concesiones mutuas que realizaron los Estados de todo el mundo para llegar a un acuerdo práctico en el que prevalecería la paz sobre la guerra, y para que el respeto a la dignidad del ser humano se objetivase por medio de mecanismos instrumentales de protección

---

<sup>2</sup> GALÁN SANTAMARÍA, Enrique. *Hartos de violencia*. Madrid, Editorial Manuscritos, 2016, p. 5

<sup>3</sup> Maritain, Jacques. "Integral Humanism and the Crisis of Modern Times." *The Review of Politics*, vol. 1, no. 1, 1939, pp. 1–17. JSTOR, [www.jstor.org/stable/1403915](http://www.jstor.org/stable/1403915). Accessed 16 Apr. 2021, p. 3

efectiva de los derechos humanos. Entre dichos mecanismos están las nuevas Constituciones democráticas, empezando por la Constitución italiana, que entró en vigor el 1 de enero de 1948, continúa con la Constitución alemana (1949), la Constitución francesa (1958); la Constitución griega (1975); luego la Constitución portuguesa (1976), y la Constitución española (1978), hasta llegar la Constitución panameña, con la reforma de 2004. Por lo que el Estado constitucional democrático, comprometido con la eficacia de los derechos fundamentales, está obligado – bajo pena de responsabilidad internacional – a garantizar el ejercicio de la dignidad de la persona en todos sus aspectos. En este contexto, derechos/valores como la vida, la salud física y mental, la libertad, están abrigadas bajo el manto universal de protección, así como ya había propuesto Immanuel Kant en el Siglo XVIII, Tomás de Aquino en el Siglo XIII, y Aristóteles, en la Edad Antigua, evidenciando que el iusnaturalismo está presente no solo en las nuevas Constituciones, sino en el inconsciente colectivo, en las políticas, y en todas las relaciones humanas.

En el cuarto capítulo se detallarán importantes aspectos de la creación y del funcionamiento del sistema universal de protección de los derechos humanos. La creación de la Organización de las Naciones Unidas se dio por medio del documento firmado el 26 de junio de 1945 en San Francisco, al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año.<sup>4</sup> A partir de este marco, a los derechos naturales del hombre se les reconoció una nueva dimensión, la de derechos humanos, y el individuo pasó a ser considerado como sujeto de derecho internacional. En este sentido vale resaltar la afirmación de John Finnis al defender que <la expresión “derechos humanos” es el lenguaje contemporáneo para “derechos naturales”><sup>5</sup>. Así, la violación de derechos de la jurisdicción interna de los Estados pasó a ser contrarrestada por dicho sistema de protección de los derechos, quien crearía más tarde los organismos regionales, como es el caso de la Organización de los Estados Americanos, que cumple con la misión de monitorear los Estados americanos.

En el quinto capítulo se establecerá que, teniendo en cuenta que la violencia doméstica es la acción abusiva que ocurre en el contexto de relaciones interpersonales familiares, y en que alguien, debido a sus características violenta y/o controladora, atenta contra los derechos humanos de todos los miembros de su familia, el tipo de violencia más probable de suceder dentro de los hogares es aquella proveniente de los conflictos que toda

---

<sup>4</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. La Carta de la ONU. Recuperado en: <http://www.un.org/es/sections/un-charter/preamble/index.html>

<sup>5</sup> FINNIS, John. Natural Law and Natural Rights. New York: Oxford University Press, 2011, p. 198

pareja heterosexual tiene que enfrentar en su vida diaria. Por eso, se dará énfasis al estudio de los tipos de la violencia que son perpetrados en esta categoría de relación íntima amorosa.

En el sexto capítulo se reflexionará que la persona, entendida como el individuo dotado de autonomía, en la busca de un sentido existencial que le realice, se abre al matrimonio para desarrollar sus dones y, para ello constituye una familia. No obstante, ante la incapacidad que la pareja presenta de solucionar los conflictos inherentes a la convivencia íntima de manera pacífica, muchas veces convierte la dinámica relacional dentro del hogar, pasando de una dinámica de acogida y donación a otro tipo de dinámica: la de violencia. Por medio del análisis de especialistas en el tema, como el psicoanalista inglés Donald Winnicott, y el médico Juan Rof Carballo, se demostrará que la falta de salud emocional del individuo le desencadena un desequilibrio que le imposibilita de controlar sus impulsos agresivos hacia el otro, generando violencia. Dicha desequilibrio afecta negativamente a todos los miembros de la familia, que también empiezan a utilizar la violencia como único medio de solución de los conflictos en su entorno, originando así la disfuncionalidad en la convivencia con los demás miembros de la sociedad, dando origen a un desequilibrio cultural que prioriza el empleo de la violencia en detrimento de la paz social.

En el séptimo capítulo se conocerá el concepto y el proceso de formación de políticas públicas. Las políticas públicas, consideradas como el instrumento utilizado por el Estado para solucionar o disminuir la incidencia de un problema público, son todas las acciones por medio de las cuales el Estado garantiza la materialización de los derechos fundamentales. La política pública tiene como principal característica la orientación al interés público, que consiste básicamente en la promoción del bien común. Son, por lo tanto, resultados de un proceso de decisión dentro de la esfera del gobierno, donde son establecidos los medios, agentes y objetivos de las acciones a ser realizadas para que los fines sean alcanzados.

En el octavo capítulo se presentará como se dio el proceso de formación del Estado constitucional democrático panameño. Se conocerá, por medio de la historia de las Constituciones panameñas, que el istmo panameño, por la potencial construcción y administración de un Canal interoceánico (el Canal de Panamá), fue objeto de disputa entre distintos países, incluyendo preponderantemente a Colombia y Estados Unidos. También se observará que la Constitución panameña de 1972, a pesar de haber sido proclamada democrática, en efecto, era una Constitución fruto de la dictadura militar, que reconocía al oficial del ejército panameño Omar Torrijos el cargo de coordinador de la administración pública. Por eso, el auténtico Estado constitucional democrático que actualmente está en vigor

solo se hizo posible por medio de la reforma constitucional de 2004, por la cual se ha ajustado completamente a las tendencias mundiales de protección de los derechos humanos.

En el noveno capítulo se verificará que, en el cumplimiento de su compromiso con la protección de los derechos de la persona, el Estado panameño ha elaborado, en efecto, políticas sociales específicas para garantizar a la persona el ejercicio de su dignidad, protegiéndole no solo la vida sino también la salud física y mental que necesita para vivir dignamente. Actualmente, el gobierno panameño cuenta con una compleja estructura de protección de los derechos humanos, dando prioridad a las políticas públicas de garantía de la salud y bien estar, así también como a las políticas de paz, justicia e instituciones sólidas, conforme los objetivos n° 3 y n° 16 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible elaborados por la Organización de las Naciones Unidas, en una demostración clarividente de su apertura a las influencias del derecho internacional.

Bajo tal perspectiva, el Estado panameño ha desarrollado medidas tendentes a garantizar el ejercicio de los derechos humanos de las personas involucradas en casos de violencia doméstica, a fin de resguardarles en la manutención de una vida digna, donde la salud física y mental de la persona ocupa el más elevado grado de protección. Dichas medidas están enfocadas en tipificar la conducta y aumentar la sanción para casos de violencia doméstica, establecer políticas de empoderamiento a mujeres víctimas de violencia, y establecer funciones y responsabilidades a las distintas instituciones del Estado por medio de ley. Una medida importante adoptada por el Estado panameño fue la aprobación de la Ley 82/2013, cuyo contenido insertó en el Código Penal la psicoterapia como pena principal a ser cumplida por agresores en casos de violencia doméstica. Por medio del análisis de la votación de los disputados que aprobaron dicha ley será posible identificar la preocupación de los representantes panameños por la manutención de la familia como forma de prevención a la violencia.

El décimo capítulo está dedicado al análisis de la efectividad de las políticas públicas de prevención de la violencia doméstica en Panamá. Este análisis se hará posible por medio de visitas de campo, entrevistas con funcionarios públicos e interpretación de las leyes existentes, para compararlos con los criterios, líneas de acción y normas internacionales de protección de los derechos humanos. Considerando que la efectividad de las políticas públicas depende directamente de la presencia o ausencia de ciertas características básicas, como estabilidad, adaptabilidad, coherencia y coordinación, calidad de la implementación y aplicación efectiva, orientación al interés público y eficiencia, se analizarán dichos factores

para evaluar si las políticas de prevención a la violencia doméstica en Panamá son efectivas, y en el caso de detección de ausencia de alguno de ellos, sugerir soluciones para sanarla.



## **PRIMERA PARTE: FUNDAMENTOS IUSNATURALISTAS**

### **CAPITULO I. EL IUSNATURALISMO Y SUS RESPECTIVAS VERTIENTES**

Por medio de las siguientes páginas se demostrará que el iusnaturalismo fue preservado en todas las épocas históricas, inclusive en la actual, en que su observancia se muestra cada día más necesaria para resguardar la integridad del ser humano.

Actualmente, la teoría del derecho natural es entendida como una construcción filosófica que consiste en un conjunto de principios y valores. Entre estos principios están los derechos humanos previstos en ámbito internacional convertidos en derechos fundamentales en la esfera de los Estados constitucionalistas democráticos. La comprensión del iusnaturalismo exige el entendimiento de sus concepciones en retrospectiva, pero vinculado necesariamente al espejo antropológico de cada sociedad en sus respectivos tiempos históricos. Para ello, se hará en este capítulo un recorrido por la historia de la filosofía del derecho, a fin de conocer el individuo en su carácter constitutivo para entonces demostrar la importancia de la defensa de los derechos naturales de la persona en el contexto comunitario.

Hacia el entendimiento de la importancia del ejercicio efectivo de los derechos naturales en la sociedad mediante la elaboración de políticas públicas, se hace primeramente necesario conocer, a través del análisis de sus principales precursores, los diversos fundamentos para la comprensión del paradigma que hoy se conoce por un derecho justo a lo largo de la historia occidental, lo que acarreará, consecuentemente, en la historia del iusnaturalismo en las tres diferentes fases que atraviesa el derecho natural, es decir, desde la Edad Antigua, pasando por la Edad Media, hasta llegar a la Edad Moderna, periodo histórico en que el iusnaturalismo fue desarrollado de tal modo que culminó en la escritura de un documento que vendría a ser una ley universal, el Código Civil Francés, de 1804.

La primera fase, la antigua, está marcada por el pensamiento greco-romano, la cual tuvo a Aristóteles como principal precursor del derecho natural, quien lo hizo con fundamento en la naturaleza humana y el cosmos; mientras que la segunda fase, la medieval, influenciada por el cristianismo, y teniendo a San Agustín y a Santo Tomás de Aquino propagó concepciones sobre el derecho natural basados en la razón humana y en la existencia de Dios.

Importante destacar que en las dos primeras fases del iusnaturalismo existe una apreciación del derecho muy cercana a la religión, la ética y la moral. Dichas concepciones, conocidas como tradicionales, entendían la organización social como natural y por lo tanto, la sumisión de cada persona a las reglas sociales era una consecuencia inmediata de su posición

en el mundo. No se cuestionaba los motivos que justificarían la autoridad de la sociedad sobre el individuo. Todos estaban de acuerdo en que el hombre, siendo un animal social, estaba naturalmente sujeto a las reglas vigentes en su sociedad.

La tercera fase, la moderna, se caracteriza por el predominio de la razón y del individualismo, resultados directos tanto de la reforma protestante como de la contra reforma que la siguió, bien como del creciente desarrollo económico que se daba con el capitalismo en rápida evolución, razón por la cual el derecho natural moderno afirma los derechos que delimitan el interés individual de cada ser humano. El derecho natural moderno no es un derecho que se concibe del Gobierno o de la sociedad, es, en realidad, un derecho de la persona que se impone en contra de ambos. Las figuras que actuaron como principales precursores del derecho natural moderno son Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Immanuel Kant.

### 1.1. El iusnaturalismo de la Edad Antigua

La Edad Antigua se inicia con el nacimiento de la escritura, lo que se dio en el año 4.000 a.C., y finaliza en el año 476 d.C., con la caída del Imperio Romano del Occidente. Entre los griegos, aproximadamente en el siglo VI a.C., se dio la primera gran sistematización del pensamiento filosófico, en que filósofos como Tales de Mileto, Anaximandro, Heráclito y Parménides empezaban a romper con las tradicionales explicaciones sobre el mundo para entenderlo en nuevos patrones<sup>6</sup>.

La filosofía jurídica antigua tiene como fundamento la afirmación del Derecho Natural basado en la naturaleza, primeramente en el esencialismo proclamado por los griegos, para quienes el hombre no es considerado como algo diferente del mundo, sino que está intrínsecamente vinculado al mundo. Así, la cosmología no es considerada solo como una reflexión de la naturaleza física más también una preocupación sobre los arreglos y principios políticos y sociales de los hombres. Según los griegos el individuo se comprende como parte del todo social y político y está involucrado en el todo de la naturaleza.<sup>7</sup> La naturaleza, que contiene su propia ley, fuente del orden, en que se procesan los movimientos de los cuerpos

---

<sup>6</sup> El inicio de esa trayectoria filosófica se dio a partir de una preocupación con la cosmología, es decir, con el estudio de los orígenes de las cosas del mundo y del propio mundo. En esa especulación inicial, muy ligada a la physis, la naturaleza, lo que se buscaba entender era la relación del hombre con los dioses, el funcionamiento del mundo, el ciclo de la vida, haciendo más allá de la filosofía, una perquisición muy cercana de lo que hoy se denomina ciencia. SOLON, Ari Marcelo. Direito e tradição: o legado grego, romano e bíblico. Rio de Janeiro, Elsevier, 2009, p. 76.

<sup>7</sup> CARNEIRO LEÃO, Emmanuel. "Introdução". Os pensadores originários: Anaximandro, Parmênides, Heráclito. Bragança Paulista, São Francisco, 2005, p. 11.

en que se articulan sus elementos constitutivos esenciales. El orden de la naturaleza es permanente, constante, inmutable; así como la idea de los derechos naturales que se reflejaban como leyes eternas e inmutables, y que controlan el funcionamiento del cosmos.

Los griegos aceptaban la existencia de un derecho natural, como expresión de exigencias éticas y racionales, superiores a la del derecho positivo o histórico, por lo que pasó a ser objeto de estudios hasta convertirse en teoría, empezando por la crítica de Sócrates a los sofistas, seguido por su discípulo Platón, hasta adquirir su plenitud sistemática en el pensamiento de Aristóteles. La justicia natural, procedente del orden cósmico marca la integralidad entre naturaleza, justicia y derecho.

Durante muchos siglos, el sentido común del pensamiento jurídico occidental ha sido consolidado a partir de una visión general de mundo de los romanos, que la extrajeron directamente de la filosofía griega. Pese al hecho de que pensadores como Anaximandro, Parménides y Heráclito hayan presentado cuestiones particulares en lo que concierne al concepto de justicia<sup>8</sup>, la forma de pensar de los griegos se ha originado, principalmente a partir de las teorías de Sócrates, Platón y Aristóteles.<sup>9</sup>

Sócrates (469-399 a.C.) fue un ciudadano ateniense que, con sus ideas, ha fundado la creencia en la razón humana, indicando que todo camino hacia la plenitud y felicidad comienza por el conocimiento de uno mismo. Aunque no haya dejado obra escrita, su pensamiento está descrito en las obras “Eutífron”, “La apología de Sócrates”, “Críton” y “Fédon”, todas escritas por Platón. A través de su filosofía intelectual y ética, impuso una justificación racional de la ley, estableciendo una relación entre la ley de la voluntad humana, contenida en el Derecho y en el Estado, y el principio intelectual de la razón. Afirmaba que el ciudadano bueno debería obedecer a las leyes malas para no animar al ciudadano malo a violar las leyes buenas. De esa manera, Sócrates defiende que la justicia consiste en la obediencia incondicional de las leyes, tanto las escritas de la ciudad como las no escritas. Así, pregona que por encima de la justicia humana existe una justicia natural y divina. Tras ser

---

<sup>8</sup> Para Anaximandro, hay una especie de devenir que hace que las cosas sean juzgadas por su injusticia y afirma que tal condición justa es una característica de las propias cosas del mundo. Para Parménides, más que algo en las cosas, la justicia es una necesidad lógica, un concepto. Heráclito, de su parte, entiende el hombre como parte del mundo, y por ello, atravesado por el conflicto, por el cambio, por la transformación, razón por la cual Heráclito recomienda el conocimiento de sí mismo, no como forma de alejarse del mundo sino porque el hombre es parte del mundo. LEANDRO MASCARO, Alysson. *Filosofia do Direito*. 6 ed., São Paulo: Atlas, 2018, p. 47.

<sup>9</sup> La filosofía de Platón y Aristóteles, es considerada la primera justificación teórica para la defensa del derecho natural. Aunque el conflicto entre el derecho natural y el derecho positivo era objeto de discusión entre los filósofos de la antigüedad. En en la tragedia *Antígona*, de Sófocles (497-406 a.C.), por ejemplo, el conflicto entre el Nomos (derecho natural) y el Pséfisma (derecho positivo) fue retratado y debatido, incluso criticado, sin embargo, hasta la expansión de las teorías de Platón y Aristóteles, no había suficientes recursos intelectuales que solucionasen dicho conflicto.

acusado de corrupción a la juventud por sus indagaciones filosóficas contrarias a la retórica de los sofistas<sup>10</sup>, en la ocasión de su juzgamiento, reflexiona sobre la relación de la justicia con la moral y la religión. El hecho de no huir de su ejecución declara su pensamiento en este sentido. Su sumisión a la sentencia se convirtió en una acción política, que, siendo injusta, reveló a los atenienses la injusticia de la ley escrita utilizada para fundamentar su condena.

Platón<sup>11</sup> (428-347 a.C.), descendiente de familia noble de Atenas fue el más importante alumno de Sócrates. Desde joven, acompañó los pasos de Sócrates, vivenciando incluso su juzgamiento y ejecución, hechos que le han influenciado sobremanera en su pensamiento y actitud. Dedicó su vida a la educación<sup>12</sup>. Su tarea como educador era formar hombres capaces de encontrar la idea suprema y extenderla, dando luces, leyes y gobierno a los demás.<sup>13</sup> En dos de sus diálogos, “La Republica” y “El Político y las Leyes”, Platón expone su perspectiva sobre el derecho y la justicia. Platón afirmaba que el derecho injusto no es derecho. Según su teoría, la mera ley, que descuida otros aspectos, como principios y valores, había matado a Sócrates.<sup>14</sup>

Para Platón, la ley justa debe provenir de la inteligencia de quien conoce lo justo. La confrontación de las prácticas y de las costumbres sociales ha sido el marco de la vida y obra de Platón. En su juventud, Platón llegó a afirmar que el rey que no entendía de filosofía expedía leyes injustas. Sin embargo, en su obra “Las Leyes”, Platón concede a la verificación de las costumbres una potencial fuente de creación de normas. En dicha obra, es posible verificar una especie de derecho natural que más tarde será estructurado por su mayor discípulo, Aristóteles.<sup>15</sup>

Aristóteles (384-322 a.C.), aunque altamente involucrado en el ambiente filosófico socrático y platónico, desarrolló, a su modo, su propia construcción filosófica, estableciendo

---

<sup>10</sup> Los sofistas consideraban la retórica un fin en sí mismo. Para ellos, era más importante la aplicación de la técnica que el contenido de sus discursos.

<sup>11</sup> Su nombre era Aristocles. El apodo Platón viene de platus, que significa amplio. Así se le ha llamado por la anchura de su espalda. TAVARES LEITE, Flamarion. Manual de Filosofía Jurídica: das origens a Kant, São Paulo, Malheiros Editores, 2013, p. 49.

<sup>12</sup> Platón dirigía una institución denominada Academia, una universidad que tenía como principal objetivo formar hombres capaces de gobernar y reformar el Estado. La academia tenía el supuesto de que el conocimiento hace mejores a los hombres y por consecuencia, los perfecciona para la sociedad y el Estado. La dialéctica ha sido el método adoptado por Platón para alcanzar el nivel de las ideas. A través del diálogo Platón se vale del método dialéctico para superar la apariencia y buscar la esencia, alcanzando, así, la plena idea.

<sup>13</sup> Flamarion. Manual de Filosofía Jurídica: das origens a Kant, São Paulo, Malheiros Editores, 2013, p. 50.

<sup>14</sup> LEANDRO MASCARO, Alysson. Filosofia do Direito. 6 ed., São Paulo: Atlas, 2018, p. 49.

<sup>15</sup> En su obra “Las Leyes” Platón rebaja las exigencias ideales propuestas en la República. En lugar del rey filósofo que preside la legislación y su juzgamiento (así como lo planteaba anteriormente), entrará en escena el cuerpo de legisladores y magistrados que, reclutados por la educación, están preparados para entender la naturaleza de la ley y su relación con el divino.

las relaciones entre lo sensible y lo inteligible y definiendo la ciencia del Estado, de la justicia y del derecho natural.

En su obra “La Política” Aristóteles afirma que la comunidad existe para la vida buena de la propia comunidad<sup>16</sup>, jamás enfocado en su interés individual en que la vida social está envuelta en un sentimiento de pertenencia en común. En este contexto, el individuo es considerado como un ser que no puede ser el mismo si no es para los demás. Para Aristóteles, el hombre es naturalmente civilizado, pues estando solo es incapaz de satisfacer sus necesidades y realizar sus aspiraciones. Por eso, considera a aquel que vive fuera de la sociedad un Dios o un animal, es decir, un ser superior o inferior al hombre, ya que el hombre, por naturaleza, es un animal político<sup>17</sup>.

Aristóteles es el filósofo que presenta por primera vez en la historia del pensamiento humano una división del Derecho en derecho natural y derecho civil. Aristóteles afirma que el derecho natural es aquel que resulta de la razón y de la naturaleza humana, presentándose bajo la forma de ley o no, mientras que el Derecho Civil es aquel que puede contener tal o cual regla, pero no tiene valor mientras no convertido en ley.

En su obra “Retórica” Aristóteles hace referencia al derecho natural denominándolo ley común, la cual define como siendo aquella no escrita que es reconocida en todo lugar. Dicha definición se hizo necesaria porque Aristóteles quería diferenciarla del derecho positivo, lo cual él denominó ley particular, entendida como aquella que está escrita y que rige la vida de una comunidad particular. Inclusive, en el caso de conflicto entre ambas leyes, Aristóteles propone que la común, es decir, el derecho natural, debe prevalecer, y afirma que <no hay que servirse exclusivamente de leyes escritas porque la equidad y la ley común siempre permanecen y nunca cambian><sup>18</sup>.

La distinción entre el derecho natural y el derecho positivo también aparece en su obra “Ética a Nicómaco”, Libro V, capítulo VII, donde Aristóteles afirma que de la justicia política una parte es Legal y la otra es de origen Natural: Natural es aquella justicia que mantiene en toda parte el mismo efecto y no depende del hecho de que parezca buena a

---

<sup>16</sup> ARISTÓTELES, A política. São Paulo, Martins Fontes, 2000, p. 5.

<sup>17</sup> Aristóteles defendía la tesis de que el hombre es más social que las abejas y los demás animales que viven juntos, y que debido a su inclinación natural de agruparse, su separación del todo, lo debilitaría a punto de inutilizarlo. BAÑARES, Juan Ignacio. La dimensión conyugal de la persona: de la antropología al derecho. Madrid: Ediciones Rialp, 2005, p. 22

<sup>18</sup> ARISTÓTELES. Retórica. Trad. Quintín Racionero. Madrid: Editorial Gredos, 1999, p. 255

alguien o no; Legal es aquella que no importa si sus orígenes son estas o aquellas, pero sí como es, después de que haya sido establecida.<sup>19</sup>

El derecho natural aristotélico es entendido como la comprensión de la naturaleza de las cosas, en que cada caso, cada persona, cada circunstancia, se revela a partir del individuo y de su propia naturaleza. Para Aristóteles, la justicia es considerada una acción, un bien para el otro, jamás para uno mismo. La ley, como materialización del interés de todos, es, en general, justa. Sin embargo, pondera que la equidad es el complemento ideal de la ley, puesto que el papel de la equidad es corregir especificidades de cada caso en concreto.<sup>20</sup> Por tanto, la justicia en Aristóteles es humana y debe comprender a cada situación en la cual es llamada a dar su juzgamiento.

Con la evolución histórica de la Roma antigua, que pasa por la monarquía, la república hasta la ascensión del imperio, la confluencia de la filosofía griega con la cultura romana fomentó el desarrollo de la teoría planteada por el jurista y político romano Marco Tulio Cicerón (106-43 a.C.), quien la fusionó formalmente creando una profunda fundamentación de la concepción de derecho, especialmente en aquellas concernientes al derecho natural. Cicerón afirmaba que la ley no puede simplemente generarse de los hombres, que son demasiado débiles y limitados para eso, la razón por la cual el derecho natural vendría de un poder superior, en que los hombres que comparten de ese poder, por medio de su racionalidad, de ahí derivan sus leyes positivas a fin de promover el bien y prohibir el mal.

Miguel Reale, al reflexionar en su obra “Filosofía del Derecho” sobre las obras fundamentales del derecho romano, exalta los escritos de Cicerón como los más precisos en apreciar la *lex* como expresión de la *ratio naturalis*, siempre igual por toda parte, perpetua, que determina aquello que debe ser hecho y lo que debe ser evitado, y reafirma que <Muy pocas veces la consciencia de la ley natural como momento esencial de la ética alcanzó tamaña belleza y exactitud como en la obra ciceroniana><sup>21</sup>. Por lo que es cierto afirmar que el concepto de justicia para los romanos estaba directamente ligado al derecho natural y a la perspectiva del derecho privado en el sentido de “dar a cada uno aquello que le es debido”.

Según la teoría de Cicerón en la base de la ley positiva hay una verdadera ley de orden racional, que corresponde a las exigencias de la naturaleza y a la dignidad natural del hombre, que no está escrita en los códigos sino en la consciencia de los hombres, y tiene el

---

<sup>19</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Trad. Carlota de Oliveira e Silva. Rio de Janeiro: Editora Ariel, 1933, p. 105

<sup>20</sup> Aristóteles planteó el juzgamiento judicial conforme a la regla de Lesbos, que, debido a su flexibilidad, se adapta a la realidad para aplicar la justicia. LEANDRO MASCARO, Alysson. *Filosofia do Direito*. 6 ed., São Paulo: Atlas, 2018, p. 50.

<sup>21</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 628

propio Dios, creador de la naturaleza, como autor, por tanto, es universal en el tiempo y espacio.<sup>22</sup>

En Roma, donde se reiteró la distinción ya puesta en Grecia entre el Derecho Positivo y el Derecho Natural, este último pasa a otorgar legitimidad ética a los preceptos de la ley positiva, especialmente a partir de las ideas implementadas por Cicerón. Los maestros de jurisprudencia enseñaban tanto el derecho escrito como aquel proveniente de la naturaleza humana, de manera que el derecho natural representaba directamente la razón de la ordenación de la conducta humana. Las virtudes son estimuladas por la ley natural y los vicios rechazados por ella. Es ella que, primera, racional, pura, absoluta, imperativa, debe servir de modelo para los actos humanos, y no cualquier otro tipo de frágil convención humana.<sup>23</sup>

En el año 473 d.C. el imperio romano del occidente es invadido por los bárbaros, quienes asimilaron el derecho romano además de la religión que ya era predominante en Roma, el cristianismo.<sup>24</sup>

## 1.2. El iusnaturalismo de la Edad Media

La Edad Media es el periodo que se extiende desde el siglo V hasta mitad del siglo XV y está marcada por la influencia del cristianismo, que representó el pensamiento occidental durante todo el periodo.

El cristianismo enseña que Dios creó al hombre con un propósito, que fue quebrado por el mismo hombre, evento conocido como <caída> o <pecado original>, lo que explica la existencia de la maldad en un mundo creado por un Dios bueno; y que para redimir la humanidad del pecado original, el propio Dios vino al planeta Tierra como hombre en la figura de su hijo, Jesús. Así, la consideración de la persona de Jesús conduce necesariamente a la doctrina de la Trinidad, que consiste en la existencia de un Dios padre, creador del universo; de un Dios hijo, que nasce con la misión de redimir la humanidad; y de un Dios espíritu santo, que pasa a actuar dentro de cada cristiano por medio de la creencia de los dos primeros.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> MONTORO, André Franco. Introdução à Ciência do Direito. Revista dos Tribunais, São Paulo, ed., 2011, p. 307

<sup>23</sup> FRIEDE, Reis. Teoria do pensamento jurídico: jusnaturalismo e juspositivismo. 1 ed. Curitiba: Appris, 2018, p. 46

<sup>24</sup> En el Siglo IV, el emperador romano Constantino (272-337 d. C.) transformó el cristianismo en religión tolerada, por medio del Edicto de Milán (313 d. C.). Otro emperador romano, Teodosio (347-395 d. C.), decretó el Edicto de Tesalónica (380 d. C.), convirtiendo el cristianismo en la religión oficial del imperio romano.

<sup>25</sup> MCGRATH, Alister. Teología práctica: como la fe cristiana explica el mundo. Barcelona: Publicaciones Andamio, 2017, p. 30

Por tanto, el fundamento del cristianismo es la vida y el ejemplo de Jesús, quien enseña, básicamente, que solo hay un Dios creador de la ley natural, la cual le ha sido revelada para inspirar el derecho natural.

Desde la construcción de la filosofía cristiana, su penetración en el mundo occidental generó significativas alteraciones en el modo de pensar de los romanos y de las civilizaciones posteriores, provocando una verdadera subordinación de la filosofía a la religión.<sup>26</sup>

En efecto, es importante resaltar, que el reino de Dios, enseñado por Jesús en el Siglo I, no es un reino político, sino espiritual. Los valores del reino espiritual cristiano impactaron en los distintos gobiernos, pero la agenda de Dios siempre ha sido con el ser humano, jamás con la política. Un ejemplo de los impactos prácticos que el cristianismo prestó a la humanidad se encuentra en la Biblia, en el libro de Gálatas, 3:28, donde el apóstol Paulo afirma que en Cristo no hay prevalencia de judío sobre griego, libre sobre esclavo, hombre sobre mujer, pues todos son iguales en dignidad.

Dos grandes pensadores del periodo medieval merecen destaque en este estudio. Esos filósofos son San Agustín (354-430) y Santo Tomás de Aquino (1224-1274). Ambos fundamentaron su filosofía en el valor único de la persona y son referentes del pensamiento cristiano hasta los días actuales. Ambos autores contribuyeron a la formación del pensamiento medieval romano, pero basándose en la cultura griega y conciliándola con el pensamiento religioso cristiano.

Aurelio Agustín nació en Tagaste, provincia romana de Numidia. Hijo de madre cristiana y padre pagano, Agustín fue pagano hasta el año 385, cuando se convirtió al cristianismo. Antes de convertirse a obispo actuó como profesor de retórica en Milán, donde tuvo contacto con las obras de Platón, cuyo pensamiento le influencia fuertemente en la creación de su propia filosofía. Para San Agustín, la verdad demostrada por Platón es la misma que se manifiesta plenamente en la revelación cristiana. Según Agustín, Dios crea todas las cosas a partir de modelos inmutables y eternos, y estas son las ideas divinas. No obstante, dichas ideas no existen en un mundo aparte, como afirmaba Platón, sino en la propia sabiduría divina.<sup>27</sup>

San Agustín trató de temas relacionados a la naturaleza humana y el carácter innato de la virtud, el origen del mal, el concepto de felicidad, la libertad y la posibilidad de actuar de manera ética; y forneció como modelo a seguir en cada una de estas cuestiones la doctrina

---

<sup>26</sup> LEANDRO MASCARO, Alysson. *Filosofia do Direito*. 6 ed., São Paulo: Atlas, 2018, p. 55.

<sup>27</sup> TAVARES LEITE, Flamarion. *Manual de Filosofia Jurídica: das origens a Kant*, São Paulo, Malheiros Editores, 2013, p. 106.



cristiana. El derecho natural defendido por San Agustín trae en sí el principio de justicia, que trata, según su teoría, de dar a cada uno lo que le pertenece.

Entre las cuestiones centrales que marcó su pensamiento, y que son tradición hasta los días actuales, están el origen del mal y la libertad humana. En cuanto al origen del mal, San Agustín refutó la doctrina maniqueísta de su tiempo histórico, que defendía la existencia de dos principios equivalentes, el bien y el mal, en permanente batalla, con una tendencia de identificación de ambos con Dios y el demonio. San Agustín defendió, de su parte, que solo existe el bien, y que el mal es la ausencia del bien. Entonces, Dios, que es perfecto, es bueno, pero los seres por Él creados, son inferiores, imperfectos y finitos. En lo que concierne a la cuestión de la libertad humana, San Agustín considera a los seres humanos inevitablemente antiéticos, y justifica su concepción en la naturaleza humana marcada por el pecado original, que convirtió al ser humano sujeto a las tentaciones y a actuar de manera contraria a la moral. La responsabilidad de elegir entre el pecado y la moral será evaluada con base en la acción específica, donde se verificará si el individuo actuó por libre elección o impulsado por factores ajenos a su propia voluntad, y en este caso, no estaría verdaderamente pecando. El libre albedrío, es según San Agustín, la característica del ser humano que torna responsable por sus decisiones, y por ello, el hombre puede actuar de manera ética o no, dependiendo de la circunstancia.<sup>28</sup>

Para exponer su doctrina, escribe primero sobre las cuestiones humanas y después sobre las divinas, pues considera que es a partir de la interioridad de cada individuo cuando se establece la condición posible para el conocimiento del orden natural y de la ley natural. La justicia humana, que tiene como fuente la ley humana, regula el comportamiento del hombre en relación a los otros hombres y con lo que les es cercano. De otra parte, la justicia divina gobierna a todo lo que existe y está basada en la ley divina, que es buena y justa. San Agustín afirma que sólo en Dios reside la justicia, y que por eso los arreglos sociales en la tierra, sus leyes y juzgamientos están basados en la fe. En su obra “Confesiones” San Agustín afirma que la verdadera justicia interior no juzga por la costumbre, sino por la ley rectísima de Dios omnipotente, según la cual se ha de formar las costumbres de los países y épocas conforme a los mismos países y tiempos<sup>29</sup>.

En su obra La “Ciudad de Dios”, San Agustín presenta dos grados distintos de la realidad, siendo el primer la figura de Dios, y el segundo las cosas creadas por Dios. De ahí

---

<sup>28</sup> MARCONDES, Danilo; STRUCHINER, Noel. Textos básicos de ética: de Platão a Foucault. Rio de Janeiro: Zahar, 2007, p 51

<sup>29</sup> SAN AGUSTÍN. Las Confesiones. ed. Ángel Custodio Vega en Obras de San Agustín, Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1979, p. 143

establece una distinción entre la ciudad humana, que contiene la corrupción de las costumbres en el interior de la república romana, y la ciudad de Dios, que se establece con base en la virtud divina. También concibe el hombre como un ser esencialmente social, afirmando lo siguiente: <Cómo a la vida social y política, aunque es la que particularmente del desearse, de ordinario la trastorna muchos trabajos, encuentros e inconvenientes. Los que dicen que la vida del sabio es política y sociable, también nosotros lo aprobamos y confirmamos con más solidez que ellos. Porque ¿con esta Ciudad de Dios (sobre la cual tenemos ya entre manos el libro décimo noveno de esta obra) habría empezado, o cómo caminaría en sus progresos, o llegaría a su debido fin si no fuese social la vida de los santos?><sup>30</sup> Por lo expuesto, se denota que, al hablar de la ciudad de Dios, San Agustín no reserva exclusivamente a sus ciudadanos el tópico de la sociabilidad, lo que corresponde interpretar que la misma característica ontológica vale para los seres terrenales.

En dicha obra San Agustín afirma también que la justicia debe ser sinónimo de virtud y defiende la necesidad de combatir los vicios morales de manera que se logre la concordia; y es que para San Agustín, la concordia es el vínculo de consistencia de toda República, condición imprescindible para alcanzar la paz.<sup>31</sup> San Agustín defiende la idea de que en la ciudad de Dios, que es más ilustre que la ciudad terrenal, impera la verdad, la dignidad es la santidad y la paz es la felicidad<sup>32</sup>. No obstante en la tierra, la paz es considerada la tranquilidad del orden, lo que significa el justo acuerdo de la voluntad con el conocimiento racional. Lo que San Agustín propone es que se conozcan dos distintos órdenes, siendo el primero un orden natural regulado por la ley natural y el segundo el orden de la conducta humana regulada por una ley temporal.

San Agustín sostiene que la ley natural es la ley divina integrada al hombre y que el hombre sólo puede conocer la normatividad prevista en la ley eterna porque ella está impresa en su espíritu en la forma de ley natural. Por eso afirma que la paz solo puede ser alcanzada con la voluntad de cada persona en encontrar su verdadera posición en el orden jerárquico del mundo, y por ello, reconoce, inclusive, el empleo de la violencia bélica como medio para restablecer y mantener la paz.<sup>33</sup>

Lo que se observa de la filosofía de San Agustín es que su incredulidad en la justicia terrenal, resultado de su conflictivo periodo histórico, le obligó a pensar en otro bien deseable a todos los hombres: la paz. Según Agustín, si el individuo desea la paz, está calificado para

---

<sup>30</sup> SAN AGUSTÍN. La Ciudad de Dios, Trad. Rosa María Marina Sáez. Madrid: Editorial Gredos, 2007, p. 591

<sup>31</sup> SAN AGUSTÍN. La Ciudad de Dios, Trad. Rosa María Marina Sáez. Madrid: Editorial Gredos, 2007, p. 97.

<sup>32</sup> SAN AGUSTÍN. La Ciudad de Dios, Trad. Rosa María Marina Sáez. Madrid: Editorial Gredos, 2007, p. 161.

<sup>33</sup> SAN AGUSTÍN. La Ciudad de Dios, Trad. Rosa María Marina Sáez. Madrid: Editorial Gredos, 2007, p. 182.

pertenecer a la ciudad terrenal, ya que el fin de la ciudad terrenal es no otra cosa sino la paz. Por tanto, evidenciada está la preocupación que demostraba en preservar la integridad de las personas por medio de la paz social que planteaba.<sup>34</sup>

De lo anterior se extrae que San Agustín fue un gran defensor de la dignidad del ser humano. En su obra “Tratado sobre la Santísima Trinidad”, por ejemplo, afirma que todo ser humano es imagen de la imagen de Dios, y como tal posee derechos que han de ser tenidos en cuenta por los demás. Según San Agustín, Dios otorgó al hombre la condición de individuo singular<sup>35</sup>. Así, convertido en persona, es decir, en alguien, y no algo, y dotado de la dignidad que le es inherente, el hombre puede conocerse libremente, poseerse, y entrar en comunión con Dios y con otras personas.

No obstante el paradigma que se había instalado, a partir del siglo XI, debido a la proximidad árabe y judía de los cristianos en función de las cruzadas, la teología cristiana entró en crisis, razón por la cual la Iglesia católica empezó a repensar algunos conceptos, poniéndose a dialogar con el pensamiento aristotélico. En este contexto, pero solo dos siglos más tarde, Santo Tomás de Aquino vendría a ser la figura responsable de elaborar una concepción de la naturaleza humana distinta a la de San Agustín, así como realizar una síntesis de la teología con el pensamiento de Aristóteles.<sup>36</sup>

Santo Tomás de Aquino nació en Italia; era de familia noble, aliada al emperador Federico II, fue educado en el Monasterio de Monte Casino, de donde salió para estudiar filosofía en la Universidad de Nápoles. A los dieciocho años de edad decidió renunciar a la riqueza de su familia y convertirse en fraile. Más tarde, con la ayuda del orden dominicano, viajó a París para diplomarse como doctor en Teología.<sup>37</sup> Sus obras de mayor relevancia son “Tratado de la ley” y la “Suma de teología”, las cuales proponen una nueva teoría acerca del hombre, del derecho natural y de la ley como instrumento suficiente para la pacífica coexistencia de individuos, pero su mayor aporte para la paz lo hace en su obra “Suma contra gentiles”<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> NODARI, Paulo César. *Ética, Direito e Política: a paz em Hobbes, Locke, Rousseau e Kant*. São Paulo: Paulus, 2014, p. 54

<sup>35</sup> SAN AGUSTÍN. *Tratado sobre la Santísima Trinidad*, ed. L. Arias en *Obras de San Agustín*, Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1956, p. 489

<sup>36</sup> LEANDRO MASCARO, Alysson. *Filosofia do Direito*. 6 ed., São Paulo: Atlas, 2018, p. 53.

<sup>37</sup> TAVARES LEITE, Flamarion. *Manual de Filosofia Jurídica: das origens a Kant*, São Paulo, Malheiros Editores, 2013, p. 107

<sup>38</sup> Suma, o síntesis del pensamiento, es el procedimiento escolástico de que se utilizó Tomás de Aquino para escribir sus textos, como medio de argumentación. LEANDRO MASCARO, Alysson. *Filosofia do Direito*. 6 ed., São Paulo: Atlas, 2018, p. 99

El derecho natural defendido por Santo Tomás de Aquino reitera en el plan de la experiencia social, la misma exigencia de orden racional que Dios establece en el universo. Dicha perspectiva establece que la ley positiva, elaborada por la autoridad humana competente, debe subordinarse a la ley natural, que no depende del legislador terrenal y se impone a él como un conjunto de imperativos éticos indeclinables.<sup>39</sup> Así como lo hizo San Agustín, Santo Tomás de Aquino trató de exaltar la dignidad humana. En este sentido Santo Tomás de Aquino afirma que persona es la sustancia individual de naturaleza racional. Según Aquino, el término “persona” vino a designar a aquellos que están constituidos en dignidad.<sup>40</sup> No obstante, sus pensamientos divergen en el sentido de que Aquino concibe tres especies de leyes: 1. La ley eterna; 2. La ley natural; y, 3. La ley humana. Así, el orden universal es dado por la ley eterna, que no está sujeta a las tribulaciones a que las leyes humanas sí están. La ley natural, representa la participación racional en la ley eterna. La ley humana es el resultado de la convención social, que debería, en su opinión, representar la realización de la ley natural. Por consiguiente, el legislador debería positivizar lo que es dado por la naturaleza, bajo pena de crear un derecho injusto e ilegítimo.

Santo Tomás de Aquino considera que el hombre es un miembro natural de una comunidad de hombres y parte del conjunto de toda la creación divina. Según Santo Tomás de Aquino, el hombre no aprecia la realización humana individualmente, mas solo en el contexto de la comunidad de la cual es parte integrante, en la medida en que desenvuelve el papel que le corresponde en el contexto de su comunidad. Por tanto, su característica predominante es comunitaria. En su obra “Suma contra gentiles” afirma que aquel que tiene dominio sobre su acto es libre al actuar, y libre es aquella persona que es causa de sí misma. La persona no sólo es fin en sí, sino que todo lo demás tiene como fin a la persona. Santo Tomás de Aquino defiende que cuando alguien tiene la capacidad de proveer, también la tiene de dirigir y gobernar sus propios actos, por consiguiente, la criatura racional participa de la providencia divina no sólo en cuanto gobernada sino también en cuanto gobierna; y mediante sus propios actos no sólo se gobierna a sí misma sino también a todos los demás seres.<sup>41</sup>

Una cuestión relevante que levantó Santo Tomás de Aquino en cuanto a las inclinaciones naturales del hombre en consonancia con la ley natural es la que trata del desequilibrio humano en actuar de manera no natural adoptando comportamientos incompatibles con la consecución de realización personal. Utilizándose de la teoría cristiana,

---

<sup>39</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 314

<sup>40</sup> TOMÁS DE AQUINO, *Suma teológica*. São Paulo, Loyola, 2005, v. I p. 540

<sup>41</sup> TOMÁS DE AQUINO. *Suma contra os gentios* (vol. II: Livros III e IV). Tradução de D. Odilão Moura O. S. B. Revisão de Luís A de Boni. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996, p. 500-502.

Santo Tomás de Aquino explica antes del pecado original, que la sumisión del hombre a sus inclinaciones era total y perfecta, pero después del pecado, las inclinaciones se someten a la orden de la razón por medio de un esfuerzo repetido y con ayuda divina especial. Por eso Santo Tomás de Aquino afirma que si la justicia es dada por la razón, mensurable por la naturaleza, la ley natural no es conocida solamente por los creyentes, ya que cualquier ser humano, por su participación en la naturaleza, de ella puede extraer la ley natural, que también habla a los paganos, y es por medio de esa ley natural que el que no conoce la fe puede actuar en el sentido de su salvación.<sup>42</sup>

Santo Tomás de Aquino considera que la ley es una ayuda externa para la realización personal. Es una medida por la cual el hombre puede integrarse adecuadamente en la comunidad humana y alcanzar la plenitud de su propia forma. Santo Tomás de Aquino afirma que todo ser, no solamente el hombre, tiene la tendencia natural de buscar la perfección, deseando lo que le realiza y huyendo de lo que le degrada. Esta disposición de todas las cosas a su propia realización, denominada por San Agustín de ley eterna, rige la comunidad universal, mientras que la ley natural es la manera de ser de la ley eterna en el hombre. La ley eterna está en los animales irracionales únicamente en la forma de instintos o tendencias, sin embargo, en el hombre, está también por medio de la razón.

Por tanto, para Santo Tomás de Aquino, la ley natural es la participación de la criatura racional en la ley eterna, lo que significa, en otras palabras, la distribución de la justicia entre los iguales. Santo Tomás de Aquino afirma que la ley natural está en el hombre de dos maneras: como principio que regula y mide, pues la ley natural está en el hombre en la medida en que él participa en la ordenación del todo en dirección a su fin último; y como principio reglamentado y medido, pues esta participación en la ordenación del todo para su fin último presupone una disposición natural impresa en el hombre en forma de tendencias. De esta forma, la ley natural también está en el hombre como el reglamentado y medido, ya que por medio de su racional voluntad, el hombre tiende para la plenitud de su existencia.

Así las cosas, la ley natural es entendida como una ordenación impuesta a la razón humana, por medio de las inclinaciones de su propia naturaleza, y como ordenación hecha por la razón humana a partir de esas inclinaciones. De otra parte, la ley positiva debe ser considerada como una orientación externa de los actos humanos hacia el bien moral, objeto del bien común de todos, y, por lo tanto, necesarias para conseguir la paz entre los hombres y realizar la virtud.

---

<sup>42</sup> TOMÁS DE AQUINO, Suma teológica. São Paulo, Loyola, 2005, v. IV p. 569

En su obra “Suma de teología” Santo Tomás de Aquino, al tratar de explicar el proceso del espíritu santo en los seres humanos, hace grandioso aporte sobre la paz, el cual se destaca por su transcendental importancia. Santo Tomás de Aquino afirma que dicho proceso se atiende según el siguiente orden.<sup>43</sup>

1. Primero, la mente humana se dispone bien en sí misma cuando está bien respecto de los bienes y de los males. La primera disposición de la mente humana respecto del bien es el amor. De ahí que el amor de caridad sea el primer fruto del espíritu, seguido necesariamente por el gozo, pues si la caridad siempre tiene presente a Dios, la consecuencia de la caridad es el gozo. Mas la perfección del gozo es la paz, en cuanto a dos cosas: primero, es imperativo que los hombres no sean perturbados por las cosas exteriores, segundo, que los deseos humanos descansen en una sola cosa.

2. Segundo, la mente humana debe estar ordenada según las cosas que están a su lado, es decir, respecto al prójimo. En este aspecto, el alma del hombre se dispone bien primero en cuanto a la voluntad de hacer el bien; segundo, en cuanto al ejercicio de la beneficencia; tercero, en cuanto a tolerar ecuánimemente los males sufridos; cuarto, en cuanto a no hacer daño al prójimo, no solamente por la ira, sino que tampoco por el fraude o el engaño, y esto pertenece a la fe, entendida como fidelidad.

3. Tercero, la mente humana debe estar enfocada respecto del interior. El hombre se dispone bien en cuanto a las acciones exteriores, por la modestia, que pone moderación en todos los dichos y hechos; en cuanto a los sentimientos interiores, por la continencia y la castidad, pues esta refrena al hombre en lo ilícito, mientras que aquella refrena incluso en lo lícito.

Por tanto, para Santo Tomás de Aquino, la paz está en la ley y en la virtud. Pero la verdadera paz no debe estar ligada solo a las acciones exteriores, mas también al alma del hombre, que debe conocer la virtud. Lo que demuestra que la filosofía cristiana, tanto la pregonada por San Agustín como la que defendía Santo Tomás de Aquino fueron las responsables por plantar la semilla de la conciencia de la dignidad personal del ser humano, hecho que los pensadores modernos explicitarán a máxima potencia, como se verá en detalle a continuación.

---

<sup>43</sup> TOMÁS DE AQUINO, Santo. Suma de teología. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1993, v. II p. 535

### 1.3. El iusnaturalismo de la Edad Moderna

La Edad Moderna es el periodo que se extiende desde mitad del siglo XV hasta inicios del siglo XX y es constituida por tres fases: el renacimiento, el absolutismo y la Ilustración, que constituyen un conjunto histórico-cultural que señala una etapa en la historia de la humanidad.

Cuando el hombre del renacimiento elaboró una versión antropocéntrica de comprensión del mundo, viéndolo a partir de sí mismo, y, por consiguiente, ya no más de la expresión divina, el tratamiento del problema de la justicia sufrió un cambio de tendencia. La distinción entre derecho natural y derecho positivo gira totalmente de aspecto, pues el hombre empieza a desempeñar la función de centro y de referencia que antes desempeñaba Dios. Los derechos naturales del hombre pasaron prácticamente a oponerse a los derechos positivos.

En el periodo denominado absolutismo pensadores como el italiano Nicolau Maquiavelo, el francés Jean Bodin, pero principalmente el inglés Thomas Hobbes defendieron que, para alcanzar la armonía en sociedad, el poder político debería estar centralizado en las manos de la monarquía. La ilustración, de su parte, es el movimiento cultural que defiende la libertad política y económica. A partir de las teorías lanzadas por los pensadores modernos, el hombre común pasó a no aceptar ningún argumento de autoridad que no fuera delegación de los individuos mismos.

De todo ese proceso – renacimiento, absolutismo, ilustración – la subjetividad moderna, que se afirmó como individual, libre y racional, consolidó una nueva autopercepción de las personas.

En la medida en que el hombre se percibía más como individuo, pasó a cuestionar la autoridad de las reglas estatales, cuya validez ya no era sentida como natural. Esa rebeldía del hombre, tan marcada en la edad moderna, donde el interés individual pasó a imponerse sobre el interés común trajo un nuevo discurso de legitimación del poder que se tradujo en el contrato social. La justificación del poder por medio del contrato social era una nueva manera de ver el hombre en sociedad, pues, diferentemente de Aristóteles, que hizo de la sociedad el eje del individuo, los modernos hicieron del individuo atomizado el eje de la sociedad.<sup>44</sup>

El hombre, entonces dueño de sí mismo, solo aceptaría someterse a las autoridades políticas mediante un contrato de delegación de poderes, donde su libertad fuese limitada por su propia voluntad. En este contexto, valores como libertad e igualdad fueron elevados a la

---

<sup>44</sup> LEANDRO MASCARO, Alysson. *Filosofia do Direito*. 6 ed., São Paulo: Atlas, 2018, p. 154

categoría de derechos naturales, pero ya no por determinación divina, como lo era en la edad medieval, sino en virtud de la razón individual de cada persona. En este sentido, Nodari afirma que <en la edad moderna el ser humano es reconocido como un ser esencialmente libre, por lo tanto, portador de derechos que constituyen la efectividad de su ser, por lo tanto, el derecho natural moderno está en el individuo, no en las cosas ni en la sociedad><sup>45</sup>. A diferencia de lo propuesto por Aristóteles, quien afirmaba que el derecho natural es una justa aprehensión de una situación, los filósofos modernos sostienen que el derecho natural no es una medida que se haga en la sociedad, sino un interés personal que debe ser legitimado. La organización de la sociedad es justificada a partir de la ley buena, es decir, aquella ley que cada uno tiene dentro de sí mismo, en el uso de la razón. A partir de esta premisa el derecho natural es adoptado como la base de toda norma de la vida humana.

La fase moderna está caracterizada por cuatro marcas fundamentales: 1. La naturaleza humana es reconocida como fuente del derecho natural; 2. La existencia del estado de naturaleza es ampliamente admitido; 3. La idea de un “contrato social” es creada para justificar el origen de la sociedad civil; 4. La existencia de derechos naturales innatos son admitidos, elaborados, y al final, positivados. Para mejor detallar tan importantes logros para la sociedad global se analizarán las principales teorías de las siguientes figuras: Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Immanuel Kant, considerados por la mayoría de los doctrinadores los filósofos más relevantes de su tiempo histórico.<sup>46</sup>

Dichos pensadores utilizaron el contrato social como un instrumento para la atribución exclusiva al Estado del poder de elaboración y aplicación de las normas. Este instrumento virtual, aquí considerado como una imitación de la realidad que explicaba la condición del hombre en su estado de naturaleza, defendía un derecho natural en específico, que debería ser resguardado en la conversión del estado natural al estado civil. La seguridad jurídica y, por consiguiente, la paz social era el objetivo primordial de sus teorías.<sup>47</sup>

El inglés Thomas Hobbes adopta una perspectiva contraria a la filosofía clásica de que el hombre está diseñado para la convivencia en sociedad, y defiende el carácter

---

<sup>45</sup> NODARI, Paulo César. *Ética, Direito e Política: a paz em Hobbes, Locke, Rousseau e Kant*. São Paulo: Paulus, 2014, p. 17

<sup>46</sup> Los pensadores elegidos para explicar la fase moderna son aquellos adoptados por el catedrático de filosofía del derecho, profesor Alysson Leandro en su obra *Filosofía del Derecho*. No obstante, no se descartó, para el desarrollo del presente estudio, las teorías de los demás filósofos de la Edad Moderna como por ejemplo Nicolau Maquiavelo (1469-1527); Francis Bacon (1561-1626); George Berkeley (1685-1753); David Hume (1711-1776); Hugo Grotius (1583-1645); Rene Descartes (1596-1650); Bento de Espinoza (1632-1677); Samuel Pufendorf (1632-1694); Gottfried Leibniz (1646-1716); Christian Thomasius (1655-1728); Christian Wolff (1679-1754); Charles de Montesquieu (1689-1755); François-Marie Arouet-Voltaire (1694-1778); Thomas Jefferson (1743-1826); Adam Smith (1723-1790).

<sup>47</sup> LEANDRO MASCARO, Alysson. *Filosofia do Direito*. 6 ed., São Paulo: Atlas, 2018, p. 172.



individualista como constitutivo preponderante del ser humano. Según su teoría el estado de naturaleza del hombre, de guerra de todos contra todos, convierte su propia vida en miserable, brutal y corta. Para abandonar esta condición, es decir, por el miedo que le provoca la muerte violenta, el hombre se asocia con los demás, constituyendo un solo cuerpo (sociedad civil), y cede sus derechos naturales al Estado, quien tendrá la tarea de cuidar de su seguridad y garantizar que la sociedad pueda vivir en paz.

John Locke, también inglés, estuvo involucrado en la Revolución Gloriosa, de 1688, que ponía punto final al Absolutismo y declaraba el *Bill of Rights* de 1689.<sup>48</sup> Según Locke el poder es una construcción humana, por lo que no existe poder innato, que venga de Dios. Así como Hobbes, Locke era defensor del contrato social, pero, al contrario de Hobbes – que fundamentaba su pensamiento en la sumisión al Soberano – Locke consideraba que un gobierno con poderes distribuidos tendría mejor posibilidad de garantizar los derechos naturales de los individuos.

A partir de las teorías planteadas por Hobbes y Locke el Derecho Natural ha sido laicizado, hecho que significó la separación del Derecho de la Teología Católica. La libertad y la voluntad humana pasaron a ser adoptadas como la esencia de las relaciones sociales y jurídicas. El Derecho dejó de ser el justo adaptado a las situaciones reales, para convertirse en una creación libre y voluntaria de la razón humana.

El suizo Jean-Jacques Rousseau defiende el contrato social, pero busca redimensionarlo por medio del arreglo político y jurídico existente, con vistas a rescatar la felicidad y dignidad del individuo. Rousseau defenderá el ejercicio de la democracia de manera directa, donde la soberanía pertenece al pueblo.

El prusiano Immanuel Kant, fue el último de los filósofos modernos. Su sistema de pensamiento liberal presenta el contrato social como una idea que organiza la materialización de la justicia como garantía de la libertad de los individuos.

La teoría defendida por aquellos autores, conforme se detallará a continuación, sostiene una relación entre la teoría y la práctica por medio de una especie de física general de la socialización y de una condición hipotética: el estado de naturaleza del hombre. A través del conocimiento de las esencialidades de la naturaleza humana, el derecho natural proporciona las implicaciones institucionales, a partir de las cuales se hace posible una

---

<sup>48</sup> La Declaración de Derechos (Bill of Rights) de 1689 fue un documento elaborado por el Parlamento de Inglaterra e impuesto a los soberanos, Guillermo III de Orange y María II de Estuardo y que declara los derechos y la libertad de los súbditos y define la sucesión de la corona.

expectativa controlable de las relaciones humanas y la instauración de una convivencia ordenada.

### 1.3.1. El iusnaturalismo de Thomas Hobbes

Thomas Hobbes (1588-1678), al exponer su pensamiento acerca de la humanidad, afirmó que la condición humana sería, por naturaleza, agresiva y egoísta. Los hombres se inclinan a la satisfacción de sus propios intereses, razón por la cual se les atribuye un estado de guerra de todos en contra de todos, y de ahí se desprende la necesidad de que se les imponga límites por medio de la actuación del Estado. En efecto en su estado de naturaleza, predomina la inseguridad, donde el derecho a la vida se encuentra constantemente afectado. Por lo que Hobbes considera que en el pasaje del hombre de su estado de naturaleza para el estado civil – que se da por medio del contrato social y exige la renuncia de sus derechos naturales –el derecho a la vida es tratado como única excepción, porque aunque la primera regla fundamental del hombre sea la de buscar la paz y seguirla, la segunda no podría ser otra sino la manutención de su existencia.<sup>49</sup>

La mayor contribución intelectual de Hobbes son sus libros “Del Ciudadano” (1642), y “Leviatán” (1651). En su obra “Del Ciudadano” afirma la existencia de derechos naturales intrínsecos a todos los seres humanos al afirmar que <la verdadera razón es una ley cierta, que hace parte de la naturaleza humana, tanto como cualquier otra facultad o afección de la mente, también es denominada natural>, y al definir la ley de la naturaleza como siendo <la imposición de la razón respecto aquellas cosas que, en la medida de nuestras capacidades, debemos hacer, u omitir, a fin de asegurar la conservación de la vida y de las partes de nuestro cuerpo>.<sup>50</sup>

El derecho de naturaleza es la libertad que cada hombre tiene de usar su propio poder, de la manera que le parezca para preservar su vida, y consecuentemente hacer todo aquello que su juicio y razón le indiquen como medios adecuados para este fin. En su obra “Leviatán” Hobbes afirma que las leyes naturales, fundamentadas en la razón, son eternas e inmutables, ya que la injusticia, la ingratitud, la arrogancia, el orgullo, la iniquidad jamás

---

<sup>49</sup> Aunque defendió el Estado absolutista, Hobbes innovó en el pensamiento político de su tiempo, porque rechazó el derecho divino de los reyes, razón por la cual la Iglesia católica lo acusó de ateo, y por lo que algunos clérigos han sugerido su muerte en la hoguera, lo que no ha sucedido por la intervención del rey Carlos II. El rey Carlos II, que fue alumno de Hobbes en su juventud, ha intervenido por Hobbes cuando los clérigos intentaron quemarlo. LEVENE, Lesley. *Philosophy in Bite-Sized Chunks*. London, Michael O’Mara Books Limited, 2018, p. 91.

<sup>50</sup> HOBBS, Thomas. *Do Cidadão*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 38.

pueden ser tornados legítimos. Las leyes naturales a que Hobbes se refiere en *Leviatán* sirven de base para la preservación de la vida, de la paz y de la dignidad humana, sugiriendo que además de cumplir el pacto de paz que celebraron, los hombres deben promover la gratitud, la sociabilidad entre sí, perdonar ofensas en caso de arrepentimiento, no promover la venganza, no declarar desprecio. También afirma que <nunca podrá ocurrir que la guerra preserve la vida y la paz la destruya><sup>51</sup>.

Hobbes asevera que aunque la más alta expresión de la justicia esté en el cumplimiento de las órdenes del soberano, en la medida en que los hombres alienaron sus intereses a él, a cambio de paz y seguridad. Esa sumisión al poder del Estado, de otra parte, solo existe por la insuficiencia de los hombres en materializar la “ley natural” preexistente expresada por la razón. Hobbes también considera que el derecho natural del hombre a su preservación resulta no solamente de la razón sino de su condición humana, ya que el estado de naturaleza del hombre implica una perspectiva solitaria, miserable, brutal y corta. Para abandonar esta precaria condición, se ampara en la conjugación de dos elementos humanos: las pasiones y la razón.

Las pasiones – que se caracterizan por el miedo de la muerte, por el deseo de una vida cómoda y por la esperanza de auto realización por medio del trabajo – hacen al hombre inclinarse por la paz, mientras que la razón dicta las leyes de la naturaleza como normas de paz. En la teoría absolutista propuesta por Hobbes, para que las leyes de la naturaleza sean garantizadas, es necesario un poder que mantenga la seguridad de todos, pues solo a través del poder absoluto del soberano, que detenta la autoridad de la justicia, los pactos se harán respetar.

Por lo expuesto, se vislumbra que el iusnaturalismo por él defendido tiene como objeto la preservación del individuo y la búsqueda de la paz. Según Hobbes la paz es tanto la predominancia de la no violencia como también de la protección contra la inminencia de una guerra de todos contra todos. Hobbes era un defensor de la paz social en reacción a su contexto histórico, pues él vivió en carne propia las frecuentes guerras que Inglaterra enfrentaba por motivos religiosos.

---

<sup>51</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 136

### 1.3.2. El iusnaturalismo de John Locke

A diferencia de Thomas Hobbes, que buscaba fundamentar el poder del soberano, John Locke (1632-1704) buscaba limitarlo. Locke es considerado uno de los fundadores del individualismo liberal, al presentar una justificación para la Revolución Gloriosa de 1688, movimiento por medio del cual se operó la sustitución de la monarquía absolutista por una monarquía parlamentaria constitucional, que declaró el Bill of Rights inglés. Locke defendió la existencia de un derecho natural susceptible de ser conocido por todos y que obliga a todos los hombres, basado en la ley de la conciencia y en un contrato social que se funda en la voluntad individual. Según Locke, todo ser humano debe ser consciente de la existencia de una ley natural que constituye reglas y patrones de vida para todos los hombres, cuyo cumplimiento no debería darse solo por temor al castigo de las leyes positivas, sino por conciencia política e interés común, porque <hay cuestiones que aun cuando el magistrado silencia, la conciencia obliga><sup>52</sup>.

La definición de Locke sobre el estado de naturaleza del hombre es de un ser creado por Dios dotado de libertad natural e igualdad sin subordinación. Según Locke, los hombres no nacen sometidos a ninguna autoridad o voluntad legislativa del hombre, estando sujetos solamente a la ley natural. Por ello el poder del monarca debe fundarse en los poderes pertenecientes a los individuos, que le son transferidos, por medio del contrato social. En este contexto, el concepto de libertad es entendido como la autonomía que tiene el hombre de disponer y ordenar como le parezca sus bienes sin estar sujeto a la voluntad arbitraria del otro. Así, dotado de libertad natural, es decir, libre de cualquier poder superior sobre la Tierra, está consecuentemente dotado de facultades iguales, y de ahí nace su obligatoriedad en respetar el derecho natural de su semejante.

En su primer Tratado Locke trató de refutar las ideas contenidas en el libro “El Patriarca” de Robert Filmer (1588-1653). Filmer sostenía que el poder absoluto de los reyes se originaba de su descendencia sanguínea ya que eran sucesores directos de Adán y Eva. Locke, de su parte, argumentaba que Adán no poseía ningún derecho divino y que si los tuviera, sería imposible saber y probar dicha sucesión.<sup>53</sup> Locke fundamenta, de esa manera, su rechazo al absolutismo.

En su Segundo Tratado Locke afirmó que la sociedad civil se origina a partir de un pacto entre los individuos, los cuales antes de dicho acuerdo, vivían bajo la situación de

---

<sup>52</sup> LOCKE, John. Ensaíos políticos. Trad. Eunice Ostrenky. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 86

<sup>53</sup> LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 380.

naturaleza en que los hombres ya dotados de razón, disfrutaban de los derechos a la vida, a la salud, a libertad y a la propiedad. El contrato social que firman los hombres entre sí de manera consciente y espontánea tiene como objetivo preservar y consolidar los derechos que los hombres ya poseían, originalmente, en su estado de naturaleza.

La filosofía de Locke se aproxima a la de Hobbes porque ambas rechazan la idea de que el hombre sea social por naturaleza. No obstante, a diferencia de Hobbes, quien decía que el estado natural del hombre es de guerra, Locke afirma que el estado natural del hombre es pacífico. Según Locke <la única manera por la cual una persona cualquiera puede abdicar de su libertad natural es revestirse de los vínculos de la sociedad civil; es concordando con otros hombres en juntarse y unirse en una comunidad, para vivir cómodo, segura y pacíficamente unos con los otros, en un gozo seguro de sus propiedades y con mayor seguridad contra aquellos que de ella no hacen parte><sup>54</sup>

Para Locke, la guerra es una de las posibilidades del estado de naturaleza, no una necesidad, y debido al hecho de que sea una posibilidad, y esa posibilidad pueda materializarse, los individuos deciden vivir en sociedad para que haya una estabilidad en el gobierno de sus intereses. Dicho filósofo afirma que es posible la paz en el estado de naturaleza y el estado de guerra es posible tanto en la vida en naturaleza como también en la vida política. Con todo, para evitar tal estado de guerra los hombres se unen en sociedad, constituyendo un poder para gobernarlos y jueces para resolver sus cuestiones.

De acuerdo con la teoría de Locke, el estado de naturaleza del hombre es de paz espontánea y la constitución del estado civil (por medio del contrato social) es de paz garantizada por la presencia del poder político. Locke demuestra, en este sentido, su convicción de que la única forma de alcanzar un estado de paz entre los individuos es la seguridad que les otorga el estado civil. Según Locke, el ejercicio de los derechos en el estado de naturaleza es inseguro y está expuesto a violaciones por parte de otros. El hombre aspira a unirse en sociedad con otros que ya se encuentran unidos para mutua conservación de sus vidas, libertad y bienes, afirmando que <el fin mayor y principal para los hombres unirse en sociedades políticas y someterse a un gobierno es la conservación de su propiedad><sup>55</sup>. Por tanto, defiende que en el estado de naturaleza el hombre no tiene sus derechos garantizados, pero en el estado civil, sus derechos naturales pasan a ser obligación del Estado, puesto que no solo los conserva sino que los garantiza.

---

<sup>54</sup> LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 468.

<sup>55</sup> LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 495.

Por lo anterior, se observa que Locke plantea una sustitución de la obligación política basada en derecho divino por una doctrina basada en el consentimiento, y justo por este motivo, él considera que el poder absoluto del monarca es ilegítimo. Incluso, afirma que si el ejecutivo o legislativo llegan a violar la ley o la propiedad, el gobierno deja de cumplir su rol, convirtiéndose en tirano. En este orden de ideas, la propiedad privada se impone como razón de ser del contrato social para Locke, quien afirma que <no es la sociedad quien crea la institución de la propiedad privada, ella ya se presenta como derecho a partir del propio individuo, en la medida que cada cual posee, por naturaleza, a sí mismo y a su capacidad laboral. Las cosas de la naturaleza son comunes, pero con el trabajo, el objeto trabajado se convertirá en propiedad de aquel que trabajó><sup>56</sup>.

John Locke afirma que la tierra donde se trabaja es colectiva. No obstante, la tierra se puede convertir en individual por resultado del trabajo. En la teoría de Locke en una situación inicial de naturaleza, siendo la propiedad resultado del trabajo, cada cual apropia la cantidad de tierra que su esfuerzo permite. El uso es lo que da su medida de justicia, lo que significa decir que la propiedad de bienes en cantidad mayor que aquella que se presta al uso, sería, en estado natural, una injusticia. Un hombre que tuviera muchas frutas, si no las comiera ni las utilizara estaría cometiendo una injusticia, ya que la propiedad está ligada al uso, pero con el dinero, el hombre pasa a acumular algo no perecedero, como el oro y la plata.

Con Locke se inaugura el capitalismo. Se abre a partir de esta nueva manera de pensar, la posibilidad de resguardarse con bienes que se puedan vender posteriormente, incluso comprar tierras para después, venderlas. En este sentido, al presentar sus reflexiones sobre la edad moderna en el Centro Común de Investigación de la Comisión Europea, en Bruselas, el profesor Alfonso Ballesteros enseña que la era moderna representó un mayor énfasis en el capital, en la cual el acumulo de riqueza fue separado de las necesidades humanas.<sup>57</sup>

Locke, además, propone que la transferencia de los derechos debe ser mínima. Él considera que lo que le falta al estado de naturaleza para ser un estado perfecto es la presencia de un juez imparcial, es decir, de una persona que pueda juzgar sobre la razón y el error sin ser parte involucrada. Así, insertándose en el estado civil los individuos renuncian a todos sus derechos, excepto al derecho de hacer justicia por sí mismos. Según Locke, la propiedad

---

<sup>56</sup> LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo. São Paulo, Martins Fontes, 2005, p. 407.

<sup>57</sup> BALLESTEROS, Alfonso. Ponencia en el taller “Reframing the EU II: Relationships matter: EU policy-making born from relational political agent”, dictada en diciembre de 2018, en el Centro Común de Investigación de la Comisión Europea, que tuvo como base el artículo de su autoría “Hannah Arendt: from Property to Capital... and Back?”, publicado en Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, vol. 104, 2018, issue 2, pp. 184-201.

permitida a partir de la institución del dinero encamina a los hombres a la vida en Estado, para que haya jueces y reglas fijas para la solución de los conflictos sobre la propia propiedad privada. La propiedad pasa a ser, por consiguiente, un derecho natural oponible al gobierno, y la violación a la propiedad privada desencadenaría un estado de guerra.

Esta posibilidad de guerra, impuesta a la gente por la rebeldía del gobierno, Locke la denominó doctrina de la legitimidad de la resistencia al ejercicio ilegal del poder, donde se reconoce a la comunidad el derecho de recurrir a la fuerza para la destitución del gobierno. La sociedad, sin embargo, no deja de existir, porque el pacto prevalece, en virtud de la existencia del poder legislativo. Según Locke, a través del legislativo la comunidad actúa como poder supremo, y aunque no pueda reasumir el poder político que otorgó al legislativo, previene posibles abusos, por medio de límites temporales a los mandatos.

En su obra *Ensayo sobre el entendimiento humano* (1690), Locke traza las líneas concretas que el hombre debe pisar para alcanzar la virtud auténtica, de modo que sea capaz de dominar sus deseos e inclinaciones naturales para solo tomar decisiones basadas en la razón. El conocimiento no es algo absoluto, por lo que el hombre debe hacer una lectura permanente de la realidad, ya que el origen de todo conocimiento es la experiencia. De ahí nace el gran desafío del hombre en abandonar verdades acabadas, tradicionalmente recibidas, para asimilar la relatividad de las verdades en constante construcción.<sup>58</sup>

Locke defiende que a partir de la utilización del método empírico inductivo para educar a las personas, principalmente a los niños<sup>59</sup>, es posible la formación de seres humanos virtuosos. El proceso educativo sin violencia, enfocado en el desarrollo integral del individuo, teniendo en cuenta los aspectos físico, moral e intelectual, conduce al goce duradero que alimenta al espíritu. Así, por medio de la inducción a la práctica reiterada, el hábito de la virtud auténtica pasará a formar parte del carácter de la persona educada bajo dicho método.

Por todo lo anterior es posible verificar que John Locke definitivamente tenía sus ideas enfocadas en la coexistencia equilibrada entre los individuos. Locke, aunque consideraba que el hombre es pacífico en su esencia, tenía la convicción de que la única condición de un estado de paz entre los individuos es la seguridad que les asegura el estado civil. Además, defiende que el carácter del ser humano puede ser moldeado a fin de alcanzar

---

<sup>58</sup> LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano*. Tradução de Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 45

<sup>59</sup> Locke no admite la existencia de ideas y principios innatos en el intelecto. Según su teoría los principios humanos son adquiridos a lo largo de su existencia, ya que el niño nace como una hoja de papel en blanco. <sup>59</sup> LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano*. Tradução de Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 51

la virtud, característica esta que ayuda al hombre a mantenerse pacífico después del pasaje del estado natural al estado civil.

### 1.3.3. El iusnaturalismo de Rousseau

Jean-Jacques Rousseau (1712-1778)<sup>60</sup>, a diferencia de Hobbes, y similarmente al pensamiento de Locke, considera que el hombre es naturalmente bueno. Para Rousseau, la civilización es culpable de la degeneración de la moral del hombre natural. Además, Rousseau centraliza su reflexión en el ser humano en cuanto ser libre, pues defiende que <el ser humano es libre para estar de acuerdo o para resistir a las influencias que recibe><sup>61</sup>.

La teoría del derecho natural defendida por Rousseau está en las relaciones humanas, más específicamente en la identificación del motivo por el cual el ser humano rompió con su estado natural. Así, Rousseau califica al hombre como un ser bueno, libre, feliz y perfectible, siendo esta última característica la responsable por convertir al hombre en un ser humano virtuoso o corrupto. Para Rousseau, la capacidad humana de perfeccionarse continuamente, agregando cada vez más conocimiento de una generación a otra, terminó siendo la vía que llevó al hombre a degenerarse, ya que el progreso, para él, no es una característica natural. Por ello, defiende que la consciencia, la libertad y la razón son los deberes morales de la conducta humana.

Rousseau defiende la teoría de que la desigualdad entre los seres humanos es una construcción cultural de ellos mismos, y afirma que la desigualdad no viene de Dios ni de la naturaleza, sino de la vanidad humana y de la ambición en querer determinar lo que es suyo. Según el filósofo, el origen de la desigualdad<sup>62</sup> entre los hombres es el surgimiento de la propiedad privada, la cual marca, según su teoría, la destrucción de la felicidad natural. En lo que concierne a la propiedad privada, Rousseau antagoniza a Locke, pues considera que <en

---

<sup>60</sup> Nacido en Ginebra, su madre se murió en el parto y su padre lo dejó a los cuidados de un tío cuando éste tenía tan solo 10 años de edad. En 1742, se mudó a Francia, donde escribió sobre música, economía política, artes y ciencias, pero sobretodo sobre el origen de la desigualdad entre los hombres. En 1762, ya de regreso a Ginebra, publicó *El Contrato Social*, mismo año en que publicó sus ideas sobre educación en un libro que denominó *Emilio*. La vida personal de Rousseau ha sido por él mismo escrita en una autobiografía llamada “*Las Confesiones*”, donde cuenta como abandonó sus cinco hijos frutos de su relación con Thérèse Levasseur. LEVENE, Lesley. *Philosophy in Bite-Sized Chunks*. London: Michael O’Mara Books Limited, 2018, p. 115-117.

<sup>61</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 248.

<sup>62</sup> Rousseau sostiene la existencia de dos tipos de desigualdad, siendo la primera llamada natural o física (edad, salud, fuerza del cuerpo), y la segunda llamada moral o política (depende del consentimiento de los seres humanos, los cuales autorizan privilegios de algunos en perjuicio de otros. NODARI, Paulo César. *Ética, Direito e Política: a paz em Hobbes, Locke, Rousseau e Kant*. São Paulo: Paulus, 2014, p. 99



la vida natural, la apropiación de los bienes de la naturaleza es posible a todos los hombres, pues desarrollan actividades en las cuales todos los hombres son libres y felices, no obstante, en el contexto de la revolución industrial, los bienes de la naturaleza pasan a ser de propiedad de algunos><sup>63</sup>.

Para conceptualizar el estado de naturaleza del hombre Rousseau empieza por definirla sin los vicios de la civilización, pues <el hombre en naturaleza no se vale de artefactos, no necesitando de herramientas o técnicas, ni de la palabra, ni de la residencia, ni de la guerra, ni del vínculo con los demás><sup>64</sup>; Rousseau defiende, incluso, que no es natural cualquier desigualdad entre los seres humanos, como por ejemplo, la autoridad paterna en la sociedad doméstica, el derecho del más fuerte o la esclavitud. Según su teoría, el poder de algunos sobre otros, el desequilibrio y la injusticia son consecuencias de la degeneración humana en el estado civil, pues <todo es perfecto cuando deja las manos del autor de todas las cosas, pero todo degenera en las manos del hombre><sup>65</sup>.

Establecidos los fundamentos que dan origen a la desigualdad entre los hombres, Rousseau presenta sus propuestas de un arreglo político, jurídico y social, lo que resulta en la publicación de obras como el “El Contrato Social” y “Emilio”. En esta última, por ejemplo, Rousseau materializa su intento de corregir la degeneración humana en sociedad, proponiendo un método pedagógico nunca antes presentado.

La originalidad del pensamiento de Rousseau está en buscar en el hombre su interacción con la naturaleza, pues entiende que el hombre, más que razón, es sentimiento. Rousseau afirma en su obra “Emilio” que la sensibilidad es anterior a la inteligencia, pues según su teoría <tuvimos sentimientos antes de tener ideas><sup>66</sup>. Es por ello que propone una educación que tiene por objetivo ejercitar la libertad del niño a lo largo de su vida de manera que él no tenga que romper con su naturaleza, sino asumirla y trabajarla durante su infancia y adolescencia para ser capaz de aceptar, en la edad adulta, las exigencias de la sociedad sin sentirse oprimido. De hecho, este niño convertido en ciudadano, debe ser capaz de participar activamente en los dominios de la sociedad y de su organización política.

Siendo la libertad el eje central de la filosofía de Rousseau, el contrato social que firma el individuo con el Estado no tendría otro fundamento sino ella misma: la libertad. El filósofo considera que en el estado de naturaleza los hombres nacen libres e iguales, sin

---

<sup>63</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 250.

<sup>64</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 160-161.

<sup>65</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. Emílio, ou, da educação. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 7

<sup>66</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. Emílio, ou, da educação. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 410

embargo, en estado natural la voluntad particular entra en conflicto con la voluntad general, generando posibilidad de guerra. Entonces, para superar dicho riesgo, los individuos firman un pacto a fin de garantizar que la libertad esté basada en la voluntad general y no en la voluntad individual, pero cada individuo, como miembro activo del estado social, al acatar las leyes, se acata a sí mismo, ya que en su estado natural el hombre es libre y portador de derechos naturales que le son inherentes. De esa manera Rousseau propone un contrato social donde la soberanía pasa a pertenecer a todos y no a un gobernante centralizador.

Rousseau considera que la sociedad no es un molde físico, sino moral y la voluntad de un individuo con poderes absolutos no debe prevalecer para dictar las reglas del bien común. Por eso insiste en que la voluntad general es una voluntad soberana orientada hacia el bien común, fijada en conjunto por los miembros del Estado, por medio de leyes, las cuales deben ser impersonales, generales y universales. Al mismo tiempo, es necesario que las leyes estén orientadas a dos objetivos primordiales: libertad e igualdad. En este sentido Rousseau asevera que < si preguntarnos en qué consiste precisamente el mayor de todos los bienes, que debe ser el fin de cualquier sistema de legislación, llegaremos a la conclusión de que él se reduce a estos dos objetivos principales: la libertad y la igualdad. La libertad, porque toda dependencia particular es igualmente fuerza lanzada al cuerpo del Estado; la igualdad, porque la libertad no puede subsistir sin ella><sup>67</sup>.

Si la soberanía se manifiesta en la voluntad general y tiene como objetivo central el bien común, la figura del legislador pasa a tener un rol innovador. Según Rousseau, siendo la gente soberana, aquél que por su indicación le da las leyes debe ser capaz no solo de establecer leyes que estén conforme a la naturaleza de cada individuo, sino también de cambiar la naturaleza de los hombres, convirtiéndolos en sociables<sup>68</sup>.

Este planteamiento de Rousseau fue descrito por Sergio Cotta, en su obra “I limiti della politica” como la filosofía de la revolución, en la cual la política prevalece como único medio de resolver los problemas del hombre. Según el análisis crítico de Cotta, Rousseau fundamenta su teoría en la creación de un Estado ético y totalitario, como único instrumento posible de restauración absoluto y perfecto propio de la primera condición de inocencia, para garantizar la paz y la concordia entre los hombres.<sup>69</sup>

---

<sup>67</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social: princípios do direito político. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 62.

<sup>68</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social: princípios do direito político. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 50

<sup>69</sup> COTTA, Sergio. Potere político e responsabilità, 1963, em COTTA, Sergio. I limiti della politica. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 418

Por todo lo anterior, pese a las críticas que recibe en función de su fundamentación del contrato social basado en el enaltecimiento del Estado, lo se observa en la teoría de Rousseau es que cree en la regeneración del hombre por medio de la educación. Según dicho filósofo una sociedad justa y equilibrada es posible, pero solo se lograría dicha sociedad en una comunidad formada por ciudadanos virtuosos.

#### 1.3.4. El iusnaturalismo de Immanuel Kant

Immanuel Kant (1724-1804) tuvo su camino marcado por el gobierno de Federico II, la Independencia Americana y la Revolución Francesa. Hijo de padres luteranos, tuvo una sólida educación religiosa y moral tanto en casa como en la escuela<sup>70</sup>. En 1740 ingresó en la Universidad de Königsberg, donde se le educó bajo el racionalismo dogmático defendido por Descartes, Spinoza, Leibniz y Wolff. Solamente más tarde, en su labor como profesor universitario y tras conocer la filosofía empirista de David Hume (1711-1776), rompe con la tradición de la metafísica europea moderna y pasa a hablar sobre posibilidades del propio conocimiento y del juicio, presentando al mundo una confluencia de dos diferentes direcciones del pensamiento filosófico: el racionalismo<sup>71</sup> y el empirismo<sup>72</sup>.

En 1755 empezó a trabajar como docente libre en la Universidad de Königsberg, condición en que trabajó hasta el año 1770, cuando logra un puesto de profesor titular en la misma Universidad, lugar donde toma diez años para dar forma a su filosofía. En 1781 publica su obra “Crítica de la razón pura”<sup>73</sup>. En 1788, publica la “Crítica de la razón práctica”<sup>74</sup>, y con la publicación de la “Crítica del Juicio”<sup>75</sup>, en 1790, se da por completada la

---

<sup>70</sup> Hijo de Johan Georg Kant, hombre trabajador, honesto, que tenía horror a la mentira, y de Ana Regina Reuter, mujer profundamente religiosa, que antes de morir se lo internó en el colegio Fridericianum, dirigido por Francisco Alberto Schultz, quien era adepto del pietismo. Allí ha permanecido Kant por el periodo de nueve años, saliendo para ingresar a la Universidad. TAVARES LEITE, Flamarion. Manual de Filosofía Jurídica: das origens a Kant, São Paulo, Malheiros Editores, 2013, p. 151.

<sup>71</sup> Para los racionalistas el conocimiento es el resultado de la razón mientras que para los empiristas el conocimiento deriva de otra facultad: la sensibilidad.

<sup>72</sup> Además de David Hume, otros filósofos como Francis Bacon (1561-1626) y George Berkeley (1685-1753) son considerados como precursores del empirismo. Thomas Hobbes y John Locke también están dentro de esta categoría.

<sup>73</sup> En la Crítica de la razón pura Kant afirma que el conocimiento es producto de una facultad compleja, el resultado de una síntesis de la sensibilidad (que son estructuras que posibilitan el conocimiento empírico directo) y del entendimiento, (que Kant denominará categorías). Según Kant, todo conocimiento implica una correlación entre un sujeto y un objeto. En esta relación, los datos objetivos no son captados por la mente tales como son sino que son configurados por el modo con que la sensibilidad y el entendimiento los asimilan. Según Kant, la cosa en sí, el noúmeno, es incognoscible, porque para Kant, lo que se conoce de las cosas, por medio de la percepción, es apenas el fenómeno que tales cosas representan para el sujeto del conocimiento.

<sup>74</sup> En la crítica de la razón práctica Kant elabora su teoría sobre la justicia y los valores directamente relacionados con la vida práctica, donde describirá sus sugerencias para la actitud y el juzgamiento humano. Para estructurar la razón práctica Kant establece una diferencia entre deber y moralidad. Para Kant, el hombre, no

filosofía Kantiana<sup>76</sup>, obra que mantiene sus premisas fundamentales y confirma la postura contra la metafísica dogmática contenidas en las dos Críticas anteriores. Sus obras posteriores, como “La paz perpetua” (1795) y “La metafísica de las costumbres” (1797) utilizan el hilo conductor de las obras anteriores para aportar una revolucionaria proposición de acciones políticas que tienen por objetivo conducir la humanidad a la convivencia pacífica.

Kant fue quien describió a la persona como fin en sí. En la formulación del imperativo categórico, la ley fundamental de la razón práctica, afirmó que, el hombre, y con él toda criatura racional, es fin en sí mismo, nunca un medio<sup>77</sup>, aclarando a continuación que el hombre no es una cosa; no es algo que pueda usarse. Las cosas son siempre de otro, pero la persona es aquel ser que pertenece a sí misma, es suya. A las cosas, las dominamos, abarcamos, objetivamos. Con las personas, convivimos<sup>78</sup>.

En realidad, todos los escritos de Kant sostienen la urgencia de una reforma en el pensamiento de su momento histórico, resaltando la importancia de redimensionar el hombre como eje de la sociedad, y de que prevalezcan los preceptos morales como modelo de conducta en sociedad, como una norma interna que cada individuo trae dentro de sí, la cual él denominó imperativo categórico. Su reflexión filosófica en las acciones políticas tenía como objetivo la construcción de una sociedad pacífica, estable, duradera. Según Kant, pensar y construir la paz es pensar y fundamentar los niveles de la relación humana de los individuos entre sí, de los Estado entre sí, y de los individuos con los Estados. Por ello, defiende, en primer lugar, que el hombre es tanto inteligible, por atender a la razón al proclamar su

---

siendo un Dios, no actúa natural o necesariamente en el camino de la moralidad. Por este motivo, la moralidad se presenta como un imperativo. A partir de esta premisa, Kant plantea un deber-ser que se presenta como un imperativo. Según Kant, la voluntad, conducida por la razón, será llevada por medio del imperativo categórico. Para Kant, la razón se impone a priori y para todos, es decir de manera universal. Por lo tanto, solamente las acciones o las máximas que pueden ser universalizadas podrán ser consideradas como justas y buenas. Por ello, Kant afirma la ley fundamental de la razón pura práctica y sugiere que el hombre actúe de tal manera que la máxima de su voluntad pueda valer siempre al mismo tiempo como principio de una legislación universal. KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Lisboa, Edições 70, 1999, p. 42.

<sup>75</sup> En la obra “Crítica del Juicio” Kant habla sobre juicios estéticos y teología. Trata del arte, a través del artista que conyuga las bellezas de la naturaleza hasta el creador de la belleza natural. Así como sus perspectivas sobre percepción y ética, Kant trata de establecer un principio a priori para explicar la aprensión de la belleza por el ser humano. Establece, además, un puente entre la Crítica de la razón pura y la Crítica de la razón práctica, donde intentará mediar entre la facultad de conocer y el desear. LEVENE, Lesley. *Philosophy in Bite-Sized Chunks*. London: Michael O’Mara Books Limited, 2018, p. 120.

<sup>76</sup> A partir de la filosofía de Kant, la filosofía moderna logra conquistar su propio método y objeto de tal manera que, al mismo tiempo en que se constituye como conocimiento riguroso, se divorcia de las ciencias particulares, evitando toda superposición recíproca de métodos y objetos. En un periodo histórico donde el dogmatismo afirmaba una armonía entre el sujeto y el objeto e invocaba Dios (que goza de facultades infinitas) para garantizar esta armonía, Kant, a través de su filosofía crítica plantea la sustitución de la idea de una sumisión necesaria del objeto al sujeto (que posee facultades finitas), teoría que ha denominado revolución copernicana. TAVARES LEITE, Flamarion. *Manual de Filosofia Jurídica: das origens a Kant*, São Paulo, Malheiros Editores, 2013, p. 154

<sup>77</sup> KANT, *Crítica de la razón práctica*. Trad. J. Rovira Armengol. Buenos Aires: Editorial Losada, 2003, p. 77

<sup>78</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2000, p. 70

voluntad, como sensible, pues tiene consciencia de sí mismo y de lo que representan sus acciones en el mundo.<sup>79</sup>

Para Kant, el fundamento de la ley es el hombre. Además, dicha ley debe ser universal. Por eso, en la formulación del imperativo categórico, la ley fundamental de la razón práctica, formula la descripción de la persona como fin en sí. Según su teoría, la universalidad de la ley presupone la exigencia de no tratar a los hombres como medios, como objetos, porque el hombre existe como finalidad en sí misma y sus actos deben expresar esa naturaleza. Para ello, Kant busca encontrar una base para una ética universal.

La idea de ética que Kant plantea es la de que la moralidad no es tan solo el cumplimiento del deber. Es más: es una predisposición a cumplir el deber sin ningún otro fundamento que no sea el propio querer. Según Kant, <el fundamento último que lleva a la moralidad será apenas una voluntad buena><sup>80</sup> Así, la voluntad buena es elevada como un eje instituidor de la moralidad. Para Kant, la voluntad buena no es buena porque lleve a la felicidad, ni porque logre un fin deseado, sino por sí propia, independientemente de circunstancias y resultados.

Para Kant, actuar por deber es actuar por reverencia a la ley moral, y ésta tiene un carácter obligatorio, imperativo. Las personas, como seres humanos racionales tienen la facultad de actuar por representación de las leyes porque poseen voluntad. Pero para Kant, esta premisa de la facultad humana se presenta como forma de obligación, de deber. Por eso, propone la reverencia a la ley como un imperativo. Según Kant, los imperativos mandan porque son fórmulas de determinación de la acción. En este orden de ideas, a las acciones necesariamente buenas, Kant las llamará imperativos categóricos.

Kant aplica su filosofía práctica para el derecho natural defendiendo que solamente podrán ser derechos naturales, es decir, solamente podrán ser derechos justos y racionales, los imperativos categóricos. Además, afirmará que la libertad es la condición de posibilidad del imperativo categórico; y, como postulado de la razón, no se puede demostrar su existencia, solo se la supone.

Kant divide los derechos en dos partes: el Derecho Natural, que está basado en los principios a priori, y el Derecho Positivo, que procede de la voluntad del legislador. Kant afirma que la división suprema del derecho natural no puede ser la división entre derecho natural y social sino la división en derecho natural y civil, puesto que al estado de naturaleza

---

<sup>79</sup> NODARI, Paulo César. Ética, Direito e Política: a paz em Hobbes, Locke, Rousseau e Kant. São Paulo: Paulus, 2014, p. 139

<sup>80</sup> KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Lisboa: Edições 70, 2000, p. 21 e 23.

no se contraponen el Estado Social sino el Civil, entendido este último como aquel que garantiza el derecho natural por medio de leyes públicas. Por lo tanto, el derecho natural, que es anterior al Estado, debe ser entendido como derecho privado y el derecho positivo, que solo existe cuando el Estado es constituido, como derecho público.<sup>81</sup>

Al separar derecho público y privado y darles diferentes status Kant se ve obligado a dar una fórmula que garantice el valor jurídico del derecho privado. El problema que Kant tiene que resolver es como hablar de coacción donde aún no existe un poder superior a los individuos, que dicho en otras palabras, sería: ¿Cómo conciliar la coerción estatal con la libertad individual? En este caso Kant afirmará que el estado de naturaleza es un estado jurídico, pero provisional mientras que el estado civil es un estado jurídico permanente. El estado de naturaleza es provisional porque en él existen institutos del derecho privado, pero no pueden ser garantizados puesto que no existe una autoridad constituida; por el contrario, el Estado Civil es permanente porque en él los institutos de derecho privado así como de derecho público pueden ser asegurados por la existencia de un poder común.<sup>82</sup>

Para Kant, el Estado no es instituido para anular el derecho natural, sino para tornar posible su ejercicio por medio de la coacción organizada. El derecho positivo y el derecho natural no son opuestos, pues mantienen una relación de integración. Kant señala, inclusive, que la diferencia entre ambos derechos es meramente formal. Norberto Bobbio, al comentar esta concepción de Kant, afirma que <se trata, en realidad, de una recepción del derecho privado, entendido como derecho natural, en el derecho estatal, y, finalmente, del derecho positivo como Derecho Natural + coacción><sup>83</sup>.

Así las cosas, se observa que el derecho natural kantiano es una posibilidad del pensamiento del sujeto, es decir, un derecho que dispensa su medición en la realidad, basta su forma pensada apriorística, para que se afirme.<sup>84</sup>

En su obra “La paz perpetua”, además de establecer una relación del derecho privado con el derecho público, determinada por el deber de defender la libertad externa de los individuos, a través de leyes, Kant trata de explicitar su concepción sobre el contrato social. Para Kant, el contrato social no es el origen de la fundamentación del Estado, sino el de la administración del Estado, y contiene el ideal de la legislación, del gobierno y de la Justicia.

---

<sup>81</sup> TAVARES LEITE, Flamarion. Manual de Filosofía Jurídica: das origens a Kant, São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 185.

<sup>82</sup> TAVARES LEITE, Flamarion. Manual de Filosofía Jurídica: das origens a Kant, São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 187.

<sup>83</sup> BOBBIO, Norberto. Direito e Estado no Pensamento de Immanuel Kant, Brasília: UNB, 1984, p. 120.

<sup>84</sup> LEANDRO MASCARO, Alysson. Filosofia do Direito. 6 ed., São Paulo: Atlas, 2018, p. 235.

El derecho natural, por lo tanto, estará basado en la razón, ya que para Kant, no hay un estado de naturaleza como un hecho, sino como una idea.

Kant define a los hombres como seres antagónicos, pues, así como poseen la inclinación de unirse en sociedad para mejorar su desarrollo, también desean aislarse, para disponer de todo a su gusto. Por eso, entiende que, a pesar de que el derecho no transforma la naturaleza humana, ya que esta sería una labor de la educación, el derecho propicia condiciones capaces de instaurar y mantener la paz. Para Kant, la paz no es la ausencia de guerra, sino un estado que se construye a partir de la ley.

Kant considera que la característica principal del estado de naturaleza es la ausencia de ley. Por lo tanto, el pasaje del estado natural para el estado civil, que se dio a través del contrato social, significó una alteración en la forma, pero no en la materia del derecho natural, puesto que, este ya estaba asegurado provisionalmente antes de la existencia del Estado. En este sentido Kant defiende que la superación del estado de naturaleza depende de otros factores que no solamente el establecimiento del Estado. Para Kant, solo en una forma republicana se alcanza una soberanía de organización social y política de tal manera que la libertad sea garantizada.<sup>85</sup>

Sin embargo, su planteamiento no significa decir que todos deberían ejercer plenos derechos activos de ciudadanía en tal sociedad. Al plantear que “no todos” deberían ejercer plenos derechos como ciudadanos Kant se refiere al derecho de voto. Aunque propone una estructura de Estado republicana<sup>86</sup>, su ideología del poder reconoce, en el poder legislativo, una relación con la voluntad general, que se expresa por medio de elecciones, pero para ser elector activo el ciudadano debe poseer medios propios para vivir y no someterse al trabajo controlado por otro. En su proposición, Kant explica que el trabajador subordinado sería también un ciudadano, pero, no siendo propietario ni dueño de sus propios medios de subsistencia, sería un ciudadano pasivo, pues según Kant <una constitución democrática impide la adopción de un gobierno de acuerdo con el espíritu representativo porque todos quieren ser soberanos><sup>87</sup>.

Kant plantea la paz como un proyecto a ser realizado de manera concienciada. Para él, la paz es un deber de la razón, al que se debe conferir eficiencia práctica a través de un esfuerzo cultural. Para Kant, la posibilidad de una paz – si no perpetua, por lo menos estable –

---

<sup>85</sup> LEANDRO MASCARO, Alysson. *Filosofia do Direito*. 6 ed., São Paulo: Atlas, 2018, p. 235.

<sup>86</sup> Para Kant, republicanismo es el principio político de separación del poder ejecutivo (gobierno) del legislativo. KANT, Immanuel. *Para a paz perpétua*. Tradução de Barbara Kristensen. Rianxo: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006, p. 69.

<sup>87</sup> KANT, Immanuel. *Para a paz perpétua*. Tradução de Barbara Kristensen. Rianxo: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006, p. 70.

no se logrará necesariamente a partir de la moral del individuo, sino de arreglos políticos, institucionales y jurídicos. Por esta razón, propone una constitución republicana basada en un derecho público que garantice la libertad de los individuos y una efectiva relación jurídica entre los Estados. Lo que se observa del pensamiento kantiano es que la paz debe ser un proceso de construcción humana y una fundación jurídica, y, por tanto, el mantenimiento de la paz debe ser una de las principales tareas de la política.

De lo anterior se verifica que la filosofía de Kant, aunque haya sido objeto de críticas, ha influido a un gran número<sup>88</sup> de pensadores que le sobrevivieron. Su doctrina, por abarcar las tres esferas de la filosofía, y principalmente, por estar basada en la afirmación del derecho natural como solución de las posibilidades futuras, es considerada un aporte a la humanidad. A partir de su teoría, y mediante procedimientos racionales, las reglas que componían el derecho natural empezaron a ser desarrolladas para regular las conductas humanas en la práctica.

#### 1.4. Síntesis conclusiva de las vertientes iusnaturalistas

Norberto Bobbio advierte que el término iusnaturalismo abarca varias concepciones de derecho natural y que en la historia jurídica-política aparecen por lo menos tres versiones fundamentales: 1. Una ley natural en sentido estricto, físicamente co-natural a todos los seres que poseen instinto; 2. Una ley establecida por la voluntad divina, y por esta, revelada a los hombres; 3. Una ley dictada por la razón, específica del hombre, que la encuentra autónomamente dentro de sí. En que pese el hecho de presentar versiones distintas, todas comparten una idea común de un sistema de normas lógicamente anteriores y éticamente superiores a las del Estado, a cuyo poder fijan un límite, es decir, las normas jurídicas y la actividad política de los Estados, de las sociedades y de los individuos no pueden oponerse al derecho natural.<sup>89</sup>

En este sentido, el iusnaturalismo, tanto aquel que se revela por medio de las leyes del mundo natural (iusnaturalismo cosmológico), como el de las leyes de la naturaleza individual humana guiada por la razón divina (iusnaturalismo teológico) o también por aquel

---

<sup>88</sup> La teoría de Kant ha dado origen a un conjunto de grandes sistemas. Las filosofías de Fichte, Schelling y Hegel son como grados de una reflexión continuada sobre los problemas que Kant suscita. Además, a finales del siglo XIX, su pensamiento influencia un grupo de pensadores que se reunió bajo la denominación de Neokantismo. TAVARES LEITE, Flamarion. Manual de Filosofía Jurídica: das origens a Kant, São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 192.

<sup>89</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Giafranco. Dicionário de política. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São, 2001, p. 656



que está fundamentado en la naturaleza sociopolítica humana basada en la propia razón del hombre (iusnaturalismo racional), es considerado la medida de justicia por la que debe pautarse el derecho contemporáneo.

El siguiente cuadro sintetiza las consideraciones que se hizo sobre las tres corrientes iusnaturalistas en este primer capítulo:

Síntesis de las vertientes iusnaturalistas		
Iusnaturalismo cosmológico	Iusnaturalismo Teológico	Iusnaturalismo Racional
En la edad antigua, los griegos afirmaron que la naturaleza contiene en si misma su propia ley y los romanos reiteraron que en las leyes positivas hay un orden racional que corresponde a las exigencias de la naturaleza y a la dignidad del hombre; una ley que no está escrita en los códigos, sino en la consciencia de los hombres.	En la edad media, bajo la influencia del cristianismo, nuevas dimensiones de la justicia se insertaron en el pensamiento jurídico, por lo que la ley natural fue concebida como aquella establecida por Dios, y por Él, revelada a los hombres por medio de la razón.	En la edad moderna la filosofía del derecho natural se amparó en la idea de una razón humana universal para afirmar derechos naturales inherentes a cualquier individuo.

Fuente: Norberto Bobbio

La doctrina de manera general reconoce la relación existente entre las tres vertientes iusnaturalistas, con mayor énfasis en la moderna, en razón del planteamiento que hicieron los pensadores de aquel periodo histórico, de introducir en la esfera del derecho positivo los derechos naturales inherentes a todo ser humano. En este contexto, Eduardo Bittar afirma que <el racionalismo moderno atribuyó un carácter universal a la razón humana, secularizando la concepción de derechos humanos eternos, naturales e inmutables, cuya consagración se dio con la Declaración de los Derechos del Hombre, en 1789><sup>90</sup>.

En el siguiente capítulo se tratará de recorrer las principales concepciones que atravesó el derecho como sistema que regula las relaciones humanas antes de que se aceptase que el derecho natural convertido en positivo por el poder legislativo remite necesariamente a

<sup>90</sup> BITTAR, Eduardo C. B. O jusnaturalismo e a filosofia moderna dos direitos: reflexão sobre o cenário filosófico da formação dos direitos humanos. Revista Panóptica, 31 ed., p 1-17, 2008, p. 2

un esquema previo de consciencia personal que es ajeno a cualquier forma de organización social o política, y que no depende de la voluntad del Estado.

## **CAPITULO II. LAS TRANSFORMACIONES DEL PENSAMIENTO JURIDICO CONTEMPORANEO Y LA PREVALENCIA DEL IUSNATURALISMO**

El estudio del iusnaturalismo es condición imprescindible para entender la complejidad de la realidad de las comunidades, que empieza por la familia, pasa por el Estado y termina en la comunidad global. En el capítulo anterior se ha comprendido que las filosofías del derecho romana, cristiana y aristotélica han sido las más eficaces al establecer la finalidad específica del derecho en cuanto a la moral, la política, la economía y las ciencias humanas, quedando demostrado que la protección de los derechos naturales del ser humano es la finalidad del derecho.

El capítulo anterior trató de presentar los matices del pensamiento jurídico iusnaturalista a lo largo de la historia, empezando por la edad antigua, pasando por la edad media, hasta llegar a la edad moderna. Por medio de la elaboración del pensamiento jurídico de los filósofos modernos también se ha comprendido que el concurso de las voluntades libres de los individuos, asociados en el Contrato social, independientemente de su respectiva versión, forma la base del positivismo jurídico, una vez que los principios del derecho natural dejaron de ser buscados en sus raíces teológicas para encontrar su fundamento en la naturaleza humana, donde son depositados los principios innatos. Se ha observado que de los persistentes trabajos de la Escuela del derecho natural, en conjugación con la doctrina del Contrato social, que establecía la competencia del legislador del Estado, resultaron los Códigos actuales.

Interesa investigar de ahora en adelante las distintas corrientes de pensamiento que la naturaleza misma del derecho evoca en aquel exacto momento en que un derecho natural es o está en la inminencia de ser violado. Son pensamientos que se fueron imponiendo de conformidad con sus respectivos contextos sociales.

### 2.1. La equívocidad del término <iusnaturalismo>

A lo largo de la historia de la humanidad los más diversos autores presentaron sus elaboraciones en cuanto a la naturaleza del derecho natural, dando origen a diversos modelos de iusnaturalismo. En efecto, el concepto de derecho natural pasó por transformaciones, ya que se fundamentó inicialmente en la naturaleza de las cosas, pasando por la concesión divina hasta llegar a la razón humana, por lo que se puede concluir que los filósofos descritos en el capítulo anterior, aunque defendieron la existencia de derechos naturales inherentes al ser

humano, lo hicieron desde distintas justificaciones, y por lo tanto, se podría afirmar que se estaría tratando de distintas escuelas de derecho natural. Sin embargo, se aclara que en el presente estudio se ha preferido emplear el término iusnaturalismo (en singular), en lugar de iusnaturalismos (en plural), considerándose, que, en general, los juristas eligen adoptar la expresión “derecho natural”, en singular, cuando en realidad se están tratando de diferentes tipos de derechos naturales.

Además, independientemente de la justificación que haya utilizado en su respectivo tiempo histórico, la noción de derecho natural posee un núcleo esencial en su definición, es decir, la idea de naturaleza. La semántica del término “naturaleza” siempre estuvo incorporada en la expresión <Derecho Natural>, lo que demuestra el valor que agrega y que mantiene la naturaleza al derecho. Los derechos, conforme el entendimiento y la significación de la palabra naturaleza provienen tanto de la propia constitución del mundo natural, como de la naturaleza racional del hombre o también de la naturaleza sociopolítica humana.<sup>91</sup>

Se aprovechará la ocasión para valerse de las enseñanzas del jurista brasileño Reis Friede y aclarar que como derecho, el derecho natural posee por lo menos dos acepciones habituales, siendo la primera la de ser una <teoría> mientras que la segunda es considerada como un <resultado> de la teoría. Por lo tanto, el estudio del derecho natural remite a los juristas tanto a una forma de entender el fenómeno jurídico en cuanto a una construcción teórica como el resultado de la especulación de esa construcción, que ofrece en concreto un conjunto de principios ético-sociales y valores, dentro de los cuales están alojados los derechos humanos.<sup>92</sup>

En este sentido, Adrián Sgarbi enseña que el primer sentido del derecho natural es de una postura epistemológica y que, por lo tanto, este no se encuentra en el mismo nivel que el derecho elaborado por el legislador, así como sucede, por ejemplo, con la <teoría> del derecho positivo en lo que concierne al <derecho positivo> que haya sido puesto efectivamente, es decir, el producto de los actos de las autoridades normativas.<sup>93</sup>

Por lo tanto, cabe aquí aclarar que la utilización de la expresión “doctrina del derecho natural” mejor expresa el término <iusnaturalismo> utilizado para fines de este estudio mientras que la expresión <derecho natural> está siendo empleada para nombrar el resultado del proceso especulativo de la teoría iusnaturalista contemporánea.

---

<sup>91</sup> BITTAR, Eduardo C. B. *Direito Natural: sentido natural versus sentido cultural*. Brasília: Revista de informação legislativa do Senado Federal ano 38, n. 152, 2001, p. 185

<sup>92</sup> FRIEDE, Reis. *Teoria do pensamento jurídico: jusnaturalismo e juspositivismo*. 1 ed. Curitiba: Appris, 2018, p. 37

<sup>93</sup> SGARBI, Adrian. *Teoria do Direito, primeiras lições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 692

## 2.2. Las principales corrientes del pensamiento jurídico en la actualidad

En el capítulo I se estudió la evolución de la teoría del derecho natural a partir de su temporalidad lineal que para fines didácticos es bastante útil para diferenciar el iusnaturalismo del iuspositivismo. Hay una secuencia histórica que empieza con los griegos descritos en la Antígona de Sófocles, pasando por Sócrates, Platón y Aristóteles, posteriormente por San Agustín y Santo Tomás de Aquino, hasta llegar a Hobbes, Locke, Rousseau y Kant. Sin embargo, en las épocas contemporáneas, dicha evolución temporal no existe, ya que muchas corrientes de pensamiento jurídico se presentaron al mismo tiempo, unas en contraposición a otras.

En este orden de ideas, en su obra “Norm and Nature” el jurista Roger A. Shiner propone una clasificación del pensamiento jurídico en tres principales manifestaciones: 1. La Teoría del Derecho Positivo, 2. La Teoría del Derecho Natural y 3. La Teoría Crítica del Derecho.<sup>94</sup>

La teoría del Derecho Positivo es considerada aquella en la que el derecho está necesariamente vinculado a las normas jurídicas del Estado. Uno de los fundamentos metodológicos de la teoría positivista contemporánea es el de la filosofía analítica, representada por pensadores como Hans Kelsen, John Austin y Herbert Hart, quienes otorgaron al derecho un tratamiento analítico, lógico y lingüístico. No obstante, en virtud de los acontecimientos históricos que se detallarán a continuación el iuspositivismo pasó a adoptar una postura ecléctica, así como la planteó Gustav Radbruch, seguido por grandes pensadores como Ronald Dworkin y Robert Alexy.

La teoría del Derecho Natural en la actualidad atiende a la idea de los derechos humanos como principales elementos de justicia. El iusnaturalismo contemporáneo tuvo como sus dos principales precursores a Radbruch y Jacques Maritain, razón por la cual se delinearán a continuación las características más importantes de sus respectivas teorías.

La Teoría Crítica del Derecho fue desarrollada por Karl Marx (1818-1883), quien básicamente propuso una manera de entender el derecho por medio de la comprensión de los vínculos entre Estado y reproducción económica y social, ofreciendo al mundo una reflexión crítica que conduce a la revolución como estrategia de acción transformadora del Estado capitalista. Tal pensamiento fue conjugado por pensadores como Vladimir Ilyich Ulianov, más conocido como Lenin (1870-1924) y Evguiéni Bronislávovitch Pachukanis (1891-1937)

---

<sup>94</sup> SHINNER, Roger A. Norm and Nature: the movements of legal thought. New York: Oxford University Press, 1992, p. 2

y se perpetúa hasta la fecha como ideal político. No obstante, y a pesar de su importante aporte para el entendimiento completo del pensamiento jurídico contemporáneo, en virtud de la delimitación del tema, dicha teoría no será objeto de enfoque en este estudio.

La presente investigación se dedicará a demostrar como el iusnaturalismo, a pesar de variaciones de perspectivas – unas de manera más explícita que otras - ha prevalecido como pensamiento jurídico dominante a nivel mundial.

### 2.2.2. El iusnaturalismo contemporáneo

El iusnaturalismo es conceptualizado actualmente como un conjunto de principios de carácter universal, permanente e inmutable. Las teorías iusnaturalistas defienden el derecho natural como un derecho válido por sí mismo, legitimado por una ética superior a la propia normatividad del Estado, incidiendo en el espacio como un todo, independientemente del lugar, con su validez intacta por no afectarse por ninguna ley.

Para defender el iusnaturalismo en la actualidad, es preciso comprender a priori el concepto de iuspositivismo, sus orígenes y transformaciones. En este sentido, el jurista italiano Sergio Cotta, en su escrito “Positive law and natural law” se posiciona afirmando que <los iuspositivistas no tienen ninguna duda que las prescripciones del derecho positivo son obligatorias; así como los iusnaturalistas están convencidos de que lo mismo sucede en lo que concierne al derecho natural><sup>95</sup>.

A pesar de ser uno de los más importantes defensores del derecho positivo, Hans Kelsen trató de establecer una diferenciación entre derecho positivo y derecho natural, afirmando que <el derecho natural es un derecho ideal, inmutable y natural, mientras que el derecho positivo es un derecho real, mutable y puesto por el hombre><sup>96</sup>.

Norberto Bobbio elaboró una distinción entre Derecho Natural y Derecho Positivo que puede ser sintetizada de la siguiente manera: a) antítesis universalidad/particularidad (el derecho Natural es universal, mientras que el Derecho Positivo es válido en lugares determinados, criterio este que se remonta a Aristóteles; antítesis inmutabilidad/mutabilidad (el Derecho Natural es inmutable en el tiempo mientras que el Derecho Positivo es mutable); c) antítesis natura/potestas populus, criterio relacionado con las fuentes del Derecho Natural y

---

<sup>95</sup> Cotta, Sergio. “Positive Law and Natural Law.” *The Review of Metaphysics*, vol. 37, no. 2, 1983, pp. 265–285. <i>JSTOR</i>, [www.jstor.org/stable/20128007](http://www.jstor.org/stable/20128007). Accessed 13 Aug. 2021, p. 272

<sup>96</sup> KELSEN, Hans. O problema da justiça. Trad. João Batista Machado. E ed. São Paulo: Martins Fontes, p. 69

del Derecho Positivo; d) antítesis ratio/voluntas, distinción que se refiere al modo por el cual el Derecho es revelado y conocido por sus respectivos destinatarios (el Derecho Natural es conocido por medio de la razón mientras que el Derecho Positivo es identificado por medio de una declaración de voluntad ajena, es decir, de un acto de promulgación; e) criterio concerniente a los objetos del Derecho Natural y del Derecho Positivo, es decir, a los comportamientos regulados por ambos, pues comportamientos regulados por el Derecho Natural son buenos o malos por sí mismos, mientras que los regulados por el Derecho Positivo son por sí mismos indiferentes y asumen cierta calificación solo porque (y después que) fueron disciplinados en cierto modo por el Derecho establecido; f) criterio de valoración de las acciones, donde el Derecho Natural establece lo que es bueno mientras que el Derecho Positivo establece aquello que es útil.<sup>97</sup>

Adrian Sgarbi identificó los siguientes postulados comunes a las distintas corrientes iusnaturalistas: a) dualidad, pues el Derecho Natural se deriva del hecho de afirmarse la existencia de dos Derechos, uno natural inmutable, y, por consiguiente, está más allá y por encima de la historia y el Derecho Positivo, obra humana en la historia y puesto por un legislador; b) derivación, pues el Derecho Natural no representa solo una instancia superior, sino una manera de atribuir o no reconocimiento jurídico a los materiales normativos; c) carácter universal, pues las prescripciones del Derecho Natural afectan a todos los hombres por igual; d) cognoscibilidad, considerando que el Derecho Natural puede ser conocido por todos, por lo menos en sus preceptos fundamentales; e) límite a la actividad del legislador, porque se cree que el Derecho Natural desautoriza la actividad legislativa que tal vez pueda violarlo.<sup>98</sup>

De su parte, Struchiner afirma que luego de realizar un análisis comparativo de las diversas variantes del Derecho Natural, los autores defensores del Iusnaturalismo sostienen tres tesis idénticas: 1ª) la que defiende la existencia de principios morales de justicia universalmente válidos y accesibles a la razón humana, tesis que se despliega en una naturaleza ontológica (que aboga por la existencia de principios morales universalmente válidos) y otra de matiz lógico concerniente a la posibilidad de conocimiento de tales principios; 2ª) la tesis según la cual un sistema normativo, o una norma específica, no puede ser considerada jurídicamente válido en caso de que contraríe dichos principios; 3ª) la tesis

---

<sup>97</sup> BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito. Trad. Marcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995, p. 23

<sup>98</sup> SGARBI, Adrian. Teoria do Direito, primeiras lições. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 694

que obliga tanto a los jueces como a todos los ciudadanos a obedecer al derecho, pues el pensamiento fundado en la teoría iusnaturalista no admite norma jurídica que no sea justa.<sup>99</sup>

En este orden de ideas, y en el contexto de las consecuencias jurídicas a que se enfrentó después de la segunda guerra mundial, el Ministro de Justicia alemán Gustav Radbruch<sup>100</sup> sostuvo que tanto la autoridad como las leyes deben respetar a la libertad humana, la cual debe anteponerse a ambas para lograrse la justicia. Este es un punto esencial para el entendimiento de la defensa del iusnaturalismo como doctrina que va entrañada en las políticas desarrolladas por un país para la prevención de cualquier tipo de violencia, y, con ello, la protección de la dignidad del ser humano, razón por la cual se dedicarán las siguientes páginas al estudio de la teoría de Radbruch.

#### 2.2.2.1. El derecho natural defendido por Gustav Radbruch

El jurista alemán Gustav Radbruch (1878-1949) defendió en su obra “La arbitrariedad legal y el derecho suprallegal” que en los casos prácticos el juez debe desconocer la validez de leyes injustas, porque si bien la seguridad jurídica es importante, la justicia debe imperar en todos los casos. El Derecho Natural defendido por Radbruch consiste en la superación del juridicismo y en la introducción de la ética, cultura y política en el derecho a través de la defensa de un conjunto de principios ético-sociales, y precisamente dentro de esos principios, está la defensa de los derechos humanos.

A pesar de pensamientos menos usuales, como el del filósofo estadounidense Stanley L. Paulson<sup>101</sup>, quien considera que Radbruch nunca ha sido positivista, la mayoría de los autores sobre este tema, como por ejemplo el autor Mauricio Fau afirma que Radbruch es un positivista arrepentido, que pasó a representar la postura iusnaturalista al final de la segunda guerra mundial, demostrando por medio de sus ensayos de posguerra, lo dañina que resulta la aplicación del positivismo jurídico en su sentido estricto. Durante la segunda guerra mundial Radbruch fue destituido de sus actividades académicas y política, e inclusive exiliado. Cuando finalmente pudo volver a ejercer su profesión, Radbruch pasó a defender que el positivismo jurídico estricto basado en el modelo de Hans Kelsen, dejó a los juristas y al

---

<sup>99</sup> STRUCHINER, Noel. Algumas proposições fulcrais acerca do Direito: o debate jusnaturalismo vs. Juspositivismo. Org. Antonio Cavalcanti Maia Em Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 401

<sup>100</sup> Gustav Radbruch fue Ministro de Justicia en la República de Weimar (1919-1933), también fue profesor de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho en varias universidades alemanas. Enseñó durante toda su vida, con excepción del periodo nazi, en el que fue exilado. Murió en 1949 a los 71 años de edad.

<sup>101</sup> PAULSON, Stanley L. La filosofía del derecho de Gustav Radbruch y tres ensayos posguerra. Trad. Alejandro Nava Tovar. Madrid: Marcial Pons, 2019, p. 18



pueblo alemanes indefensos frente a leyes arbitrarias, injustas y criminales.<sup>102</sup> En sus escritos anteriores a 1945, Radbruch atestaba su preocupación con la seguridad jurídica, dando clara preferencia al derecho en caso de conflicto con la justicia, porque según sus palabras <es más importante la existencia del orden jurídico que su justicia, ya que la justicia es la segunda gran misión del derecho, siendo la primera la seguridad, la paz><sup>103</sup>.

Paulson, de su parte, afirma que Radbruch era consciente de que la inscripción de los derechos naturales en los sistemas jurídicos positivo-legalistas tenía por fundamento el mantenimiento de la paz, no obstante, en virtud de su propia experiencia delante del abuso estatal legalmente constituido, este tuvo que recuperar la discusión de los valores y los fines, reivindicando el planteamiento de Immanuel Kant en el sentido de que todo hombre debe ser considerado no como un medio sino un fin en sí mismo. Era necesaria la reconstrucción de la teoría jurídica hasta aquel entonces aplicada, a fin de que la humanidad pudiera, de manera eficaz, defender la dignidad humana por encima de cualquier estructura jurídica.

En su ensayo de posguerra denominado “Arbitrariedad legal y el derecho suprallegal”, Radbruch también defendió que el derecho realiza tres valores. El primero de esos valores es la seguridad jurídica (que antes de la guerra era su prioridad anterior); el segundo es la justicia (conforme se ha demostrado en el párrafo anterior); el tercer valor que realiza el derecho es la conveniencia, este en el orden jerárquico colocado por último lugar a fin de garantizar el bienestar de la comunidad, pues según Radbruch la seguridad jurídica, que toda ley positiva implica a causa de su positividad, toma una singular posición intermedia entre conveniencia y justicia. Por ello, Radbruch propuso una nueva fórmula de manejar el derecho, afirmando en su sección tercera lo siguiente: <El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica se debió resolver con la primacía del derecho positivo sancionado, aun cuando por su contenido sea injusto e inadecuado para beneficiar al pueblo, hasta que la contradicción entre la seguridad jurídica y la justicia alcance una medida tan intolerable que el derecho, en tanto falso derecho, deba ceder a la justicia. Es imposible trazar una línea nítida entre los casos de arbitrariedad legal y de las leyes válidas a pesar de contenido incorrecto; no obstante, otro límite puede distinguirse con mayor claridad: donde no hay siquiera una aspiración de justicia, donde la igualdad, la cual integra el núcleo de la justicia, fue negada

---

<sup>102</sup> A diferencia de Hans Kelsen, quien también sufrió los desafueros del régimen nazista, y aun así mantuvo firme su pensamiento positivista, Radbruch, de su parte, abandonó la preferencia que antes tenía a la ciencia pura del derecho, declarada en sus obras *Filosofía del Derecho* y en su *Introducción a la ciencia del derecho*. RADBRUCH, Gustav. *Monografías jurídicas: relativismo y derecho*. Trad. Luis Villar Borda. Bogotá: Editorial Temis, 1999, p. 15

<sup>103</sup> RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la ciencia del derecho*. Trad. Luis Recasens Siches. Madrid: V. Suarez, 1930, p. 34

conscientemente en beneficio de la regulación del derecho, allí la ley no es solo falso derecho sino que carece por completo de la naturaleza del derecho><sup>104</sup>.

En otro ensayo, denominado Cinco Minutos de Filosofía del Derecho, Radbruch recuerda la existencia de principios jurídicos más fuertes que cualquier ley, de manera que si una ley contradice al derecho natural, la primera carece de validez. En estos términos dicho jurista aseveró que <Hay principios de derecho fundamentales que son más fuertes que toda disposición jurídica, por ejemplo, una ley que los contradiga, y carente por ello de validez. Esos principios básicos se llaman derecho natural o derecho racional><sup>105</sup>.

En nombre de los derechos humanos, Radbruch defendió la democracia y propició la creación de un derecho universal que pugnara por la paz mundial y la solución pacífica e imparcial de conflictos entre los Estados, en representación del interés supranacional y los valores de la cultura universal. Este derecho supranacional, que fue planteado para ser supralegal, fue planteado para ser la base de las leyes positivas, razón por la cual Radbruch aseveró que hay leyes que no son derecho y que hay derecho por encima de las leyes.<sup>106</sup>

A pesar de que su planteamiento estaba condicionado por la realidad de su tiempo histórico, dado que el derecho nazi debería ser considerado injusto por haber violado los derechos humanos, sus ideas pasaron a ser respetadas y acatadas por los demás juristas de todo el mundo y su fórmula de que <si el derecho positivo no está al servicio de la justicia no es derecho><sup>107</sup> pasó a ser adoptada a nivel mundial. Otro punto importante de su momento histórico que merece destaque es el hecho de que el nazismo había llegado al poder por el respaldo electoral y que por ello las leyes allí promulgadas gozaban de validez jurídica. Esta fue otra gran aportación de Radbruch al plantear que una ley denunciada como injusta, a pesar de aprobada por legisladores legítimamente elegidos por votación popular, por estar en desarmonía con el fin ligados a ciertos principios jurídicos anteriores a cualquier ley positiva, carecía de validez.

Con base en esta perspectiva, el problema de la ley injusta o inmoral, que antes era solo una cuestión de conciencia personal, pasó a ser valorada dentro de un contexto que tiene como base la reivindicación del Derecho Natural. A partir de tales premisas, se privilegiaría

---

<sup>104</sup> RADBRUCH, Gustav. Arbitrariedad legal y el derecho supralegal. Monografías jurídicas: relativismo y derecho. Trad. Luis Villar Borda. Bogotá: Editorial Temis, 1999, p. 34

<sup>105</sup> RADBRUCH, Gustav. Cinco Minutos de Filosofía del Derecho. Monografías jurídicas: relativismo y derecho. Trad. Luis Villar Borda. Bogotá: Editorial Temis, 1999, p. 73

<sup>106</sup> FAU, Mauricio. Crítica al positivismo jurídico: la obra de Gustav Radbruch: colección resúmenes universitarios n° 723 (Spanish Edition), p. 71

<sup>107</sup> FAU, Mauricio. Crítica al positivismo jurídico: la obra de Gustav Radbruch: colección resúmenes universitarios n° 723 (Spanish Edition), p. 74

un derecho supralegal con base en derechos humanos universales que sirviera de vara para medir a cualquier norma, y que tuviera el poder de descalificar eventual ley formal injusta.

#### 2.2.2.2 El derecho natural defendido por Jacques Maritain

El francés Jacques Maritain (1882-1973), por medio del rescate de la filosofía medieval de Santo Tomas de Aquino para el mundo contemporáneo, defendió el sistema democrático basado en el cristianismo, la antropología y en el eficaz cumplimiento del derecho natural.

La sociedad del inicio del Siglo XX, que desde la edad moderna había dejado de creer en sus referencias había perdido la capacidad de formar ciudadanos virtuosos que pudieran aportar al desarrollo equilibrado de sus comunidades.

Según Maritain, el Estado burgués que se había instalado se daba una vida común sin bien común ni obra común, una libertad sin dominio de sí, una igualdad sin justicia, una técnica sin sabiduría. El hombre contemporáneo, así, estaba caracterizado por la preocupación por el conocimiento y la ciencia, para quien la metafísica se había vuelto obsoleta; la imagen de las instituciones estaban ya desgastadas, sus fundamentos y justificativas cuestionados e irrespetados. En la edad moderna el hombre había sustituido el Evangelio por la razón científica, en un proceso impulsado por la promesa de que la seguridad jurídica traería la paz tan deseada. Los Códigos liberales heredados de la fase moderna ya se habían consolidado en los países occidentales.<sup>108</sup>

Sin embargo, tras presenciar los horrores de dos guerras mundiales, Maritain se dedicó a investigar el origen de los males del hombre contemporáneo en busca de su posible solución. Este escenario, cargado de cuestionamientos sobre la realidad y el sentido existencial del individuo llevó a Maritain a cuestionarse sobre el motivo por el cual la sociedad en general había dejado de respetar el argumento cristiano y sus valores. Al buscar respuestas a sus cuestionamientos en la filosofía, Maritain las encontró leyendo la obra “Suma Teológica” de Santo Tomas de Aquino, y a partir de tan fuerte influencia, aquel propuso al mundo contemporáneo una nueva filosofía, basada en las enseñanzas de Cristo Jesús, como

---

<sup>108</sup> MARITAIN, Jacques. Christianity and democracy and The rights of man and natural law. Trad. Doris C. Anson. San Francisco: Ignatius Press, 2011, p. 15

principio para el rescate del respeto eficaz del valor absoluto de la persona, la familia y del bien común.<sup>109</sup>

Maritain vivió en una era donde las distintas ideologías daban lugar al liberalismo y la democracia predominaba como mejor forma de gobierno. Sin embargo, Maritain pensaba en una manera de mejorar la democracia hasta aquel entonces existente, teniendo en vista que el desarrollo del hombre dependía del mantenimiento del principio de la libertad, pero que dicha libertad dependía de una específica concepción del hombre que atendiera a los fines de la democracia, y a pesar de no ser una pregunta nueva en el campo filosófico, Maritain se dedicó a investigar qué es y a qué fin se presta el hombre. Por ello, en 1933 Maritain publicó su obra “Del régimen temporal y de la libertad” donde planteó los conceptos de individuo y persona, caracterizando al individuo como una especificación de un conjunto propio del mundo material y considerando a la persona como un individuo dotado de espíritu. Así, reflexiona que la persona al vivir en sociedad, es parte de ella como individuo y como tal está subordinado al bien común del conjunto, pero como persona es una unidad integral, un fin en sí misma, y no una parte del todo. La persona, que se sostiene por su inteligencia y libertad, posee además un alma, por ello, el espíritu es la raíz de la personalidad.<sup>110</sup>

Frente a la ideología que imperaba en su tiempo, la cual atribuía al hombre una naturaleza cambiante, Maritain rescató los conceptos de autonomía y libertad inherentes al ser humano, invirtiendo así los polos conceptuales, pues según Maritain el hombre no está al servicio de la sociedad sino que la sociedad es ordenada por el hombre, la sociedad protege al hombre en todos sus aspectos.<sup>111</sup>

Para construir su pensamiento criticó el pensamiento protestante, que por considerar al hombre como señor del mundo, en virtud de la gracia divina que se le ha concedido, el hombre se convenció de que nada le podría detener en su cumplimiento, y por eso se puso a buscar el poder sin límites. Según Maritain, el humanismo que procede de la reforma protestante posee una visión pesimista del hombre, en la que el pecado ha destruido la naturaleza. Así, el hombre se considera pecador y esa definición de sí trae consigo la

---

<sup>109</sup> El cristianismo defendido por Maritain está vinculado a la figura de Jesús Cristo, un hombre humilde y carpintero. Hijo de una virgen llamada María, que fue concebido por el Espíritu santo y que producía milagros, como curar a los enfermos en estado grave o convertir agua en vino; que murió tras ser condenado injustamente y resucitó. Que está vivo, y se halla presente en la Eucaristía. GAMARRA YÁÑEZ, Paul. La persona en la política: el humanismo integral de Jacques Maritain. Perú: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 29

<sup>110</sup> CORREA, Ángel C. Lecturas escogidas de Jacques Maritain II: visión general de su filosofía humanista cristiana. Miami: Ediciones Humanismo Integral, 2013, p. 25

<sup>111</sup> Durante el periodo que separó Maritain de su nacimiento hasta su muerte, él presencié la revolución comunista en Rusia, la ascensión del fascismo y del nazismo, dos guerras mundiales, la guerra española, entre otros conflictos del Siglo XX. ASSIS, João Paulo de. Jacques Maritain e os direitos humanos: um olhar sobre a dignidade da pessoa humana. São Paulo: Paulus, 2020, p. 19

conclusión de que su destino en la tierra es progresar materialmente porque de su alma ya se encargará Dios, y las obras son inútiles para su salvación. Con base en dicho raciocinio, la guerra por la prosperidad material estaría justificada.

Maritain criticó también a los pensadores modernos, porque dicha búsqueda desenfrenada por el progreso desencadenó que el hombre confiara sus ideales solo al Estado. En su obra “Humanismo Integral” Maritain asegura que el infortunio del humanismo moderno es el haber sido antropocéntrico; no el haber depositado sus esperanzas en la razón sino el haber aislado la razón. Por lo que afirma que el mundo moderno ha buscado lo bueno pero de mala manera, y con ello comprometió la búsqueda del ser humano por los valores verdaderamente humanos, y cita como ejemplo de dichas equivocaciones la teoría de Rousseau, para quien ni siquiera subsistía la Gracia, pues esta había sido sustituida por la naturaleza.<sup>112</sup>

En sus escritos, Maritain afirma que aun en la fase renacentista, la abstracción de Dios a la hora de comprender lo que es el hombre y su libertad ha sido el principal factor que llevó el mundo moderno a equivocarse, pues la negación de Dios termina con la negación de la personalidad libre y espiritual del hombre. Al comentar sobre la insistencia de Maritain en establecer toda una filosofía basada en la creencia de Jesús Cristo y sus enseñanzas, el filósofo peruano Paul Gamarra pondera: <No creo que haya noticia más escandalosa que esta. Que un hombre sea Dios o que Dios se halla hecho hombre. Ni Sócrates, o Platón o Aristóteles lo habrían imaginado. Los dioses estaban muy cerca de los hombres, hasta llegaron a convivir con ellos, pero seguían siendo dioses. Ni siquiera Sócrates, inmortalizado por su actitud filosófica, llegó a ser Dios sino a vivir con los dioses. Pero éste Jesús se hizo uno como nosotros, revelándose así como el camino, la verdad y la vida. ¿Cómo llegamos a él? No hay un camino establecido pero si hay un camino para cada uno. Y Maritain siguió por el suyo. Sobre esta roca firme estableció su filosofía del hombre y de la política. Y esta es la razón de por qué recurre a Santo Tomás de Aquino, pues el ser, el principio aquí es Dios, la Santísima Trinidad.><sup>113</sup>

Maritain, en realidad, quería advertirle al mundo que no eran las ideologías (nazismo, comunismo, etc.) el origen de todos los males, sino que era el olvido de las enseñanzas divinas lo que había convertido a los hombres en enemigos. Su filosofía, por tanto, defendió la conversión del hombre en verdaderamente humano, a fin de que manifieste su

---

<sup>112</sup> MARITAIN, Jacques. “Integral Humanism and the Crisis of Modern Times.” *The Review of Politics*, vol. 1, no. 1, 1939, pp. 1–17. JSTOR, [www.jstor.org/stable/1403915](http://www.jstor.org/stable/1403915). Accessed 16 Apr. 2021, p. 6

<sup>113</sup> GAMARRA YÁÑEZ, Paul. *La persona en la política: el humanismo integral de Jacques Maritain*. Perú: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 30

magnificencia original y que sea capaz de desarrollar sus poderes, su energía creativa y su razón y a la vez trabajar para hacer las fuerzas del mundo físico sus instrumentos de libertad. Para la consecución de dicha conversión, Maritain sugirió la unidad comunitaria basada en la amistad, análogamente a la unidad espiritual que representa la Trinidad cristiana, y afirma que es preciso admitir que el ejercicio político de la justicia y de las demás virtudes morales, aunque pueda ocasionar momentáneamente sufrimientos y pérdidas, tiene en definitiva que conducir al bien común de la ciudad.<sup>114</sup>

La dignidad humana, tan defendida por Maritain, se justifica por esa noción antropológica y cristiana a la vez, pues en su concepto de persona, reconoce a Dios no solo como creador de los individuos, sino que le atribuye el hecho de haber conferido a cada ser humano el don espiritual y la libertad de elección, formando un todo que es parte del mundo, pero al mismo tiempo, independiente de él. Ni la naturaleza, ni el Estado pueden invadir la personalidad del individuo sin su permiso.<sup>115</sup> Por tanto, la persona debe ser comprendida en su totalidad, es decir, de manera integral, pues está compuesta de materia y espíritu, cuerpo y alma. Por eso, para hacer posible el ejercicio del respeto a la dignidad entre los hombres, Maritain plantea la reconstrucción de la civilización occidental, basada en una cristiandad que opere una transformación en el ser humano, a fin de que los hombres actúen de manera a considerar y a tratar a sus semejantes no como un medio sino como un fin; y en el cual se producirán hombres libres y creadores de valores.

En 1942 Maritain publicó un escrito de su autoría denominado “Los derechos del hombre y la ley natural”, donde buscó conciliar el pluralismo democrático con el cristianismo. Su filosofía fue valorada y acatada por la Iglesia católica en la persona del Papa Pio XII, quien lo invitó a ser Embajador de Francia en el Vaticano de 1945 a 1948, periodo este en que Maritain se vio involucrado en elaboración de la Declaración Universal de los Derechos Humanos promulgado por la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Anteriormente a la votación de dicha Declaración, Maritain ya había anticipado su preocupación en formular un acuerdo entre naciones que teóricamente adoptan ideologías tan opuestas unas de otras. Así, en su discurso como presidente de la primera sesión plenaria de la Segunda Conferencia Internacional de la UNESCO, en la Ciudad de México, el 6 de noviembre de 1947, afirmó lo siguiente:

---

<sup>114</sup> MARITAIN, Jacques. “Integral Humanism and the Crisis of Modern Times.” *The Review of Politics*, vol. 1, no. 1, 1939, pp. 1–17. JSTOR, [www.jstor.org/stable/1403915](http://www.jstor.org/stable/1403915). Accessed 16 Apr. 2021, p. 3

<sup>115</sup> GAMARRA YÁÑEZ, Paul. *La persona en la política: el humanismo integral de Jacques Maritain*. Perú: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 16

<Nos reunimos en un momento particularmente grave de la historia del mundo en que, ante una tirantez internacional y antagonismos crecientes, cuyos peligros sería vano subestimar, vastas partes de la opinión pública se exponen a dejarse sugestionar por la obsesión de la catástrofe y abandonarse a la idea de la fatalidad de la guerra. ¿Será posible que no proclamen que el resignarse a la catástrofe es la peor de las locuras; que el miedo y sus reflejos atraen, si se cede a ellos, los mismos peligros que más se temen; que cuanto más dramática se hace la situación de los pueblos y más requiere de los hombres de Estado una firmeza lúcida, más debe denunciarse la idea de la fatalidad de la guerra como una desdichada negación de la inteligencia y de la dignidad humana?><sup>116</sup>

En virtud de dicha preocupación, propuso como soluciones la elaboración de objetivos teóricos y metas prácticas, de manera que la teoría, compuesto por un complejo repertorio de circunstancias estuviese supeditada a la acción. Maritain era consciente de que para alcanzar efectivamente la paz, y consecuentemente, el respeto al derecho natural, no se podía dar ningún paso si no se transformaba la consciencia de la humanidad, y se imponía el convencimiento de que la guerra no es un procedimiento racional de resolver conflictos, por lo que se hacía urgente rescatar en el interior de cada ser humano, los principios cardinales que deben regir el orden práctico.<sup>117</sup>

La posibilidad de un acuerdo entre naciones dependía de que cada Estado miembro aceptase compartir una ideología básica práctica y principios básicos de acción. En este sentido, Maritain argumentó que dichos principios están implícitamente reconocidos en la consciencia de los pueblos libres, como en una especie de residuo común, una especie de ley no escrita, allí donde hay un punto de convergencia práctica, que aunque provenga de ideologías teóricas y tradiciones espirituales frontalmente opuestas, prevé normas tan esenciales, que pueden y deben convertirse en principios comunes de acción.

Según Maritain es evidente la existencia de una ley natural al hombre que le permite ejecutar sus facultades y actuar libremente, conforme a su voluntad. Es el libre albedrío, en la acción y en la voluntad, pero sin caer en el extremo de perjudicar a sí mismo, y este contexto diseña principios comunes de acción, los cuales fueron aceptados tanto así que fueron promulgados bajo el título de Declaración Universal de los Derechos del Hombre, ocasión en que cuarenta y ocho países votaron a favor, ocho se abstuvieron, sin ningún voto en contra.

---

<sup>116</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Records of the General Conference of the United Nations Educational Scientific and Cultural Organization”, Second Session. México, 1947. Vol. I. “Proceedings”, Paris 1948, pág. 28

<sup>117</sup> PERDOMO GARCÍA, José. La cooperación intelectual en la UNESCO: la II Conferencia General de la Unesco. México, 1947. Revista de educación. Madrid: Ministerio de Educación Nacional, 1953, n. 7 ; p. 141-148, p. 142

Diferentes perspectivas de mundo en aquel momento convergían en un acuerdo práctico, consintiendo comprometerse con la garantía de derechos inherentes al ser humano, en la consciencia de la unidad del mundo y de la existencia de una comunidad de pueblos.

### 2.2.2.3. El derecho natural defendido por Sergio Cotta

El italiano Sergio Cotta (1920-2007), a través de su planteamiento ontofenomenológico<sup>118</sup> de pensar el derecho, propuso una profundización existencial-ontológica para defender el iusnaturalismo en la Edad Contemporánea. A través de su método retrata al individuo contemporáneo como un ser relacional por naturaleza, que solo en el otro se encuentra a sí mismo. Cotta considera que el derecho natural es aquel procedente de la razón o de la naturaleza, invariable y universal.

En su escrito “Positive Law and Natural Law”; Cotta afirma que <la noción de derecho natural es imperativa para el verdadero conocimiento de lo que significa el derecho><sup>119</sup>. Según Cotta, el derecho natural podría ser interpretado, por ejemplo, como la condición transcendental (en el sentido Kantiano) de la experiencia jurídica. Para el autor, aunque derecho natural y derecho positivo se originen desde diferentes contextos, existe una conexión fundamental entre ambos, que lleva a la obligatoriedad de cualquier norma, (natural o positiva), por estar basada en una justificación relacionada a una situación existencial.

Cotta enseña que el derecho natural, desde una perspectiva filosófica, aunque es concebido como algo oculto frente a lo que es aparente (haciendo una comparación con la teoría de Platón, quien afirma que la esencia está oculta por la existencia); o como algo que fue y dejó de ser (la ley del estado de naturaleza) comparada a lo que de hecho “es” (la ley de la sociedad civil); o finalmente, como el “ideal” en oposición a lo “real”, el derecho natural en sí mismo jamás tuvo su función invalidada por ninguna manera de pensarlo. Por eso, Cotta defiende la idea de que el concepto de derecho natural, además de ser legítimo y éticamente necesario, es totalmente compatible con el concepto de derecho positivo.<sup>120</sup>

En su obra “Giustificazione e Obbligatorietà delle norme”, Cotta desarrolla de manera detallada la diferenciación entre derecho natural y derecho positivo, considerando aquel primero inmodificable, universal y un producto de la razón o naturaleza; y al segundo

---

<sup>118</sup> Ontofenomenología es el estudio a través de etapas de profundización desde el nivel empírico-descriptivo hasta el nivel existencial-ontológico.

<sup>119</sup> Cotta, Sergio. “Positive Law and Natural Law.” <i>The Review of Metaphysics</i>, vol. 37, no. 2, 1983, pp. 265–285. <i>JSTOR</i>, [www.jstor.org/stable/20128007](http://www.jstor.org/stable/20128007). Accessed 13 Aug. 2021.

<sup>120</sup> COTTA, SERGIO. *Giustificazione e Obbligatorietà delle norme*. Roma: Edizioni Studium, 2015, p. 79



como modificable, particular, voluntario, artificial (en el sentido de que está hecho por el hombre). Pese a las diferencias apuntadas, las cuales demuestran la existencia de dos sistemas, es, decir, de dos distintos niveles de la experiencia jurídica humana, los derechos humanos pertenecen al nivel de derecho natural mientras que los derechos civiles pertenecen al derecho positivo. Su teoría se basa en la demostración de una noción de un derecho obligatorio a causa de su incidencia lógica, y no necesariamente de su inscripción en cualquier texto jurídico, es decir, el derecho natural invocado debe ofrecer una explicación suficientemente satisfactoria a punto de indicar la urgencia de su inserción en el mundo positivo. Desde dicha perspectiva, los predicados lógicamente contrastantes de ambos sistemas jurídicos no remiten a la conclusión de que uno u otro inexisten, sino que en efecto, ambos son igualmente posibles y mutuamente compatibles.<sup>121</sup>

Sergio Cotta afirma que, a pesar de no haber un único iusnaturalismo, (este tópico ya se comentó anteriormente, pero interesa la opinión de Cotta), las distintas vertientes iusnaturalistas presentan en sus discursos un núcleo común, cuya identificación se da por medio de su respectiva estructura epistemológica, la cual contendrá, de manera más o menos explícita, estos dos elementos: 1. Problematización, 2. Fundamento originario y condicionante. Según este autor la “naturaleza” debe ser considerada como una “estructura constitutiva de un ente existencial, connotado este último en relación a la nada de su ser”. Esa naturaleza es el fundamento del comportamiento justo y de la norma justa, y, por eso, obligatoria, bajo pena de negación o de disolución del ente constitutivo en cuestión. Por medio de dicho razonamiento, el derecho natural rechaza cualquier teoría que quiera considerarlo como un derecho ideal o puramente teórico, ya que está justificado por medio de un procedimiento científico que le otorga materialidad. En cuanto a los elementos de la estructura epistemológica del iusnaturalismo establece lo siguiente:<sup>122</sup>

1. Problematización. El iusnaturalismo es la problematización del hecho y del fenómeno del ser del derecho. Por ello, el iusnaturalismo se origina del cuestionamiento del sentido inmediato y particularista de la naturalidad del derecho, cuando en Grecia se criticó la atribución de naturalidad solamente al ordenamiento jurídico en vigor de aquella comunidad en particular. Posteriormente, el cuestionamiento operado por el iusnaturalismo no dejó de incidir en el análisis crítico del derecho en los distintos tiempos históricos.

---

<sup>121</sup> COTTA, SERGIO. *Giustificazione e Obbligatorietà delle norme*. Roma: Edizioni Studium, 2015, p. 95

<sup>122</sup> Cotta, Sergio. “Positive Law and Natural Law.” *The Review of Metaphysics*, vol. 37, no. 2, 1983, pp. 265–285. [JSTOR](https://www.jstor.org/stable/20128007), www.jstor.org/stable/20128007. Accessed 13 Aug. 2021

2. Fundamento originario y condicionante. El segundo elemento que caracteriza el iusnaturalismo es la búsqueda de un fundamento originario y condicionante del derecho entendido como estructura de la vida práctica. Según Cotta el derecho no se resume a suscitar problemas para su comprensión, pues de ser así, el derecho se reduciría a la mera descripción de “como” el derecho se presenta en el plan existencial. El iusnaturalismo no es descriptivo ni axiológico del derecho en vigor. Su intención primera es explicativa, es decir, se enfrenta problemáticamente a la pregunta “porque” de la existencia del derecho fenoménico. Dicha pregunta está presente en todas las culturas de todos los tiempos, y para contestarla, los iusnaturalistas contemporáneos desarrollaron una estructura epistemológica problemático-fundamentadora que consiste básicamente en la conclusión de que la obligatoriedad del derecho positivo depende de su justicia.

Cotta considera que la coerción y la fuerza no son, ni pueden ser, fuentes de obligación. Según el autor, definir al derecho como un sistema de normas “dotado de una sanción”, como lo hizo Hans Kelsen, o como “normas relativas al ejercicio de la fuerza”, teoría planteada por Alf Ross, no justifica la obligatoriedad del derecho positivo dado por la autoridad. De manera general, los iuspositivistas que defienden los derechos humanos no tienen otra base sino una Constitución o Convención Internacional. No obstante, dichos documentos pueden ser modificados o sustituidos de acuerdo con la voluntad del poder constituyente o de nuevos acuerdos internacionales. La conclusión es que el derecho positivo no es capaz de garantizar la estabilidad de aquellos derechos.

A lo largo de la historia, una gran cantidad de normas jurídicas ganaron o perdieron su carácter vinculante por medio de las decisiones de autoridades políticas, evidenciando que la norma jurídica no depende de la voluntad de la autoridad, por lo menos, no de su voluntad arbitraria. En efecto, el poder de la autoridad está basado en su capacidad de regular la conducta y en la confianza que le otorga el ciudadano. Así las cosas, si la capacidad de regular y la confianza desaparecen, la autoridad solamente puede ofrecer una presunción de la naturaleza vinculatoria de las normas. En este caso, las normas propuestas tendrán que ser concebidas por la sociedad como reglas coherentes y funcionales en relación a su voluntad final. De otra manera, dicha presunción fallará, y las normas, basadas ahora sólo en la sanción, serán percibidas como imposición. Es por ello que el legislador no solo debe preocuparse en elaborar y promulgar normas, sino también, en justificarlas.

Sólo la validez de su justificación convierte una norma en obligatoria. El autor puntualiza que si es cierto que la justificación de la norma es una justificación de la obediencia, el contrario no es verdadero, y reafirma que <la justificación de la norma, por

muy sólida e incontrovertible que sea, no es capaz de impedir en la práctica que sea violada<sup>123</sup>.

Por eso, la justificación de la norma debe atender a criterios cognitivos que demuestren la finalidad práctica de su cumplimiento. Entre tantos patrones de comportamiento posibles, el legislador tiene la función de elegir uno que deberá ser seguido, y es justo en este momento que el derecho natural ocupa su función legítima. Las reglas deben ser siempre justificadas, pues la sanción, la fuerza y el mandato de la autoridad pueden amenazar, pero no pueden, en el fondo, obligar. Por eso, Cotta defiende la idea de que entre derecho natural y derecho positivo no existe oposición de principios sino una continuidad, pues considera ambas teorías dos especies de un mismo género.<sup>124</sup>

En este contexto, Cotta enseña que la justificación de la norma es requerida con el fin de justificar la sanción adecuada que deberá ser aplicada en caso de violación de la norma, es decir, la justificación de la norma que el derecho exige se refiere a su contenido descriptivo, cuyo fundamento racional debe ser probado ante la experiencia concreta.

Para aclarar su método de justificación de la norma Cotta hizo una analogía a la teoría del imperativo hipotético pragmático de Immanuel Kant, cuyo concepto es el de una finalidad compartida por todos, que lleva a la máxima “si todos quieren, todos deben”. Así, Cotta pudo explicar cómo la justificación de una norma que regula la coexistencia humana prueba su naturaleza vinculante frente a una audiencia universal. A título de ejemplo, el autor citó el “respeto debido a los inocentes”. Todos los inocentes esperan respeto de las demás personas, respeto ese que puede ser recíproco. En este caso, se está tratando de una conducta funcional para la coexistencia, que puede ser universalizada.

Teniendo en cuenta lo anterior, y una vez asimilado que la justificación es un argumento de la razón, es lícito concluir que, tanto el derecho positivo como el derecho natural poseen el mismo origen formal que demuestran su fuerza vinculante, pues ambos son caracterizados por sus prescripciones racionales. En consecuencia, el elemento específico de la doctrina del derecho natural defendido por Sergio Cotta es esa justificación universal, capaz de convertir un deber-ser en una norma positiva obligatoria para todos, pues las normas de derecho natural son justificadas teniendo como fundamento su relación funcional con la coexistencia humana universal, mientras que las normas de derecho positivo son justificadas teniendo como base su relación con los distintos contextos de coexistencia entre particulares.

---

<sup>123</sup> COTTA, SERGIO. *Giustificazione e Obbligatorietà delle norme*. Roma: Edizioni Studium, 2015, p. 33

<sup>124</sup> COTTA, SERGIO. *Giustificazione e Obbligatorietà delle norme*. Roma: Edizioni Studium, 2015, p. 87

### 2.2.3. El Iuspositivismo contemporáneo

Contemporáneamente, de acuerdo con la conceptualización dada por el magistrado Reis Friede en su obra “Teoría del pensamiento jurídico: iusnaturalismo y iuspositivismo” la expresión derecho positivo puede ser definida como <el conjunto de normas jurídicas con el fin de regular la vida en sociedad. Es el derecho cuya elaboración depende de la voluntad humana, revelándose por medio de la forma escrita (ley) o no escrita (costumbre). Es el derecho institucionalizado pasible de ser impuesto de manera coercitiva, que se presenta por medio del contenido de la Constitución, las leyes, los códigos, los tratados internacionales, los decretos ejecutivos, las resoluciones, etc.><sup>125</sup>.

Dicho conjunto de normas jurídicas, es originado por decisiones humanas, las cuales se dan por medio de producción normativa por los poderes del Estado, u originado por modo socialmente difuso, es decir, a través de las costumbres que reitera determinado ordenamiento jurídico. De hecho, cada país establece el ámbito de su jurisdicción en su respectivo derecho positivo, el cual revela, en último análisis, la manera de ser de cada comunidad. El Estado panameño, de su parte, pertenece al sistema jurídico occidental, de familia romano-germánica de derechos (civil law), y de la religión cristiana católica; todo ello por influencia directa de la tradición legal de España, país que conquistó y colonizó el Istmo donde se encuentra actualmente la Ciudad de Panamá, capital del Estado panameño.

En el capítulo anterior se ha demostrado que el iusnaturalismo experimentó distintas perspectivas teóricas a lo largo de la historia de la humanidad. El positivismo jurídico también. Aunque se pueda considerar el iuspositivismo una teoría reciente en comparación con la del derecho natural, su trayectoria sufrió alteraciones que merecen ser consideradas y debidamente presentadas bajo pena de inviabilizar la comprensión del tema, una vez que uno de los objetivos del presente estudio es justamente resaltar los principales factores que contribuyen a pensar que actualmente ambas teorías – iusnaturalismo y iuspositivismo – finalmente se ajustaron y se integraron para atender a las finalidades originarias del derecho: defender la paz social, la seguridad y la libertad del individuo, para entonces, aplicar materialmente la justicia.

Importante anotar también que el positivismo jurídico connota una gran variedad de análisis, que por cuestiones didácticas, fueron clasificadas en dos grandes grupos por el jurista Roger A. Shiner en su obra “Norm and Nature: the movements of legal thought”. Al primer

---

<sup>125</sup> FRIEDE, Reis. Teoria do pensamento jurídico: jusnaturalismo e juspositivismo. 1 ed. Curitiba: Appris, 2018, p. 116

grupo, dicho autor lo denominó Positivismo Simple mientras que al segundo le llamó Positivismo Sofisticado.<sup>126</sup>

El iuspositivismo simple es fruto de una ideología más amplia, llamada positivismo. Así como fue planteado, el positivismo jurídico tenía por objetivo tratar a las ciencias humanas como si fueran ciencias naturales, que funcionan por medio de un método, el descriptivo. En su tarea de describir el orden jurídico, el jurista debería hacerlo de manera que la aplicación del derecho estuviera libre de influencia de cualquier otra ciencia. En cuanto a ideología, el positivismo jurídico simple fue elaborado para separar los conceptos de derecho y de valor. Dicha teoría también trató de describir el derecho como un sistema jerárquico de normas, que consiste en la elaboración de un escalonamiento normativo en que la Constitución, como norma suprema, ocupa el escalón más avanzado del ordenamiento jurídico.

El iuspositivismo sofisticado, también llamado postpositivismo, es el resultado de una reinterpretación filosófica del iuspositivismo simple, que trató de abandonar el método y la ideología, pero que mantuvo la construcción escalonada del orden jurídico con vistas a inaugurar el periodo llamado de Estado constitucional, en detrimento del anterior periodo llamado Estado legal. El iuspositivismo sofisticado mantuvo la Constitución como norma suprema, pero le agregó el status de norma que controla el contenido de la ley y que además explicita en su texto los derechos naturales. El diálogo con la moral y la justicia fue retomado de manera irreversible.

En los siguientes tópicos de este capítulo se detallarán las dos corrientes del positivismo jurídico, empezando por el iuspositivismo simple, donde se presentará nombres de relevantes juristas europeos, que con sus teorías inauguraron Escuelas exegéticas, como la Analítica en Inglaterra y la Histórica en Alemania, por ejemplo. A continuación se detallará el positivismo jurídico sofisticado, que por influencia de juristas americanos, lograron reconfigurar el iuspositivismo y mejorarlo con vistas a garantizar de manera eficaz los derechos naturales.

#### 2.2.3.1. El positivismo jurídico simple

Según Roger A. Shiner, el positivismo jurídico simple es marcado por un sistema de interpretación del derecho que lo caracteriza como estrictamente legal.<sup>127</sup> Sergio Cotta, de su

---

<sup>126</sup> SHINNER, Roger A. *Norm and Nature: the movements of legal thought*. New York, Oxford University Press, 1992, p. 2

parte, certifica que los autores iuspositivistas del Siglo XIX y de los inicios del XX como John Austin, Alf Ross y Hans Kelsen trataron de dividir el derecho (género) en especies, como por ejemplo, las costumbres y los estatutos, y subespecies, clasificándolas en leyes nacionales e internacionales. Según Cotta, dicha manera de pensar el derecho, es decir, reduciéndolo únicamente a la norma escrita es demasiado simplista para ser aceptada.<sup>128</sup>

En el Siglo XIX, el abordaje dogmático, que corresponde al momento de la aplicación de la ciencia del derecho, cuando el jurista se somete al plan teórico de los principios y conceptos generales indispensables a la interpretación, construcción y sistematización de los preceptos e institutos de que se componen el ordenamiento jurídico, fueron desarrollados en tres países europeos: Francia, Alemania e Inglaterra. A partir de este rol precursor, destacados juristas de distintos países diseñaron un iuspositivismo apegado a la norma escrita como el resultado de una construcción lógica, que dispensa el subjetivismo.

Tras una década marcada por conflictos internos que habían generado la instauración del nuevo orden político que representaba los revolucionarios en 1789, Francia inauguraba una nueva fase en la Revolución: el Consulado<sup>129</sup>. Fue durante dicho régimen político cuando el Cónsul Napoleón Bonaparte (1769-1821) nombró una Comisión compuesta por cuatro personas para redactar el Código Civil, siendo dos de ellos juristas especialistas en derecho romano: Portalis y Maleville<sup>130</sup> mientras que los otros dos eran especialistas en derecho consuetudinario: Tronchet y Bigot de Préameneu<sup>131</sup>; todo ello con vistas a dar continuidad a los proyectos revolucionarios, empeñados que estaban en la unificación del derecho privado en el país.<sup>132</sup> Así, el trabajo final presentado por la Comisión redactora del Código Civil contenía cuatro pilares: el derecho romano; el derecho consuetudinario de París; el derecho consagrado en las ordenaciones del siglo XVIII y la jurisprudencia de los Parlamentos, especialmente el de París. En cuanto a su estructura, el Código se parece al modelo de las Institutas de Justiniano, que por su parte, se basaban en las Institutas de Gayo, presenta un título preliminar de seis artículos, seguido de tres libros, en total de 2.281 artículos. El primer

---

<sup>127</sup> SHINNER, Roger A. *Norm and Nature: the movements of legal thought*. New York, Oxford University Press, 1992, p. 19

<sup>128</sup> Cotta, Sergio. "Positive Law and Natural Law." *The Review of Metaphysics*, vol. 37, no. 2, 1983, pp. 265–285. <i>JSTOR</i>, [www.jstor.org/stable/20128007](http://www.jstor.org/stable/20128007). Accessed 13 Aug. 2021, p. 270

<sup>129</sup> En el Consulado el poder fue dividido en tres personas: Napoleón, Roger Ducos y Emmanuel Sieyès. Esa estructura funcionó hasta 1804, año en que, por medio de un plebiscito, Napoleón fue nombrado Emperador.

<sup>130</sup> Jean Étienne Marie Portalis (1746-1807) escritor; y Jacques de Maleville (1741-1824) miembro de la aristocracia y juez de la corte de casación

<sup>131</sup> François Denis Tronchet (1723-1806) abogado presidente de la corte de casación; y Félix Julien Jean Bigot de Préameneu (1747-1825) abogado y político.

<sup>132</sup> El derecho civil francés es el resultado de la combinación del *droit écrit* del sur de Francia, de origen romana con el *droit coutumier* del norte francés, basado en las costumbres germánicas.

libro “De las personas”<sup>133</sup> trata del derecho relacionado con la familia; el segundo libro “De los bienes y de las distintas modificaciones de la propiedad”<sup>134</sup> trata de los derechos reales como uso, usufructo, servidumbre, enfiteusis; el tercer libro “De las distintas maneras por las cuales se adquiere la propiedad”<sup>135</sup> trata sobre institutos como sucesiones, donación, contratos, obligaciones, responsabilidad civil, empeño, hipoteca.

Cuando se promulgó el Código Civil francés el 31 de marzo de 1804, este empezó a estar vigente en los territorios que se encontraban en aquel entonces bajo dominio francés en virtud de la expansión militar liderada por el recién nombrado Emperador Napoleón Bonaparte. Con la caída de Napoleón en 1812, y la consiguiente reconquista de la soberanía de los países europeos, muchos de ellos decidieron voluntariamente homologar el modelo del código napoleónico, en razón de su prestigio ideológico. Dicho documento representaba la pretensión de los franceses de regenerar el hombre, la sociedad y el Estado por medio de la ley, algo deseado por muchas naciones en aquel contexto histórico de guerras constantes y de violaciones en masa de los derechos. Además, el modelo francés presentaba una ley que representaba la voluntad general del pueblo, según el modelo planteado por Rousseau y que prometía edificar una sociedad basada en los principios de igualdad y libertad de los ciudadanos.<sup>136</sup>

El Código Civil francés ejerció una función semi-constitucional, pues contenía en su texto las estructuras jurídicas que representaba los intereses de los revolucionarios en las tres esferas: familia, propiedad y contrato. La función primaria del Estado pasó a ser la de proteger la propiedad privada, garantizar la ejecución de contratos legalmente formados y asegurar la autonomía de la familia patriarcal. Por su parte, los juristas franceses innovaban al conyugar la teoría de que los Códigos, elaborados de modo racional, eran expresiones humanas provenientes del derecho natural, y que, en razón de ello, el estudio del derecho debería reducirse a la simple interpretación de los códigos. Por eso, el derecho positivo pasó a identificarse exclusivamente con la ley escrita.<sup>137</sup>

---

<sup>133</sup> El derecho de familia pasa a ser laico.

<sup>134</sup> En cuanto a la propiedad, se pretendía abandonar las concepciones medievales de propiedad dividida y grabada y rescatar la concepción romana de propiedad una e indivisible, tendencialmente absoluta. De otra parte, en cuanto a la transferencia de la propiedad, lo que se busca es el abandono del modelo romano para la adopción de la concepción germánica de que la transferencia del dominio se da consensualmente, por medio del contrato.

<sup>135</sup> En cuanto a los contratos, la autonomía privada gana espacio, y están limitados apenas por la ley, orden público y buenas costumbres.

<sup>136</sup> FACCHINI NETO, Eugenio. Code civil francês: gênese e difusão de um modelo. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, 2013, p. 72

<sup>137</sup> FRIEDE, Reis. Teoria do pensamento jurídico: jusnaturalismo e juspositivismo. 1 ed. Curitiba: Appris, 2018, p. 125

En la Alemania semi-feudal de inicios del siglo XIX, que poseía una codificación desde 1797 – cuyo texto conservaba la distinción de la población en tres castas donde se encajaban los nobles, los burgueses y los campesinos – se vio afectada por la ocupación de parte de su territorio por Napoleón, donde pasó a regir automáticamente el Código Civil francés. En un país con posiciones económico-sociales tan marcadas era novedosa la recepción, aunque forzada por las circunstancias, de un Código revolucionario, que establecía, por ejemplo, el principio de igualdad de todos los ciudadanos, sin ninguna distinción. Dichas innovaciones en el contexto social alemán provocaron discusiones en cuanto a la necesidad de modificaciones normativas, así como de la unificación del derecho privado alemán, tanto que en 1814 el jurista alemán Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840), por medio de su obra “Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania”, defendió la adopción de un codex común para todas las comunidades alemanas en los mismos moldes del francés.

Thibaut fundamentó su planteamiento en la crisis política y comercial que enfrentaba el Estado alemán de aquel entonces en virtud de disparidades existentes entre las leyes y costumbres de las diversas comunidades alemanas. No obstante, en contraposición teórica el jurista alemán Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) aunque no descarta totalmente la idea de Thibaut de codificar el derecho alemán, la entiende como innecesaria en virtud del momento histórico que atravesaba Alemania. Savigny entendía que la nación alemana, debido al momento histórico en que se encontraba, no estaba en condiciones culturales para una obra de tal importancia; sus argumentos los enumeró en un escrito que llamó “De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la jurisprudencia”, donde sostiene que la fuente primaria del derecho es la costumbre de un pueblo, conforme su historia. Savigny estaba convencido de que los textos del Código Civil francés, por mucho esfuerzo que hicieran, no eran suficientes para prever y resolver todos los litigios, pues los fenómenos históricos evidencian una transformación constante del derecho, de manera que su análisis debe ser adoptado desde una perspectiva orgánica y positiva, enfocada en una finalidad sistemática, en que el perfeccionamiento del derecho se dirige conforme principios esencialmente orgánicos, capaces de reconocer un orden interno regular.<sup>138</sup>

En este particular es importante resaltar que, después de haber estudiado la historia de los sistemas jurídicos positivos de los romanos, en especial la compilación justiniana, Savigny concluyó que en una época de declive de la cultura jurídica la codificación puede ser dañina, pues tiende a perpetuar un derecho ya decadente. Por ello, y en el sentido de evitar

---

<sup>138</sup> FRIEDE, Reis. Teoria do pensamento jurídico: jusnaturalismo e juspositivismo. 1 ed. Curitiba: Appris, 2018, p. 148



que se agravara la situación de decadencia cultural que Alemania atravesaba, Savigny planteó la promoción del desarrollo del derecho científico, es decir, la elaboración del derecho como resultado de la ciencia jurídica. Savigny propuso una conjunción entre la historia, que es concreta, objetiva, y la filosofía jurídica, por él considerada como un sistema organizado de conceptos jurídicos, para explicar el derecho. El derecho considerado como un fenómeno cultural, contingente y resultante de un proceso prolongado en el tiempo, desde donde proviene la costumbre y tradición de cada pueblo deja poco margen al legislador, que no está para crear el derecho sino para traducir en normas el derecho vivo. No se trata de creación arbitraria del poder del Estado sino el resultado de la consciencia popular en determinadas condiciones de tiempo y lugar, donde la costumbre es la manifestación directa, viva, autentica.<sup>139</sup>

La tesis defendida por Savigny está basada en la teoría de Gustav Von Hugo (1764-1844), quien ya había propuesto, en su obra “Libro didáctico de un curso civilista”, publicado en 1790, una división tripartita del conocimiento científico del derecho, que corresponden a tres cuestiones fundamentales: 1. La primera es la dogmática jurídica, que consiste en reconocer que es el derecho; 2. La segunda es la filosofía del derecho, que consiste en analizar si es racional que aquello que se reconoció como derecho sea considerado derecho; 3. La tercera cuestión fundamental es la historia del derecho, que consiste en investigar como el derecho reconocido se convirtió en derecho. Antes de Savigny, Gustav Von Hugo ya había planteado que la concepción del derecho es histórica en su esencia, y, por tanto, permite la clasificación de los acontecimientos en el presente como historia, creándose la posibilidad del conocimiento jurídico como metódicamente histórico. De esa manera, la historia del derecho aparece como ciencia mientras que la dogmática jurídica es una especie de continuación de la investigación histórica con otros instrumentos. Todo ello, llevó a Hugo a criticar la teoría del derecho natural basado en la razón, pues según su teoría, la dimensión histórica de la relación jurídica es un fundamental a ser considerado.

El carácter histórico de la ciencia jurídica le conduciría al positivismo, pues el derecho positivo expresa la historicidad del espíritu popular; y de la organización sistemática de conceptos con base en la realidad histórica, por consiguiente objetiva, podría ser elaborado científicamente. Según Savigny, la perspectiva del derecho natural organizaba el derecho pautado en un paradigma especulativo y subjetivo, parámetros que le descalificaban como ciencia. Por eso, defendió que el sistema jurídico, estructurado sistemáticamente en un

---

<sup>139</sup> SAVIGNY, Friedrich Karl Von. Origen del derecho positivo. Trad. Adolfo G. Posada. Perú: Instituto Pacifico Editores, 2015, p. 14

contexto histórico de la realidad, comporta todos los elementos necesarios para la derivación de cualquier norma jurídica. Dicho sistema jurídico, caracterizado por el progreso y la posibilidad de complementarse encierra en sí mismo la capacidad de producir normas jurídicas antes inexistentes, una vez que la integridad sistemática garantiza la expansión interna del sistema; y era en este sentido que argumentaba como innecesaria la exigencia de un derecho legislado para innovar en el orden jurídico.

En Inglaterra, el positivismo jurídico también formaba adeptos, aunque por medio de justificaciones distintas de aquellas de los revolucionarios franceses. A partir de influencias teóricas de su coterráneo Jeremy Bentham, autor de la teoría utilitarista<sup>140</sup>, y fuertemente influenciado por la escuela histórica alemana, el jurista John Austin (1790-1859) introdujo un enfoque analítico en el ámbito jurídico inglés. En 1832, publicó su obra “La delimitación del objeto del Derecho”, en la cual estableció, de manera organizada y sistemática, aspectos conceptuales del Derecho que inducían a una consecuente separación entre Derecho y moral. Según su teoría, la validez de la norma no depende de fundamentos morales, pues una ley existente existe aunque el ciudadano la apruebe o no. En este orden de ideas, Austin presentó una manera monista de pensar el derecho, y que consistía en considerarlo y analizarlo desde una metodología descriptiva y libre de referencia a valores. Al formular la teoría de que leyes son comandos del poder soberano del Estado, Austin otorgó al monarca y solamente a él la consideración de aquello que debe ser bueno para el género humano. Además, el propio monarca no se somete al derecho que él mismo establece.<sup>141</sup>

La noción de soberano es presentada por Austin como el centro de su estructura filosófica, tornándola, conjuntamente con las nociones de comando, sanción y hábito de obediencia, los elementos de lo que designa ser la llave de la teoría del derecho; el comando es el orden o deseo pronunciado por el soberano y la sanción es la consecuencia. En dicho contexto, el juez estaba obligado a decidir todos los casos que se le presentaban con base en el comando proveniente del soberano, inclusive en los casos concretos en que no existiese un comando que se ajustase, el juez, por estar autorizado por el soberano para hacerlo, resolvía el

---

<sup>140</sup> El jurista inglés Jeremy Bentham (1748-1832) planteó la teoría utilitarista del Derecho, argumentando que las normas jurídicas deben ser interpretadas bajo los efectos producidos por las acciones. Según Bentham, la norma justa es aquella que produce un efecto bueno, en contrapartida, la norma que produce mal resultado debe ser considerada injusta. En el plan social, bueno o justo es aquel que trae con él la tendencia de aumentar la felicidad de todos, o por lo menos de la mayoría. Bajo la premisa del utilitarismo Bentham criticó el derecho natural por entender que las leyes son el resultado de la voluntad humana, por lo tanto, instrumentos que posibilitan la consecución de determinados fines (utilidad).

<sup>141</sup> FRIEDE, Reis. Teoría do pensamento jurídico: jusnaturalismo e juspositivismo. 1 ed. Curitiba: Appris, 2018, p. 150

litigio conforme juzgase más adecuado, construcción teórica que acaba por tornar todas las decisiones judiciales en auténticos comandos del soberano.<sup>142</sup>

Austin no apreciaba la expresión derecho natural, atribuyéndole una analogía con las leyes de la naturaleza, como las de la Física, y que por tanto, debería ser evitada. Austin argumenta que si la apelación a los derechos naturales es solo una moralidad, entonces los derechos naturales no pasan de derechos morales. Pero el término “moralidad” es ambiguo, que puede referirse tanto al código moral ideal proclamado por Dios como al código moral convencional, positivo, de la comunidad. Ahora, si la apelación es a la consciencia moral, aun en desarrollo, de la comunidad, debe ser entendido como referente a un derecho divino.<sup>143</sup>

La perspectiva analítica de Austin está caracterizada por empeñarse en reducir el derecho a la norma, pasando a tratarla de modo autónomo, fragmentando, y profundizando un conocimiento específico recortado de la realidad social. El instrumento más relevante en apoyo a la filosofía del derecho analítica reduccionista ha sido el uso de la filosofía del lenguaje, que despliega la norma jurídica en sus aspectos comunicacionales, como si ellos presidiesen el horizonte del fenómeno jurídico. La ciencia de la lógica también es utilizada como refinamiento filosófico, que, sin embargo, no escapa de los cuadrantes internos del derecho positivo.

En términos prácticos, el jurista iuspositivista tradicional maneja las normas jurídicas estatales, y, en términos filosóficos, les da tratamiento analítico, lógico y lingüístico, sirviéndose de filosofías de la comunicación. El derecho positivo es, por lo tanto, aquel declarado por la autoridad legítima e impuesto por medio de una sanción.

Con base en las asertivas anteriores, el jurista inglés Roger Shiner clasificó el positivismo teórico tradicional como positivismo simple, por expresar un conjunto de formulaciones sobre la naturaleza del derecho, especialmente aquella presentada por John Austin, como una teoría pura, directa, de baja complejidad. Sus principales características, que más tarde serán criticadas por el positivismo crítico son: 1) las normas jurídicas son el mandato de una autoridad; 2) la conexión entre derecho y autoridad deriva de estándares externos al derecho, pero no de estándares morales, pues el derecho es una cosa y su mérito o demérito otra cosa; 3) en la ciencia jurídica el elemento emocional debe ser depurado; 4) cómo y por qué el derecho es aceptado y considerado legítimo, depende de hechos contingentes, relativos a una determinada sociedad; 5) el único derecho es el derecho positivo,

---

<sup>142</sup> SGARBI, Adrian. Clássicos de teoria do direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 28

<sup>143</sup> FRIEDE, Reis. Teoria do pensamento jurídico: jusnaturalismo e juspositivismo. 1 ed. Curitiba: Appris, 2018, p. 149

que está compuesto solo por normas que presentan la característica de provenir de la autoridad; 6) la interpretación, si es posible hablar de ella, es una suerte de actividad mecánica y formalista; 7) es una cuestión contingente si el derecho de una determinada sociedad tiene como finalidad o no alcanzar el bienestar colectivo de sus ciudadanos.<sup>144</sup>

La cumbre de la reducción analítica es la teoría pura del derecho presentada por Hans Kelsen. Todo lo anterior, ya revelaba al mundo jurídico una manifestación de pensamiento jurídico positivista: el idealismo y el formalismo.

### 2.2.3.2. El positivismo científico

El término “positivismo” consiste en la creencia en la ciencia y en sus métodos, y fue en este contexto en el que Augusto Comte (1798-1857) desarrolló el positivismo sociológico. En 1822, Comte presentaba al mundo lo que él denominó “ley de los tres estados”. Según esta ley, todas las ciencias y el espíritu humano como un todo se desenvuelven a través de tres fases distintas, siendo la primera la teológica, la segunda la metafísica, y la tercera la fase positiva, o científica. Según Comte, esas tres formas de concepción de la realidad son sucesivas, siendo la primera siempre provisoria, la segunda puramente transitoria y la tercera única y definitiva, y que se difiere de las dos anteriores por sustituir la característica del relativo al absoluto, principalmente en cuanto al estudio de las leyes. En este contexto el estado positivo es explicado como el resultado de la subordinación de la imaginación y de la argumentación a la observación. Así, cada proposición enunciada de manera positiva debe corresponder a un hecho, particular o universal.<sup>145</sup>

La filosofía positiva planteada por Comte considera imposible la reducción de los fenómenos a un único principio, sea Dios, naturaleza u otro similar, sin embargo, el conocimiento, que puede ser enteramente subjetivo puede generar convergencia y homogeneidad de teorías si se emplea a determinados grupos de fenómenos una idéntica metodología. Aplicándose el método científico, esa unidad del conocimiento ahora homogénea deja de ser individual para hacerse colectiva. Esta perspectiva de Comte es la que permite que la filosofía positiva se convirtiera en el fundamento de la fraternidad entre los hombres posibilitando la coexistencia en la práctica. Comte también defendió que la unión

---

<sup>144</sup> SHINNER, Roger A. Norm and Nature: the movements of legal thought. New York, Oxford University Press, 1992, p. 21

<sup>145</sup> COMTE, Auguste. Curso de Filosofía Positiva; Discurso sobre o espírito positivo; Discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo; Catecismo positivista. Seleção de textos de José Arthur Gianotti; traduções de José Arthur Gianotti e Miguel Lemos. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 20

entre la teoría y la práctica sería más íntima en el estado positivo que en los anteriores, pues el conocimiento de las relaciones constantes entre los fenómenos hace posible determinar su futuro desarrollo.

Con el planteo de Hans Kelsen (1881-1973), el positivismo jurídico, se vio enmarcado en el paradigma científico, y contenía como promesa teórica la seguridad. El Estado – que ahora era liberal – atribuyó a la seguridad un valor superior a aquel realizado por el Estado absolutista. En este último, el Estado se obligaba a garantizar la seguridad de un individuo contra el otro, mientras que en el Estado liberal, el orden jurídico garantizaba la seguridad del individuo, y en oposición inclusive al mismo Estado.<sup>146</sup>

El positivismo jurídico de Hans Kelsen fue la importación del positivismo filosófico para el mundo del derecho, donde se pretendió crear una ciencia jurídica, con características similares a las de las ciencias exactas. La filosofía jurídica empezó a dar énfasis a la realidad observable en perjuicio de la especulación filosófica. El derecho pasó a ser analizado bajo una perspectiva objetiva y científica.<sup>147</sup>

La teoría pura del derecho planteada por Hans Kelsen tuvo la intención de eliminar de la doctrina jurídica el dualismo “derecho natural-derecho positivo”, reduciendo el primero al segundo. Kelsen consideraba al derecho natural como una teoría idealista del derecho, pues según su pensamiento realidad y valor pertenecen a dominios distintos. Siguiendo la lógica de Immanuel Kant, Kelsen planteó que la pureza metodológica debería ser el principio fundamental del derecho y sobre esta base intentó desentrañar del derecho la moral, la política, las ideologías, la metafísica.

Kelsen sostiene su teoría criticando a John Austin, acusándolo de ser un empirista simple, cuyo análisis fue interrumpido en el nivel descriptivo, sin proceder a actos de interpretación necesarios a la contemplación de la naturaleza específicamente jurídica de la actividad social observada, y argumenta que Austin pretendió por medio de su teoría extraer una serie de proposiciones “deber ser” de proposiciones “ser”, afirmando que las unidades estructurales básicas de Austin eran observaciones de hechos sociales, la reducción de la idea de reglas de obligaciones a los comandos de un soberano y aplicación de esos comandos. En busca de datos empíricos para crear una ciencia del derecho, el observador se percataba de las irregularidades que tenía por costumbre ser obedecido pero que no obedecía a nadie. Por eso, Kelsen defendió que las reglas son las características observables de sistema normativo, las

---

<sup>146</sup> BARZOTTO, Luiz Fernando. O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 15

<sup>147</sup> BARROSO, LUIS Roberto. A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 23

cuales presentan características de superficie del derecho mientras que las normas son su esencia interior, considerando que aquellas pueden haber originado los actos de voluntad de un Parlamento o la adopción de una costumbre por un juez, razones que inducen a la conclusión de que su validez no depende de la voluntad de un mandatario. Por tanto, Kelsen sugiere que la norma es una regla que afirma que el individuo debe comportarse de una determinada manera sin afirmar, sin embargo, que dicho comportamiento sea la voluntad específica de alguien.<sup>148</sup>

Kelsen destaca que su objetivo es construir una teoría del derecho positivo en general, no de un orden jurídico especial, por tanto, una teoría general del derecho. Aunque desarrolló una teoría de la interpretación, su objetivo es conocer el objeto del derecho, a fin de descubrir que es y como es y no de como el derecho debería o podría ser. El “deber ser”, que posee carácter formal, permanente, controlable y mensurable enuncia el modelo de conducta debida, independientemente del contenido de la norma. La norma fundamental puesta y en especial la norma fundamental asumida, que no tiene contenido ni es producida por nadie, se constituye en la categoría explicativa y legitimadora del sistema, donde el derecho es fenómeno social, que regula su propia producción y aplicación, producido o sancionado por el Estado, configurando un orden normativo coactivo y que dispone de criterios de medición de la validez, que a priori, no depende del contenido o autoridad externa al propio derecho.<sup>149</sup>

Kelsen afirmaba que las leyes naturales son expresadas bajo la forma de juicios hipotéticos y por lo tanto, estarían regidas por el principio de causalidad en una relación de causa y efecto no sujeta a la interferencia de actos humanos. De otra parte, la realidad social, expresada por juicios hipotéticos sería regida por leyes subordinadas al principio de imputación a través de una relación de causa y efecto marcada por la presencia humana. En una representación, Kelsen explica los juicios hipotéticos a las leyes naturales y a las leyes normativas de la siguiente manera: Dado A será B (ley natural) y Dado A deberá ser B (ley normativa). Partiendo del supuesto de que la teoría idealista del derecho es una teoría dualista ya que admite dos especies de normas jurídicas procedentes de dos órdenes distintos, el primero transcendental, ideal, que no es establecido por el hombre sino que esta supra ordenado y el segundo un orden real, establecido por el hombre, positivo, Kelsen reconoce solamente la existencia del segundo, es decir, del orden positivo. Su argumento en contra del

---

<sup>148</sup> MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 391

<sup>149</sup> FRIEDE, Reis. *Teoria do pensamento jurídico: jusnaturalismo e juspositivismo*. 1 ed. Curitiba: Appris, 2018, p. 153

iusnaturalismo consiste en afirmar la imposibilidad de conciliación entre realidad (derecho positivo) y valor (derecho natural).<sup>150</sup>

En este orden de ideas Kelsen agrega que las normas inmutables de la doctrina del derecho natural solo pueden ser las leyes naturales, y cuando la doctrina del derecho natural deduce de la naturaleza normas inmutables de la conducta recta, lo que hace es transformar reglas del ser en reglas del deber ser produciendo la ilusión de un valor inmanente a la realidad.

Con la aparición de la teoría pura del derecho el positivismo jurídico se convierte en una variante del normativismo lógico, profundizando el distanciamiento de la ciencia del derecho ante las dimensiones valorativa y fáctica del fenómeno jurídico. La exigencia de la pureza del método pasa a ser la condición de la cientificidad de la dogmática jurídica y de ahí la defensa de la ciencia jurídica como ciencia exclusivamente normativa, cuyo objeto es la normatividad jurídica. A partir de la teoría pura del derecho la validez y la justicia de una norma jurídica son valores distintos que caminan por separado, no se conyugan, pues una norma puede ser válida y justa; válida e injusta; inválida y justa; inválida e injusta. Por tanto, el derecho pasa a tener la facultad de ser moral (justo) o de ser no moral (injusto). El derecho positivo, consignado internamente en el ordenamiento jurídico dentro de los moldes procedimentales suficientes para ello, aunque contraríe un mandamiento de justicia, sigue siendo válido.

#### 2.2.3.3. El positivismo jurídico sofisticado

Según el jurista Roger A. Shiner, el positivismo jurídico sofisticado consiste en el pensamiento jurídico que vino a remplazar la idea del positivismo simple de que solo la ley escrita es capaz de establecer razones para la conducta humana.<sup>151</sup> Este nuevo modelo teórico busca aproximar el derecho de perspectivas morales, reconociendo la fuerza normativa de los principios y la indeterminación del derecho.

En este sentido Aguiló Regla agrega que el positivismo sofisticado, pensamiento que dicho autor denomina postpositivismo, está ligado directamente a la constitucionalización del orden jurídico, que alude a un proceso histórico que sucedió en países europeos y latinoamericanos y que desde la Segunda Guerra Mundial ha provocado la transformación del

---

<sup>150</sup> WEINERT, Iduna E. O direito natural. Revista Inf. Legislativa Brasília, n. 18, 1981, p. 331

<sup>151</sup> SHINNER, Roger A. Norm and Nature: the movements of legal thought. New York, Oxford University Press, 1992, p. 43

Estado de Derecho, dejando atrás el “imperio de la ley” para dar lugar al imperio de la Constitución.<sup>152</sup>

El proceso histórico de constitucionalización del orden jurídico es el resultado de la combinación de un conjunto de factores, como la implementación de una Constitución, que además de ser rígida y jerárquicamente superior, tiene fuerza normativa vinculante, de tal modo que los Estados, independientemente del Gobierno de turno, estén obligados a hacer efectivos los derechos fundamentales que aquella contempla.

Shinner enseña que el primer intento de positivismo sofisticado se dio por medio de las ideas lanzadas por Herbert Hart (1907-1992), principalmente en lo que concierne a la distinción que Hart realizó entre leyes como reglas de imposición de obligaciones que exigen el punto de vista interno y amenazas que obligan a la obediencia mediante coacción. Según Hart, el punto es no negar al hombre malo su punto de vista de la ley por su parte; si él internaliza las demandas de la ley y las acepta como legítimas, entonces con toda probabilidad podría no ser “malo” – con excepción de los casos de sistemas jurídicos inicuos. El punto es que la teoría jurídica no adopte la visión del hombre malo de la ley como paradigmática para el status de la ley en su razonamiento práctico. Por tanto, la ley no puede ser entendida sin antes prestar atención al punto de vista de aquellos que consideran que la ley presenta una verdadera razón para actuar, sin que necesariamente contenga una coerción en su texto normativo.<sup>153</sup>

La teoría jurídica del inglés Hart representa una nueva toma de posición en el mundo contemporáneo, por rechazar las nociones de mandato y coerción presentadas por sus coterráneos Jeremy Bentham y John Austin. En su obra más importante denominada “El concepto de derecho”, publicada en 1961, Hart afirma que el término positivismo, en la literatura anglo-americana contemporánea es empleado para traducir una o más de las siguientes afirmaciones teóricas: 1. Que las leyes son mandatos de seres humanos; 2. Que no hay vínculo necesario entre derecho y moral o entre derecho “como es” y como “debe ser”; 3. Que el análisis o estudio del significado de los conceptos jurídicos es un estudio importante, que debe ser distinguido de las investigaciones históricas y sociológicas y de la evaluación crítica del derecho respecto a la moral, objetivos y funciones sociales; 4. Que un sistema jurídico es un “sistema lógico cerrado”, cuyas decisiones pueden ser deducidas por medios exclusivamente lógicos a partir de normas jurídicas predeterminadas; 5. Que los juicios

---

<sup>152</sup> AGUILÓ REGLA. Josep. Positivismo y Postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. En Interpretación Jurídica y teoría del Derecho, Isabel Lifonte Vidal (Editora), Lima: Palestra Editores, 2010, p. 13

<sup>153</sup> SHINNER, Roger A. Norm and Nature: the movements of legal thought. New York, Oxford University Press, 1992, p. 43



morales no pueden ser demostrados, como pueden los enunciados de hecho, por medio de argumentación racional, evidencia o prueba.<sup>154</sup>

Al afirmar que las leyes son mandatos de seres humanos, Hart contesta la teoría del mandato propuesta por John Austin en su obra “The province of jurisprudence determined”, publicada en 1832, cuyo fundamento consistía en caracterizar el derecho como un conjunto de mandatos y amenazas establecidos por un soberano, quien estaba por encima del sistema jurídico, es decir, libre de someterse a sus propias normas. De su parte, Hart afirma que las reglas de conducta válidas según el criterio de validez último del sistema jurídico (norma de reconocimiento) deben ser obedecidas por todas las personas, incluyendo el soberano. Al establecer una distinción entre “tener una obligación” y “verse obligado”, Hart separa la obligación jurídica de la sanción, por considerar que hay muchas reglas que dan facultad de hacer o no hacer, pero sin establecer sanciones.

Hart afirma que lo que caracteriza el derecho no es la sanción sino la fusión de distintos tipos de reglas: las reglas primarias en conjunción con los tres tipos de reglas secundarias: reconocimiento, cambio y adjudicación. Las reglas primarias prescriben cuales son las acciones que los individuos pueden o no pueden hacer, es decir, establecen reglas en sentido positivo y negativo. Las reglas secundarias realizan distintas funciones en el ordenamiento jurídico, además de ser el remedio para cada uno de los defectos que presente un sistema compuesto solo de reglas primarias, lo que representaría una falta de certeza en cuanto al alcance de las reglas, la imposibilidad de modificaciones por su carácter estático y la presencia de una difusa presión social a falta de una autoridad central que se encargue de resolver los problemas. En virtud de ello, Hart afirma que, respecto a las reglas primarias, el sistema jurídico establece normas que deben ser cumplidas por todas las personas, cada uno por su cuenta y por cualquier motivo, no obstante, en cuanto a las reglas secundarias, tanto las de reconocimiento como las de cambio y de adjudicación, los funcionarios públicos encargados de aplicar el derecho reciben y aceptan normas orientadoras para actuar, reglas estas que simplemente existen sin ninguna mención a sanción correspondiente.

Hart caracteriza el derecho como un sistema lógico cerrado, donde la validez última de la norma se encuentra insertada, escrita, puesta, sin necesidad de que los juristas tengan que ampararse en construcciones subjetivas. En este sentido, la regla secundaria de reconocimiento, a diferencia de la norma fundamental de Kelsen, será la norma positiva que fijará los criterios de validez de una norma dentro de un sistema.

---

<sup>154</sup> HART, Herbert L. A. O conceito de direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 386

La teoría de Kelsen, que reduce el derecho a la norma jurídica derivada del Estado, tropieza en una condición hipotética que justifica la formación jerárquica del ordenamiento jurídico: la norma básica, hipotética y fundamental, que está supuesta, es decir, no está escrita en ninguna parte; y es fundamental porque es esencial para la existencia misma del ordenamiento jurídico. Según Kelsen <la norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a una misma orden normativa, su declaración fundamento de validez><sup>155</sup>, quien confirma que la teoría de la norma básica es similar a la doctrina del derecho natural. Por lo tanto, queda demostrado que la norma básica es independiente de cualquier supuesto, tal y como Kelsen confirma, al decir que la hipótesis última del positivismo es la norma que otorga competencia al primer legislador histórico, y en este sentido, asume la existencia de un creador de derecho, un legislador, aunque afirme que el contenido de un orden jurídico es independiente de su norma fundante básica, permite concluir que la norma hipotética fundamental es un supuesto naturalmente puesto – algo evidente por sí mismo – que no se puede (ni es necesario) comprobar, como las leyes naturales, condición que pone a la norma básica de la teoría pura del derecho al mismo nivel metodológico de la teoría del derecho natural.<sup>156</sup> Pese al intento de Kelsen en negar la existencia del derecho natural razonando que si el derecho natural proviene de Dios, que es justo y perfecto, en el momento en que ingresa en el derecho positivo, creado por hombres imperfectos, fatalmente se convertirá en un derecho natural imperfecto, y quedando, por consiguiente sin fundamento, dicha teoría no prevaleció en el tiempo.

Hart visualiza el derecho tal como se presenta y nunca negó que los sistemas jurídicos son complejos, por eso ponderó que la regla de reconocimiento solo debe ser insertada en ordenamiento jurídico después de atravesar un proceso en el que los funcionarios del sistema lleguen a un acuerdo en que se va a fijar cuales son los criterios y cómo se va a proceder su reconocimiento. La teoría de Hart no solo estipula la forma que todas las normas jurídicas deben asumir para ser consideradas válidas dentro de un sistema jurídico, también atribuye autoridad a determinados individuos para que apliquen las normas jurídicas, a diferencia de otros sistemas, como la moral, que no dispone en su interior de una regla última que identifique todas y cada una de las normas existentes estableciendo su conveniencia y validez.

---

<sup>155</sup> KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho. Trad. Roberto J. Vernengo. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p. 228

<sup>156</sup> SABÓIA, Diego. Análisis crítico de las bases de la (in)mutabilidad del derecho natural. Ceará: Clube de Autores, 2015, p. 99

Sin embargo, Hart pondera que aunque el vínculo entre derecho y moral no sea necesario, en efecto hay conceptos y normas propios del derecho que pueden incorporar reglas concernientes al campo de la moral, siempre que un sistema jurídico específico lo autorice.

A pesar de los aportes morales y políticos de la teoría de Hart, que defendió la preservación de la autonomía y de la libertad del individuo ante la intervención excesiva del Estado y de terceros, como instrumento de prevención del dominio de la mayoría o de la tiranía de las minorías, sus argumentos fueron objeto de crítica, en especial por un jurista estadounidense llamado Ronald Dworkin (1931-2013). Dworkin vivió en un periodo histórico marcado por la guerra del Vietnam y por la incertidumbre respecto a la adopción de un ideal político estadounidense. Ante las grandes controversias sobre lo que era el derecho, quien debería obedecerlo y cuando, Dworkin trató de definir y defender una teoría liberal del derecho, que consistió en presentar el positivismo jurídico hasta aquel momento existente, y proponer soluciones para mejorarlo, siempre orientado por un ideal político de integridad que tiene por objeto la construcción de un modelo ideal de sociedad democrática.<sup>157</sup>

En la concepción de Dworkin, los criterios que utilizó Hart para defender su propuesta de positivismo jurídico no son suficientemente adecuados para definir una doctrina del derecho verdaderamente eficaz. Para Dworkin, a diferencia de la perspectiva presentada por Hart, el derecho no puede ser concebido solo como un conjunto de reglas, una vez que el derecho debe ser integrado igualmente por principios. Dworkin esclarece que reducir el fenómeno normativo a las reglas genera perjuicio en cuanto a la argumentación, debate y el equilibrio de las causas en la práctica jurídica. Dworkin critica la teoría de Hart, al afirmar que entender el derecho como un conjunto de reglas acaba por caracterizar el derecho por medio de un método de “todo-o-nada”, donde la regla de reconocimiento dicta si una regla es válida o inválida. Por eso, en su obra “Taking rights seriously”, publicada en 1977, advierte sobre la necesidad de hacer obligatoria la aplicación de los principios en el sistema jurídico en conjunto con las reglas.

Con el objetivo de fundamentar su pensamiento Dworkin primeramente resume la corriente positivista tradicional para en seguida proponer soluciones para mejorar dentro de un contexto positivista. En este sentido clasificó la corriente positivista tradicional como aquella que reconoce el derecho como un conjunto de reglas jurídicas utilizado por la comunidad a fin de establecer cual comportamiento será punido por la autoridad, reglas que

---

<sup>157</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p 399

deberán ser cotejadas en cuanto a su validez; que ante la ausencia, dentro del sistema, de una regla capaz de solucionar el caso en concreto, la autoridad ejerce su juicio personal creando nuevo derecho; y en que el concepto de obligación jurídica está directamente relacionado con las reglas jurídicas válidas, las cuales exigen una acción u omisión del individuo. Dworkin señala que el positivismo jurídico tradicional simplifica el derecho describiéndolo como un conjunto de reglas que son válidas o inválidas en conformidad a un criterio de pertenencia, sin embargo, existen referencias distintas de las reglas, como los principios y las políticas que no están abarcadas en este método. Por ello, Dworkin defiende que el derecho es en sí un conjunto de reglas pero a este conjunto se le debe agregar los principios morales no mencionados en la regla de validez propuesta por Hart.<sup>158</sup>

Cuando los jueces discuten derechos y obligaciones, sobre todo al tener que lidiar con casos difíciles, en que las formas y los conceptos jurídicos parecen intensificarse, los funcionarios del sistema parecen recurrirse de estándares (normas) que no operan como reglas, sino de manera distinta, de principios o directrices políticas. Dicha observación por parte de Dworkin, le impulsa a establecer una distinción entre modelos: 1) la aplicabilidad de tipo de todo o nada presente en las reglas – entonces, en caso de conflicto entre reglas, la elección de una inválida a la otra; 2) la dimensión de peso/importancia, que le falta a la regla, pero que poseen los principios – la dimensión de peso es un método que se utiliza en casos de conflictos entre principios, pero a diferencia del método todo o nada, la elección de un principio no invalida el otro. A título de ejemplo para reforzar su teoría, Dworkin destaca el caso judicial norteamericano *Riggs versus Palmer*, que sucedió en 1889, en el cual la Corte de Apelación de Nueva York discutió sobre la posibilidad del heredero Elmer Palmer (homicida) de recibir lo que le había sido dejado en testamento por su abuelo, Don Riggs, que era el testador pero a la vez, víctima de Elmer. En este caso, ante la laguna legislativa detectada, es decir, ante la ausencia de regla que impidiera el recibimiento de la herencia, la Corte decidió excluir a Palmer como beneficiario de la herencia dejada por su abuelo basándose en el principio de que nadie se puede beneficiar de su propio delito.<sup>159</sup>

Para Dworkin, los principios son normas que no prescriben una consecuencia jurídica precisa delante de una circunstancia igualmente precisa, son estándares que deben ser observados como expresión de justicia y equidad, que establecen una solución ideal para las controversias en que son aplicables, de tal modo que difieren de las reglas en su operatividad

---

<sup>158</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 28

<sup>159</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 37

lógica; además, se caracterizan por la dimensión de peso o de importancia, no determinando un resultado específico sino una justa composición del caso. Por tanto, el principio es considerado como una exigencia de justicia, de equidad y moralidad, que está ligado directamente a la descripción de derechos de los individuos, así como lo explicita el propio autor cuando afirma que toda su obra está enfocada en demostrar qué debe hacer un gobierno que profesa el reconocimiento de los derechos individuales.<sup>160</sup>

En este contexto, Dworkin reitera que un sistema jurídico genuino solo funciona de manera completa a partir de la consideración de los principios como normas, en un complejo contexto donde la teoría normativa se basa en una teoría moral y política, y que a la vez depende de teorías filosóficas sobre la naturaleza humana o de la objetividad de la moral. Entender los principios como normas ha sido el gran aporte del jurista Ronald Dworkin al mundo jurídico contemporáneo, consagrando así, un método estándar de funcionamiento que debe ser observado en cualquier sistema jurídico como una exigencia fundamental de justicia. La teoría de Ronald Dworkin ha influido el pensamiento del jurista alemán Robert Alexy (1945), quien también considera que los principios son esenciales para completar el sistema jurídico, clasificándolos, inclusive como “mandatos de optimización”.

Los principios como normas jurídicas fueron ampliamente desarrollados por Robert Alexy, principalmente en sus obras “Teoría de los derechos fundamentales”, “Principales elementos de una teoría de la doble naturaleza del derecho”, y “Constitucionalismo discurso”. A diferencia de los autores mencionados en este apartado, Alexy es el único que afirma la existencia de una doble naturaleza del derecho.

Según Alexy el derecho está compuesto por dos perspectivas conexas que corresponden tanto a la seguridad jurídica como a la justicia. Por tanto, el derecho contiene tanto una dimensión real como una dimensión ideal. La dimensión real o fáctica se refleja en los elementos definitorios de la producción formalmente adecuada y de la eficacia social (iuspositivismo), mientras que la dimensión ideal o crítica consiste en la incorporación de la corrección moral como un tercer elemento necesario (iusnaturalismo). La idea de un sistema en que estén vinculados los principios de la seguridad jurídica y de la justicia sin que uno sobrepase al otro exige la ubicación de ambos en una correcta relación, donde se hace

---

<sup>160</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 313

necesaria la institucionalización de la razón. En efecto, dicho sistema está elaborado en tres fases: 1. Corrección y discurso; 2. Positivismo; 3. Institucionalización de la razón.<sup>161</sup>

1. La primera fase consiste en establecer una conexión entre la norma positiva con su metodología de corrección, teniendo en vista que el derecho debe sostener una postura de pretensión de corrección permanente, que consiste en: a) pretensión de corrección; b) garantía de fundamentabilidad; c) expectativa de aceptación de la corrección. La afirmación de que el derecho instituye una pretensión de corrección significa que aquellos que lo elaboran operan en el derecho y para el derecho en cuanto lo crean, interpretan, aplican e implementan. Por medio de los actos institucionales, los legisladores y los jueces emiten leyes y decisiones correctas en cuanto al contenido y al procedimiento. La pretensión de corrección asegura inclusive la fundamentabilidad, al igual que la expectativa de que cada persona que se coloca bajo el enfoque del respectivo sistema jurídico es racional y acepta el acto jurídico como correcto. Alexy afirma que la pretensión de corrección del derecho remite necesariamente a juicios morales, donde se discute lo que es bueno o malo, justo o injusto, prohibido o permitido, y, por lo tanto, subjetivos y relativos, por lo que sugiere que cuestiones prácticas, pueden ser racionalmente resueltas por medio de un procedimiento que ha denominado teoría del discurso, que consiste en la exteriorización de argumentos racionales. Sin embargo, la teoría del discurso tropieza en un límite que no puede superar por sí misma. A esta incapacidad de superación Alexy lo denomina “problema del conocimiento”. Según su pensamiento, el problema del conocimiento conduce a la teoría del discurso para el derecho positivo.

2. La segunda fase del sistema jurídico propuesto por Alexy es el positivismo, en la cual procedimientos pautados en las reglas del derecho positivo garantizan la producción de decisiones, como en el caso de votaciones parlamentares, y, por consiguiente, la producción del derecho. Sin embargo, esta fase también tropieza en cuestiones problemáticas, como los problemas en cuanto a la implementación y su organización. El problema de la implementación surge porque tan solo el conocimiento de la corrección de una norma no garantiza su cumplimiento, pues si algunos pueden violar una norma sin riesgo, su cumplimiento ya no puede ser exigido por nadie, y esto lleva a la necesidad de vinculación entre derecho y coerción como elemento decisivo de la eficacia social. El problema de la organización resulta de la imposibilidad de alcance o realización satisfactoria de innumerables exigencias morales y objetivos de valor solo por medio de la acción individual o de la

---

<sup>161</sup> ALEXY, Robert. Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito. Revista de direito administrativo. Rio de Janeiro, n. 253, p. 9-30, jan/abril. 2010, p. 1

cooperación espontánea. La tesis de la doble naturaleza del derecho conduce, por lo tanto, a la idealidad en la forma de corrección y, entonces, a la factibilidad en la forma de positivización y eficacia.<sup>162</sup>

3. La tercera fase del sistema jurídico consiste en la creación de una forma de corrección que promueva la reconciliación de la idealidad (iusnaturalismo) con la realidad (iuspositivismo) por medio de la institucionalización de la razón. El instrumento ofrecido para institucionalizar la razón como forma de corrección/reconciliación es la teoría del discurso. La teoría del discurso es un procedimiento de corrección práctica, que consiste básicamente en un procedimiento de argumentación, definido por un sistema de reglas del discurso, que expresan las condiciones del argumentar práctico racional, todo de manera que se asegure la libertad e igualdad de la argumentación. Así, cada persona que puede hablar tiene permiso de participar en discursos, donde puede manifestar sus afirmaciones, deseos y carencias, sin sufrir ningún tipo de coerción dentro y fuera del discurso. Dichas reglas expresan, en el plan de la argumentación, las ideas de libertad e igualdad universal. Si estas son válidas, entonces, cada participante del discurso puede decidir libremente sobre aquello que se discursó.

En este contexto, una norma puede encontrar aprobación universal, pues las consecuencias de cumplimiento general satisfacen los intereses de cada uno que aceptó los argumentos del discurso, lo que le permite a Alexy formular la siguiente teoría en la tradición kantiana: “correctas, y con eso, válidas, son las normas que, en un discurso ideal, por cada uno, son apreciadas como correctas”. No obstante, Alexy pondera que un discurso ideal en todos los sentidos es prácticamente imposible de alcanzar debido a la naturaleza misma del ser humano, es decir, siempre va a existir personas resistentes a los discursos de otras, y por ello, recomienda la utilización del discurso ideal como una idea regulativa que debe hacerse presente en todos los discursos reales, formando, así, una verdadera cadena de pretensión de corrección.<sup>163</sup>

La teoría del discurso es, por lo tanto, un acuerdo entre el orden y la eficacia social, o entre el positivismo de un lado y del otro la corrección en cuanto al contenido, en una relación de alternancia y complemento. Para ejemplificar sus afirmaciones Alexy recuerda los argumentos de Hans Kelsen en favor de la primacía del orden, quien afirmaba que “cualquier contenido podría ser derecho” y argumenta el hecho de que si fuera exacta la proposición de Kelsen, no tendría lugar la objeción de Gustav Radbruch, quien después de 1945, afirmó que

---

<sup>162</sup> ALEXY, Robert. Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito. Revista de direito administrativo. Rio de Janeiro, n. 253, p. 9-30, jan/abril. 2010, p. 18

<sup>163</sup> ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. Trad. Luís Afonso Heck, 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editor, 2011, p. 26

la primacía de la norma escrita y de lo eficaz tropieza en un límite, es decir, cuando la contradicción de una ley positiva alcanza una medida insoportable, mejor traducida en la fórmula: “la injusticia extrema no es derecho”. Esta corrección en cuanto al contenido tiene un significado definidor de derecho, el cual, delante de la proclamación de acuerdo del orden con la eficacia social, adquiere un peso autónomo.

De lo anterior se denota que la fórmula de Radbruch abrió precedente para una mejor propuesta, la de Robert Alexy, que consiste en corregir el derecho positivo por medio de la teoría del discurso, cuyo sentido es dictado por el estado constitucional democrático, en razón de sus dos exigencias esenciales en cuanto al contenido y la estructura del sistema jurídico: 1. Los derechos fundamentales; 2. La democracia. El núcleo de los derechos fundamentales está basado en el derecho a la libertad e igualdad (inherentes al discurso), pues todos los demás derechos fundamentales son casos especiales de ambos o la garantía de una medida suficiente de su ejercicio. El ejercicio de la libertad es autonomía y en el estado constitucional democrático los derechos fundamentales aseguran tanto la autonomía privada como la pública. De ahí se desprende la unión necesaria que deben tener los derechos fundamentales y la democracia deliberativa, cuyo procedimiento revela la supremacía de los argumentos en detrimento de la lucha por los intereses y el poder, y, por lo tanto, es apuntado por Alexy como la única forma de organización social en que resultaría posible la racionalidad discursiva.<sup>164</sup>

A diferencia de los positivistas Kelsen y Hart, quienes afirman que los jueces están autorizados a decidir en virtud de criterios extrajurídicos, es decir crear nuevo derecho, Alexy, en la misma línea de pensamiento de Dworkin, defiende la aplicación de los principios. La pretensión de corrección del derecho planteada por Alexy pasa por el desarrollo de dos modos: 1. Por el argumento del principio; 2. Por la tesis del caso especial. Según Alexy, los principios corresponden a un deber ideal. Ellos son mandamientos a ser optimizados, y como tal, no contienen un deber definitivo sino un deber prima-facie, y exigen que algo sea realizado en medida tan alta como sea posible. La aplicación de los principios jurídicos, así como de los principios morales, fue un factor de análisis de Alexy, por lo que elaboró una técnica por él denominada ponderación. La ponderación, según el autor, es una operación práctica necesaria a la producción y garantía de la coherencia, condición que complementa e intensifica la idea del discurso. La tesis del caso especial está ligado al proceso judicial y los

---

<sup>164</sup> ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck, 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editor, 2011, p. 35



casos difíciles, que van a exigir de los jueces el ejercicio de la razón práctica para fundamentar sus decisiones.

Alexy afirma que los principales elementos de justicia son los derechos humanos y estos derechos pueden ser mejor defendidos dentro de un sistema constitucional democrático. Así, los derechos naturales consisten en derechos humanos – los cuales, en principio, ostentan validez únicamente moral – convertidos en derechos por intermedio de la Constitución, hecho que no les quita la mencionada validez moral, sino que les agrega un status jurídico de garantía obligatoria por parte del Estado. En los siguientes capítulos se tratarán todos estos conceptos: derechos humanos, derechos fundamentales, Constitución y su fuerza normativa, bien como de la necesidad de cláusulas constitucionales de apertura al derecho internacional con vistas a reforzar la eficacia del gran sistema jurídico mayor, que tiene por objetivo proteger de manera integral al ser humano. Antes, interesa abrir un paréntesis para reflexionar sobre el actual rol del iusnaturalismo en el mundo práctico.

### 2.3. ¿Cómo ha prevalecido el iusnaturalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo?

El objetivo de este capítulo es demostrar que a pesar de que haya sucedido una aparente disipación de la teoría del derecho natural en razón de que los derechos naturales inherentes al ser humano fueron convertidos y hoy hacen parte del rol de los documentos integrantes del derecho positivo, como son los tratados internacionales, las Constituciones y los Códigos de los países occidentales, lo que ocurrió en realidad, fue una especie de esparcimiento de los resultados que ha logrado promover la autónoma teoría del derecho natural resultante de su superioridad ante el derecho positivo.

A este respecto se manifiesta Luigi Ferrajoli, cuando afirma que los principios de justicia inscritos en la Declaración de los Derechos del Hombre en 1789 estipulaban no solo principios ético-políticos sino que se convertían en normas de derecho positivo que vinculaban al sistema político a su respeto y a su tutela. Ferrajoli llamó a este fenómeno <derecho sobre derecho>, pues en el imaginario de los juristas empezó a regir una ley sobre las leyes, sea que fuese concebida como producto de la voluntad del soberano (teoría de Thomas Hobbes), sea que fuese legitimada como expresión de la mayoría parlamentaria (demás autores modernos). Por lo que el legislador era considerado como omnipotente; y omnipotente era en consecuencia la política, de la que el derecho era, a un tiempo, su producto y su instrumento.

Sin embargo, todo esto cambia con el reconocimiento de la Constitución como norma suprema a la cual todas las demás quedan rígidamente subordinadas, y la legalidad, cambia, así, de naturaleza: no es solo condicionante, sino que ella misma queda condicionada y disciplinada por vínculos jurídicos no solo formales sino también sustanciales. No es ya un producto del legislador sino también la proyección jurídica del derecho mismo, y, por lo tanto, de límites y vínculos al legislador. Por lo que resulta positivado no solo el ser del derecho, o sea, su existencia, sino también su deber ser, o sea, sus condiciones de validez. No ya solo el “qué” y el “cómo” de las decisiones, sino también el “qué cosa” no debe ser decidida, es decir, la lesión de los derechos de libertad, o, al contrario, que cosa debe ser decidida, o sea, la satisfacción de los derechos sociales. A este nuevo modelo o sistema, a esta nueva forma de derecho sobre el derecho se sitúa la Constitución de paradigma garantista, que se materializa por medio de los derechos fundamentales. Estos derechos, elaborados como innatos por la tradición iusnaturalista moderna, que se han convertido, una vez sancionados por sus respectivos contratos sociales en forma escrita por medio de las Constituciones.<sup>165</sup>

Pese a la promulgación de los derechos naturales, momento en que se les reconoció a través de normas puestas, es decir, positivas – que en un primer momento contempló los derechos individuales y posteriormente, los derechos sociales – el iusnaturalismo, como teoría que defiende la existencia y garantía de derechos intrínsecos del hombre, así como la existencia de un conjunto de principios y valores precedentes a los ordenamientos ejerce total influencia en el desarrollo de la experiencia jurídica contemporánea.

Sergio Cotta defiende que solo el derecho natural puede explicar ciertos aspectos de la experiencia jurídica. Cotta afirma que <el derecho natural siempre fue aplicado por las Cortes más allá de los límites de la justicia civil, así como por las Cortes eclesiásticas de la Iglesia Católica, hechos que evidencian claramente que el iusnaturalismo nunca fue considerado una abstracción o deber moral. Las normas de derecho natural tienen capacidad vinculante más pura e intrínseca que aquellas del derecho positivo; si ambas son obligatorias, limitar el concepto de derecho, reduciéndolo al derecho positivo, sería renegar algo que ha sido considerado derecho en la vida práctica durante la historia de la humanidad><sup>166</sup>.

Miguel Reale afirma que <el iusnaturalismo sirvió tanto al pesimismo de Tomas Hobbes para legitimar la monarquía absoluta como a Rousseau para concebir una democracia radical, con base en su pensamiento optimista respecto a la naturaleza esencialmente buena y

---

<sup>165</sup> FERRAJOLI, Luigi. El garantismo y la filosofía del derecho. Trad. Gerardo Pisarello. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 113

<sup>166</sup> Cotta, Sergio. “Positive Law and Natural Law.” *The Review of Metaphysics*, vol. 37, no. 2, 1983, pp. 265–285. *JSTOR*, www.jstor.org/stable/20128007. Accessed 13 Aug. 2021, p. 271

pacífica del hombre; o entonces, para inspirar Declaraciones de los derechos del hombre, como la de 1789, en Francia, irradiando las esperanzas y las exigencias de los seres humanos en todo el planeta<sup>167</sup>. De su parte, Michel Villey complementa dicho pensamiento, al afirmar que las mayores evidencias de la supervivencia del iusnaturalismo se dieron, primeramente en la Revolución Francesa de 1789, cuando los derechos humanos fueron declarados en contraposición al Estado absoluto, y luego, a partir de 1945, cuando termina la segunda guerra mundial y se empieza a exigir la garantía del ejercicio de los derechos humanos en el plan internacional para combatir los Estados totalitarios.<sup>168</sup>

Actualmente, es posible concluir que el iusnaturalismo no solo está presente en los sistemas jurídicos para fundamentar derechos subjetivos. Está también en vigor en todas las discusiones sobre la política jurídica, en la defensa de los derechos fundamentales, como medio de argumentación en contra de la incapacidad del Estado en garantizarlos, y en la conciencia de cada ser humano. Por ello, es preciso definir que el iusnaturalismo de la Edad contemporánea es la teoría que defiende la existencia de derechos naturales inherentes al ser humano, cuyo contenido independe de su inscripción en cualquier ordenamiento jurídico, pero que pueden y deben, ser invocados como fundamento de corrección de la realidad a fin de hacer efectivo el ejercicio de una vida digna.

---

<sup>167</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 313

<sup>168</sup> VILLEY, Michel. *O Direito e os Direitos Humanos*. Trad. Maria E. A. Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 5

## CAPÍTULO III. EL ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO Y SU APERTURA AL DERECHO INTERNACIONAL

### 3.1. El Estado constitucional y el principio del bien común

El Estado constitucional contemporáneo es legitimado por el modelo democrático que consiste en un arreglo institucional utilizado por una determinada sociedad para decidir las políticas que realizará con el objetivo de alcanzar el bien común. Dichas decisiones se dan por medio de representantes, es decir, individuos con poderes otorgados por la sociedad a través de un proceso electoral.<sup>169</sup>

La doctrina clásica utilitarista define el bien común como un principio orientador de la política que corresponde al interés, bien-estar o felicidad de todos. Considerando el bien común como una meta común a todos, se concluye que todos sus miembros, conscientes de la meta, sabiendo que quieren, y distinguiendo que es bueno y malo, toman parte, activa y honestamente, en el fomento del bien y en el combate al mal; por esta razón, todos los miembros, en conjunto, controlan los negocios públicos.<sup>170</sup>

En el Estado Constitucional democrático la Constitución se yergue sobre el Derecho de cada Estado como un nuevo orden de valores, en que las normas de desarrollo de la misma guardan estricta observancia y alineación con el espíritu contenido en la Carta Magna, fortaleciendo y dando real sentido a la naturaleza de sistema de los ordenamientos jurídicos de los Estados, y ya no un mero conjunto de normas, que solían superponerse y contradecirse como sucedía en el Estado legal.<sup>171</sup>

Por tanto, las nuevas Constituciones tienen el propósito de otorgarle un nuevo significado al sistema democrático, ya que a éstas les ha sido dado en su nacimiento el status de norma suprema.

### 3.2. La supremacía de la Constitución

Luigi Ferrajoli afirma que la Constitución consiste en un sistema de reglas, sustanciales y formales, que tiene por destinatarios a los titulares del poder. Bajo esta

---

<sup>169</sup> SCHUMPETER A., Joseph. *Capitalism, Socialism and Democracy*. USA: Start Publishing LLC, 2012, p. 216

<sup>170</sup> SCHUMPETER A., Joseph. *Capitalism, Socialism and Democracy*. USA: Start Publishing LLC, 2012, p. 216

<sup>171</sup> TORRES MANRIQUE, Jorge Isaac. ¿El examen de la convencionalidad es la panacea unimismable a la justicia?. En línea: recuperado en fecha 31/07/18 de <http://www.el-terno.com/colaboradores/Jorge-Isaac/panacea-unimismable-a-la-justicia.html>. Lima, 2018.

perspectiva, las Constituciones no representan solo el complemento del Estado de derecho a través de la extensión del principio de legalidad a todos los poderes, también son un programa político para el futuro: la imposición a todos los poderes de imperativos negativos y positivos como su fuente de legitimación. Constituyen, por así decir, unas utopías de derecho positivo, que en cuanto nunca realizables perfectamente establecen, sin embargo, en cuanto derecho sobre el derecho, las perspectivas de transformación del derecho mismo en dirección de la igualdad en los derechos fundamentales.<sup>172</sup>

De su parte, Gomes Canotilho afirma que la Constitución es la norma que establece la estructura del Estado, la organización de sus instituciones, el modo de adquisición y ejercicio del poder, asimismo como la limitación de dicho poder, a través de la previsión de los derechos y garantías fundamentales.<sup>173</sup>

En este sentido Afonso da Silva conceptúa el constitucionalismo como la teoría que yergue el principio del gobierno limitado indispensable a la garantía de los derechos en una dimensión que estructura la organización política y social de una comunidad.<sup>174</sup>

En síntesis, Víctor Orozco afirma que la idea de la Constitución como norma suprema del ordenamiento es el resultado de un proceso histórico que corresponde a la necesidad de la sociedad civil de limitar el poder de las autoridades estatales, de garantizar el disfrute pleno de los derechos reconocidos por la propia Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como asegurar los alcances del principio de separación de poderes o de división de funciones. Por ello, no se puede ver la Constitución como un fenómeno aislado, en la medida en que su reconocimiento y eficacia dependen, precisamente, de la legitimidad que le otorguen la sociedad civil en cada momento de la historia y el proceso político en el cual se encuentra inmersa.<sup>175</sup>

Para mejor comprensión del gran cambio de paradigma que provocó el pasaje del Estado de derecho para el Estado constitucional se analizará a continuación los tres aspectos de mayor relevancia que le caracteriza: 1. El orden valorativo constitucional; 2. El control normativo de constitucionalidad; y 3. La recepción del Derecho internacional de los derechos humanos. Al final, se diseñará los pensamientos de dos grandes juristas contemporáneos sobre

---

<sup>172</sup> FERRAJOLI, Luigi. El garantismo y la filosofía del derecho. Trad. Gerardo Pisarello. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 116

<sup>173</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 7 ed. Portugal: Almedina, 2008, p. 51

<sup>174</sup> AFONSO DA SILVA, José. Curso de Direito Constitucional Positivo. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 35

<sup>175</sup> OROZCO SOLANO, Víctor Eduardo. La Fuerza Normativa de la Constitución. San José-Costa Rica: IJSA, 2008. p. 61.

los derechos fundamentales y su capacidad inmediata de producir efectos, cuyos valores irradian por todo el ordenamiento infra constitucional.

### 3.2.1. El orden valorativo constitucional

Antes de 1945, y desde la Constitución Francesa de 1791, existía, a nivel europeo, la convicción de que el legislador sólo actuaba en búsqueda de los intereses de la colectividad. Imperaba en ese ínterin un ordenamiento jurídico donde el poder legislativo tenía autonomía absoluta. El triste resultado de las dos grandes guerras, demostró a todo el mundo que ese constitucionalismo, caracterizado por el poder absoluto del legislador y la soberanía de las leyes, ha sido incapaz de frenar los regímenes autoritarios responsables por un sinnúmero de violaciones a los derechos humanos. A ese pensamiento, el jurista italiano Roberto Romboli agrega que las dictaduras, por él llamadas de “experiencias”, tuvieron la desgraciada misión de señalar cuanto era ilusorio que la ley, porque expresión de la soberanía popular, tenía inevitablemente que ser considerada justa. En efecto, estas experiencias demostraron dramáticamente como a través de una ley, aprobada democráticamente, un ordenamiento democrático podía transformarse en un ordenamiento no democrático. Y como los más elementales derechos de la persona podían ser desconocidos y vulnerados a través de leyes aprobadas respetando las reglas establecidas para su aprobación.<sup>176</sup>

Así, e incentivados a apoyar teorías humanísticas que exaltan la existencia y primacía del derecho natural, como las de Gustav Radbruch y Jacques Maritain, los representantes de 50 países presentes en la Conferencia sobre Organización Internacional, en junio de 1945, firman la Carta de las Naciones Unidas. De ahí nace una nueva tendencia que busca reconstruir las bases del Derecho Constitucional. Dicha reconstrucción se dio a través de la promulgación de Constituciones democráticas de carácter social.

Fernández Segado a este respecto afirma que las nuevas Constituciones fueron concebidas bajo un manto de reconciliación que consistía en un conjunto de valores a los que se dota de eficacia normativa. Los principios y los valores pasan a operar como derecho objetivo que a todos vincula y que conduce a la superación del normativismo positivista y a la exigencia de un “plus” de legitimidad para el ordenamiento en cuanto a que éste no se va a legitimar tan solo por proceder del Estado y atenerse a los cauces procedimentales de

---

<sup>176</sup> ROMBOLI, Roberto. En el prólogo de la obra *Diccionario Breve de la Constitución Italiana*: incluye suplemento sobre la cronología de las instituciones del Estado italiano, libro escrito por Saulle Panizza, Editora La Vela, Viareggio, 2018.

elaboración y formulación formalmente enunciados por la propia Constitución, sino por ofrecerse como instrumento para la realización de los fines que la Norma Suprema enuncia como valores. De esta forma, queda establecida una íntima conexión entre ordenamiento y valores, con lo que ello supone de reconocimiento de la dimensión axiológica del derecho.<sup>177</sup>

En efecto, la nueva Constitución era ahora la herramienta utilizada no solamente para romper frontalmente con el autoritarismo sino para sacramentar el compromiso de los Estados con la paz, el desarrollo sostenible y el respeto a los derechos humanos. Los principios jurídicos, en especial el de la dignidad humana, y los derechos más intrínsecos del ser humano pasaron a ser exhaustivamente positivados en las Constituciones, empezando por la Constitución italiana, que entró en vigor el 1 de enero de 1948, continúa con la Constitución alemana (1949), Francia (1958); Grecia (1975); luego la Portuguesa (1976), y la Española, de 1978.

Los constituyentes españoles de 1978 buscaron sus fuentes de inspiración en este constitucionalismo europeo asentado en un conjunto de valores como libertad, igualdad, democracia, justicia, pluralismo, derechos sociales; porque en España se añoraba y en Latinoamérica se reivindicaba por lo que sucedía en un buen número de países regidos por autocracias militares o democracias más formales que reales.

Además de proclamar los derechos y libertades fundamentales de los seres humanos y establecer límites a los poderes públicos ante la sociedad, las nuevas Constituciones trataron de fijar las condiciones o mecanismos por los cuales el Estado estaría comprometido a consolidar el ejercicio de los derechos, entre ellos la elaboración e implantación de políticas públicas de carácter social.

Segado afirma que la Constitución española es la que más profunda incidencia ha tenido en el constitucionalismo iberoamericano. Incidencia esta que se iba a ver potenciada por la significativa evolución que a partir de los años ochenta se observa en Latinoamérica hacia la consolidación de las instituciones democráticas, por mor de la superación de las dictaduras militares que dominaron en las décadas de sesenta y setenta, con la subsiguiente desaparición de las llamadas Actas constitucionales, que se sobreponían a las disposiciones de carácter fundamental e impedían la aplicación de estas últimas, todo ello de acuerdo con la doctrina de la llamada seguridad nacional. En este camino hacia la democracia incidieron un

---

<sup>177</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Estudios de Derecho Constitucional Latinoamericano. Perú: Editorial Adrus, 2012, p. 35

conjunto de circunstancias que llevaron los países latinoamericanos a una transición democrática, y que tuvo la Constitución española como modelo de influencia.<sup>178</sup>

En este contexto se han de ubicar una serie de procesos constitucionales que dieron un impulso modernizador al constitucionalismo latinoamericano, de las cuales son ejemplo las Constituciones de Perú (1979), Honduras (1982), El Salvador (1983), con las reformas vinculadas al Acta de Nueva York, de 31 de diciembre de 1991, que puso fin a doce años de guerra civil y que constitucionalmente se tradujo en las reformas constitucionales de 1991 y 1992, Guatemala (1985), Nicaragua (1987), con las reformas de 1990, 1995 y 2000, Colombia (1991), Paraguay (1992) y Ecuador (1998), en donde ya se habían producido importantes reformas constitucionales en 1993 y 1996, como asimismo las importantes reformas constitucionales de Costa Rica (1989), Argentina (1994), Bolivia (1994) y México (1994).<sup>179</sup> Aunque no haya sido objeto de apreciación por el jurista español, se pudo constatar por medio de la presente investigación que Panamá integra aquel rol de países latinos marcados por la dictadura y que funcionó por medio de Actas constitucionales. Además, en su caso en particular, Panamá sufrió una transición constitucional truncada debido a las presiones externas que sufrió desde la concesión y construcción hasta la administración del Canal de Panamá, que al final, había quedado en manos de los estadounidenses hasta el 31 de diciembre de 1999. Por ello, solamente en 2004 la República de Panamá pudo promulgar una amplia reforma constitucional que se amoldaba a la tendencia mundial.

En el artículo 10.1 de la Constitución española, por ejemplo, la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes fue elevada a la categoría de fundamento del orden político y de la paz social. La dignidad de la persona, de todo ser humano, se convierte así en el valor supremo, y por lo mismo todos los derechos que la Constitución proclama, de una u otra forma, se encaminan a posibilitar el desarrollo integral del ser humano, exigido por su misma dignidad. De igual forma, y desde otra perspectiva, de la dignidad emanan unos derechos que le son inviolables.

El texto de la Constitución española de 1978 resuelve la polaridad individuo/comunidad refiriendo y vinculando la persona a esa comunidad, sin que por ello aquella vea menoscabada su sustantividad. Ello se traduce en que el individuo debe asumir aquellos límites que, para cultivar y fomentar la vida en común, imponga al legislador, dentro de los márgenes de lo exigible, siempre que se garantice la autonomía de la persona. De esta

---

<sup>178</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Estudios de Derecho Constitucional Latinoamericano. Perú: Editorial Adrus, 2012, p. 34

<sup>179</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Estudios de Derecho Constitucional Latinoamericano. Perú: Editorial Adrus, 2012, p. 35



manera, quedan rechazadas tanto las concepciones individualistas del liberalismo clásico como las tentaciones colectivistas.

Siguiendo estos pasos, la Constitución del Perú de 1979, en su preámbulo proclamó: <Creyentes en la primacía de la persona humana y en que todos los hombres, iguales en dignidad, tienen derechos de validez universal, anteriores y superiores al Estado. Que la justicia es valor primario de la vida en comunidad y que el ordenamiento social se cimenta en el bien común y la solidaridad humana>.

Otro ejemplo bien destacado se puede observar en la Constitución de Guatemala de 1985, cuyo preámbulo proclama que la persona tiene primacía como sujeto y fin del orden social y reconoce al Estado <como responsable de la promoción del bien común, de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz>.

De su parte, la Constitución brasileña de 1988, influenciada por las Constituciones portuguesa y alemana, resaltó en su preámbulo que el Estado brasileño está <destinado a asegurar el ejercicio de los derechos individuales, la libertad, la seguridad, el bienestar, el desarrollo, la igualdad y la justicia como valores supremos de una sociedad fraterna, pluralista y sin prejuicios, fundada en la armonía social y comprometida, en el orden interno e internacional, con la solución pacífica de los conflictos>.

Por lo tanto, las nuevas Constituciones tenían el propósito de otorgarle un nuevo significado al sistema democrático, ya que a éstas les ha sido dado en su nacimiento el status de norma suprema. Con base en el principio de supremacía de la Constitución, el sistema de justicia constitucional europeo y posteriormente los sistemas de los países latinoamericanos, empezaron a desarrollar las ideas que reconocen a la Constitución como fuente suprema del ordenamiento jurídico, cuya sujeción de los poderes constituidos a la voluntad del poder constituyente está consagrada en aquella; y para culminar, la recepción expresa al Derecho Internacional, en conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos inauguró el compromiso de los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas, con la garantía del ejercicio de los derechos, pero no solo aquellos declarados en sus respectivas Constituciones, sino con todos aquellos que eventualmente se incorporen a posteriori en el ámbito internacional.

### 3.2.2. El control normativo de constitucionalidad

El proceso histórico que organizó y reguló el poder estatal, que estableció los procesos de creación de normas jurídicas, dando fundamento y validez al resto de las

disposiciones legales de un determinado orden jurídico, y que con fines de proteger de manera eficaz los derechos humanos, limitó las atribuciones de las autoridades públicas, resultó en la elaboración de Constituciones asentadas en una construcción teórica que les garantizaba el status de suprema o máxima norma. La atribución de superioridad normativa del texto constitucional lo eleva a la cúspide del sistema jurídico, formándose, así el principio de supremacía de la Constitución, que se revela como una garantía de su reconocimiento como norma jurídica fundamental y que pasa a ser el punto de origen de todas las otras normas.

En consecuencia de lo anterior, la separación de poderes propuesta por Montesquieu, aunque era admitida por el Estado de Derecho Legislativo, ahora, con el desenvolvimiento del novísimo Estado Constitucional de Derecho, ganaba nueva interpretación. En realidad, el Estado de Derecho, emanado después de la segunda guerra mundial, cambió la interpretación que antes se daba al principio de separación de poderes, pasando entonces a exigir la creación de mecanismos que garantizaran los derechos. Es por ello que se pasó a arbitrar cada vez más controles de naturaleza jurisdiccional. El Poder Judicial ahora experimentaba la posibilidad efectiva de controlar por vía jurisdiccional la actividad tanto del Legislativo como del Ejecutivo. Los poderes públicos, sin exclusión, asumieron, de este modo, la responsabilidad que se derive de su actuación, cuándo ésta actuación (positiva o negativa) no se encuentre ajustada a Derecho.

Además, los países pasaron a adherir la concepción que reconoce la Constitución exclusivamente como norma jurídica, y que, por lo tanto, tiene carácter obligatorio, conforme el pensamiento de Víctor Orozco, quien afirma que <la Constitución es una ordenación normativa de acatamiento general y obligatorio, bajo la cual se encuentran subordinados los poderes públicos y los ciudadanos><sup>180</sup>. En este sentido Luis López puntualiza que <la Constitución escrita es un texto único, con un contenido organizado sistemáticamente, al que se confiere una superior fuerza vinculante, y cuya reforma se hace depender de procedimientos más dificultosos que los exigidos para la alteración del resto de las normas del ordenamiento><sup>181</sup>.

En este orden de ideas, García de Enterría agrega que <la Constitución no solo ordena los poderes del Estado sino que también establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de las libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe cumplir en beneficio de la comunidad, siendo un sistema

---

<sup>180</sup> OROZCO SOLANO, Víctor. La Inconstitucionalidad por Omisión. IJSA: San José de Costa Rica, 2014. p. 142.

<sup>181</sup> LÓPEZ GUERRA, Luis. Introducción al Derecho Constitucional. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España, 1994. p. 45

preceptivo que emana del pueblo como titular de la soberanía, y por tal razón es una derivación del principio de autodeterminación política<sup>182</sup>.

A fin de confirmar este orden de pensamiento, Hakansson Nieto agrega que la visión europea continental circunscribe el principio de supremacía en su dimensión normativa, como la primera fuente del Derecho y sobre la cual las demás fuentes deben ordenarse. Sin embargo, si se cuestiona la razón para ello, la respuesta no puede limitarse a decir que se trata de un simple acuerdo o convención de las comunidades políticas que desean vivir bajo los principios del imperio del Derecho. Este motivo no es suficiente, sino que resulta necesario recordar la dimensión política de la Constitución. En verdad, si se trata de un pacto de límites al ejercicio del poder para poder garantizar los derechos y libertades al ciudadano, entonces la Constitución se convierte en un obligado parámetro para identificar a cada fuente del Derecho así como controlar el ejercicio irregular de las instituciones políticas. El autor concluye afirmando que se trata, por tanto de la <supremacía constitucional frente al ejercicio arbitrario del poder y no solamente una posición en el ordenamiento jurídico sin mayor argumento<sup>183</sup>.

El principio de supremacía constitucional o principio de jerarquía alcanzó su máxima expresión en los Estados Unidos en el célebre caso *Marbury versus Madison*<sup>184</sup>, donde el juez Marshall, sin anclaje constitucional alguno, infirió la categoría suprema de la constitución sobre el resto de las leyes y en consecuencia instituyó la facultad de todos los jueces de no aplicar las normas que se contrapusieran a la Constitución, creando así el llamado *judicial review* que se plasma y la vez forma parte del control difuso de la constitucionalidad.

---

<sup>182</sup> GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Editorial Civitas, Madrid, España, 1985, p. 49.

<sup>183</sup> HAKANSSON NIETO, Carlos. El proceso de inconstitucionalidad: una aproximación teórica y jurisprudencial. Lima: Palestra Editores, 2014. pp. 35-36

<sup>184</sup> Este caso nace del nombramiento hecho por el Presidente Adams, en favor de Marbury como Juez de Paz para el Distrito de Columbia, pero al entrar en funciones el nuevo Ejecutivo, Jefferson, dio órdenes al secretario de Estado Madison, de que no le entregara su nombramiento. Ante esto, Marbury promueve ante la Corte Suprema un *writt of mandamus*, solicitando con esto que se ordenara al secretario que le entregara el documento. El juez Marshall, realiza un extenso análisis del caso y llega a las siguientes conclusiones: 1. El promovente si tiene derecho al nombramiento que solicita. 2. También tiene derecho a poseer el nombramiento escrito, toda vez que fue hecho por el Presidente, firmado y colocado el sello de los Estados Unidos. 3. Existe un derecho violado y la ley no prevé recurso específico para ello. 4. Por lo tanto procede la acción de *mandamus* intentada. 5. El *mandamus* si procede contra todos los actos de secretarios de Estado. 6. Con base en la Constitución la corte tendrá jurisdicción original cuando se afecten embajadores, Ministros Públicos y Cónsules y cuando el Estado sea parte, en los demás casos tendrá jurisdicción apelada. 7. La ley que regula al poder judicial faculta a la Suprema Corte a expedir el *mandamus* en contra de funcionarios, lo cual es jurisdicción original. Esto es contrario al texto constitucional. 8. Esta ley, por tanto, es nula y no puede ser aplicada al caso concreto por ser inconstitucional. 9. El juez al analizar el caso concreto, debe partir de la Constitución, al ser suprema y fundamental, y luego analizar la ley respectiva, si ésta se contrapone a la Constitución tiene el deber de inaplicarla. 10. En razón de lo anterior, niega la petición de *mandamus* solicitada por Marbury. En: RANGEL HERNÁNDEZ, Laura. Inconstitucionalidad por omisión legislativa: teoría general y su control jurisdiccional en México. México: Editora Porrúa, 2009. p. 5.

Desde su nacimiento hasta la época actual, y sobre todo a raíz de la evolución de los Estados de Derecho para convertirse en Estados Constitucionales de Derecho, este principio rige en casi todas las latitudes, y la evolución histórica del constitucionalismo norteamericano remite a la Sentencia de 1803 en el asunto *Marbury versus Madison*, que reconoció el poder del órgano jurisdiccional especializado de declarar la nulidad de las normas que violen el derecho de la Constitución. Pero es importante destacar que tales ideas no fueron así recibidas por el sistema continental europeo sino hasta después de la Primera Guerra Mundial, que lo hizo con diferencias fundamentales respecto del desarrollo norteamericano, y mediante dos vías: la primera se produjo por la articulación del imperio alemán y la monarquía austro-húngara, que dio lugar a la Constitución alemana de Weimar, en la cual se instauró un tribunal con competencia para resolver los conflictos entre los poderes constitucionales y la segunda, está representada en la Constitución austriaca de 1920, que recibió los aportes de Hans Kelsen.<sup>185</sup>

Las diferencias que se manifiestan en ambos sistemas, se producen por el hecho de que en el modelo de justicia constitucional europeo, <el control de constitucionalidad de las leyes se confía exclusivamente a un Tribunal Constitucional especializado e independiente, incluso fuera del poder judicial, quien lo ejerce, no en los casos concretos, sino en abstracto, valorando las normas inferiores en función de la Constitución, y anulando, o revocando, aquellas incompatibles con ella, erga omnes, aunque sólo con efectos futuros, por lo que, más que declarar una nulidad, produce una derogación de la ley inconstitucional – lo que llevó al propio Kelsen a calificarlo de legislador negativo; sin embargo, en los ordenamientos más modernos, como son los de Italia, Alemania, Portugal y España, sea por norma expresa o por jurisprudencia ha arraigado la tesis de la nulidad y, por ende, de la eliminación retroactiva – ex tunc – de la norma inconstitucional, con algunos paliativos indispensables para preservar los derechos adquiridos y la paz social><sup>186</sup>; mientras que en el sistema de justicia constitucional norteamericano – o difuso, como lo llamaba el magistrado Piza Escalante – todos los órganos jurisdiccionales ostentan la carga de aplicar la Constitución por encima de cualquier norma de rango inferior, por ejemplo, la ley que la contradiga. De esta manera, el

---

<sup>185</sup> OROZCO SOLANO, Víctor Eduardo. *La Fuerza Normativa de la Constitución*. San José-Costa Rica: IJSA, 2008. p. 61.

<sup>186</sup> PIZA ESCALANTE, Rodolfo E. *Justicia Constitucional y Derecho de la Constitución*. En varios autores, *Jurisdicción Constitucional*, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1993. p. 30

juez desaplica para el caso concreto la norma inconstitucional, con efectos declarativos y retroactivos.<sup>187</sup>

Así, con las diferencias apuntadas, en el sistema de justicia constitucional europeo y posteriormente de los países de Latinoamérica, se introdujeron las ideas que reconocen a la Constitución como fuente suprema del ordenamiento jurídico y la sujeción de los poderes constituidos a la voluntad del poder constituyente consagrada en aquella.

Si la Constitución es entendida como norma suprema por un pueblo, sociedad o Estado, es necesario que cuente con un órgano especializado que haga prevalecer sus disposiciones constitucionales, ello como correspondencia de una cultura político-jurídica que entiende que la Constitución es mucho más y puede más sobre las demás normas del ordenamiento jurídico estatal.<sup>188</sup>

Tras la segunda guerra mundial con el objeto de frenar los excesos de las dictaduras europeas, las nuevas Constituciones empezaron a prever la instalación de Cortes, Salas o Tribunales constitucionales<sup>189</sup> en aquellos países donde dichas instituciones todavía no existían. Así se explica cómo surgen nuevamente a partir de 1947 la Corte Constitucional italiana, el Tribunal Alemán de 1949, y todos los que siguen después, que extienden su influencia más allá de la propia Europa.<sup>190</sup>

A ejemplo de España, que creó su Tribunal Constitucional, los países latinoamericanos como por ejemplo en el Perú (1979), Chile 1980), Guatemala (1985), Colombia, Bolivia (1994), Ecuador y México (1988), establecieron en sus respectivas Constituciones la previsión de instalación de sus propios Tribunales Constitucionales.

Respecto a este tema García Belaunde reflexiona que <aunque la concepción del Estado liberal de derecho haya admitido el principio de separación de poderes de Montesquieu<sup>191</sup> su interpretación cambió radicalmente después de la postguerra. Con el nacimiento del Estado social y democrático de Derecho más que una división de poderes –

---

<sup>187</sup> OROZCO SOLANO, Víctor. La Inconstitucionalidad por Omisión. IJSA: San José de Costa Rica, 2014. p. 142.

<sup>188</sup> PÉREZ CASAVARDE, Efraín. Manual de Derecho Constitucional. Adrus D&L Editores, Perú, 2013. p. 372

<sup>189</sup> El primer Tribunal Constitucional fue el austríaco, creado en 1918 por iniciativa de Hans Kelsen, ratificado legislativamente en 1919 y elevado al más alto nivel en 1920. Pero la idea de tribunales constitucionales en este periodo histórico no condecía con la tesis de Rousseau, que era dominante en el pensamiento europeo y latinoamericano, pues según su teoría, la ley, como expresión de voluntad general era suprema y por eso no se debería admitir nada por encima de la ley. Desde este punto de vista, la ley era infalible, y nadie la podía controlar, salvo los que la aprobaban y sancionaban.

<sup>190</sup> GARCÍA BELAUNDE, Domingo. De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional. Lima-Perú: Editora Grijley, 2003. p. 97

<sup>191</sup> Para que nadie pueda abusar del poder, es necesario conseguir, mediante la adecuada ordenación de las cosas, que el poder frene al poder. Montesquieu, Espiritu de las Leyes, 1748, Libro IX, capítulo IV.

Legislativo, Ejecutivo y Judicial – tal principio, que antes era visto como una colaboración entre los distintos poderes del Estado, pasó a ser aplicado bajo una nueva perspectiva<sup>192</sup>.

El Estado de Derecho pasó a exigir la creación de mecanismos que garantizaran derechos. Es por ello que se pasó a arbitrar cada vez más controles de naturaleza jurisdiccional. El Poder Judicial ahora experimentaba la posibilidad efectiva<sup>193</sup> de controlar por vía jurisdiccional, que como dice Antonia Castillo, “bien ordinaria, bien constitucional”<sup>194</sup> la actividad tanto del Legislativo como del Ejecutivo. Los poderes públicos, sin exclusión, asumieron, de este modo, la responsabilidad que se derive de su actuación cuando ésta actuación no se encuentre ajustada a Derecho.

### 3.3. La eficacia de las normas de derechos fundamentales

Miguel Carbonell define los derechos fundamentales como siendo aquellos que están consagrados en la Constitución, es decir, en el texto que se considera supremo dentro de un sistema jurídico determinado; por ese sólo hecho y porque el propio texto constitucional los dota de un estatuto jurídico privilegiado tales derechos son fundamentales”<sup>195</sup>.

Luigi Ferrajoli entiende que los derechos fundamentales son los derechos universalmente adscritos a todas las personas, a todos los ciudadanos, a todos los sujetos con capacidad de obrar, cualquiera que sea la extensión de la clase de sujetos que en un determinado ordenamiento jurídico sean calificados como personas que los haga titulares para el ejercicio de alguna expectativa positiva o negativa por derivación de un mandato normativo. Dicha definición es estipulativa, en el sentido de que no contesta cuáles son, en cada ordenamiento, los derechos fundamentales. Su teoría está enfocada en demostrar la forma o estructura lógica de los derechos que se conviene llamar fundamentales, indicando que si se quiere garantizar un derecho como fundamental es necesario sustraerlo tanto a la disponibilidad de la política como a la del mercado, formulándolo en forma de regla general,

---

<sup>192</sup> GARCÍA BELAUNDE, Domingo. De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional. Lima-Perú: Editora Grijley, 2003. p. 98

<sup>193</sup> La expresión “efectiva” ha sido utilizada para explicar que el control de constitucionalidad de las leyes aunque existiese siglos antes de la institución del Estado Social y Democrático de Derecho, ese control se daba de manera limitada, bajo pena de invadir la esfera del otro poder. Todavía, agregamos que según la doctrina del jurista Jorge Alejandro Amaya el antecedente jurídico del control de constitucionalidad es el caso *Bonham*, de Inglaterra. El autor señala que en 1610, el doctor Bonham, médico inglés, fue inhibido de ejercer la medicina y encarcelado por una decisión del *Royal College of Physicians*. Ante esta situación, recurrió ante la *Court of Common Pleas* que presidía el juez Coke. AMAYA, Jorge Alejandro. Control de Constitucionalidad. 2 ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2015. p. 67.

<sup>194</sup> NAVAS CASTILLO, Antonia. El Estado Constitucional. Madrid: Editorial Dykinson, 2009. p. 108.

<sup>195</sup> CARBONELL, Miguel. Los derechos fundamentales en México. Instituto de investigaciones jurídicas, serie doctrina jurídica, n° 185. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. p. 2.

y por tanto confiriéndolo igualmente a todos. El autor propone, por tanto, una definición ideológicamente neutral, es decir, válida para cualquier filosofía jurídica o política que se profese.<sup>196</sup>

Ferrajoli fundamenta su pensamiento en tres criterios axiológicos sugeridos por la experiencia histórica que concibió el constitucionalismo – tal como se ha configurado en el siglo XXI en los ordenamientos estatales democráticos con la generalización de las constituciones rígidas y, en expectativa, en el derecho internacional con la sujeción de los Estados a las convenciones sobre derechos humanos – como un nuevo paradigma fruto de una profunda transformación interna del paradigma paleo-positivista.

El primer criterio axiológico es el nexo entre los derechos humanos y la paz, lo que implica garantizar como derechos fundamentales de todos, los derechos vitales, como condición necesaria a la paz. Abordar el tema de los derechos humano-fundamentales, así designados por tratar del conjunto de derechos del ámbito internacional y constitucional, y de la paz, tanto en el plano interno de los Estados como en el plano internacional, implica un abordaje más profundo, que se refiere al derecho de autodeterminación de los pueblos, previsto en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en su artículo 55, párrafo 2º. Esa interpretación del principio de autodeterminación externa está relacionada al hecho de que, en la tutela y satisfacción del derecho se fundamenta la existencia de la democracia, y en el desarrollo, la garantía de paz y protección de las diferencias.<sup>197</sup>

El segundo criterio es el nexo entre los derechos humano-fundamentales e igualdad. Este criterio se refiere, en primer lugar, al derecho de libertad, para garantizar el igual valor de las diferencias personales, es decir, todos son igualmente libres para ejercer sus diferencias. Dichas diferencias pueden tener carácter nacional, de género, de religión, etc. Es por ello que se consideran todas las personas diferentes de las demás, pero iguales como personas humanas. En segundo lugar, dicha igualdad está ligada a los derechos sociales, pues lo que se busca es la garantía de reducción de las desigualdades económicas y sociales. Ferrajoli defiende que el hecho de no existir una homogeneidad mundial no es impeditivo para la existencia de un ordenamiento supraestatal.<sup>198</sup>

El tercer criterio apuntado por Ferrajoli es el papel de los derechos fundamentales como garantía de los derechos del más débil. Son derechos en defensa de los más débiles, cuyo enfoque era inicialmente la lucha por la libertad de los trabajadores y de las mujeres. Los

---

<sup>196</sup> FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2005. p. 19.

<sup>197</sup> FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2005, p. 20.

<sup>198</sup> FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2005, p. 35.

derechos humano-fundamentales como ley del más débil deben ser entendidos como el reconocimiento de derechos negado a los oprimidos, en cualquier cultura. El derecho a las diferencias culturales y el derecho a las libertades deben ser garantizados. Según Ferrajoli, el constitucionalismo y el universalismo son las únicas garantías del multiculturalismo.

Así, los tres criterios de identificación axiológica – paz, igualdad y tutela del más débil – son los derechos fundamentales merecedores de garantía. Son convergentes entre sí, ya que uno se fundamenta en el otro y tiene en él su razón para existir.<sup>199</sup>

Ferrajoli, inclusive, resalta la importancia de distinguir derechos de garantías, con fines de demostrar que el nexo entre expectativas y garantías no es un nexo empírico, sino normativo, que puede ser contradicho por la existencia de las primeras y por la inexistencia de las segundas; y que por consiguiente, la ausencia de garantías debe ser considerada como una indebida laguna que los poderes públicos internos e internacionales tienen la obligación de colmar.

Según Ferrajoli, los derechos son principios que requieren interpretación para su aplicación; mientras que las garantías tienden a ser mecanismos positivados o entes institucionalizados para hacer efectivos los derechos. En este sentido, las garantías se pueden clasificar en primarias, que son las obligaciones o prohibiciones establecidas en la norma; y, en garantías secundarias, que son las obligaciones de reparar o sancionar jurídicamente los incumplimientos de las garantías primarias.

En cuanto a los derechos fundamentales, agrega que estos, cuando están establecidos en las Constituciones, si de un lado sirven para limitar la democracia política, por otro sirven para integrarla y reforzarla juntamente con la noción de soberanía popular. Todos los derechos fundamentales, de hecho, no solamente los derechos políticos, sino también los derechos civiles, los de libertad y los derechos sociales, siendo conferidos igualmente a todos los ciudadanos y las personas, aluden a todo el pueblo, refiriéndose a poderes y expectativas de todos, aún más del propio principio de mayoría. La constitucionalización de estos derechos, los pone en nivel superior a cualquier otra, haciendo que su respeto y garantía sean vinculados.<sup>200</sup>

Robert Alexy afirma que la fundamentalidad formal de las normas de derechos fundamentales proviene de su posición en el ápice de la estructura escalonada del

---

<sup>199</sup> FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2005. p. 38.

<sup>200</sup> FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2005. p.46.



ordenamiento jurídico, como derechos que vinculan directamente el Legislador, el Poder Ejecutivo y el Judiciario.<sup>201</sup>

En virtud de lo anterior, Robert Alexy afirma que entre los derechos fundamentales están insertados aquellos que él denomina derechos a la acción del Estado, que se dividen en derechos de defensa y derechos de protección. Los derechos de defensa son derechos del individuo ante el Estado para que este se abstenga de intervenir, mientras que el derecho de protección es un derecho del individuo ante el Estado para que este asegure o garantice que terceros no intervengan.

Fundamentado en la teoría de Immanuel Kant, quien define el derecho como un conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede ser conciliado con el arbitrio del otro, de acuerdo con una ley de general de libertad, afirma que los derechos de protección del individuo frente al Estado son aquellos derechos constitucionales que el Estado configure y aplique al orden jurídico de una determinada manera en lo concerniente a la relación de los sujetos de derecho entre sí.<sup>202</sup>

Alexy define los derechos de protección como los derechos del titular de derechos fundamentales frente al Estado a que este le proteja contra intervenciones de terceros, por medio de obligaciones concretas de proteger o de fomentar la protección. El reconocimiento de derechos de protección puede ser reconducido a los cambios derivados de la perspectiva jurídico-objetiva de los derechos fundamentales, pues el Estado en virtud del deber general de efectuar los derechos fundamentales, está obligado a velar por la protección de los derechos fundamentales de los individuos – inclusive en carácter preventivo – no solo de las injerencias por parte de los poderes públicos, pero también contra agresiones provenientes de particulares, deber este que desemboca en la obligación de adoptar medidas positivas con vistas a garantizar y proteger de manera efectiva el ejercicio de los derechos fundamentales.

En cuanto al objeto de los derechos de protección, estos no se reducen solo a la protección de la vida y de la integridad física, sino a todo derecho que sea digno de protección desde el punto de vista de los derechos fundamentales son bienes pasibles de ser protegidos, como la libertad, la dignidad, la familia. Inclusive, en este sentido asevera que <Quien reconoce al otro como autónomo, lo reconoce como persona. Quien lo reconoce como persona

---

<sup>201</sup> ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 461

<sup>202</sup> ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 399

le atribuye dignidad. Quien le atribuye dignidad, reconoce sus derechos humanos<sup>203</sup>. Por tanto, todo riesgo de lesión a derechos y bienes constitucionalmente tutelados están cubiertos por todos los medios de protección de que se puedan valer las instituciones del Estado.

Las formas de protección de los derechos son diversas y abarcan todos los derechos a acciones positivas del Estado, tanto de aquellos derechos que están insertados en la Constitución de manera objetiva como los derechos subjetivos inherentes al ser humano, considerando el hecho de que todo poder público tiene la obligación de proteger la dignidad humana. Por tanto, todo derecho a una acción positiva es un derecho prestacional.

Robert Alexy destaca que la escala de las acciones positivas del Estado que pueden ser objeto de un derecho prestacional se extiende desde la protección del ciudadano frente a otros ciudadanos, por medio, por ejemplo, de normas del derecho penal, pasa por la creación de normas de organización y procedimiento, por medio de la responsabilidad civil, por medio de acciones administrativas y por medio de actuaciones fácticas.<sup>204</sup> Sin embargo, la forma como el Estado asume sus deberes de protección y los materializa todavía permanece en el ámbito de su arbitrio, tomándose en consideración la limitación de los medios disponibles y de los intereses y prioridades establecidos.

En consecuencia de lo anterior, la definición de derechos fundamentales, según Robert Alexy, debe responder no sólo al cuestionamiento de cuáles son los derechos que tiene el individuo en su status de persona y en su condición de ciudadano en la estructura del Estado contemporáneo, sino también a qué principios obedece la legislación del Estado para ser interpretada y aplicada en la tutela efectiva de los derechos fundamentales; pero, además, cuáles son los valores fundamentales que exigen protección para la realización y protección de la dignidad humana, para el disfrute de la libertad y el logro de la igualdad en el escenario de los derechos sociales como atributo de la calidad de ciudadano.<sup>205</sup>

En el caso de la República de Panamá, el constituyente estableció en el Artículo 17 de la Carta Magna que para proteger los derechos, el Estado panameño velará no solo por los derechos y garantías en ella consagrados, sino por otros derechos que incidan sobre la dignidad de la persona, revelando que el país adopta un concepto materialmente abierto y flexible de derechos fundamentales, pues admite la existencia de derechos en otras partes del

---

<sup>203</sup> ALEXY, Robert. Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito. Revista de direito administrativo. Rio de Janeiro, n. 253, p. 9-30, jan/abril. 2010, p. 22

<sup>204</sup> ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 398

<sup>205</sup> ALEXY, Robert. Teoría de Los Derechos Fundamentales. 2da edición en castellano; Traducción de Carlos Bernal Pulido; Madrid (España): Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 5

texto constitucional, tratados internacionales, derechos no escritos, además de presentarse al derecho internacional receptivo a nuevos contenidos y sujeto a las influencias mundiales.

### 3.4. La recepción de las Constituciones al Derecho internacional de los derechos humanos

La recepción al derecho internacional de los derechos humanos, a través de una cláusula específica en la Constitución, revela el gran cambio de pensamiento de los países occidentales post segunda guerra mundial, que pretende elevar parte de sus competencias en materia de derechos fundamentales a entes supranacionales para efecto de garantizar la protección de los derechos, si se presentaran fallos en los ámbitos internos<sup>206</sup>.

En este contexto, las Constituciones europeas empiezan, como la española de 1978 a ejemplo de la Constitución portuguesa de 1976, que proclamó en su artículo 10.2 que <las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España>. Dicha cláusula demuestra el compromiso del Estado español con la tutela y garantía de los derechos.

De esa manera la protección de los derechos humanos penetra irreversiblemente el Derecho internacional positivo por vías convergentes. Al internacionalizarse el tema de los derechos humanos, se han asentado las bases de un orden orientado hacia la salvaguarda de los derechos fundamentales en el que la tutela aparece como una emulación entre normas internas e internacionales de protección, donde las primeras suelen preceder a las segundas. Los Estados ya no son autosuficientes del todo en aspectos referidos a los derechos fundamentales, al presentarse la exigencia manifiesta de recurrir a la tendencia internacionalizadora presente en la protección de la persona y el reconocimiento de sus derechos.

La presencia de normas internacionales con relevancia jurídica directa o indirecta en los ordenamientos nacionales constituye un elemento característico actual. Pasa a manifestarse como imprescindible la implementación de un orden jurídico internacional bajo la idea de un Estado de Derecho internacional que cuente con normas claramente identificables para los sujetos obligados, con órganos de garantías plenamente legitimados que respondan a las exigencias de respeto efectivo para los derechos.<sup>207</sup> Y que a la vez esté abierto al dialogo entre las diversas culturas, que lleve a un consenso internacional del que

---

<sup>206</sup> BECERRA RAMÍREZ, José de Jesus. El constitucionalismo ante los instrumentos internacionales de derechos fundamentales. México: Ubijus Editorial, 2011. p. 28.

<sup>207</sup> DE ASSIS, Rafael. Cuestiones de Derecho. Bogotá, Universidad del Externado, 2005. p. 80.

surja un marco jurídico que tenga como premisa mayor el respeto y garantía de los derechos.<sup>208</sup>

De su parte García afirma que <La internacionalización de los derechos fundamentales, derivada de la labor de los organismos internacionales, las organizaciones no gubernamentales y la correspondiente participación de los Estados ha llevado a la afirmación de la presencia de un verdadero derecho internacional de los derechos humanos y que goza día a día de una mayor fuerza y aceptación mundial><sup>209</sup>.

La apertura del derecho interno al derecho internacional en la región latinoamericana tuvo íntima relación con la creación del sistema interamericano de derechos humanos a través de la Convención Americana de 1969 entre los Estados de la Organización de los Estados Americanos. De acuerdo a las cláusulas de remisión en materia de derechos humanos en la mayoría de las constituciones latinoamericanas, los Estados están obligados a cumplir las determinaciones de los tratados internacionales de derechos humanos, aunque tales derechos no estén previstos directamente en sus respectivas Constituciones, pero si lo hacen, en virtud de dicha cláusula, hieren la propia Constitución.<sup>210</sup>

Por medio de esas “cláusulas de compromiso” los Estados aseguran que, además de los derechos expresamente enlistados en el texto constitucional, al ser humano se le garantiza todos los derechos inherentes a su condición. Por la interpretación que se ha hecho de estas cláusulas los operadores jurídicos pueden echar mano de todos los listados de derechos que a bien tengan, incluyendo los contenidos en los tratados de derechos humanos.<sup>211</sup> Este tipo de cláusulas se encuentran en las constituciones de Argentina<sup>212</sup>, Bolivia<sup>213</sup>, Brasil<sup>214</sup>, Chile<sup>215</sup>,

---

<sup>208</sup> BECERRA RAMÍREZ, José de Jesús. El constitucionalismo ante los instrumentos internacionales de derechos fundamentales. México: Ubijus Editorial, 2011. p. 29.

<sup>209</sup> GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. Prólogo in: PIZA ROCAFORT, Rodolfo E. Responsabilidad del Estado y derechos humanos. Costa Rica, Universidad Autónoma de Centro América, 1988. p. 7

<sup>210</sup> ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. Dialogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014. p. 65.

<sup>211</sup> ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. Dialogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014. p. 65.

<sup>212</sup> Artículo 33. – Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

<sup>213</sup> Artículo 13 – (...) II. Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados.

<sup>214</sup> Artículo 5, (...) § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

<sup>215</sup> Artículo 5 – El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Colombia<sup>216</sup>, Costa Rica<sup>217</sup>, Ecuador<sup>218</sup>, El Salvador<sup>219</sup>, Guatemala<sup>220</sup>, Honduras<sup>221</sup>, México<sup>222</sup>, Nicaragua<sup>223</sup>, Panamá<sup>224</sup>, Paraguay<sup>225</sup>, Perú<sup>226</sup>, Uruguay<sup>227</sup> y Venezuela<sup>228</sup>.

---

<sup>216</sup> Artículo 94 – La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

<sup>217</sup> Artículo 74 – Los derechos y beneficios a que este capítulo se refieren son irrenunciables. Su enumeración no excluye otros que se deriven del principio cristiano de Justicia social y que indiquen la ley; serán aplicables por igual a todos los factores concurrentes del proceso de producción, y reglamentados en una legislación social y de trabajo, a fin de procurar una política permanente de seguridad nacional.

<sup>218</sup> Artículo 11, n° 3 – Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

<sup>219</sup> Artículo 52 – (...) La enumeración de los derechos y beneficios a que este capítulo se refiere (derechos sociales), no excluye otros que se deriven de los principios de justicia social.

<sup>220</sup> Artículo 44 – Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular. Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.

<sup>221</sup> Artículo 63 – Las declaraciones, derechos y garantías que enumera esta Constitución, no serán entendidos como negación de otras declaraciones, derechos y garantías no especificadas, que nacen de la soberanía, de la forma republicana, democrática y representativa de gobierno y de la dignidad del hombre.

<sup>222</sup> Artículo 1 – En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

<sup>223</sup> Artículo 46 – En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas; y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.

<sup>224</sup> Artículo 17 – Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales donde quiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley. Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona.

<sup>225</sup> Artículo 45 – La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía.

<sup>226</sup> Artículo 3 – La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

<sup>227</sup> Artículo 72 – La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.

<sup>228</sup> Artículo 22 – La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.

## CAPITULO IV. EL SISTEMA UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

Por medio del análisis de los capítulos anteriores se ha comprendido que la teoría del derecho natural se perpetuó a lo largo de la historia. En la actualidad, los derechos humanos propuestos por la Organización de las Naciones Unidas son su expresión práctica. El presente capítulo está dedicado a presentar los principales documentos que dieron origen al sistema universal de derechos humanos, y que le otorgaron a la Organización de las Naciones Unidas el rol de autoridad mayor (que sobrepone al Estado) para hacer que la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los subsecuentes tratados internacionales de derechos humanos sean respetados.

### 4.1. Una aproximación a los tres conceptos de derechos: naturales, humanos y fundamentales

La teoría de derecho natural es el resultado de una construcción filosófica que consiste en un conjunto de principios y valores. Entre esos principios están los derechos humanos. Por tanto, y para efectos de este estudio, ambos – los derechos naturales y los derechos humanos – son anteriores e independientes de la norma positiva, de la razón y de la voluntad humana. En este mismo sentido John Finnis afirmó en su obra *Natural Law and Natural Rights* que la expresión “derechos humanos” es el lenguaje contemporáneo para “derechos naturales”.<sup>229</sup>

La definición de derechos humanos elaborada por la Organización de las Naciones Unidas afirma que: “Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles”. Además establece que los derechos humanos son universales y están contemplados en la ley y garantizados por ella, a través de los tratados, el derecho internacional consuetudinario, los principios generales y otras fuentes del derecho internacional. El derecho internacional de los derechos humanos establece las obligaciones que tienen los gobiernos de tomar medidas en determinadas situaciones, o de abstenerse de actuar de determinada forma en otras, a fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de los individuos o grupos.<sup>230</sup>

---

<sup>229</sup> FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*. New York: Oxford University Press, 2011, p. 198

<sup>230</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. ¿Qué son los derechos humanos?: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>, recuperado en 24 de junio de 2020.

Las normas internacionales de los derechos humanos se clasifican a nivel universal (ámbito de las Naciones Unidas) y a nivel regional (ámbito de las Organizaciones regionales). Hasta antes de la Segunda Guerra Mundial sólo habían sido reconocidos los derechos humanos en intervenciones de humanidad y de protección a minorías nacionales. Los trabajos de los Estados, sobre todo occidentales, lograron que la Carta de las Naciones Unidas reconociera los Derechos del Hombre. La búsqueda de un sistema de protección de los derechos humanos a nivel internacional eficaz y efectivo propició que se elaboraran documentos de alcance universal que fueran aceptados por la mayor parte de los Estados, algunos de diferentes tendencias. En cuanto a los alcances, interpretación, excepciones, reservas, ratificación o denuncia referidos a todos los documentos internacionales, es de aplicación lo establecido por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, lo cual formaliza el principio de que el derecho internacional prevalece sobre el derecho local.

A nivel regional también se trabajó en la búsqueda de consenso y de efectividad a través de Declaraciones y Convenios entre Estados. El sistema interamericano de derechos humanos es uno de los tres sistemas regionales de protección a derechos, juntamente con los sistemas europeo<sup>231</sup> y africano<sup>232</sup>.

El sistema regional interamericano se consolida principalmente con el resurgimiento de la democracia en los países americanos. Su estructura central es establecida por la Convención Americana, adoptada por la Organización de los Estados Americanos (OEA) en 22 de noviembre de 1969. Actualmente, de los 35 Estados-miembros de la OEA, 25 son miembros de la Convención. La Convención Americana establece estándares mínimos de derechos humanos, que orientan los Estados participantes a comprometerse en respetar los derechos y libertades y garantizar su pleno ejercicio para todas las personas. Prevé con mayor detalle los derechos humanos si se compara con otras convenciones a nivel global. Trata principalmente de derechos civiles y políticos, y, de forma genérica, en los derechos económicos, sociales y culturales. Además, es complementada por sus protocolos, por la Carta de la OEA y otras Convenciones del sistema interamericano.

---

<sup>231</sup> Los países del Consejo de Europa adoptaron la Convención Europea para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, firmada en Roma, en 1950.

<sup>232</sup> Entre los instrumentos regionales, en el continente africano se encuentra la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, elaborada por la Organización de la Unidad Africana (OUA) y firmada el 26 de junio de 1981 en Banjul de Gambia.

A continuación, se presentará un panorama de la protección de los derechos humanos en el sistema interamericano dentro del contexto global, así como los dos organismos creados por la OEA para cumplir la misión de monitorear los Estados americanos.

En cuanto a los derechos fundamentales Robert Alexy asevera que éstos son derechos que fueron acogidos en el ámbito de una Constitución para positivizar derechos humanos, como intento de positivización de derechos morales, los cuales exteriorizan de forma especialmente significativa la doble naturaleza del derecho.<sup>233</sup>

En consecuencia, los derechos naturales son todos aquellos inherentes a la condición de ser humano, necesarios a la garantía de su dignidad. Muchos de los derechos naturales están previstos y positivados en el sistema internacional de derechos humanos, por lo que reciben otra denominación: derechos humanos. Otros tantos derechos naturales son trasladados a las Constituciones de distintos países, por lo que reciben el status de derechos fundamentales.

#### 4.1. Carta Internacional de los Derechos Humanos

La historia muestra que era prácticamente absoluta la potestad de los soberanos y de los Estados fijar los derechos que reconocían a los súbditos y cuáles eran los mecanismos de protección. Sin embargo, la violación de derechos y garantías fundamentales dentro de la jurisdicción interna, por el propio Estado, generó la necesidad de contrarrestarla.

Durante el siglo XX, a los derechos fundamentales del hombre se les reconoció una nueva dimensión, la de derechos humanos, y el individuo pasó a ser considerado como sujeto de derecho internacional. Al terminar la Segunda Guerra Mundial los derechos humanos toman un carácter internacional a través de declaraciones, cartas, tratados y convenios.<sup>234</sup>. Estos instrumentos, universales y regionales, crearon mecanismos de protección.

La comunidad internacional comenzó a observar y vigilar las acciones adoptadas por los Estados para garantizar y proteger en su jurisdicción interna, los derechos humanos. El derecho internacional no le quita el tema al Estado, sino que es dentro de éste donde los derechos deben primero ser observados. Los instrumentos y organismos internacionales son los que dan las pautas, conocen y controlan a los Estados en los modos de protección de estos

---

<sup>233</sup> ALEXY, Robert. Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito. Revista de direito administrativo. Rio de Janeiro, n. 253, p. 9-30, jan/abril. 2010, p. 21

<sup>234</sup> MARGAROLI, Josefina. Procedimiento ante el sistema interamericano de derechos humanos/Josefina Margaroli y Sergio L. Maculan. 1ª ed. Buenos Aires: Cathedra Juridica, 2011, p. 9.



derechos para con sus ciudadanos y habitantes. Los sistemas de protección internacional surgen desde esta necesidad.<sup>235</sup>

La Carta de las Naciones Unidas es el documento que formaliza la existencia de la organización internacional denominada Naciones Unidas. Dicho documento se firmó el 26 de junio de 1945 en San Francisco, al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año.<sup>236</sup> También es parte integrante de la Carta el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Las naciones que respaldaron la suscripción de la Carta de las Naciones Unidas entendieron que para consolidar el proceso de afianzamiento y respeto universal de los Derechos Humanos, era imprescindible, por un lado, elaborar un instrumento de alcance universal que enunciara de manera integral los derechos reconocidos hasta entonces, y por otro, impulsar las acciones de una Comisión de Derechos Humanos encargada de promover la vigencia de tales normas.

La llamada Carta Internacional de los Derechos Humanos no es en sí un documento, sino un conjunto de instrumentos que incluye la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, los dos Pactos Internacionales: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Protocolo Facultativo a este último.

#### 4.2. La Declaración Universal de los Derechos Humanos

La Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, con 48 votos de 58 Estados miembros: ningún en contra. 8 abstenciones (Bielorrusia, Checoslovaquia, Polonia, Ucrania, Unión Soviética, Arabia Saudita, Sudáfrica, Yugoslavia). 2 delegaciones ausentes (Honduras y Yemen). Consta de un preámbulo, donde se asientan los principios de la libertad, la justicia y la paz; y 30 artículos. Se trata de un referente fundamental en el derecho internacional de los derechos humanos, tanto por su contenido como por haber sido aprobada en un foro compuesto por representantes de casi todos los Estados existentes.

Este instrumento es considerado actualmente como el fundamento de todo sistema de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos, dado que ha ejercido una profunda

---

<sup>235</sup> MARGAROLI, Josefina. Procedimiento ante el sistema interamericano de derechos humanos: Comisión y corte Interamericana de Derechos Humanos. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2011, p. 10.

<sup>236</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. La Carta de la ONU. Recuperado en: <http://www.un.org/es/sections/un-charter/preamble/index.html>

influencia en el pensamiento y el comportamiento de las personas y de los gobiernos en todo el mundo que se respeta como código de conducta y como patrón para medir el grado de respeto y aplicación de las normas internacionales en asuntos de derechos humanos.<sup>237</sup>

Esta declaración tiene fuerza moral y ética para los Estados, pregonando como patrón para medir el grado de respeto a las normas internacionales. También han sentado las bases filosóficas de muchos instrumentos internacionales que son obligatorios para los Estados. La vulneración de esta declaración per se no acarrea consecuencias jurídicas para los Estados, pese a los reproches que puedan hacerse desde los aspectos morales. Dicha declaración es fragmento de los tratados de Derechos Humanos que han emergido posteriormente y que resultan ser vinculantes para los Estados.<sup>238</sup>

La Declaración Universal distingue dos categorías de derechos: Derechos Civiles y Políticos y Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que fueron consagrados en dos Pactos. Los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, hechos en Nueva York en el año 1966, constituyen el desarrollo más significativo de la Declaración de 1948. Inicialmente, los Pactos fueron concebidos prácticamente a medida de los intereses de cada uno de los bloques enfrentados en la Guerra Fría. En este sentido, y aunque ambos pretendían dotar de eficacia normativa a los postulados de la Declaración, en uno de ellos se pone el énfasis en los aspectos civiles y políticos (las también llamadas libertades públicas), mientras que en el otro se hace hincapié en la vertiente más económica de la Declaración, esto es, de aquellas facultades que requieren, como condición indispensable para su eficacia, un gasto público y una acción positiva por parte del Estado (los llamados derechos sociales y, aun con mayor intensidad, los llamados derechos de solidaridad o de tercera generación). Posteriormente algunos autores han considerado superada la llamada teoría de las generaciones de los derechos humanos, dado que a menudo resulta muy difícil separar totalmente la dimensión política de las prestaciones de naturaleza económica.<sup>239</sup>

El Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos constituye el texto normativo de referencia por lo que respecta a la protección de los derechos humanos en el ejercicio político, pues el alcance y el prestigio de su formulación lo han convertido en el más significativo de todos los instrumentos internacionales en vigor. Dicho documento se adoptó y se abrió a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200, de

---

<sup>237</sup> MICHILINI, José Antonio. Los Derechos Humanos en el Derecho Internacional: una aproximación a la protección universal. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 2014, p. 60

<sup>238</sup> MICHILINI, José Antonio. Los Derechos Humanos en el Derecho Internacional: una aproximación a la protección universal. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 2014, p. 62

<sup>239</sup> MEIX CERECEDA, Pablo. El Derecho a la Educación en el Sistema Internacional y Europeo. Valencia: Tirant, 2014, p. 37.

16 de diciembre de 1966 y su entrada en vigor ha sido el 23 de marzo de 1976 de conformidad con su artículo 49.

Este instrumento ha sido la piedra basal de muchos derechos que fueron interpretados por su órgano de contralor que es el Comité de Derechos Humanos. Precisa muchos de los derechos contenidos en la Declaración Universal. Entre los principales derechos que recoge, se encuentran: derecho a la libre determinación de los pueblos; derecho de todo individuo violentado en sus derechos de interponer un recurso efectivo contra dicha violación; derecho al debido proceso; derecho a la participación en los asuntos públicos; derecho a elegir y a ser elegido; derecho a tener acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas del país.<sup>240</sup>

Con la entrada en vigor, luego de su respectiva ratificación, ambos Pactos internacionales dieron obligatoriedad jurídica a las disposiciones de la Declaración Universal para los Estados. En el marco de la Resolución n.º 2200 de la Asamblea General de las Naciones Unidas por la que se aprueban los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, se prevé la existencia del protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Su propósito es permitir que aquellos que aleguen ser víctimas de violaciones de los derechos contenidos en el mismo, presenten peticiones ante el Comité de Derechos Humanos.

#### 4.3. La creación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En 1945, en la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, también llamada Conferencia de Guapultepec, los Estados americanos empezaron a diseñar un programa regional incipiente para la protección de los derechos humanos. Además, durante dicha Conferencia se recomendó al Comité Jurídico Interamericano la elaboración de un tratado sobre derechos y deberes del hombre, que no llegó a ser adoptado, pero que demuestra que se venía realizando trabajo en materia de instrumentos.

Cuando se creó la Organización de los Estados Americanos (OEA) en octubre de 1948, los Estados integrantes adoptaron la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia.

Al momento de la adopción de la Declaración Americana, los Estados de la OEA habían aprobado también una resolución en la que se reconocía la necesidad de contar con un órgano judicial encargado de la protección de los derechos humanos, encomendándosele al

---

<sup>240</sup> MICHILINI, José Antonio. Los Derechos Humanos en el Derecho Internacional: una aproximación a la protección universal. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 2014, p. 65.

Comité Jurídico Interamericano la elaboración de un Proyecto de Estatuto que elaborase las bases de una Corte Interamericana.

El Comité, sin embargo, consideró prematuro preparar dicho estatuto, aduciendo que ello debía estar precedido de la suscripción de un tratado general sobre derechos humanos por la OEA. En sus primeros años de creación, la OEA aprobó dos pactos sobre derechos de la mujer: la Convención Interamericana sobre la Nacionalidad de la Mujer y la Convención Interamericana sobre concesión de los Derechos Políticos a la Mujer; así como también incorporó la Comisión Interamericana de Mujeres, entidad dedicada al estudio de esa temática. Sin embargo, sería sólo con la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuando se pondría en marcha un sistema de protección de tales derechos.

De su parte, González Morales afirma que, en una Reunión de Consulta de Cancilleres celebrada en Chile, en 1959 la OEA decidió crear la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH), como reacción a la Revolución Cubana y a la información que circulaba de que la dictadura de Trujillo en República Dominicana había intentado asesinar al Presidente de Venezuela. El hecho de que se tratara de una Reunión de Consulta y no de un encuentro regular, pone de manifiesto la contingencia de la creación de la Comisión.<sup>241</sup>

La Comisión IDH entró en funciones en 1960, una vez que se aprobó su Estatuto. Conforme a éste, adoptado por los órganos políticos de la OEA, la Comisión IDH fue establecida como una entidad autónoma de la OEA y recibió una serie de atribuciones, entre ellas se encontraban la preparación de estudios e informes que considerara necesarios para el desempeño de sus funciones; la promoción de los derechos humanos; la formulación de recomendaciones a los gobiernos en estas materias; la solicitud de información a los Estados acerca de las medidas adoptadas a nivel interno; y el servir como órgano de consulta de la OEA en materia de derechos humanos.

También se estableció que la Comisión estaría integrada por siete comisionados, quienes desempeñarían sus labores a título personal y no como representantes de los Estados de los cuales fueron nacionales, factor que resultó fundamental para el desarrollo de su trabajo. La sede de la Comisión IDH fue establecida en Washington, D.C., Estados Unidos, misma ciudad donde opera la sede central de la OEA.

El Estatuto de la Comisión IDH facultaba a la Comisión trasladarse al territorio de cualquier Estado de la OEA previa autorización del mismo. Esta atribución contribuiría muy

---

<sup>241</sup> GONZALEZ MORALES, Felipe. Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Valencia: Tirant, 2013, p. 31.

pronto en la práctica a darle visibilidad y reconocimiento a la Comisión a nivel de la población de los Estados, aumentando el impacto de sus actividades.

En cambio, el Estatuto no contemplaba la posibilidad de que la Comisión tramitara y decidiera denuncias sobre casos específicos de violaciones cometidas por los Estados. Sin embargo, desde su primer periodo de sesiones la Comisión puso énfasis en la importancia de llegar a poseer dicha función y así se lo hizo saber a los órganos políticos de la OEA. Así, ya en su primer periodo de sesiones la Comisión le hizo saber a los organismos políticos de la OEA que sus facultades no le permitirían realizar la misión que los pueblos de América pueden esperar de ella en defensa de los derechos humanos, pues ha considerado que su deber no debe limitarse a la simple promoción del respeto de esos derechos, sino que está obligada a cuidar de que ellos no sean violados. Durante los años siguientes la Comisión plantearía reiteradamente esta propuesta hasta obtener finalmente su aprobación.

En 1966 la Comisión adquirió la función de tramitar y decidir acerca de denuncias en materia de derechos humanos. La importancia de este mecanismo radica, por una parte, en la posibilidad de levantar públicamente una violación específica y procurar alcanzar una solución a ella; por otra parte su presencia es central desde el punto de vista del desarrollo internacional de los derechos humanos, ya que significa en la práctica y de manera concreta hacer afectivo el carácter de sujeto internacional que la persona humana posee conforme dicha normativa.

A partir de 1970 la Comisión adoptó la incorporación de países en sus informes anuales como una práctica, que permitía ejercer un monitoreo continuo y difundir periódicamente sus hallazgos. En realidad, en el período 1960-1990 la publicación de informes sobre países continuó siendo la principal tarea de la Comisión.

El autor Felipe González apunta que <de hecho, hasta 1973 el volumen de denuncias fue poco significativo, aunque éstas se incrementaron notablemente luego de los Golpes de Estado en Chile (1973) y Argentina (1976)><sup>242</sup>. Pero más allá del volumen de denuncias, había dos razones básicas para que los Informes sobre países continuaran siendo la labor central de la Comisión IDH durante el período en análisis. En primer lugar, muchos de los Estados contra los cuales se interponían denuncias individuales no participaban en la tramitación de los casos, es decir, no contestaban las denuncias y no enviaban respuesta alguna a los requerimientos de la Comisión al respecto o bien solo lo hacían de manera sumaria, sin entrar al fondo de las alegaciones ni menos a presentar pruebas de descargo. En

---

<sup>242</sup> GONZALEZ MORALES, Felipe. Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Valencia: Tirant, 2013, p. 36.

este contexto, la Comisión incluyó en su reglamento una disposición conforme la cual se presumen verdaderas las alegaciones de los denunciantes en la medida en que ellas no aparezcan controvertidas por el Estado o por otras fuentes. En segundo lugar, y dado que la Comisión lidiaba fundamentalmente con violaciones masivas y sistemáticas, esto es, que obedecían a un plan deliberado de ciertos Estados, la solución de casos individuales, fuera que el Estado hubiera participado o no en la tramitación ante la Comisión IDH, resultaba notoriamente insuficiente. Si de lo que se trataba era de acometer cientos y hasta miles de violaciones cometidas en un corto tiempo por un mismo Estado, resultaba imposible que la resolución de casos específicos pudiera ser efectiva para transformar la situación. En la elaboración de los informes sobre países, la Comisión recurrió desde un comienzo a las visitas in loco, es decir, visitas al lugar donde las presuntas violaciones habían ocurrido.

Durante casi 20 años y hasta la entrada en operaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1979, la Comisión operó como el único mecanismo de protección del Sistema Interamericano, y lo hizo en un contexto de numerosos gobiernos dictatoriales. En estas circunstancias, dado que las dictaduras violaban los derechos humanos en gran escala y de manera sistemática, la Comisión utilizó como mecanismo principal para abordarlos la preparación y publicación de informes sobre países. En ellos se revisaba la situación general de los derechos humanos en determinados países, con especial atención a los atentados contra el derecho a la vida, a la práctica de la tortura y la detención y prisión arbitraria de personas.

Con la creación de la Corte Interamericana se forma el sistema interamericano en vigor, el cual se rige por el principio de subsidiariedad, lo que significa decir que la activación de la Comisión y de la Corte Interamericanas de Derechos Humanos depende de la inexistencia de mecanismos de protección a nivel nacional o de la ineficacia de los mismos. El preámbulo de la Convención Americana señala que el Sistema ejerce una protección <coadyuvante y complementaria> a la ofrecida por los ordenamientos nacionales. De acuerdo con esto, el principal de sus mecanismos de protección y del cual depende la mayor parte del trabajo del juez regional, es decir, el derecho de petición individual, exige como requisito de admisibilidad básico el agotamiento de los recursos internos por parte de quienes pretenden demandar ante dicho organismo. La propia Corte IDH ha señalado que <no basta la existencia formal de los recursos, estos deben ser efectivos e idóneos><sup>243</sup>.

A la par de esta naturaleza subsidiaria, la Convención consagra tanto la obligación de respetar todos los derechos previstos en ella y la obligación de adaptar los ordenamientos

---

<sup>243</sup> Ver Corte IDH en caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs Perú. Sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006.

nacionales para lograr tal cometido, como el derecho específico de acceso a la justicia (artículos 8 y 25) y es gracias al conjunto de estas previsiones que el juez interamericano ha determinado los parámetros que deben cumplir los jueces nacionales para asegurar el derecho de acceso a la justicia y, en consecuencia, evitar que los individuos busquen protección regional.<sup>244</sup>

#### 4.3.1. Convención Americana de Derechos Humanos

Las intenciones originales de la OEA de adoptar un tratado general sobre derechos humanos se concretaron finalmente en 1969 con la suscripción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En efecto, en Naciones Unidas, la Comisión de Derechos Humanos, establecida en 1946, rápidamente se puso la tarea de llevar adelante un proceso de establecimiento de estándares en la materia. Así, elaboró primeramente la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada en 1948. El objetivo siguiente que se trazó la Comisión de Derechos Humanos fue la adopción de un tratado general en materia de derechos humanos. En pocos años, a principio de la década de los cincuenta, la Comisión ya había elaborado un texto para ser sometido a la discusión de los Estados. Sin embargo, el asunto resultó mucho más complejo de lo anticipado. Sucedió, en efecto, que comenzó una disputa acerca de si debía adoptarse un solo tratado general de derechos humanos o si, en cambio, debería haber dos tratados con temas económicos, sociales y culturales (DESC), con un tratamiento diferenciado para ambos tipos de derechos, con grados distintos de exigibilidad y de mecanismos de supervisión de su cumplimiento. El bloque de los Estados socialistas reales sostuvo la primera y el de los países occidentales la segunda. El asunto se discutió durante años. Sin perjuicio de ello, en el ínterin, Naciones Unidas adoptó otros instrumentos en materia de derechos humanos (relativos a aspectos específicos), entre los que resaltaron la Convención contra el Genocidio y la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. En el año 1966 se adoptan finalmente dos tratados generales de derechos humanos: el

---

<sup>244</sup> ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. *Dialogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 51.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)<sup>245</sup> y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)<sup>246, 247</sup>.

La Convención Americana, además de reforzar la necesidad de garantía de ejercicio de los derechos humanos en el continente americano, fortalece el status de la Comisión Interamericana y establece una Corte Interamericana de derechos humanos.

Respecto de la Comisión, la Convención viene a ratificar las funciones que le habían sido encomendadas desde su establecimiento, así como la de conocer de casos específicos, reconocida mediante una reforma de su estatuto a mediados de la década de los sesenta. En los aspectos orgánicos y procesales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Convención no incorporó modificaciones. De este modo, se mantuvo su composición por siete miembros elegidos en sus capacidades individuales, la fórmula de elección de los mismos, así como su sede en Washington. La Corte Interamericana fue creada para ser presidida por siete jueces y su sede fue establecida en San José de Costa Rica.

La Corte posee dos funciones básicas: una contenciosa y otra consultiva. Conforme a la primera, el tribunal puede conocer de casos específicos en que se aleguen violaciones a los derechos humanos consagrados en la Convención Americana. No obstante, para que la Corte adquiera jurisdicción contenciosa respecto de un Estado determinado, es necesario que este así se la reconozca expresamente.

La Convención establece dos vías de acceso a la jurisdicción contenciosa: que la demanda sea presentada por la Comisión o que lo sea por un Estado. No prevé, en cambio, la Convención la posibilidad de un acceso directo de las presuntas víctimas a la Corte, pero, en rigor, por la época de adopción de dicho tratado, esta posibilidad no se hallaba contemplada en ningún sistema internacional de protección de los derechos humanos. La Convención señala de manera expresa que los Estados <se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes><sup>248</sup> y añade que <la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado><sup>249</sup>.

La Convención Americana contempla también la posibilidad de que la Corte adopte medidas provisionales en situaciones de extrema gravedad y urgencia, cuando ello resulte

---

<sup>245</sup> Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en la resolución 2200ª (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

<sup>246</sup> Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en la resolución 2200ª (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

<sup>247</sup> GONZALEZ MORALES, Felipe. Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Valencia: Tirant, 2013, p. 38.

<sup>248</sup> Artículo 68.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

<sup>249</sup> Artículo 68.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.



necesario para evitar daños irreparables a las personas.<sup>250</sup> El tribunal puede adoptar tales medidas tanto en el contexto de casos contenciosos de los que se encuentre conociendo como cuando la Comisión se lo solicite.

En cuanto a la Comisión, cabe agregar que ésta adopta medidas parecidas a las de la Corte, denominadas cautelares, pero no lo hace en virtud de una disposición expresa de la Convención Americana, sino basándose en una interpretación de sus propias y amplias funciones establecidas tanto en la Convención como en otras fuentes. Esta interpretación se ha impuesto en la práctica sobre la base del consentimiento de los Estados.

A partir de la entrada en vigor de la Convención el sistema interamericano de derechos humanos contaba no solo con una Comisión sino también una Corte, y ambas quedaron encargadas de la supervisión de la conducta en una amplia gama de materias. De manera que si bien la Comisión se estableció en virtud de algunas dictaduras, con la Convención Americana se hacía claridad meridiana respecto de que la Comisión y la Corte no solo tendrían por finalidad confrontar violaciones cometidas por regímenes dictatoriales, sino promover al establecimiento de sistemas democráticos y a que tales sistemas protegieran efectivamente los derechos de las personas.<sup>251</sup>

Las obligaciones genéricas previstas en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana establecen que el juez interamericano está autorizado a desarrollar herramientas que permiten el impulso de su trabajo y la orientación de la labor de homólogos internacionales. El artículo 1.1 de la Convención Americana prevé la obligación general de respeto y garantía, por ende los Estados que la ratifican se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Aunque la previsión normativa obligue a todos los Estados a reconocer y proteger los derechos contemplados en la Convención, es decir, en los términos previstos en ella, hay que tener en cuenta que dichos términos no se limitan a la redacción de dicho instrumento internacional, sino que se construyen también, desde la propia jurisprudencia interamericana.

El artículo 2 de la Convención Americana, prevé la obligación general de adaptación, según la cual los Estados deben ajustar su ordenamiento jurídico para cumplir con el objetivo

---

<sup>250</sup> Artículo 63.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

<sup>251</sup> En la década de los noventa serían los nuevos gobiernos elegidos en las urnas los que, disconformes con la continua supervisión de la Comisión, comenzarían a señalar que la finalidad de esta es lidiar con dictaduras.

de protección que persigue el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Dicha obligación se traduce en el deber de derogar todas las normas internas contrarias al régimen interamericano, el deber de emitir las normas que coadyuven con la consecución de sus cometidos, así como el deber de adecuar el comportamiento de agentes estatales y, en fin, toda la estructura institucional, al servicio del Sistema. Así mismo, ese deber implica la obligación del Estado de luchar contra prácticas sociales y culturales que vulneren los derechos previstos en la Convención.<sup>252</sup>

La Corte Interamericana ha expresado que <el artículo 2 de la Convención no define cuáles son las medidas pertinentes para la adecuación del derecho interno a la misma, obviamente por depender ello del carácter de la norma que la requiera y las circunstancias de la situación concreta. Por ello, la Corte interpretó que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: I) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y II) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. La Corte ha entendido que la obligación de la primera vertiente se incumple mientras la norma o práctica violatoria de la Convención se mantenga en el ordenamiento jurídico y, por ende, se satisface con la modificación, la derogación, o de algún modo anulación, o la reforma de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda><sup>253</sup>. Sobre esta norma dijo más recientemente que <los Estados están intencionalmente obligados a adoptar las medidas que fueren necesarias “para hacer efectivos” los derechos establecidos en la Convención, como se estipula en el artículo 2 de dicho instrumento interamericano, por lo que deben propender, precisamente, a enfrentar las manifestaciones intolerantes y discriminatorias, con el fin de evitar la exclusión o negación de una determinada condición><sup>254</sup>.

En razón de esta disposición el juez regional ha podido influir realmente en la reformulación de los ordenamientos internos en pro de los derechos humanos a través de sus órdenes directas y por medio de los parámetros que establece en su jurisprudencia, los Estados parte de la Convención Americana de Derechos están obligados a elaborar e implementar políticas que garanticen los derechos esenciales de los seres humanos bajo su jurisdicción.

---

<sup>252</sup> ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. *Dialogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 52.

<sup>253</sup> Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile. Fondos, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C, n. 239, parr. 172.

<sup>254</sup> Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile. Fondos, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C, n. 239, parr. 119.

#### 4.3.2. Procedimientos ante los órganos del Sistema Interamericano

La Convención Americana sobre Derechos Humanos y los demás tratados interamericanos y universales de los que Panamá es Estado parte integran el ordenamiento jurídico panameño y forman parte del bloque de constitucionalidad, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional panameña.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita el 22 de noviembre de 1969 en San José de Costa Rica, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos y definió las funciones, competencia y procedimiento de la Comisión Interamericana, que había sido creada en 1959<sup>255</sup>.

La Convención Americana establece un sistema de protección internacional que se basa en que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de un determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos. Así, la protección internacional se activa solo subsidiariamente, cuando el Estado falla en el cumplimiento de su obligación de proteger, en sede interna, los derechos humanos.

Por lo tanto, queda establecido, a través del artículo 33 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que la Comisión y la Corte son los órganos <competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes>.

A continuación, presentaremos los principales aspectos de los artículos 33 a 69 de Convención Americana, que establecen y regulan los mecanismos de protección de los derechos consagrados en la primera parte de este tratado (artículos 3 a 26) así como las funciones y competencias de dichos órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: la Comisión y la Corte Interamericanas.

---

<sup>255</sup> La V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, realizada en Santiago de Chile en 1959, creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que se reunió por primera vez en 1960, en Washington D. C. La Carta de la OEA, en el Capítulo XV, referido a la Comisión Interamericana señala que una Convención Interamericana sobre Derechos Humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión.

#### 4.3.2.1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Carta de la Organización de los Estados Americanos, a través de su artículo 106, le asignó a la Comisión Interamericana la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la OEA en estas materias.

Durante sus tres primeras décadas de funcionamiento, la función principal de la Comisión IDH fue el monitoreo de la situación de los países en materia de derechos humanos. En este sentido, desde el inicio de sus operaciones, la Comisión publicó una serie de tales informes, que en ocasiones tuvieron un impacto relevante. En 1961, la Comisión también pasó a realizar visitas in loco a los Estados, para obtener informaciones de primera mano, tener un contacto directo con las víctimas, la sociedad civil y las autoridades, así como para influir a través de la visita de la misma – y no sólo por medio del informe posterior a ella, que a veces toma un tiempo largo – en el mejoramiento de la situación.<sup>256</sup>

Posteriormente, durante los procesos de democratización que han tenido lugar en el continente americano dichas labores han continuado, pero con ciertas transformaciones. En la década de los noventa la Comisión formuló un conjunto de criterios para la inclusión de informes sobre países en su informe anual, así como adoptó de manera permanente ciertas prácticas que anteriormente sólo se habían aplicado de manera ocasional, como la transmisión de un borrador completo del informe al Estado respectivo.

Por tanto, actualmente, la Comisión Interamericana emite varios tipos de informes: los informes anuales que presenta a la Asamblea General de la OEA y los informes especiales sobre temáticas relacionadas con un país o sobre temáticas regionales.

En el informe anual, la Comisión reserva un capítulo para referirse a aquellos países cuya situación general de derechos humanos amerita una atención especial por parte de la Comisión. Para determinar cuándo un país requiere atención especial, la Comisión ha elaborado cinco criterios con base en los cuales decide si un merece atención especial.

Los criterios señalados al respecto fueron los siguientes: 1) cuando se trata de <Estados regidos por gobiernos que no han llegado al poder mediante elecciones populares, por el voto secreto, genuino, periódico y libre, según normas y principios constitucionalmente aceptados>; 2) cuando se trata de <Estados donde el libre ejercicio de los derechos consignados en la Convención Americana o la Declaración Americana ha sido en efecto

---

<sup>256</sup> GONZALEZ MORALES, Felipe. Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Valencia: Tirant, 2013, p. 184.

suspendido, en su totalidad o parte, en virtud de la imposición de medidas excepcionales, tales como el estado de emergencia, el estado de sitio, suspensión de garantías, o medidas excepcionales de seguridad, entre otras>; 3) cuando existen pruebas de que un <Estado comete violaciones masivas y graves de los derechos humanos garantizados en la Convención Americana, Declaración Americana o los demás instrumentos de derechos humanos aplicables>, en especial cuando se trata de violaciones de derechos que no pueden suspenderse, como las ejecuciones extrajudiciales, la tortura y la desaparición forzada; 4) cuando se trata de <Estados que se encuentran en un proceso de transición de cualquiera de las tres situaciones arriba mencionadas>; y 5) cuando se trate de <situaciones coyunturales o estructurales, que estén presentes en Estados que por diversas razones enfrenten situaciones que afecten seria y gravemente el goce y disfrute de los derechos fundamentales, consagrados en la Convención Americana o en la Declaración Americana. Este criterio incluye, por ejemplo: situaciones graves de violencia que dificultan el funcionamiento adecuado del Estado de Derecho; graves crisis institucionales; procesos de reforma institucional con graves incidencias negativas para los derechos humanos; u omisiones graves en la adopción de disposiciones necesarias para hacer efectivos los derechos fundamentales><sup>257</sup>.

La Convención Americana, además de ratificar la función principal de la Comisión, señaló en su artículo 41, que en el ejercicio de su mandato, ésta tiene las funciones de: a) estimular la consciencia de los derechos humanos en los pueblos de América; b) formular recomendaciones a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos, dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos; c) preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones; d) solicitar a los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos; e) atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados miembros en sus cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, prestarles, dentro de sus posibilidades, el asesoramiento que éstos le soliciten; f) actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad, de conformidad con la Convención; g) rendir un informe anual a la Asamblea General.

Adicionalmente, la Comisión Interamericana presenta informes anuales a la Asamblea General de la OEA, además de otros tipos de informes, si considera que ello es

---

<sup>257</sup> Los criterios comentados aparecen en el Informe correspondiente al año de 2020 de la Comisión IDH. Recuperado en: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/IA.asp>

conveniente para el desempeño de sus funciones. Por tanto, la Comisión elabora informes generales o especiales sobre la situación de derechos humanos en un Estado e informes temáticos regionales sobre la situación de un derecho o de grupos determinados de personas en todo el continente o en una región o país en particular<sup>258</sup>.

Vale comentar que la Comisión tiene la función de buscar que se alcance una solución amistosa entre los denunciantes y los representantes del Estado en términos acordes con el marco normativo del Derecho Internacional y evitar así acudir a la Corte Interamericana. Sólo en el caso de no alcanzarse un acuerdo amistoso entre las partes y de que existan elementos suficientes para concluir que el Estado en cuestión vulneró derechos reconocidos en la Convención Americana, la Comisión procederá a decidir el fondo del caso y eventualmente enviarlo a la Corte. Según Felipe González, <la Comisión es un primer filtro que asegura que sólo lleguen denuncias fundadas a la Corte y sobre las que las partes no han logrado un acuerdo><sup>259</sup>.

Para asegurar el cumplimiento de las funciones asignadas por la Convención Americana, la Comisión Interamericana, de conformidad con su Reglamento, también tramita medidas cautelares y realiza observaciones o visitas in loco a un Estado, con la anuencia o invitación del respectivo gobierno. Con el mismo fin, la Comisión puede celebrar audiencias en su sede para recibir informaciones generales o particulares sobre la situación de derechos humanos en uno o en varios Estados de la región, sobre las peticiones, casos o medidas cautelares en trámite o sobre el seguimiento de sus recomendaciones.

Según el artículo 22 del Reglamento de la Comisión Interamericana, los idiomas oficiales de la Comisión serán el español, el francés, el inglés y el portugués. Los idiomas de trabajo serán los que acuerde la Comisión conforme a los idiomas hablados por sus miembros. Además, cualquiera de los miembros de la Comisión podrá dispensar la interpretación de debates y la preparación de documentos en su idioma.

La Comisión Interamericana dispone de varios mecanismos de actuación, todos con previsión en la Convención Americana de Derechos Humanos. Entre ellos, el recibimiento y tramitación de peticiones y casos contenciosos. Lo que se busca con la presentación de una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es un reconocimiento por

---

<sup>258</sup> Ejemplos de informes temáticos regionales: Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos; Informe sobre el castigo corporal y los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes. Ejemplos de informes temáticos respecto de un país: Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: detenciones y debido proceso; Comunidades Cautivas: situación del pueblo indígena guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia.

<sup>259</sup> GONZÁLEZ MORALES, Felipe. Sistema Interamericano de Derechos Humanos: transformaciones y desafíos. Valencia: Tirant to Blanch, 2013, p. 89.

parte del Estado, una sanción que brinde la restitución del derecho violado, una justa reparación.<sup>260</sup>

La legitimación procesal ante el sistema interamericano es muy amplia. De acuerdo con el artículo 44, de la Convención Americana, las peticiones ante la Comisión Interamericana pueden ser presentadas por: a) una persona; b) un grupo de personas; c) una organización no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados de la OEA. También puede interponer una denuncia un Estado contra otro<sup>261</sup>.

La tramitación de las peticiones individuales por la Comisión sigue un procedimiento que se divide en tres grandes etapas: la de trámite inicial y procedimiento de admisibilidad, la de tramitación en el fondo y la decisión sobre el fondo y eventual sometimiento del caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los requisitos para considerar una denuncia están enunciados en los artículos 28 y 29 del Reglamento de la Comisión Interamericana, y en el artículo 46 de la Convención Americana. La Convención Americana denomina a las denuncias petición o comunicación. Petición, cuando se solicita que accione; comunicación, cuando se le hace saber de una situación irregular.

La presentación deberá indicar: a) identificación del presentante de la denuncia; b) descripción del acto o situación que constituye la violación, lugar, fecha, y de ser posible la identidad de las víctimas y de las autoridades que han tomado conocimiento del hecho; c) identificación del Estado que sería responsable por las violaciones de alguno de los derechos reconocidos en la Convención Americana o la Declaración Americana; d) mención de los derechos establecidos en la Convención Americana u otros instrumentos internacionales, presuntamente violados; e) presentación en idioma castellano, y con forma similar a la de una demanda de derecho interno, esto es, los hechos que se denuncian, los datos de las víctimas, los derechos violados, se entiende que referidos a los del Sistema Interamericano, la prueba acompañada y la ofrecida. Si se denuncia la violación de una ley interna o que una norma de derecho interno viola las garantías del sistema, debe transcribirse su texto.

Se remite la petición por vía postal a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en F Street, n.º 1889, 20005, Washington DC, United States of America. Existe un modelo de denuncia en la página web de la Comisión Interamericana. También se la puede adelantar por medio del correo electrónico de la Comisión: cidhoea@oas.org. Otra manera de

---

<sup>260</sup> MARGAROLI, Josefina. Procedimiento ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos. 1ª ed. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2011, p. 49.

<sup>261</sup> En 2006 Nicaragua presentó una denuncia en contra de Costa Rica y en 2009 Ecuador presentó una denuncia en contra de Colombia.

denunciar es entregando la petición directamente a uno de los miembros de la Comisión Especial, cuando visitan un Estado.<sup>262</sup>

Según el artículo 46 de la Convención Americana, la denuncia debe ser presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva. La fecha en que la Secretaría recibe la petición y otros escritos, es la que considera como de recepción para computar los plazos<sup>263</sup>.

La Comisión Interamericana establece la necesidad de fijar un plazo para la presentación de denuncias para preservar la seguridad jurídica. En ciertos casos, los actos violatorios de los derechos humanos subsisten en el tiempo, configurándose los delitos continuados, por el cual el Estado continúa violando la Convención. En virtud de las circunstancias de particulares de la presentación de una petición, la Comisión podrá recibirla y admitirla si considera que bajo estudio fue presentada dentro de un plazo razonable.

La Comisión Interamericana, al momento de aplicar el plazo de prescripción establecido en el artículo 46 de la Convención Americana, tendría que llevar en cuenta el principio *pro omine* de todo el sistema. De no ser así, en los supuestos en los cuales no se pudo acceder al sistema en el tiempo reglado, se violentarían de nuevo los derechos por quedar la presunta violación del caso fuera del conocimiento de la Comisión. Previendo dicha situación, la Corte prevé que <en efecto, como ese plazo depende del agotamiento de los recursos, es el Gobierno el que debe argüir el vencimiento del plazo ante la Comisión><sup>264</sup>.

La tramitación inicial implica registrarla. Según el artículo 29 del Reglamento de Comisión Interamericana, a la petición se dará constancia de la fecha de su recepción y se acusará el recibo al peticionario. La Secretaría llevará a cabo la revisión inicial de la denuncia, verificando si reúne los requisitos exigidos por el artículo 28 del Reglamento de la Comisión. Si no los reúne, podrá solicitar al peticionario que complete los requisitos. Si éste no cumpliera con la solicitud, la Comisión procederá a archivar la denuncia.

Luego de verificar si cumple con los requisitos convencionales y reglamentarios, la Comisión toma la decisión de recibir la petición y darle su respectivo trámite. Enseguida, se envía al Estado demandado las partes pertinentes de la petición y se le solicita el envío de informaciones, en un plazo de dos meses contados desde la fecha de transmisión de la petición, conforme el artículo 30 de dicho instrumento legal. Sólo de manera excepcional la Comisión evaluará una solicitud de prórroga de dicho plazo que esté debidamente fundada y

---

<sup>262</sup> MARGAROLI, Josefina. Procedimiento ante el sistema interamericano de derechos humanos: Comisión y corte Interamericana de Derechos Humanos. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2011, p. 59.

<sup>263</sup> Comisión IDH: Informe 98/06, Petición 45/99, 21/10/06, Tita Ortiz vs Argentina, Inadmisibilidad, § 38.

<sup>264</sup> Corte IDH: Fallo 13, 11/12/91, Neira Alegría y otros vs. Perú, § 30.



que no exceda de tres meses contados a partir de la fecha del envío de la primera solicitud de información al Estado.

El artículo 36 del Reglamento de la Comisión, establece que sólo se tendrá por configurado un caso una vez que la Comisión haya emitido una declaración de admisibilidad de la denuncia. Así se indica que <con ocasión de la adopción del informe de admisibilidad, la petición será registrada como caso>. El trámite de las peticiones individuales se encuentra regido por garantías que aseguran a las partes el ejercicio del derecho de defensa en procedimiento. Tales garantías son: las relacionadas con las condiciones de admisibilidad de las peticiones (artículos 44 a 46 de la Convención), y las relativas a los principios de contradicción (artículo 48 de la Convención) y equidad procesal.

En cuanto a los criterios para el envío de casos por la Comisión a la Corte, el artículo 45 del Reglamento de la Comisión establece que para efectos de decidir si se produce o no la remisión del asunto, se <considerará fundamentalmente la obtención de justicia en el caso particular> para cuya determinación se tendrá en cuenta, entre otros aspectos, a) la posición del peticionario; b) la naturaleza y gravedad de la violación; c) la necesidad de desarrollar o aclarar la jurisprudencia del Sistema; y d) el eventual efecto de la decisión en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

Recibidas las peticiones de las partes (Estado y peticionario) la Comisión decidirá sobre la admisibilidad del asunto, para lo cual verificará si han interpuesto y agotado los recursos internos, de conformidad con los principios de derecho internacional y la jurisprudencia interamericana.

El artículo 28 del Reglamento de la Comisión Interamericana, sobre los requisitos para la consideración de peticiones, enuncia que las peticiones dirigidas a la Comisión deberán contener las gestiones emprendidas para agotar los recursos de la jurisdicción interna o la imposibilidad de hacerlo.

Por lo tanto, y considerando la disposición del artículo 46 de Convención Americana, para que la denuncia sea admitida por la Comisión, es imprescindible que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos.

El requisito de agotar los recursos internos posee el carácter de regla general, sujeta a ciertas excepciones. Así, los artículos 46 de la Convención Americana y 31 y 32 del Reglamento de la Comisión establecen que el mismo no será exigido si no existe en el sistema interno un debido proceso legal para la protección de derechos que hayan sido violados, si no se ha permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la

jurisdicción interna o se le ha impedido agotarlos, así como cuando exista un retraso injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

Es un principio de derecho internacional que cada Estado sea el encargado de brindar protección a los derechos humanos, por lo que las normas, su aplicación y actuación por los tribunales de justicia están en primer lugar. La protección internacional opera cuando los recursos internos resultan insuficientes, inadecuados, no existen, no hubo posibilidad de interponerlos; también cuando se hayan agotado los recursos internos y exista una resolución judicial definitiva que vulnere los derechos protegidos por los instrumentos internacionales.<sup>265</sup>

La Corte Interamericana, en cuanto al previo agotamiento de los recursos internos, ha sostenido que aplica los principios del derecho internacional. Dicha regla permite al Estado solucionar los casos según su derecho interno antes de afrontar la jurisdicción internacional, por ser esta complementaria de la interna. Es un deber del Estado proporcionar los recursos necesarios en sede interna, los cuales, a su vez, deben ser adecuados y efectivos.

La Comisión Interamericana en su jurisprudencia ha señalado que sólo es exigible agotar los recursos ordinarios, aunque en ciertas circunstancias también podrían serlo los extraordinarios. La jurisprudencia del sistema interamericano ha establecido que <si bien en algunos casos dichos recursos extraordinarios pueden ser adecuados para enfrentar violaciones a los derechos humanos, como norma general los únicos recursos que es necesario agotar son aquellos cuyas funciones, dentro del sistema jurídico, son apropiadas para brindar protección tendiente a remediar una infracción de determinado derecho legal. En principio se trata de recursos ordinarios, y no extraordinarios><sup>266</sup>.

Felipe González agrega que, de cualquier modo <sin perjuicio de la jurisprudencia de la Comisión y la Corte ha avanzado en precisar los estándares del agotamiento de los recursos internos, el tipo de casos que llegan actualmente a dichos órganos ha vuelto mucho más compleja la tarea de determinar si este requisito se cumple o no en el asunto específico en su conocimiento. Entre ellos resultan especialmente complejos aquellos casos en que se alegan violaciones al debido proceso, lo cual puede conducir tanto a un pronunciamiento sobre admisibilidad en relación con la excepción respectiva a la regla del agotamiento de los recursos internos como a una resolución sobre el fondo><sup>267</sup>.

---

<sup>265</sup> MARGAROLI, Josefina. Procedimiento ante el sistema interamericano de derechos humanos: Comisión y corte Interamericana de Derechos Humanos. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2011, p. 111.

<sup>266</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe n.º 51/03, Petición 11.819, Admisibilidad, Christian Daniel Domínguez Domenichetti, Argentina, 24 de octubre de 2003, párrafo 45.

<sup>267</sup> GONZÁLEZ MORALES, Felipe. Sistema Interamericano de Derechos Humanos: transformaciones y desafíos. Valencia: Tirant to Blanch, 2013, p. 96.

Actualmente, solamente en situaciones excepcionales la Comisión Interamericana emite un pronunciamiento de fondo sobre la cuestión de admisibilidad. En el Reglamento de 2009, a través del artículo 36, esto es regulado en los siguientes términos: <en circunstancias excepcionales, y luego de haber solicitado información a las partes de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 30 del presente Reglamento, la Comisión podrá abrir el caso pero diferir el tratamiento de la admisibilidad hasta el debate y decisión sobre el fondo>.

El artículo 30 del Reglamento de Comisión también dispone al respecto aduciendo que, cuando se trate de casos de <gravedad y urgencia o cuando se considere que la vida de una persona o su integridad personal se encuentre en peligro real o inminente, la Comisión solicitará al Estado su más pronta respuesta>. En esta última hipótesis, el Reglamento añade que <la Comisión podrá solicitar al Estado que presente su respuesta y observaciones sobre la admisibilidad y el fondo del asunto>. Faúndez Ledesma afirma que el establecimiento de las dos etapas señaladas proporciona una mayor seguridad a las partes en el caso, afirmando que <a diferencia de la hoy extinta Comisión Europea de Derechos Humanos, que se pronunciaba expresamente sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de toda petición antes de iniciar el examen de los méritos de la misma y dar curso a los trámites posteriores, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sido menos cuidadosa en este aspecto y no siempre ha adoptado una decisión expresa sobre la admisibilidad de las peticiones que se le someten; ello se explica, entre otras razones, porque – hasta 1996 – la Comisión Interamericana solía considerar la admisibilidad de la petición o comunicación conjuntamente con la cuestión de fondo que ella planteara><sup>268</sup>.

La Comisión siempre buscará mediar entre las partes con la finalidad de alcanzar un arreglo amistoso fundado en el respeto de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana, en la Declaración Americana y otros instrumentos aplicables, además de iniciar y proseguir siempre sobre la base del consentimiento de las partes. Si se logra una solución amistosa, la Comisión aprobará un informe de la solución lograda que transmitirá a las partes y hará público. Sin embargo, si no se logra una solución amistosa entre las partes la Comisión proseguirá el trámite del caso.

Por fin, y en el caso de las partes no haber llegado a un acuerdo la Comisión decidirá sobre el fondo del caso. Conforme la Convención Americana, la Comisión y los Estados son los únicos facultados para presentar casos contenciosos ante la Corte.

---

<sup>268</sup> FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 3ª edición, 2004, p. 367.

Se podrán llevar a cabo audiencias si la Comisión Interamericana así lo decidiera de propia iniciativa o si una de las partes lo solicitara y la Comisión accede a ello, usualmente después de vencidos los plazos de requerimiento y del traslado de información y observaciones a las partes. En estas audiencias se presentan alegaciones, así como, dependiendo del caso, declaraciones de testigos, peritos o pruebas de cualquier carácter que resulten pertinentes.

Una vez dictado el informe de admisibilidad se da continuidad a la etapa de fondo, cuyo procedimiento está previsto en los artículos 48 a 50 de la Convención Americana.

La apertura del caso implica que ha sido registrado como caso, y no solo como petición. También indica que tiene informe de admisibilidad y que se inicia la etapa de presentar observaciones sobre el fondo, esto es, agregar las pruebas que traten sobre las violaciones alegadas. De estos escritos, la Comisión transmitirá al Estado denunciado las partes que ella estime necesarias.<sup>269</sup>

A los peticionarios se les solicita un alegato sobre el fondo, otorgándoles un plazo de dos meses, del cual luego se da traslado al Estado para que realice sus observaciones. Los plazos para presentar observaciones y contestarlas, para ambas las partes, es de dos meses. La Comisión Interamericana puede retransmitir partes de los escritos a ambas partes. Sin embargo, el inciso 3° del artículo 38 del Reglamento de la Comisión prevé un tratamiento especial ante ciertas circunstancias, ocasión en que la Comisión Interamericana puede solicitar al Estado que envíe sus observaciones adicionales sobre el fondo dentro de un plazo razonable, fijado por la propia Comisión.

En esta fase, la Comisión también podrá, por considerarlo necesario, o a pedido de parte, convocar a las partes a una audiencia. Según el artículo 50 de la Convención Americana, en el caso de las partes no haber llegado a una solución amistosa, la Comisión expedirá un informe en el cual expondrá los hechos y sus conclusiones. Para decidir sobre el fondo, la Comisión examinará todos los elementos de que disponga y preparará el informe.

En caso de que dicho informe no represente, en todo o en parte, la opinión unánime de los miembros de la Comisión, cualquiera de ellos puede agregarle su opinión por separado.

El informe será encaminado a los Estados interesados, quienes no estarán facultados para publicarlo. Al transmitir el informe, la Comisión puede formular las proposiciones y recomendaciones que juzgue adecuadas.

---

<sup>269</sup> MARGAROLI, Josefina. Procedimiento ante el sistema interamericano de derechos humanos: Comisión y corte Interamericana de Derechos Humanos. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2011, p. 207.

En conformidad con el artículo 51 de la Convención Americana, si en el plazo fijado por la Comisión, el Estado no soluciona el asunto, es decir, no atiende las recomendaciones pertinentes, la Comisión Interamericana decidirá, por la mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe.

Aunque la Convención Americana establece plazos solamente para las etapas finales de la tramitación de los casos sometidos a la Comisión Interamericana, esta última ha fijado plazos a través de sucesivas reformas a su Reglamento. Sin embargo, y compartiendo el pensamiento de Felipe González, si se aprecia el asunto con detenimiento se observará que los plazos que ha venido estipulando la Comisión se refieren a las partes en el litigio y no a ella misma.<sup>270</sup>

En efecto, bajo las reglas actualmente en vigor, los peticionarios y los Estados que toman parte en un caso se ven sujetos a una serie de plazos, tanto en la fase de admisibilidad como en la de fondo, cosa que no ocurre con la propia Comisión, que debe atenerse exclusivamente a los dispositivos de los artículos 50 y 51, que establecen plazo para emisión de sus respectivos informes.

Ante tal panorama, el Consejo Permanente de la OEA de 2009 sobre el proceso de reflexión acerca del Sistema Interamericano de Derechos Humanos señaló la necesidad de existencia de plazos para que la Comisión Interamericana resuelva sobre la admisibilidad de un caso, sosteniendo que <la incertidumbre en los plazos deteriora la legitimidad y confianza en el sistema><sup>271</sup>.

Por su parte, en el documento del Instituto de Defensa Legal, que la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos del Perú ha elaborado a propósito de la reforma del Sistema Interamericano, indica que <los plazos en los procedimientos internacionales no pueden ser tan rígidos ni se pueden entender de la forma absoluta como se hace e derecho interno. Siendo el Sistema Interamericano la instancia última de justicia para muchas personas, los casos no pueden decidirse con la aplicación de consecuencias procesales por el paso del tiempo en contra de las propias víctimas>. <sup>272</sup> Dicho documento también observa que en tanto la Comisión Interamericana es una instancia cuasi judicial, que combina el trámite de casos con otros mecanismos, todos orientados a mejorar la protección de los derechos humanos en los

---

<sup>270</sup> GONZALEZ MORALES, Felipe. Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Valencia: Tirant, 2013, p. 122.

<sup>271</sup> Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos de 2009. Resultados del Proceso de Reflexión sobre el Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos (2008-2009) Recuperado en: <http://scm.oas.org/IDMS/Redirectpage.aspx?class=CP/CAJP&classNum=2665&lang=s>

<sup>272</sup> Instituto de Defensa Legal, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (Perú), CELS y Fundación para el Debido Proceso Legal, Comentarios sobre las propuestas de reforma al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, s/f, p. 5.

Estados de la OEA, la decisión respecto de avanzar o no en un caso también puede tomarse en función de la elección de otro mecanismo que pueda resultar más eficaz para resolver una determinada situación. En el documento también se comenta que la posibilidad de optar entre emitir un informe temático o avanzar en un caso que ilustra la temática tratada en el informe estaría determinada por el plazo para la adopción del informe de admisibilidad o fondo y no por el análisis de cuál herramienta resulta más eficaz en las circunstancias concretas del país. Esto desaconseja el establecimiento de plazos fijos y rígidos para que la Comisión Interamericana tome sus decisiones.

La Comisión Interamericana reconoce la importancia de que se fijen plazos (al menos indicativos) para cada etapa de procedimiento y tiene presente que el atraso en la toma de decisiones sobre peticiones y casos afecta a los intereses de todos los usuarios del Sistema<sup>273</sup>. Aunque actualmente la tramitación de los casos se extiende durante largo tiempo.

La realización de audiencias le permite a la Comisión recibir información sobre la situación de derechos humanos de uno o varios países; sobre las peticiones, casos o medidas cautelares en trámite o sobre el seguimiento de sus recomendaciones. La Comisión IDH recibe información sobre la situación de derechos humanos en uno o varios Estados o sobre asuntos de interés general, más conocida como audiencias temáticas, por país o regionales, dependiendo de que la información se refiera a la situación de derechos humanos en un país o en varios.

Dichas audiencias son públicas, y solamente en circunstancias excepcionales podrán ser privadas. Cuando se refieren a la situación de un país, la Comisión, si decide otorgar una audiencia, convoca tanto a los representantes de la sociedad civil como a los representantes del Estado. Cuando se trata de audiencias temáticas regionales, participan solamente los representantes de la sociedad civil.

Las audiencias temáticas por país son una oportunidad, sobre todo para la sociedad civil, de ser escuchada en condiciones de igualdad con el Estado. La intención de la Comisión es que las audiencias sean espacios que faciliten hacer visibles asuntos o temas de derechos humanos que han permanecido invisibles o que no han recibido atención por parte del Estado en el ámbito interno. Las audiencias temáticas le permiten a la Comisión Interamericana contar con valiosas contribuciones para la elaboración de informes y recomendaciones dirigidas a los Estados.

---

<sup>273</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Proceso de reforma 2012: Asuntos de procedimiento en la tramitación de los casos y peticiones individuales, p. 28, Recuperado en: <http://www.oas.org/es/cidh/fortalecimiento/docs/RespCP.pdf>

#### 4.3.2.2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

El artículo 62 de la Convención Americana, le asignó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos el mandato de interpretar y aplicar la Convención Americana de Derechos Humanos. La Corte Interamericana es el organismo de la OEA donde se ejerce la jurisdicción contenciosa, es decir, tramita los casos y medidas provisionales que sometan a su consideración los Estados de la OEA y la Comisión Interamericana. También es el organismo, que a solicitud de los Estados miembros de la OEA, emiten opiniones consultivas.

La Corte Interamericana fue instrumentada juntamente con la Comisión Interamericana, a través de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en 1969. Sin embargo, la Corte no pudo establecerse y organizarse hasta que entró en vigor la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por lo tanto, solo el 22 de mayo de 1979, cuando los Estados parte en la Convención eligieron, durante el Séptimo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, a los juristas que en su capacidad personal, serían los primeros jueces que compondrían la Corte Interamericana. La primera reunión de la Corte Interamericana se celebró el 29 y 30 de junio de 1979 en la sede de la OEA en Washington, D.C.<sup>274</sup>

Durante el Noveno Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA fue aprobado el Estatuto de la Corte Interamericana y, en agosto de 1980, se aprobó su Reglamento, el cual incluye las normas de procedimiento. En noviembre de 2009 durante el LXXXV Período Ordinario de Sesiones, entró en vigor un nuevo Reglamento de la Corte Interamericana, el cual se aplica a todos los casos que allí se tramitan actualmente.

El 10 de septiembre de 1981 el Gobierno de Costa Rica y la Corte Interamericana firmaron un Convenio de Sede, aprobado mediante Ley n. 6889 del 9 de septiembre de 1983, que incluye el régimen de inmunidades y privilegios de la Corte Interamericana, de los jueces, del personal y de las personas que comparezcan ante ella. Este Convenio de Sede está destinado a facilitar el normal desarrollo de las actividades de la Corte, especialmente por la protección que da a todas aquellas personas que intervengan en los procesos. Como parte del compromiso contraído por el Gobierno de Costa Rica, el noviembre de 1993 éste le donó a la Corte Interamericana el edificio que hoy ocupa la sede del Tribunal.

---

<sup>274</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Historia de la Corte IDH. Recuperado en: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/historia-de-la-corteidh>

El litigio de un caso contencioso ante la Corte Interamericana comienza con la activación de la jurisdicción de la Corte por parte de la Comisión, mediante el envío del informe descrito en el artículo 50 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En la primera etapa, llamada procedimiento escrito, la Corte transmite dicho informe a los representantes de las víctimas y al Estado, quienes, respectivamente, deben presentar el escrito autónomo y la contestación de la demanda.

El artículo 61 de la Convención Americana establece quiénes están legitimados y las condiciones para poder realizarlo. Sólo los Estados parte y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte. Para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50 de la Convención Americana.

Las víctimas, peticionarios, familiares o representantes no están legitimados para elevar un caso a la Corte Interamericana, después de haber transitado por el procedimiento ante la Comisión Interamericana.

Los casos suelen presentarse ante la Corte Interamericana en el idioma oficial del Estado involucrado. La introducción de una causa de conformidad con el artículo 61.1 de la Convención Americana se hará ante la Secretaría mediante el sometimiento del caso en alguno de los idiomas de trabajo de la Corte Interamericana, que son el inglés, el español, el portugués y el francés. Expuesto el caso en uno solo de tales idiomas no suspenderá el trámite reglamentario, pero deberá presentarse, dentro de los veintiún días siguientes, la traducción al idioma del Estado demandado, siempre que sea uno de los idiomas oficiales de la Corte.

El artículo 72 del Reglamento de la Comisión Interamericana establece los elementos que contendrá la presentación de la demanda ante la Corte Interamericana, realizada según lo indicado por la Convención Americana. La demanda deberá indicar: las pretensiones sobre el fondo, reparaciones y costas; las partes en el caso; la exposición de los hechos; la información sobre la apertura del procedimiento y admisibilidad de la petición; la individualización de los testigos y peritos y el objeto de sus declaraciones; los fundamentos de derecho y las conclusiones pertinentes; datos disponibles sobre el denunciante original, las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados; los nombres de sus delegados; el informe previsto en el artículo 50 de la Convención Americana. Además la demanda de la Comisión deberá ser acompañada de copias autenticadas de las piezas del expediente que la Comisión o su delegado consideren convenientes.

El Reglamento de la Corte Interamericana señala que la Comisión Interamericana someterá el caso a la Corte, obedeciendo a los indicativos delineados en el artículo 34 de



dicha norma. Presentado el escrito de demanda por la Comisión o por un Estado, la Corte Interamericana procede al examen preliminar del sometimiento del caso, y debe intimar al presentante a que subsane defectos si los hubiere, dentro de un plazo de 20 días, según el artículo 35 del Reglamento de la Corte. Dentro de las reglas generales se encuentran los modos de presentación de escrito y la capacidad de la Corte Interamericana para rechazar y devolver los que considere improcedentes. Cuando la Corte Interamericana recibe esos escritos, el secretario de la Corte notifica al presidente y a los jueces del organismo y a quienes hasta el momento conocieron del proceso, es decir, Estado, Comisión Interamericana, denunciante, presunta víctima, familiares y representante, conforme lo establecido en el artículo 37 del Reglamento de la Corte Interamericana.

El demandado, al contestar la demanda, deberá hacerlo por escrito, exponiendo su posición sobre el caso, dentro del plazo de dos meses contados a partir de la recepción de este último escrito y sus anexos, conforme prevé el artículo 39 del Reglamento de la Corte Interamericana. La Corte atenderá las excepciones preliminares según lo que dispone el artículo 38 de su Reglamento, que, desde luego, solo pueden ser opuestas en la contestación de la demanda.

Concluida la etapa escrita la Corte Interamericana convoca a las partes para una audiencia pública en la que se practican pruebas: se escuchan las declaraciones de las víctimas, de los testigos y de los peritos y se escuchan alegatos de los representantes de las víctimas y del Estado.

En los artículos 42 a 45 del Reglamento de la Corte Interamericana están previstos el funcionamiento de la apertura, dirección de los debates, preguntas durante ellos y actas, que son realizadas por el presidente, quien señala la fecha de apertura del procedimiento oral y fija las audiencias que posteriormente se revelen necesarias durante las reuniones. El artículo 45.2 del Reglamento de la Corte Interamericana establece el desarrollo de la audiencia, las modalidades de las declaraciones y la postura que deberá ser adoptada por los jueces.

El artículo 57 del Reglamento de la Corte Interamericana se refiere a la solución amistosa como una de las formas de <terminación anticipada del proceso>. Cuando las partes en un caso ante la Corte comunicaren a ésta la existencia de una solución amistosa, de un avenimiento o de otro hecho idóneo para la solución del litigio, la Corte podrá declarar terminado el asunto, es decir, entre demandante y demandado puede ser que ocurra en esta fase del proceso un acuerdo, cual será homologado por la Corte a través de una sentencia resolutoria.

En caso de no haber solución amistosa u otra modalidad que de motivo a la terminación anticipada del proceso, las partes deben presentar los alegatos escritos. De esta manera, el proceso queda listo para dictar sentencia.

El artículo 59 del Reglamento de la Corte indica todos los elementos a que hará referencia la sentencia. La sentencia contendrá: a) el nombre del Presidente y de los demás jueces que la hubieren dictado, del Secretario y del Secretario Adjunto; b) la identificación de las partes y sus representantes; c) una relación de los actos del procedimiento; d) la determinación de los hechos; e) las conclusiones de las partes; f) los fundamentos de derecho; g) la decisión sobre el caso; h) el pronunciamiento sobre las reparaciones y costas, si procede; i) el resultado de la votación; j) la indicación sobre cuál de los textos hace fe.

La Corte Interamericana precisa, en cuanto a reparaciones, el valor de los términos y los modos de reparar, así como las medidas para hacer desaparecer los efectos de las violaciones. También abarcará las costas y gastos incluidos en el concepto de reparaciones. La Corte también establece las formas en que se habrá de materializar el pago, como la modalidad de cumplimiento de los pagos ordenados, los cálculos a realizar, los intereses por mora, la moneda de pago, la consignación, etc. Luego de emitida la sentencia, comienza la etapa de supervisión del cumplimiento de la sentencia, que se mantiene abierta hasta que el Estado cumpla totalmente con las recomendaciones de Corte Interamericana.

Ahora bien. Se ha entendido que la teoría del derecho natural es el resultado de una construcción filosófica que consiste en un conjunto de principios y valores, entre aquellos están los derechos humanos que deben ser garantizados por los Estados tanto en el plan interno como en el ámbito de sus responsabilidades internacionales. Se debería a continuación conocer cuál es la incidencia del iusnaturalismo en las políticas públicas de prevención de violencia doméstica en Panamá, lo que se va a hacer más adelante. Antes, es preciso entender la relación del tema principal (iusnaturalismo) con la violencia doméstica, analizar sus números a nivel mundial para poder compararlos con los de Panamá, reflexionar sobre la dinámica de violencia familiar y sus consecuencias, conocer el concepto de política pública y entender su proceso de elaboración y aplicación, y por fin, conocer el contexto histórico de la Constitución de la República de Panamá para analizar su respectivo compromiso y actuación en cuanto a las acciones de protección a los derechos humanos de aquellas personas que viven el problema de la violencia dentro de sus hogares.

#### 4.4. Jerarquía de los tratados de derechos humanos en Panamá

El sistema interamericano de derechos humanos está formado por una serie de documentos internacionales denominados tratados de derechos humanos. Entre ellos están: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948); Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José (1969); Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985); Protocolo Facultativo a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador (1988); Protocolo a la Convención Americana de Derechos Humanos para Abolición de la Pena de Muerte (1990); Convención Interamericana sobre Desaparecidos Forzados (1994); Convención Interamericana sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra Personas Portadoras de Deficiencia (1999).

Los tratados de derechos fundamentales imponen a los Estados un complejo de obligaciones negativas y positivas. Las primeras implican la abstención del Estado en la realización de ciertas actividades, mientras las segundas suelen identificarse con la obligación del Estado de acciones tendientes a la satisfacción de ciertos tipos de derechos.<sup>275</sup>

Las normas sobre jerarquía son fundamentales para estimular la interacción entre los jueces nacionales e internacionales, pues su existencia facilita el uso del derecho internacional en el contexto local y matiza los obstáculos propios de la confrontación normativa. El constituyente panameño, a ejemplo de la Constitución española de 1978, decidió incorporar una disposición que ordenase la interpretación de las normas de derechos humanos a la luz de las obligaciones internacionales. Por tanto, la Constitución de Panamá, en su Artículo 4 prevé que <la República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional>. Además, consigna en su Artículo 17 que <los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona>, lo que significa decir, que además de los derechos expresamente enlistados en el texto constitucional, deben asegurarse todos aquellos inherentes al ser humano.

Por lo tanto, el Estado panameño está sometido al control de convencionalidad, entendido como la obligación que tienen los jueces de cada uno de los Estados Partes del Sistema Interamericano de efectuar no solo el control de legalidad y constitucionalidad en los asuntos de su competencia, sino de integrar en el sistema de sus decisiones corrientes, las

---

<sup>275</sup> BECERRA RAMIREZ, José de Jesús. El Constitucionalismo ante los instrumentos internacionales de derechos fundamentales. Ara Editores: Lima, 2011, p. 113.

normas contenidas en la Convención Americana. Primariamente, correspondería a la propia Corte Interamericana, a través del control concentrado, efectuar el control de convencionalidad, no obstante, según los avances jurisprudenciales de la propia Corte, su ejercicio también les compete a los jueces nacionales que ejercen control de constitucionalidad realizar, por tanto, el control difuso de convencionalidad.

En ejercicio de su función de protección en el marco de los procesos contenciosos, la Corte Interamericana estudia la adecuación tanto del comportamiento de los agentes estatales cuanto del ordenamiento nacional a las obligaciones interamericanas con el objetivo de decidir si el Estado ha incurrido o no en responsabilidad internacional y, en consecuencia, determinar las secuelas de la violación, y por consiguiente, el alcance de la reparación. En virtud de este ejercicio y en relación con la validez de las normas nacionales, la Corte Interamericana ha ordenado reformas constitucionales, ha decretado la incompatibilidad de varias leyes, ha pedido la modificación de otras tantas y ha condicionado la interpretación de algunas más. En este sentido, en el caso *Heliodoro Portugal vs Panamá* (Sentencia de 12 de agosto de 2008), la Corte Interamericana observó el deber del Estado panameño en adecuar su derecho interno a las disposiciones de la Convención Americana, con el propósito de prevenir y sancionar las conductas que violen de la integridad de la persona. Este fallo repercutió inmediatamente en el orden jurídico interno panameño, en virtud de su reconocimiento incondicional de la competencia de la Corte Interamericana sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>276</sup>.

De su parte, el juez García Ramírez compara la labor de la Corte Interamericana a la del juez constitucional, aduciendo que <en cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados – disposiciones de alcance general – a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la constitucionalidad, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la convencionalidad de estos actos><sup>277</sup>.

---

<sup>276</sup> El 30 de noviembre de 1977, la Gaceta Oficial de la República de Panamá de n. 18.468 publica la Ley n. 15, de 28 de octubre de 1977, por la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>277</sup> El ex juez García Ramírez así lo manifestó en su voto razonado en el caso *Tibi c. Ecuador*. Corte IDH, caso *Tibi vs Ecuador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C, n.º 114.

Además de esta competencia radicada en el órgano judicial regional, la propia Corte Interamericana ha desarrollado la figura del control de convencionalidad no para referirse al trabajo que ella misma adelanta, sino para bautizar al control que deben ejercer los jueces nacionales con miras a evitar el uso de todas las normas contrarias al Sistema. La Corte Interamericana también ha sido clara en señalar que cuando se refiere a que el parámetro de control son las normas interamericanas ello incluye todos los instrumentos del Sistema y su propia jurisprudencia, con lo que se comprueba que el propio órgano judicial regional asume los efectos de cosa interpretada de sus sentencias.<sup>278</sup>

---

<sup>278</sup> FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad el nuevo paradigma para el juez mexicano. Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Autónoma de México; en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3033>.

## **SEGUNDA PARTE: LA VIOLENCIA DOMÉSTICA COMO ATENTADO A LA PAZ**

### **CAPITULO V.: LA VIOLENCIA DOMESTICA Y SU TIPOLOGÍA: RECONOCIENDO LAS FORMAS DE PODER Y CONTROL**

Antes de establecer una definición de violencia domestica para fines de este estudio importa resaltar el hecho de que cada cultura posee sus propias reglas y definiciones en cuanto a la definición de violencia. Por eso, es importante denotar que los tipos de violencia domestica que se presentarán a continuación son aquellos catalogados por investigadores occidentales desde una perspectiva de la sociedad occidental.

En el presente capítulo se demostrará que la violencia es una expresión destructiva de la agresividad, la cual es inherente al hombre, pero también deriva del deseo de poder, del deseo de dominar al otro, causándole algún tipo de vergüenza. El acto violento es considerado un abuso, una violación que se causa al otro, violándole el cuerpo, la identidad, la personalidad, la humanidad.

#### **5.1. El concepto de violencia domestica**

La expresión “violencia doméstica” es utilizada para referirse a la violencia que sucede dentro del hogar.

En su obra “La violencia doméstica y la cultura de la paz”, la doctora en psicología Maria Rita D’Angelo afirma que <la violencia doméstica es el conjunto de formas de acción u omisión que se ejerce en el hogar, que resultan en lesión, sufrimiento físico o psicológico, sin importar quién es la persona que la ejerce o sufra><sup>279</sup>.

En su obra “Conceptos básicos sobre violencia doméstica”, el filósofo y doctor en teología Miguel Ángel Núñez afirma que <la violencia doméstica es toda acción o conjunto de acciones realizadas que utilizan el poder de una forma abusiva para lograr dominio sobre una persona, forzándola y atentando contra su autonomía, integridad física o psicológica, dignidad o libertad y dicha acción se realiza en el contexto de una relación de cercanía familiar o favorecida por un vínculo de parentesco><sup>280</sup>.

---

<sup>279</sup> D’ÂNGELO SEIXAS, Maria Rita. A violência domestica e a cultura da paz. São Paulo: Editora Roca, 2013, p. 8

<sup>280</sup> NÚÑEZ, Miguel Ángel. 129 Conceptos básicos sobre violencia doméstica. Valencia: Fortaleza Ediciones, 2019, p. 5

En su obra “Una tipología de la violencia doméstica” el sociólogo Michael P. Johnson alerta para el hecho de que la violencia doméstica es un problema social profundo, cuya gran incidencia de resultados trágicos – principalmente en el ámbito de las relaciones amorosas heterosexuales – ha posibilitado el análisis de los expertos en el tema, quienes elaboraron una tipología, a ejemplo de la que presenta él en su obra. Para conceptualizar la violencia doméstica, el autor resalta dos elementos característicos básicos: 1. El poder; 2. El control. Según Johnson <la violencia domestica sucede cuando una pareja ejerce o intenta ejercer control sobre el otro. Si logra controlar, habrá establecido en la relación una dinámica de ejercicio de poder. Este poder será conservado por la pareja controladora aunque para ello se genere una serie de abusos><sup>281</sup>.

Para efectos de este estudio, considerando el hecho de que la presente investigación abarca también las consecuencias que la violencia entre parejas genera en las personas de su entorno, como es el caso de los hijos menores, se considerará como violencia doméstica aquella acción abusiva que sucede en el contexto de relaciones interpersonales familiares, y en que alguien, debido a sus características violenta y/o controladora, atenta contra los derechos naturales de los miembros de su familia.

La acción abusiva puede ser violenta o no violenta. El abuso posee diferentes dimensiones, como el psicológico, el físico o el sexual. Pero aunque su dimensión más visible sea el físico, las manifestaciones no violentas también son capaces de invadir la esfera personal del otro hiriéndole íntimamente, atentándole psicológicamente. Generalmente, las personas abusadas no reconocen el abuso como crueldad, y no admiten que sus derechos más intrínsecos están siendo violados en nombre del amor que sus parejas alegan sentir por ellas. Esta visión deformada del amor demuestra la importancia de detectar e informar los tipos de violencia domestica existentes, sus matices, sus trucos ocultos para que, de modo progresivo, cada vez más personas se conciencien de que amar es respetar la dignidad del ser amado.

Aunque la violencia doméstica es aquella que sucede entre todos los miembros de una familia, la violencia que se presenta en mayor grado de incidencia y que, por consiguiente, incluye el mayor número de víctimas fatales, es aquella que ocurre entre las parejas, sobre la cual se insistirá en este estudio. En los tópicos que siguen se analizarán los diferentes tipos de violencia familiar entre parejas heterosexuales detectados por expertos en el tema. Serán presentadas cuatro tipos de dinámica relacionales entre parejas y se demostrará que, en casos extremos de control abusivo, la falta de equilibrio emocional de una persona la

---

<sup>281</sup> JOHNSON P., Michael. A typology of domestic violence: intimate terrorism, violent resistance, and situational couple violence. Boston: Northeastern University Press, 2008, p. 2

conduce a un camino de control y poder sobre el otro a tal grado de manipular y violar la dignidad de su pareja, y por consiguiente de todos los miembros de su familia, tan solo para hacer prevalecer su voluntad.

## 5.2. La violencia entre parejas y su tipología

Distinguir entre los diferentes matices de abusos cometidos en el interior del hogar no es una tarea fácil ni tampoco cómoda, es más bien un esfuerzo necesario. Es importante entender a fondo un tema antes de proponer posibles soluciones a respecto, siempre teniendo en cuenta que la información autentica es la más poderosa herramienta de enfrentamiento de los problemas. Por tanto, son acertadas las palabras de Muskat en este sentido cuando afirma que <Si un camino es muy difícil, iluminarlo permitirá que más personas puedan recorrerlo><sup>282</sup>.

Los investigadores de la violencia domestica a lo largo de la historia han debatido fuertemente sobre la realidad de lo que sucede en el hogar en aquel exacto momento en que una pareja diverge sobre determinado aspecto de la relación y empieza a discutir. Durante mucho tiempo la polémica sobre la cuestión de la mutualidad de las agresiones generó desencuentros y malentendidos. Eso es así porque la complejidad de las relaciones interpersonales deja margen a distintas interpretaciones de un mismo hecho, haciendo que los propios investigadores sobre el tema de la violencia doméstica difieran en cuanto a su tipología. Además, debido al trauma que la situación de violencia domestica produce, las victimas suelen negarse a aceptar que algo así les haya sucedido, lo que dificulta el trabajo de los investigadores que buscan primero entender el problema antes de proponer soluciones o maneras de evitarlos.

Pese a los obstáculos enfrentados para investigar sobre el control coercitivo que se realiza en el interior de los hogares, la organización estadounidense que alberga víctimas de violencia domestica Domestic Abuse Intervention Programs – DAIP, después de entrevistar a numerosas parejas durante sus 40 años de funcionamiento, logró identificar patrones comunes en los incidentes de violencia doméstica. Primero, se pudo detectar que los hombres son los

---

<sup>282</sup> La persona que sufre violencia doméstica produce una distorsión de la realidad en su mente, que es el resultado de un mecanismo de defensa que desarrolla inconscientemente para soportar los abusos. La información y la orientación permiten que la víctima entienda la experiencia vivida, dándole claridad cognitiva para que supere por sí misma la confusión causada por el trauma. MUSZKAT, Malvina. Violência familiar: o que fazer? São Paulo: Blucher, 2016, p. 79



que cometen más de 85% de ataques violentos en el hogar; entonces, se constató que los abusadores poseen perfiles muy similares.<sup>283</sup>

Sin embargo, se ha detectado también que la violencia se puede desarrollar de distintas maneras durante la relación amorosa, revelando diferentes tipos de violencia doméstica con diferentes consecuencias, y, por consiguiente, abusos que se cometen por diferentes causas.

En general, cuando se habla de violencia doméstica entre parejas, se asume que la víctima está lidiando con un tipo específico de violencia, que es aquella que está asociada al control coercitivo, también denominada <terrorismo íntimo><sup>284</sup>. Eso es comprensible que sea de esa manera porque, en realidad, la violencia que adviene del control coercitivo es el tipo de violencia doméstica con mayor probabilidad de resultar en homicidio, pero, como se verá a continuación, hay otros tipos de violencia íntima que deben ser considerados.

Al investigar la violencia entre parejas, el sociólogo Michael P. Johnson ha detectado cuatro tipos de violencia en relaciones íntimas amorosas, que los expuso en su libro “A typology of domestic violence: intimate terrorism, violent resistance, and situational couple violence”<sup>285</sup>, y más tarde los reafirmó en un artículo denominado “Intimate terrorism and situational couple violence in general surveys”<sup>286</sup>. Esta tipología fue adoptada por el psicólogo español José Navarro Góngora, en su libro “Violencia en las relaciones íntimas”<sup>287</sup>, quien actualmente dirige el Servicio de Atención Psicológica de la Universidad de Salamanca, del Máster en Terapia Familiar y de Pareja.<sup>288</sup>

Por tanto, en este capítulo se analizarán estos cuatro tipos de violencia doméstica: 1. El primer tipo de violencia es la denominada violencia situacional, caracterizada por el intento de ambos integrantes de la pareja por imponer su criterio en una situación concreta; 2. El segundo tipo es el control coercitivo (terrorismo íntimo); 3. El tercer tipo es llamado

---

<sup>283</sup> DOMESTIC ABUSE INTERVENTION PROGRAMS. Home of the Duluth Model. <https://www.theduluthmodel.org/>

<sup>284</sup> El sociólogo Michael P. Johnson hace más de treinta años clasificó la violencia asociada al control coercitivo como terrorismo íntimo, sin embargo, después de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001, en las torres gemelas del del World Trade Center en Nueva York, el autor decidió cambiar su nombre para control coercitivo simplemente.

<sup>285</sup> JOHNSON P., Michael. A typology of domestic violence: intimate terrorism, violent resistance, and situational couple violence. Boston: Northeastern University Press, 2008, p. 3

<sup>286</sup> JOHNSON P., Michael, LEONE JM, Xu Y. Intimate terrorism and situational couple violence in general surveys: ex-spouses required. *Violence Against Women*. 2014 Feb;20(2):186-207. doi: 10.1177/1077801214521324. Epub 2014, p. 4

<sup>287</sup> NAVARRO GÓNGORA, José. *Violencia en las relaciones íntimas: una perspectiva clínica*. Barcelona: Herder, 2015

<sup>288</sup> Blog de José Navarro Góngora. <https://diarium.usal.es/jgongora/>

resistencia violenta, una forma de agresión defensiva perpetrada por las víctimas de control coercitivo; 4. El cuarto tipo de violencia doméstica se asocia a las rupturas de pareja.

Conforme se ha dicho anteriormente, conocer los distintos tipos de violencia en el ámbito matrimonial posibilita a los expertos la difusión de información auténtica al mayor número de personas, factor este que por sí mismo contribuye a la prevención de la violencia doméstica, porque si una persona es capaz de reconocer un ciclo de violencia iniciándose en su relación, entonces será capaz de adoptar las medidas suficientes para retener el proceso de instauración de poder y control que sobre ella se quiera instalar.

Para efectos de este estudio, aunque es cierto que la violencia doméstica es susceptible de ocurrir en todos los tipos de relaciones íntimas amorosas, el tipo de violencia entre pareja que se va a comentar a continuación es aquella que ocurre en la dinámica relacional heterosexual.

#### 5.2.1. Violencia situacional

La violencia situacional ocurre cuando ambos integrantes de la pareja intentan imponer su criterio en una situación concreta de su rutina, y es ejercida por hombres y por mujeres en la misma proporción, generalmente en un contexto de agresión física mutua. En este tipo de violencia existe una disputa que escala, se va de las manos y termina a golpes<sup>289</sup>.

Por tanto, la naturaleza de este tipo de violencia consiste en la ausencia de una dinámica de control y poder general dentro de una persona sobre la otra en la relación, en un contexto de violencia en que ambos son autónomos y se respetan mutuamente, pero en virtud de algún desacuerdo por una situación en particular discuten de manera intensa, dando lugar al impulso violento hacia el otro.<sup>290</sup>

Estudios realizados en los Estados Unidos, después de entrevistar a 2.143 familias, hallaron que en casos de violencia situacional la tasa de hombres agresores era de 12,2% y la de mujeres de 12,4%.<sup>291</sup> Resultados similares fueron encontrados en estudios realizados en Canadá, donde se ha revelado una tasa de hombres agresores de 12,9% mientras que la de

---

<sup>289</sup> NAVARRO GÓNGORA, José. *Violencia en las relaciones íntimas: una perspectiva clínica*. Barcelona: Herder, 2015, p. 32

<sup>290</sup> JOHNSON P., Michael. *A typology of domestic violence: intimate terrorism, violent resistance, and situational couple violence*. Boston: Northeastern University Press, 2008, p. 11

<sup>291</sup> STRAUS, Murray Arnold. *Behind closed doors: violence in the American family*. New York: Transaction Publishers, 2006, p. 138

mujeres era de 12,5%.<sup>292</sup> Incluso cuando las muestras son de poblaciones más jóvenes, las mujeres aparecen más violentas que los hombres, tendiendo ambos a tener puntuaciones más altas en conducta antisocial, sobre todo cuando la violencia es frecuente.

Navarro apunta que en casos de violencia situacional, la pareja generalmente recorre una especie de circuito de escalada, que empieza por una simple negociación de diferencias. Cuando la negociación de diferencias da lugar a una discusión, esta acaba generando gritos, insultos y coacciones, es decir, en actitudes que detonan un proceso de intensificación de la discusión. Una vez que la discusión se intensifica, la fase de activación empieza a imperar, razón por que las amenazas y agresiones acaban materializándose. Sin embargo, si no hay ruptura debido a dicha discusión, la pareja entra en una fase denominada complementariedad, donde deciden cesar la disputa, luego de arrepentirse y perdonarse recíprocamente.<sup>293</sup>

En sentido muy similar Johnson afirma que el tipo más común de violencia situacional entre parejas es aquella provocada por las tensiones y emociones de una discusión en particular, que lleva uno o ambos a reaccionar con violencia, y que en estos casos la violencia suele ser mínima y única con una discusión sobre algún punto específico de la relación, ascendiendo a un nivel en que uno de los dos empuja o abofetea el otro, arrepintiéndose enseguida y comprometiéndose a no volver a hacerlo.<sup>294</sup>

Los motivos para este tipo de violencia son diversos. Así como una persona decide ganar la discusión por medio de la violencia física porque siente que sus argumentos no están funcionando, puede suceder que el punto específico que lleva a la pareja a pelear sea un problema crónico, y el uso de la violencia, en menor o mayor grado, sea frecuente.

De lo expuesto, es importante destacar que el hecho de que la violencia doméstica sea esporádica no quiere decir que no sea grave ni objeto de preocupación de toda la sociedad, pues en todos esos casos, lo que se evidencia es el desequilibrio en la coexistencia íntima, que no solo desgasta la armonía de la pareja, sino que registra negativamente dicho evento de modo permanente en su banco de datos emocional, causando daños a la pareja y en su entorno.

Además, no es demasiado afirmar que en momentos de pasividad, cuando la pareja se encuentra inmersa en el calor de una discusión, muchos accidentes suelen suceder, resultando en trágicas discapacidades, inclusive fallecimientos.

---

<sup>292</sup> LAROCHE, Denis. Aspects of the Context and Consequences of Domestic Violence: situational couple violence and intimate terrorism in Canada. Québec: Institut de la statistique du Québec, 2005, p. 19

<sup>293</sup> NAVARRO GÓNGORA, José. Violencia en las relaciones íntimas: una perspectiva clínica. Barcelona: Herder, 2015, p. 35

<sup>294</sup> JOHNSON P., Michael. A typology of domestic violence: intimate terrorism, violent resistance, and situational couple violence. Boston: Northeastern University Press, 2008, p. 4

### 5.2.2. Control coercitivo (terrorismo íntimo)

Navarro afirma que el control coercitivo es un tipo de violencia crónica, frecuente, en muchos casos letal, y por consiguiente, de alta peligrosidad tanto desde el punto de vista físico (el 88% de las víctimas resultan heridas, el 67% de forma severa, o muertas) como desde el punto de vista psicológico, debido al desarrollo de patologías mentales serias, como depresión (entre el 48 y 60% de los casos), ansiedad y estrés postraumático (en el 60%), pero igualmente versiones subclínicas como falta de confianza en su propio criterio, baja autoestima, miedo y una vida infeliz. Más del 99% de las agresiones físicas se acompañan de violencia psicológica, cuyos efectos emocionales son peores que los de violencia física, y en torno al 40-50% de los casos incluye la violencia sexual, y la posibilidad de que se les contagie enfermedades venéreas, incluido el SIDA o de que resulten con lesiones genitales.<sup>295</sup>

Michael P. Johnson considera que el control coercitivo involucra el ejercicio efectivo del terrorismo íntimo, que ocasiona diferentes tipos de abusos entre pareja, más frecuentemente en parejas heterosexuales y en la casi totalidad de los casos, de hombres contra mujeres. Johnson apoya a Navarro al esclarecer que el tipo de violencia que más se encuentra en poblaciones clínicas es la originada por el control coercitivo, siendo el 90% de las personas que son atendidas en centro de acogida, juzgados, hospitales y policía, mujeres que fueron agredidas por sus novios o esposos.<sup>296</sup>

Terrorismo íntimo es control coercitivo violento. Un terrorista íntimo se caracteriza por ser violento y altamente controlador. Él usa la violencia física combinada con una variedad de otras tácticas no violentas (control coercitivo) sobre su pareja. Este es un patrón de control aterrador en que el controlador, debido al hecho de que haya sido violento anteriormente, impacta emocionalmente a su pareja, sea por medio de un grito o con una simple mirada. Como resultado de su conducta combinada (utilización de artificios violentos y no violentos), cualquier acción se convierte en amenaza de agresión física.<sup>297</sup>

Las tácticas de control coercitivo no violentas fueron detectadas por estudios realizados por la Organización estadounidense DAIP – Domestic Abuse Intervention Programs, quien las clasificó de la siguiente manera: amenaza, intimidación, abuso económico, abuso emocional, aislamiento, manipulación de los hijos, minimización, negación

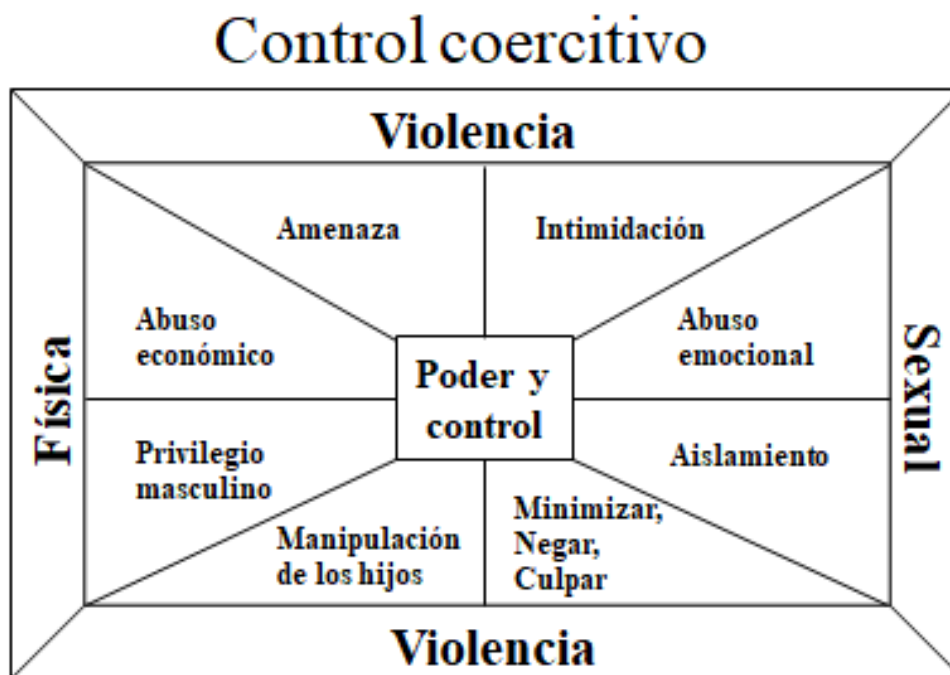
---

<sup>295</sup> NAVARRO GÓNGORRA, José. *Violencia en las relaciones íntimas: una perspectiva clínica*. Barcelona: Herder, 2015, p. 39

<sup>296</sup> JOHNSON P., Michael. *A typology of domestic violence: intimate terrorism, violent resistance, and situational couple violence*. Boston: Northeastern University Press, 2008, p. 8

<sup>297</sup> JOHNSON P., Michael. *A typology of domestic violence: intimate terrorism, violent resistance, and situational couple violence*. Boston: Northeastern University Press, 2008, p. 7

y culpa, y uso del privilegio masculino.<sup>298</sup> Sumado a una o más de esas tácticas, si el abusador comete violencia física o sexual, entonces habrá logrado instalar el terror en el hogar de manera incisiva. El siguiente cuadro presenta en detalle una adaptación de la rueda del poder y control elaborado por DAIP para exponer las prácticas utilizadas por abusadores para lograr el poder y el control sobre sus parejas:



Fuente: DAIP – Domestic Abuse Intervention Programs

Por medio de la figura la DAIP esclarece que el control coercitivo se caracteriza por el establecimiento de un patrón de poder y control en la dinámica relacional de las parejas que fueron atendidas por dicha organización y que, consecuentemente, se convirtieron en objeto de estudios. Según la DAIP, un patrón de poder y control no puede ser identificado mirando solamente un incidente, ya que la violencia en sí misma no es considerada una forma de control coercitivo. La violencia es un componente que se agrega a todas las demás formas de poder y control. La ostensiva táctica no violenta, acompañada de violencia, pasa a tener un nuevo significado, en que el controlador pasa a dominar a la víctima completamente.<sup>299</sup>

Un estudio realizado en Canadá para analizar la naturaleza y el patrón de los distintos tipos de violencia domestica confirma que, en comparación con los demás tipos de violencia,

<sup>298</sup> DOMESTIC ABUSE INTERVENTION PROGRAMS – DAIP. The Duluth Model: Understanding the power and control wheel. <https://www.theduluthmodel.org/> 08 de septiembre de 2020.

<sup>299</sup> DOMESTIC ABUSE INTERVENTION PROGRAMS – DAIP. The Duluth Model: Understanding the power and control wheel. <https://www.theduluthmodel.org/> 08 de septiembre de 2020.

como la violencia situacional por ejemplo, el número de víctimas de control coercitivo que son atendidas en hospitales y que necesitan atención psicológica es mayor. Las actividades diarias de esas personas víctimas de control coercitivo son directamente afectadas, cuando no por la violencia que sufren, por el miedo de que los golpes vuelvan a repetirse.<sup>300</sup>

Las estrategias que la pareja violenta y controladora utiliza para dominar al otro, pudieron ser catalogadas y analizadas, como se verá a continuación, debido a su universalidad y persistencia. De todas ellas, el abusador utilizará las que a él le sean más eficaces para facilitar el control y hacer daño. Es, por tanto, un tipo de violencia doméstica en que, en su gran mayoría, el varón cree ocupar la posición superior en la relación de pareja, asumiendo que tiene derecho a ejercer agresión contra su mujer.

#### 5.2.2.1. Formas de poder y control: ¿Quiénes son los terroristas íntimos?

En el sentido de prevenir la conducta violenta, antes de comprender el comportamiento del hombre en sociedad, es necesario aprender sobre las características predominantes de la naturaleza humana, que, para efectos de este estudio consiste en identificar los perfiles psicológicos de los terroristas íntimos.

Es importante destacar que los expertos de la organización Domestic Abuse Intervention Programs – DAIP, que tiene más de 40 años de funcionamiento, abrigando y orientando víctimas, y promoviendo cursos de concienciación para los abusadores, tras entrevistar a parejas en situación de violencia doméstica, concluyeron que existe de hecho una gran disparidad de género cuando se trata de violencia doméstica con víctimas fatales, siendo las mujeres las que son asesinadas con mucha más frecuencia, con una diferencia de más de tres cuartos en relación a los hombres.<sup>301</sup>

Por tanto, se estará hablando especialmente sobre varones que cometen violencia en contra de sus parejas. En un programa de investigación realizado en los Estados Unidos se ha catalogado tres perfiles distintos de abusadores, siendo uno de ellos ligado a la violencia situacional, y otros dos involucrados en terrorismo íntimo.<sup>302</sup>

---

<sup>300</sup> LAROCHE, Denis. Aspects of the Context and Consequences of Domestic Violence: situational couple violence and intimate terrorism in Canada. Québec: Institut de la statistique du Québec, 2005, p. 9

<sup>301</sup> DOMESTIC ABUSE INTERVENTION PROGRAMS – DAIP. Why don't you use gender neutral language to describe domestic violence? <https://www.theduluthmodel.org/what-is-the-duluth-model/frequently-asked-questions/>

<sup>302</sup> HOLTZWOTH-MUNROE, Amy. Typologies of male batterers: three subtypes and the differences among them. *Psychological Bulletin*, n. 3, 1994: 476-97

Los datos estadísticos analizados en dicho estudio llevaron a los investigadores a concluir que los abusadores poseen perfiles similares con respecto a sus características psicológicas, la gravedad de violencia íntima empleada y sus comportamientos hacia personas que están fuera del contexto familiar. Así se reveló el tipo de persona propensa a cometer violencia situacional, y dos subtipos de terroristas íntimos: 1. El dependiente y; 2. El antisocial, de quienes se seguirá hablando. Los terroristas íntimos están involucrados en alto nivel de violencia que cometen y en patrones generales de control de comportamiento. Ambos poseen actitudes y personalidades similares de impulsividad y de aceptación de la violencia como forma de solucionar los problemas diarios, características que les llevan a cometer violencia. Además, son hostiles para con las mujeres de una manera general<sup>303</sup>.

1. El primer subtipo de terrorista íntimo es el dependiente emocional, quien debido a sus celos vive obsesionado por mantener a su pareja en la relación, controlándola al punto de intimidarla, incluso hierla; pero que no suele ser violento en contextos fuera del ámbito familiar. 2. El segundo subtipo es el antisocial, quien presenta una personalidad altamente antisocial y violenta, tanto dentro como fuera del hogar, pero en contraste, no siente necesidad de controlar a su pareja por celos sino para dominar completamente la relación, haciendo valer única y exclusivamente su voluntad en todos los aspectos de la relación.<sup>304</sup>

Por tanto, un terrorista íntimo (sea él dependiente o antisocial) es una persona altamente controladora, que se utilizará de tácticas no violentas para dominar a su pareja; pero sus estrategias de control estarán siempre acompañadas de episodios esporádicos de violencia, ya que aparte de ser controlador, es también violento. Conjugando técnicas no violentas con el uso de violencia física cada tanto, establece un contexto de amenaza permanente en el hogar, logrando con eso destruir la resistencia de la víctima, incluso haciendo su pareja creer que es cómplice de su propia dominación.

#### 5.2.2.2. Control por medio de abuso económico

Una persona controladora puede privar a su pareja por medio del control de sus recursos económicos. En las relaciones heterosexuales, muchos varones, especialmente, son los que controlan todo el dinero. Muchos abusadores no quieren perder poder sobre sus

---

<sup>303</sup> En estudio realizado para demostrar el efecto de hostilidad hacia mujeres en casos de violencia doméstica, se ha detectado que terroristas íntimos suelen tener malas actitudes no solo en relación a su pareja sino hacia todas las mujeres, de manera general. SUGARMAN, David B. Patriarchal Ideology and wife-assault: a meta-analytic review. *Journal of family violence* 11, n. 1, 1996, p. 23

<sup>304</sup> JOHNSON P., Michael. *A typology of domestic violence: intimate terrorism, violent resistance, and situational couple violence*. Boston: Northeastern University Press, 2008, p. 33

potenciales víctimas, por eso ven con malos ojos que sus parejas trabajen para generar recursos, impidiéndolas que trabajen o mantengan un empleo, obligándolas, de esa manera, a que les pidan dinero.

Cuando la pareja que tiene el poder también tiene el dinero, la situación para la víctima es de doble victimización. Aunque no exista violencia física, el solo hecho de controlar a la persona en función del dinero o de los recursos que podría recibir sólo si se somete al victimario supone daño psicológico y emocional, y en muchos sentidos en un deterioro progresivo de la persona en su dignidad y autoestima.<sup>305</sup>

Un abusador económico se toma tan en serio el control de los gastos del hogar, que no se siente obligado a informar a nadie más sobre los ingresos familiares, llegando incluso a no permitir que cualquier otro miembro familiar disponga de los ingresos. En muchos casos, él va a pedir prestación de cuentas de cada céntimo gastado, confiriendo el recibo de todo lo que se haya comprado. Este tipo de abuso es generalmente justificado por otro tipo de abuso: el privilegio masculino.

#### 5.2.2.3. Control por medio del uso del privilegio masculino

El uso del privilegio masculino para justificar el abuso contra su pareja puede encajarse en todas las demás situaciones de abuso. La cultura de muchos países suele otorgar a los hombres el rol de cabeza de la casa, o del rey del castillo, entonces, ellos pasan a actuar exactamente como si lo fueran. Inclusive, en muchos hogares, se suele invocar el privilegio masculino con fundamentos bíblicos malinterpretados, como es el caso del versículo 23, del capítulo 5 del libro Efesios que dice <el marido es cabeza de la mujer><sup>306</sup>. Esta interpretación equivocada de superioridad, da al hombre un status dominio, haciéndole creer que no necesita dar explicaciones de sus acciones, pues su palabra es ley; y en este orden de ideas, a la mujer no queda otra alternativa sino la de acatar sus órdenes sin cuestionar.

De su parte, Núñez afirma que la conducta que beneficia a los hombres en desfavor de las mujeres, también llamada conducta patriarcal, es el factor predominante que favorece

---

<sup>305</sup> NÚÑEZ, Miguel Ángel. 129 Conceptos básicos sobre violencia doméstica. Valencia: Fortaleza Ediciones, 2019, p. 9

<sup>306</sup> Cuando el apóstol Pablo afirma, en Efesios 5:23, que el marido es “cabeza de la mujer”, está hablando es de sacrificio y no de dominio. Utilizar el concepto paulino para sostener que el hombre tiene primacía sobre su esposa es una equivocación, pues, en realidad, lo que pregona Pablo es que el esposo está llamado a amar a su esposa en tal grado de estar dispuesto a dar la vida por ella.



una sociedad centrada en torno al varón, que crea las condiciones sociales y emocionales para que se produzca la violencia doméstica.<sup>307</sup>

Utilizar el privilegio masculino da al hombre tanto poder, que él siente como natural que la toma de decisiones importantes del hogar se haga de manera unilateral. El hombre definirá los roles de los miembros de la familia, y, en la mayoría de los casos, a la mujer se le otorgará el papel de sirvienta.

En el ámbito de una sociedad que otorga todos los privilegios a los hombres, a la mujer se le ofrece un papel secundario en el interior del hogar, donde esta debe no solo amor, sino obediencia y pleitesía a su marido. Sin embargo, esta exigencia de obediencia en pro de una coexistencia ordenada, muchas veces ultrapasa los límites de las reglas sociales de convivencia, llegando al extremo del abuso por la violación de su dignidad.

#### 5.2.2.4. Control por medio de la manipulación los hijos

El control que el hombre ejerce sobre la mujer puede empezar por la manipulación de sus hijos. Inicialmente, los niños deben estar conscientes de que él es el jefe de la familia. El padre tratará de convencer a los hijos de que solamente él sabe lo que es mejor para la familia en cuanto que la madre no pasa de una estúpida, incompetente. Entonces, él tratará de demostrar que controla no solo los hijos sino la madre.

Otro caso de abuso frecuente es hacer que la madre se sienta culpable por el comportamiento de los hijos, reafirmando sus críticas hacia ella, confundiéndola y haciéndola dudar de su competencia como madre.

Él puede incluso utilizar a los hijos como intermediarios en casos de pelea, poniéndolos en contra de su propia madre, humillándola delante de ellos y haciéndoles elegir a la fuerza quien tiene la razón en las confrontaciones.

Además, él puede utilizar el apego que la madre tiene a sus hijos para controlarla en el sentido de amenazarla con quitárselos, llevándoselos para lejos, en caso de que él sienta que ella no esté siendo buena madre o buena esposa, lo que en este caso significa hacer todo lo que él quiere.<sup>308</sup>

---

<sup>307</sup> NÚÑEZ, Miguel Ángel. 129 Conceptos básicos sobre violencia doméstica. Valencia: Fortaleza Ediciones, 2019, p. 20

<sup>308</sup> JOHNSON P., Michael. A typology of domestic violence: intimate terrorism, violent resistance, and situational couple violence. Boston: Northeastern University Press, 2008, p. 7

#### 5.2.2.5. Control por medio de aislamiento

En casos de control por medio de aislamiento, la pareja controladora generalmente justifica sus actos con el sentimiento de celos. En nombre del cuidado y celos hacia el otro, acaba por limitar su vida social, controlando lo que hace, a quien puede ver y con quien puede hablar, lo que puede leer y donde va.

En la mayoría de los casos de control coercitivo, el hombre intenta mantener a la mujer lejos de su familia y amigos, convirtiéndose en la única fuente de información, de apoyo y de dinero de la mujer.<sup>309</sup>

Si la pareja vive en la zona rural, él puede ser capaz de aislarla literalmente, cortando inclusive llamadas telefónicas. Si viven en la zona urbana, y principalmente si ella necesita salir para trabajar él puede aislarla alejando a sus compañeros de trabajo y parientes por medio de intimidaciones, con la intención de que ella no tenga con quien hablar sobre lo que le pasa en casa. En casos extremos, se llega al secuestro en la propia casa.

Una de las consecuencias graves del aislamiento es que a partir del momento que el abusador logra aislar a su pareja, su opinión sobre ella será la única a la que ella tendrá acceso, dando lugar al control psicológico emocional, una técnica de control que consiste en sustituir el criterio de realidad de la víctima por la del abusador.

#### 5.2.2.6. Control por medio de abuso emocional

El abuso emocional consiste en hacer que la pareja abusada se sienta inferior al abusador por medio de la manipulación de su criterio de realidad. Generalmente, el abusador expone a su víctima a una descalificación explícita de lo que hace, de quien es, de lo que piensa y siente, haciendo que su pareja se sienta mal atribuyéndole apodosos ofensivos, confundiéndola al respecto de ella misma y sus capacidades, humillándola o haciéndola pensar que está loca.

No se puede controlar a una persona sin destruirla psicológicamente. Por eso, el objetivo del abusador es arruinar la imagen de competencia de su pareja en dos aspectos básicos del funcionamiento humano: el intelectual y el emocional. La víctima se siente expuesta a una burla permanente respecto de lo que hace, de quien es, de lo que piensa y siente. Se le repite que es idiota (lo que piensa nunca estará acertado); que todo lo hace mal

---

<sup>309</sup> JOHNSON P., Michael. A typology of domestic violence: intimate terrorism, violent resistance, and situational couple violence. Boston: Northeastern University Press, 2008, p. 8

(no puede valerse por sí misma, necesita de supervisión); que nadie la va a querer (carece de cualidades que la hagan digna de ser amada); que es fea (nadie se sentirá atraído por ella, pues no tiene atractivos, nada que ofrecer); que está loca (lo que piensa o siente es un disparate); que nadie de su familia la quiere (está sola); que no es buena para nada.

Navarro enseña que la violencia psicológica funciona de dos formas. En ocasiones como una experiencia traumática, precipitando la respuesta de activación del simpático (disparo del sistema límbico) y de desactivación del parasimpático (bloqueo del córtex orbito-frontal). En otras, funciona descalificando la competencia intelectual de la víctima, de modo que aunque el córtex orbito-frontal funcione, ella dude de su criterio. Como resultado de dicho proceso la víctima se encontrará muy activada emocionalmente (desregulada) y con un funcionamiento intelectual comprometido.<sup>310</sup>

Conforme describió Kahneman la mente procesa información en momentos de estrés o de ambigüedad por medio de un proceso de conocimiento intuitivo, que se hace con gran facilidad, sin saber cómo se alcanza esa conclusión y con una fuerte sensación de realidad. Por tanto, las experiencias de violencia se construyen en esta base, ya que las víctimas concluyen mensajes que para ellas son reales y se conducen de acuerdo a ellos. Pero existe otra forma de operar la mente, que no es instantánea y que consume tiempo y esfuerzo: el conocimiento racional o deductivo.<sup>311</sup>

El nivel de activación fisiológica ligado a experiencias de estrés muy alto interfiere con el almacenamiento en la memoria de las conclusiones del conocimiento intuitivo que se constata en víctimas de violencia doméstica, se presenta por medio de dos formas: los recuerdos se disocian totalmente (amnesia postraumática), o por el contrario, los recuerdos y mensajes asociados a ellos son revividos sin control una y otra vez. Sin embargo, los expertos afirman que aquello que es olvidado (disociado) no por eso deja de manifestarse en forma de estados emocionales que parecen no estar causados por nada, asumiendo vida propia en estructuras de personalidades alternativas que van a dictar el patrón de conducta de la víctima de allí en adelante.

La consecuencia grave que la distorsión psicológica provoca en la pareja abusada es que ella va cediendo paulatinamente el control de sí misma a su abusador. En este contexto, la víctima no solo deja de considerarse a sí misma importante sino que comienza a sentir que no es digna. La autoestima se pierde juntamente con su identidad, y su voluntad se anula.

---

<sup>310</sup> NAVARRO GÓNGORRA, José. *Violencia en las relaciones íntimas: una perspectiva clínica*. Barcelona: Herder, 2015, p. 50

<sup>311</sup> KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 22

La recuperación de la persona solo es posible por medio del conocimiento deductivo. Profesionales especializados analizan como los mensajes recibidos se convirtieron en un guion personal y relacional para la víctima, para solo entonces ayudarla a rectificarlos. Solamente con base en un lento proceso de conocimiento racional la víctima será capaz de redefinir su guion de vida, es decir, de miedo y desvalorización que el conocimiento intuitivo construyó a partir de la experiencia de abuso.

#### 5.2.2.7. Control por medio del uso de minimización, negación y culpa

Una técnica común en casos de relaciones caracterizadas por la instalación del control coercitivo, consiste en minimizar y negar el abuso que se comete, culpando únicamente a la pareja abusada por todo lo que sucede en la relación. El abusador raramente se toma en serio la preocupación que tiene su víctima con el abuso, negándolo. Pero si llega a admitir la ocurrencia de eventual abuso hace que la víctima se sienta responsable de la conducta abusiva, diciéndole que ella lo provocó.

Para lograr vivir con una pareja controladora es necesario que la víctima empiece a conocerlo más que él mismo, pasando a prever sus pensamientos, prácticamente adoptando su manera de pensar. En este caso, lo que debería ser solo una estrategia de convivir de manera segura, pasa a ser otra trampa emocional, donde la persona se pierde de ella misma, confundiendo su propia voluntad con la de su pareja. Por tanto, cuando él empieza a culparla o minimizar sus errores, ella, ya totalmente confundida, se somete a sus deseos.<sup>312</sup>

Los abusadores suelen creer que son las actitudes de las parejas abusadas, su incompetencia y su disparate los factores que exigen de ellos controlarlas como lo hacen. Ellos tienen que ser responsables por cuidarlas, ya que, según su opinión, ellas son incapaces de vivir de manera autónoma. En muchos casos, el abusador piensa que no es abusivo porque jamás ha lastimado físicamente a su pareja y que en realidad, ella es la abusiva de la relación, pues es ella la que vive fuera de la realidad.<sup>313</sup>

El abusador suele enfadarse con la víctima por todo, transfiriéndole la culpa inclusive de sus propios errores. Si ella contesta y le atribuye culpa por algo, él usará otros medios coercitivos para imponerse y seguir dominando la relación.

---

<sup>312</sup> JOHNSON P., Michael. A typology of domestic violence: intimate terrorism, violent resistance, and situational couple violence. Boston: Northeastern University Press, 2008, p. 12

<sup>313</sup> JOHNSON P., Michael. A typology of domestic violence: intimate terrorism, violent resistance, and situational couple violence. Boston: Northeastern University Press, 2008, p. 9

#### 5.2.2.8. Control por medio del uso de intimidación

La intimidación consiste en provocar miedo en otra persona a través de miradas, acciones y gestos. La intimidación es una amenaza indirecta en que el terrorista íntimo solo demuestra su capacidad de hacer daño. El abusador grita y rompe cosas para que prevalezca su voluntad, haciendo a su pareja pensar dos veces antes de no obedecerlo.<sup>314</sup>

En lugar de amenazar, el terrorista íntimo muestra a la víctima qué podría pasarle en caso de que no se porte bien. Además de destrozar objetos del hogar, maltratar a los animales domésticos, el abusador puede romper objetos personales de su víctima, o enseñarle armas.

Con este tipo de técnica, generalmente el hombre logra que la mujer haga exactamente lo que él quiere que ella haga, o que ella deje de hacer algo que él no quiere que ella haga.

#### 5.2.2.9. Control por medio del uso de coerción y amenazas

La intimidación tiene relación muy cercana la técnica de coerción y amenaza. El abusador se servirá primero de coerción, pero en caso de que su táctica no funcione, entonces amenazará a la víctima. Las amenazas consisten en asustar a la víctima prometiendo hacerle daño.

Cuando otras tácticas como el aislamiento o control del dinero no funcionan, es decir, cuando el abusador no consigue un control suficiente, él pasa a amenazar a su víctima con decirle que se va a suicidar o que la va a denunciar falsamente ante una autoridad. También puede obligarla a retirar los cargos presentados en su contra. En casos más extremos, el abusador puede incluso obligar a su víctima a cometer actos ilegales.

El abusador, muchas veces por restricciones sociales o religiosas no ataca directamente a su pareja, sin embargo, por hacerlo de manera sutil durante un largo periodo de tiempo, instala en la mente de su víctima los mismos efectos psicológicos dañinos de aquellas personas que sufren violencia física.<sup>315</sup>

---

<sup>314</sup> JOHNSON P., Michael. A typology of domestic violence: intimate terrorism, violent resistance, and situational couple violence. Boston: Northeastern University Press, 2008, p. 9

<sup>315</sup> NÚÑEZ, Miguel Ángel. 129 Conceptos básicos sobre violencia doméstica. Valencia: Fortaleza Ediciones, 2019, p. 58

#### 5.2.2.10. El uso de la violencia física y sexual como factor potenciador de control

Las manifestaciones de control coercitivo presentadas anteriormente hacen que el abusador construya una red de abuso que atrapa y esclaviza a su pareja. Pero si la víctima es capaz de frustrar sus estrategias de control, él tiene otras a disposición. El aspecto más grave de un cuadro de relación abusiva, es que no importa la dirección que la víctima decida recorrer, habrá siempre una manera de controlarla. Ella se ve sin salida.<sup>316</sup>

Por ello, si la víctima sigue ofreciendo resistencia, el abusador tiene como opción potenciar el efecto de su abuso, agregándole violencia física en el proceso. De hecho, es común que en casos de violencia física, exista una larga historia de utilización de tácticas no violentas de control coercitivo que crearon las condiciones para un tipo de violencia más agresiva. El empleo de violencia física, en estos casos, es el factor potenciador de los abusos que culminará en la instalación del terror en la mente de su víctima, rematando su condición de dominio sobre ella.

La violencia en sí misma no es considerada una forma de control coercitivo porque ella es un componente que se agrega a todas las demás formas de poder y control. La ostensiva táctica no violenta pasa a tener un nuevo y aterrador significado, en que el abusador pasa a controlar a la víctima no solo por medio de limitaciones específicas sino también a través de su asociación con el conocimiento de que su pareja hará lo que sea para mantener el control de la relación, lo que incluye atacar físicamente.

Por supuesto que las amenazas e intimidaciones son más incisivas si a la mujer ya se ha maltratado y si se le pegó anteriormente. Por detrás del pedido del marido de revisar el recibo del supermercado puede haber un aviso muy claro si ella ya fue atendida en hospital en aquél año.

Por tanto, utilizándose de la violencia como herramienta potenciadora de cualquiera de las técnicas no violentas, la pareja controladora y violenta finalmente logrará su principal objetivo en la relación: someter al otro a su voluntad en todas las esferas de su vida en común. Por medio de la violencia, generalmente el hombre demuestra a la mujer qué tan lejos él puede llegar para obtener lo que desea, lo que consiste en controlar y dominar completamente.

Asimismo, la violencia no se materializa solo a través de bofetadas y puñetazos. Una pareja que quiere controlar y dominar no deja de hacerlo dentro de la habitación matrimonial. En este caso, empezará a imponerse también en el momento de tener sexo.

---

<sup>316</sup> JOHNSON P., Michael. A typology of domestic violence: intimate terrorism, violent resistance, and situational couple violence. Boston: Northeastern University Press, 2008, p. 12

Es un hecho que estadísticamente la mayoría de las víctimas de violencia sexual son mujeres. Eso es así porque el hombre que siente necesidad de dominar a su novia o esposa lo hace incluso en el momento más íntimo entre dos personas. Él hará que ella se someta a tener sexo exactamente de la manera que él quiere y cuando él quiere, cuantas veces él quiera. Él la convertirá en una herramienta de su placer, desconsiderando su voluntad, como en todos los demás aspectos de la relación.<sup>317</sup>

Se estima que más del 40% de las mujeres que son físicamente agredidas son también objeto de violación. En este contexto la violencia sexual no es tanto sexo como violencia. En muchos casos, el varón utiliza el sexo como una herramienta más de agresión, dañando la intimidad de la mujer, y dejándole una sensación psicológica de suciedad y corrupción.<sup>318</sup>

Además, es importante destacar que si la relación sexual no es una acción voluntaria y querida, entonces, no es relación, según el término, sino simplemente una acción arbitraria donde una persona somete sexualmente a otra, lo que configura el estupro. Cuando hay coerción, forzamiento, maltrato o manipulación, aunque sea dentro de un matrimonio, se estará delante de un atentado contra la dignidad de la persona. En este contexto, Núñez afirma que <los hombres, favorecidos por un contexto patriarcal donde las mujeres suelen ser consideradas propiedad del marido, se da la situación de que muchos consideran a sus parejas como esclavas sexuales que deben estar dispuestas a satisfacerlos en el momento en que él lo solicite y de la manera que se le ocurra><sup>319</sup>. Sin embargo, esto es un abuso, pues en las relaciones íntimas solo está permitido hacer lo que ambos deciden por mutuo acuerdo realizar.

### 5.2.3. Resistencia violenta

La resistencia violenta es practicada en su mayoría por mujeres, quienes utilizan la fuerza física al sentirse amenazadas o aterrorizadas. Para algunas, esta es una reacción instintiva delante del ataque que han sufrido y eso sucede de manera involuntaria. Para otras, esto no sucede hasta que ella se dé cuenta de que la violencia en su contra no cesará si nada hace al respecto.

---

<sup>317</sup> DOMESTIC ABUSE INTERVENTION PROGRAMS – DAIP. The Duluth Model: Understanding the power and control wheel. <https://www.theduluthmodel.org/> 08 de septiembre de 2020.

<sup>318</sup> NAVARRO GÓNGORRA, José. Violencia en las relaciones íntimas: una perspectiva clínica. Barcelona: Herder, 2015, p. 58

<sup>319</sup> NÚÑEZ, Miguel Ángel. 129 Conceptos básicos sobre violencia doméstica. Valencia: Fortaleza Ediciones, 2019, p. 13

Para la mayoría de las mujeres en relaciones heterosexuales, la diferencia de tamaño entre las parejas es un factor que, además de no asegurar la efectividad de la resistencia violenta, muchas veces hace que las cosas empeoren. Algunas, eventualmente, piensan que la única manera de hacer cesar el control coercitivo sufrido es matando a su pareja, hecho que sucede, en gran mayoría, en medio de una agresión y como un intento de defensa.

Navarro apunta que <el asesinato del abusador ocurre cuando las mujeres sienten que la relación se ha vuelto una trampa peligrosa en la que han sufrido heridas graves, amenazas, intentos de asesinato, violaciones (el 60% de ellas y el 44% de forma repetida; a un 64% se las obligaba a actos sexuales antinaturales, o que encontraban abusivos, y a un quinto de ese 64% de forma reiterada)><sup>320</sup>. Cuando pretenden salir de la relación, muchas de ellas suelen sufrir violencias físicas severas, lo que les hace sentir que están entrampadas en una situación sin salida posible aparte de la tragedia: se muere ella o él.

La diferencia más acentuada de la resistencia violenta para la situación de control coercitivo está en el hecho de que la persona que resiste es en sí violenta, pero no es controladora y está delante de una pareja que se caracteriza por ambos aspectos: es violenta y controladora.<sup>321</sup>

Los motivos que impulsan a esta mujer a adoptar una postura de resistencia violenta son diversos. Ella puede creer que defendiéndose con violencia será capaz de mantenerse libre de futuros ataques. Ella cree sinceramente que puede pararlo en medio de un ataque o que luchando con frecuencia él decidirá dejar de atacarla físicamente. Aunque ella piense que no puede pararlo, ella piensa que él no debería ser autorizado a atacar sin recibir de vuelta algunas lesiones. Este deseo de herirlo aunque no sea suficiente para pararlo, le comunica su inconformidad con el contexto relacional, haciéndole ver que luchará de vuelta por su dignidad.<sup>322</sup>

Hay también casos de mujeres que causan daño a sus parejas en represalia, atacándole de manera premeditada cuando él no lo espera. Eso ocurre principalmente en casos de mujeres que, tras haber sufrido malos tratos durante años, deciden golpear violentamente a sus parejas, inclusive causándole la muerte. En estos casos específicos, los movimientos de defensa a las mujeres maltratadas han logrado ya cierto prestigio ante cortes y gobiernos, quienes han concedido últimamente clemencia, perdón o libertad condicional a mujeres que

---

<sup>320</sup> NAVARRO GÓNGORRA, José. *Violencia en las relaciones íntimas: una perspectiva clínica*. Barcelona: Herder, 2015, p. 63

<sup>321</sup> JOHNSON P., Michael. *A typology of domestic violence: intimate terrorism, violent resistance, and situational couple violence*. Boston: Northeastern University Press, 2008, p. 37

<sup>322</sup> JOHNSON P., Michael. *A typology of domestic violence: intimate terrorism, violent resistance, and situational couple violence*. Boston: Northeastern University Press, 2008, p. 9



cometen asesinatos bajo dichas circunstancias, es decir, a los asesinatos motivados por la actuación duradera de una pareja abusiva se privilegia, pues según afirman los movimientos de mujeres, a la asesina no le quedaba otra opción para escapar de una situación desesperadora.

#### 5.2.4. Control violento mutuo asociado a la ruptura

La violencia física entre parejas puede ocurrir como el resultado del control coercitivo con resistencia violenta, o en casos de violencia situacional en que ambos son violentos, pero el control violento mutuo asociado a la ruptura es un tipo de violencia, que a pesar de tener menor incidencia en la práctica que los demás, sucede generalmente en separaciones, que es cuando ambos manifiestan su faceta más agresiva, llevándoles a adoptar actitudes violentas y controladoras al mismo tiempo, ya que estarán naturalmente trastornados.

Aunque el histórico relacional de la pareja sea de respeto y cuidado mutuo, la violencia se asocia a ciertos aspectos traumáticos de la separación, como por ejemplo, descubrir que la pareja repentinamente huyó con los hijos aprovechando la estancia del otro en el trabajo, humillaciones públicas de una figura prominente, acusaciones de abuso sexual de los hijos o haber sido descubierto en una infidelidad flagrante. El 21% de las parejas que litigan ferozmente por la custodia de sus hijos se halla inmerso en este tipo de violencia. Son personas que experimentan una pérdida de control y que por eso se sienten avergonzados y desconcertados.<sup>323</sup>

En algunos casos, el cónyuge que está siendo abandonado se siente desesperado por controlar la relación que está a punto de acabar, logrando, en cambio, estropear definitivamente su vínculo de amor y amistad por el uso de la violencia física.

#### 5.3. La Violencia física y psicológica contra los menores

La existencia de violencia doméstica, aunque fuera estrictamente entre la pareja, por sí misma genera ansiedad e inseguridad en todos los miembros de la familia, pues la sensación de miedo y angustia convierte el hogar en un ambiente tóxico para todos, especialmente para los niños. Más allá de presenciar peleas constantes, los hijos de parejas en

---

<sup>323</sup> NAVARRO GÓNGORRA, José. *Violencia en las relaciones íntimas: una perspectiva clínica*. Barcelona: Herder, 2015, p. 66

situaciones de desequilibrio suelen sufrir, muchas veces en carne propia, las consecuencias de la instalación de la dinámica de violencia en sus hogares, es decir, acaban, por fin, recibiendo agresiones directas.

Azevedo define la violencia contra menores como todo acto u omisión practicado por padres, parientes o responsables, contra el menor, perpetrándole daño físico, sexual y/o psicológico a la víctima, lo que implica de un lado una transgresión del deber de protección del adulto y, de otro, una cosificación de la persona en condición peculiar de desarrollo.<sup>324</sup>

La violencia física representa concretamente la utilización de fuerza física excesiva o inapropiada, consistiendo en cualquier acción no accidental por parte de los padres o tutores que provoque daño físico o enfermedad en el menor. Los indicadores de maltrato físico pueden ser, por ejemplo, la presencia de hematomas, quemaduras, fracturas, heridas o raspaduras, mordeduras, cortes, pinchazos, lesiones internas, entre otros.<sup>325</sup>

La violencia psicológica se produce a través de hostilidad verbal crónica, que puede darse en forma de insulto, desprecio, crítica o amenaza de abandono, además de constante bloqueo de las iniciativas de interacción infantiles por parte de cualquier miembro adulto del grupo familiar. Los indicadores de maltrato psíquico se pueden detectar por medio del rechazo de los padres o tutores, demostrando conductas de abandono, como excluir al niño de actividades familiares; aterrorizarlo con amenazas o castigos extremos que generen miedo; uso de gestos y palabras exagerados que pretenden intimidar al niño; aislamiento, como prohibirle que tenga relaciones sociales. Otra forma de abuso psíquico es la experiencia de ver a sus padres peleando de manera intensa.<sup>326</sup>

Aparte de los maltratos físico y psíquico, es importante conocer otro tipo de abuso que los miembros de una familia muchas veces son acusados de cometer: la negligencia física y la negligencia psíquica. La primera consiste en desatender las necesidades básicas del niño, como dejar de alimentarlo, educarlo, o incluso mantenerlo en condiciones razonables de higiene. La segunda corresponde a la falta de acercamiento e interacción por parte de una figura adulta estable, haciendo que el niño se sienta ignorado.

La violencia sexual es otra forma de abuso contra el menor, que, así como el maltrato y la negligencia, abarca los dos subtipos de violencia: la física y la psíquica. La violencia sexual que involucra contacto físico puede darse por medio de manipulación o penetración de

---

<sup>324</sup> AZEVEDO, Maria A. e GUERRA, V.A. *Violencia doméstica na infância e na adolescência*. São Paulo: Robe Editorial, 1995, p. 36

<sup>325</sup> VELASCO RIEGO, Luisa. *Guía de orientación y apoyo en violencia de género y violencia familiar*. Valladolid: Libertas Ediciones, 2019, p. 72

<sup>326</sup> VELASCO RIEGO, Luisa. *Guía de orientación y apoyo en violencia de género y violencia familiar*. Valladolid: Libertas Ediciones, 2019, p. 73

genitales, y este contacto puede ocurrir de manera amena o con el uso de agresión física; la violencia sexual psíquica consiste en presentarle, totalmente en destiempo, eventos obscenos, como videos escenas de sexo.

Las consecuencias a largo plazo de la negligencia y de la violencia física y psicológica durante la infancia son variadas ya que dependen de muchos factores como la edad del menor en el momento del hecho, del tipo de relación familiar, de la personalidad del menor, del tipo y de la gravedad del evento traumático. Aparte de llevar consigo secuelas físicas, el niño abusado muchas veces acaba convirtiéndose en padre agresor. En otros casos, puede tornarse una persona depresiva con tendencias suicidas.<sup>327</sup>

Dada la tipología de violencia domestica contra los menores, es preciso resaltar el deber de la familia, de la sociedad y del Estado en garantizar a los niños y adolescentes, con absoluta prioridad, su derecho a la dignidad, condición básica para la existencia de todos los seres humanos.

---

<sup>327</sup> DE ALMEIDA FERRARI, Dalka Chaves. Definição de abuso na infância e na adolescência. em O fim do silencio na violência familiar: teoria e prática. Org. Dalka C. A. Ferrari, Teresa C. C. Vecino. São Paulo: Agora, 2002, p. 85

## CAPITULO VI. LA VIOLENCIA DOMESTICA COMO ÓBICE A LA PAZ

Durante mucho tiempo, se supuso erróneamente que las conductas dentro de una relación íntima hacían parte de un contrato en que solo las dos personas involucradas podrían alegar cualquier arbitrariedad. Sin embargo, si de violencia se trata, la dignidad de la víctima prevalece a tal grado que si un Estado no mueve toda su máquina protectora para restablecerla, todo el sistema global habrá fracasado, juntamente con aquella familia destrozada.

Concerniente al aspecto cultural, la sociedad mundial ha enfrentado el problema de la violencia domestica trabajando estrategias desde dos distintas corrientes de planteamiento: 1. La igualdad de género y 2. La cultura de paz.

1. La primera está coordinada por el movimiento de mujeres, que preocupadas con la crueldad que sufren las víctimas de terrorismo íntimo, identificaron la estructura social patriarcal como una de las mayores fuentes de violencia entre parejas. En esencia, la intención de esos movimientos es cambiar ideas culturales que apoyan la dominación de los hombres sobre las mujeres, cambiando la estructura de desigualdad de género que contribuye para atrapar a las mujeres en relaciones con hombres abusivos. Conforme se pudo constatar por medio del estudio de las técnicas de control coercitivo perpetradas en el hogar en el capítulo anterior, el ejercicio de poder en las relaciones de pareja son perpetradas en su mayoría por varones en desfavor de las mujeres, y pese el hecho de que las mujeres también actúan con violencia, los resultados fatales son protagonizados por mujeres, es decir, en los conflictos de parejas heterosexuales, las mujeres se mueren con mayor frecuencia. Se ha verificado también que, en nombre de la costumbre o de la cultura de un país, muchos maridos actúan en el hogar como si fueran dueños de sus esposas, tratándolas como pertenencias, pensamiento este que genera serias consecuencias para la sociedad como un todo, dando origen al fundamento feminista de lucha por la igualdad de género.

El movimiento cultural que busca enfrentar el problema de la violencia por medio de la implementación de la igualdad de género en los distintos países del planeta es defendido por autoras españolas como Emilia Bea y Encarnación Fernández. Según la filósofa Emilia Bea, el orden patriarcal ha establecido unas bases para la convivencia que enseña a los varones a utilizar la fuerza en vez de enseñar a evitarla; que pregona que la mujer sea dependiente del varón en todos los aspectos de su vida, y por lo tanto, ha facilitado el ejercicio de poder de este sobre aquella. Para ello proponen que la educación para la paz sea enfocada en una perspectiva de género, de manera que se logre una transformación de las estructuras

sociales y la erradicación de los prejuicios de género, incorporando transversalmente la dimensión de género en la totalidad del ordenamiento jurídico y de las políticas públicas.<sup>328</sup>

De acuerdo a las enseñanzas de Encarnación Fernández el género sirve para designar las diferencias y desigualdades sociales y culturales entre varones y mujeres, siendo pues, el género una categoría socio-cultural que se aplica al sexo, según el cual se asignará su respectivo rol social. Además, la autora asevera que a lo largo de la historia de la humanidad el género masculino siempre ha ejercido un papel jerárquico superior al femenino, conllevando a una constante construcción social que se caracteriza por la desigualdad de poder entre los sexos, razón por la cual el movimiento feminista, principalmente a partir de los años sesenta del Siglo XX, estableció la distinción entre sexo y género para enfrentar el determinismo biológico (diferencia natural entre mujeres y varones) implementado en las comunidades de todo el planeta por el orden social patriarcal.<sup>329</sup>

Por tanto, el planteamiento de los movimientos feministas para evitar la violencia doméstica – en especial el tipo de violencia denominada “terrorismo íntimo” analizada en el capítulo anterior – es que la desigualdad entre mujeres y varones no son producto de la naturaleza biológica distinta de ambos sexos, sino el resultado de unas pautas culturales, que, en cuanto tales, pueden ser modificadas por medio de políticas públicas enfocadas en la perspectiva de género. Dicha perspectiva ha sido contemplada en la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, cuyo objetivo principal es erradicar o reducir la violencia como instrumento de dominación de las mujeres.

2. El segundo movimiento consiste en cambiar la cultura de violencia, proponiendo soluciones para convertirla en una cultura de paz, dando énfasis en el fortalecimiento de la familia como modo de garantizar la integridad física y mental de todos sus miembros. Investigadores sobre violencia en el ámbito familiar como Sergio Cotta, Peris Cancio, Francesco D’Agostino, Jesús Ballesteros, Elisa Rodríguez de Araujo y José Justo Megías Quirós, defienden el reconocimiento de la dignidad como fundamento de los derechos humanos, basados en el supuesto de que la dignidad es una exigencia moral que no se concede, sino que se reconoce como parte integrante del sistema jurídico, bajo pena de dicho sistema ser valorado como injusto.

---

<sup>328</sup> BEA, Emilia. Virginia Woolf. Pensamientos sobre la paz desde la experiencia y el saber de las mujeres, publicado en Cien años de discurso femenino sobre la guerra y la paz. Coord. Emilia Bea y Encarnación Fernández. Valencia: Tirant Humanidades, 2017, p. 71-94

<sup>329</sup> FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Encarnación. Educación para la paz desde una perspectiva de género, publicado en Cien años de discurso femenino sobre la guerra y la paz. Coord. Emilia Bea y Encarnación Fernández. Valencia: Tirant Humanidades, 2017, p. 271-287

En este contexto, la dignidad no es considerada un derecho humano, sino el fundamento de todos los derechos humanos y al mismo tiempo límite objetivo a la voluntad humana. Por tanto, el respeto máximo hacia todo ser humano incluye el respeto que todo ser humano se debe a sí mismo, pues nadie puede renunciar a su propia naturaleza – comportarse como animal o degradarse – ni ser instrumentalizado o cosificado por los demás, aunque mediara consentimiento del sujeto pasivo.<sup>330</sup>

Los filósofos defensores de la segunda corriente de pensamiento defienden la tesis de que solo por medio de la garantía del ejercicio de la dignidad, el individuo alcanzará la integridad física y psíquica necesaria a su desarrollo personal, y que le permitirá relacionarse de manera pacífica tanto con los miembros de su hogar como con los demás individuos de la sociedad. Por tanto, la mejor solución para mitigar la violencia es la conversión de una cultura de violencia para una cultura de paz, donde cada ser humano reconocerá en el otro y en sí mismo la dignidad como valor supremo que está por encima de cualquier sistema jurídico.

Independientemente del planteamiento – igualdad de género o cultura de paz – la mejor solución para el enfrentamiento del problema de la violencia es la alteración de los aspectos culturales de las comunidades, por ser la única alternativa pacífica, frente a las demás soluciones, cuyos procedimientos, por emplear el uso de la violencia, obstaculizan la consecución de la paz de forma inacabable.

Toda la sociedad sufre los efectos de la violencia doméstica, pues los hijos criados en un ambiente de violencia están propensos a reproducir modelos equivocados de resolución de problemas, llegando a creer que la violencia es un sistema adecuado para poner fin a conflictos interpersonales. Además, víctimas de violencia domestica sufren más enfermedades psicopáticas, se ausentan más en sus empleos, y están más predispuestas a cometer suicidio.

Por medio del presente capítulo será posible comprender que la paz es una conquista fruto de la estabilidad y del equilibrio de las relaciones entre los individuos, y que la violencia en el ámbito de la familia no está limitada a los espacios familiares, con perjuicio solamente de los miembros de aquella familia, sino que se extiende a toda la sociedad. Por eso, con la finalidad de extinguirla o al menos, disminuirla, la violencia doméstica fue incluida en las agendas de las autoridades políticas como problema público.

Por eso, Navarro defiende que hablar de violencia domestica involucra no solo a la familia, nuclear o extensa, sino también a los amigos y al sistema educativo, y que, por tanto,

---

<sup>330</sup> MEGÍAS QUIRÓS, José Justo; ROGRIGUES DE ARAÚJO, Elisa. Derechos Humanos de la Familia. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2020, p. 29

todo el entorno de la familia que se ve atrapada en un laberinto de violencia está convocado a empezar movimientos de colaboración a las víctimas.<sup>331</sup>

En 1996, la problemática de la violencia se incorporó a la agenda internacional cuando la Asamblea Mundial de la Salud, en su reunión en Ginebra, aprobó una resolución por la que se declaraba a la violencia uno de los principales problemas de salud pública en todo el mundo. La Organización de las Naciones Unidas indica la existencia de violencia endémica en todo el mundo, incluyendo a Panamá.

En la 49 Asamblea Mundial de la Salud, investigadores de todo el mundo demostraron que como consecuencia del miedo a la violencia las capacidades del individuo se tornan débiles, afectándoles inclusive en su vida profesional. En esa ocasión se buscó concienciar a todos de que la violencia se puede prevenir. En este contexto, la prevención de la violencia se convirtió en una prioridad de salud pública.

#### 6.1. Un análisis sobre el concepto de violencia en la Edad Contemporánea

El iusnaturalista italiano Sergio Cotta en su obra “Raíces de la violencia” reflexiona sobre los estragos que la violencia hace, no solo en el ámbito de las relaciones internacionales bajo la forma de guerra, sino también en aquellos casos disfrazados de terrorismo, guerrilla, persecución ideológica, bandidaje privado, y que se instala en los dominios de las relaciones internas. Para explicar la presencia de la violencia en el mundo contemporáneo dicho autor señala dos doctrinas convergentes: 1. La definición pesimista-consoladora, y; 2. La definición apocalíptico-soteriológica.<sup>332</sup>

1. La definición pesimista-consoladora considera que no existe ninguna diferencia esencial entre la violencia actual y la del pasado. Los defensores de dicho pensamiento entienden que la violencia es tan antigua como el hombre (y como el mundo), acompañándolo a lo largo de toda su historia, razón por la cual no se ha tenido que esperar a los tiempos actuales para cometer atropellos brutales, torturas, genocidios, es decir, no hay novedad en términos de acontecimientos, simplemente lo que ha cambiado son las formas y los instrumentos de violencia. Friedrich Nietzsche fue precursor de dicha opinión, cuando, por ejemplo, en su obra “Más allá del bien y del mal: preludio a una filosofía del futuro”, de 1885, atribuyó a la humanidad un juicio pesimista que considera la violencia inseparable de la

---

<sup>331</sup> NAVARRO GÓNGORRA, José. Violencia en las relaciones íntimas: una perspectiva clínica. Barcelona: Herder, 2015, p. 21

<sup>332</sup> COTTA, Sergio. Las raíces de la violencia: una interpretación filosófica. Trad. Tomás Melendo. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1987, p. 13-22

condición humana<sup>333</sup>. Consecuentemente, si se considera la violencia un evento inevitable, el hombre se resigna y espera que, en el juego natural de las alternancias, la violencia actual pase y sea sustituida por una pausa de tranquilidad.

2. La definición apocalíptico-soteriológica sostiene que la violencia actual resulta completamente nueva, y no solamente por la novedad de sus formas e instrumentos, sino que se trata de una novedad de sentido. Por medio de dicha perspectiva todo es violencia, ya que las violencias del pasado, particulares y contingentes, se han condensado hoy, dando origen a una situación global de violencia. Todas las limitadas contradicciones del pasado, relativas a distintos países, culturas o clases, han desembocado en una contradicción total y, por eso mismo, en una violencia absoluta, insoportable. En consecuencia, toda la historia es sólo contradicción, violencia sin contrapartida, que llevó a la humanidad a concluir que no es posible liberarse de una historia de violencia más que haciendo violencia a la historia; cesando de padecerla y construyéndola completamente de nuevo. Dicho en otras palabras, una violencia que ostenta un objetivo consciente: franquear un nuevo destino. Este pensamiento de estilo revolucionario es defendido por figuras como Jean-Paul Sartre y Merleau-Ponty<sup>334</sup>.

De lo anterior, Cotta observa que ambas definiciones, aunque se originen desde distintas perspectivas, coinciden en el hecho de atribuir a la violencia en general el papel de protagonista del drama de la historia, ya que aceptan y demuestran su familiaridad con la violencia. Por eso, la primera definición soporta la violencia sin ninguna intención de superarla, mientras que la segunda definición convirtió la misma violencia en instrumento de acción para eliminarla, táctica que tampoco se ha demostrado eficaz.

También se ha demostrado a lo largo de la historia que la tarea de definir la violencia es compleja, pues exige del evaluador un previo conocimiento histórico y cultural de determinada comunidad. La violencia nunca se caracteriza tan solo por el grado de agresividad del hecho en el momento exacto en que este ocurre, sino posteriormente, tras su sometimiento dentro una escala que mide la intensidad y que precisa la jerarquía cualitativa de una situación, estado o fenómeno.

La Organización de las Naciones Unidas afirma que la violencia es un fenómeno sumamente difuso y complejo cuya definición no puede tener exactitud científica. La noción de lo que son comportamientos aceptables e inaceptables, o de lo que constituye un daño, está influida por la cultura y sometida a una continua revisión a medida que los valores y las

---

<sup>333</sup> NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Além do bem e do mal: preludio de uma filosofia do futuro*. Trad. Mario Ferreira dos Santos. Rio de Janeiro: Vozes, 2012, p. 202

<sup>334</sup> En 1945, Sartre, juntamente con Maurice Merleau-Ponty, funda la revista política *Les Temps Modernes*. En 1952, Sartre ingresa en el Partido Comunista Francés.



normas sociales evolucionan. Además, la violencia puede ser definida de muchas maneras, según quién lo haga y con qué propósito. No obstante, en un consenso mundial, la violencia fue definida como siendo: <El uso deliberado de la fuerza física o el poder, ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones><sup>335</sup>.

Esta definición comprende tres amplias categorías que se subdividen para reflejar tipos de violencia más específicos. Dichas categorías son: 1. La violencia interpersonal (familia/comunidad); 2. La violencia autoinfligida (comportamiento suicida); La violencia colectiva (social/política/económica). Asimismo incluye las consecuencias de los actos violentos, como los daños psíquicos sufridos por las víctimas.

Ahora volviendo a las reflexiones de Sergio Cotta en cuanto a la violencia contemporánea, se hace imperativo resaltar que, en contraposición a las definiciones pesimista-consoladora y apocalíptico-soteriológica, dicho filósofo aborda una tercera: la definición optimista-activista. Dicha calificación opina que la violencia actual es mayor que la del pasado, pero la de hoy está relacionada a una crisis de transformación. Según los defensores de dicha teoría estos tiempos de una civilización tecnológica, son tiempos de transformaciones en las costumbres, en los sentimientos, en los modos de pensar consolidados, en la aceptación de valores ético-sociales, en que los puntos de referencia pierden su vigencia, y los nuevos no son todavía comprendidos y aceptados por todos, generando, por consiguiente, descompensaciones psicológicas y de comportamiento, que conllevan a la impulsividad de la violencia. Sin embargo, dicha doctrina tampoco responde de manera adecuada a la violencia, por el hecho de reducirla a una mera reacción de individuos mentalmente frágiles a un progreso seguro de sí.

En este orden de ideas, Cotta señala la necesidad de comprender y valorar la violencia en el sentido de reconocerle como una posibilidad efectiva no enteramente eliminable de la existencia, pero jamás como un rasgo dominante del ser humano, ni tampoco la medicina de sí misma, pues todo juicio unilateral condiciona negativamente la observación atenta del fenómeno y prejuzga su examen. Por lo que propone una reflexión ontológica acerca de la estructura dual humana y una correcta comprensión de la dialéctica psicoanalítica

---

<sup>335</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Informe mundial sobre la violencia y la salud: resumen. Washington, D.C., Organización Panamericana de la Salud, Oficina Regional para las Américas de la Organización Mundial de la Salud, 2002, p. 5

de eros y thanatos, es decir, de los dos principales elementos constitutivos del hombre: la unión y la agresividad.

## 6.2. La violencia como origen del desequilibrio en el mundo

La violencia que se está explorando en este estudio es la violencia interpersonal, y que demuestra graves consecuencias a nivel sociológico, con enfoque en la violencia intrafamiliar o de pareja, más específicamente aquella que ocurre entre parejas sentimentales heterosexuales y contra los menores que viven a sus cuidados. Este capítulo está enfocado a una mejor comprensión científica del ser humano y de sus posibles interacciones, a fin de entender tanto las dinámicas de convivencia como las razones por las cuales la violencia se infiltra primeramente en los hogares, para extenderse a las comunidades de todo el mundo.

El psicólogo y psicoanalista Enrique Galán Santamaría enseña que la violencia interpersonal puede ser: 1) subjetiva; u 2) objetiva. 1. La violencia subjetiva es aquella que experimenta el individuo cuando se ve desbordado emocionalmente a raíz de conflictos internos a que se tiene que enfrentar cuando encuentra una resistencia al ejercicio de su voluntad consciente, mientras que; 2. La violencia objetiva es aquella que el individuo vive en su exterior, que puede ser tanto causa como efecto de la violencia subjetiva y que suele materializarse en forma de relación comunicacional y comportamental de carácter agresivo.<sup>336</sup>

En el ámbito de la psicología, la violencia es una apreciación subjetiva, generalmente indeseada, que constituye un síntoma de procesos conflictivos de distintos niveles, y que se manifiesta por la crisis de un desequilibrio. Según Henrique Galán, los seres humanos nacen con violencia y suelen morir tras una violencia agónica. Los procesos de crecimiento, maduración y adaptación siempre implican su cuota de violencia interna, externa y relacional. Con diferentes intensidad y extensión según fases y momentos biográficos, esta violencia natural remite a conflictos internos y externos cuya elaboración y solución disuelven la violencia. En este sentido, la violencia está en la base de estructuración/desestructuración del sujeto, en cuanto índice de peligro y acicate para la reequilibración. Así, independientemente del grado de intensidad de la violencia física experimentada por el sujeto en cualquier fase de su vida, este trae consigo una especie de violencia psíquica que está presente desde su nacimiento. A esta violencia intrínseca los psicólogos y psicoanalistas entendieron por bien denominarla agresión.<sup>337</sup>

---

<sup>336</sup> GALÁN SANTAMARÍA, Enrique. *Hartos de violencia*. Madrid, Editorial Manuscritos, 2016, p. 26

<sup>337</sup> GALÁN SANTAMARÍA, Enrique. *Hartos de violencia*. Madrid, Editorial Manuscritos, 2016, p. 27

La psicóloga Ana Martos enseña que los impulsos instintivos básicos instalados en el organismo del ser humano – agresividad y sexualidad – residen en las estructuras inferiores del cerebro y forman parte del inconsciente. En su libro “Violencia psicológica: las heridas del alma”, la autora explica que la naturaleza no se interesa por la estética, felicidad o éxitos sociales del ser humano, pues lo único que le importa es la supervivencia y la reproducción. Por eso, todas las conductas innatas con las que dota los seres humanos están encaminadas a salvaguardar su integridad.<sup>338</sup>

El instinto agresivo, que siempre está en correlación con los otros tres instintos mayores, como el hambre, sexo y huida, experimenta transformaciones desde la predación debido al hambre a la formación de vínculos mediante el sexo. Dichas transiciones permiten una oscilación de la conducta entre diversos instintos que dirigen la agresión destructiva hacia la vinculación constructiva.

En este sentido Galán puntualiza que la agresividad es entendida como aquel instinto que lleva al hombre a combatir contra los miembros de su misma especie y que se presenta en la especie humana en tres formas básicas: ofensiva, defensiva y predatoria. Las dos primeras conductas son intraespecíficas, es decir, determinan la organización colectiva dentro de la cual cobra forma el individuo, como el establecimiento de parejas y jerarquías, cuidado de la prole; mientras que la tercera es interespecífica, estando en la base de la supervivencia.<sup>339</sup>

Por lo anterior se concluye que la agresión es natural y necesaria en la cadena evolutiva del ser humano. Sin embargo, el instinto agresivo que no actúa conforme a los adecuados patrones de conducta se reprime o se expresa en un ámbito que no le es propio, lo que desencadena en el trastorno mental. Este trastorno es el resultado del desequilibrio en el individuo, y de ahí es donde se origina la crueldad.

Esa es la razón por la cual el doctor en psicología Jorge Trindade dedicó en su libro “Manual de psicología forense” un capítulo que especifica los distintos trastornos del individuo, como ejemplo, trastorno de los impulsos, de hiperactividad, desafiador, delirante, sexual, así como los distintos trastornos de personalidad, como por ejemplo, el trastorno de personalidad paranoide, antisocial, narcisista, obsesivo-compulsivo, borderline, entre otros. Trindade resalta que el conocimiento de dicha materia es de plena importancia para los abogados, ya que los trastornos psicológicos están directamente relacionados a la imputabilidad-inimputabilidad del individuo, y afirma, por ejemplo, que <individuos con

---

<sup>338</sup> MARTOS, Ana. Violencia psicológica: Las heridas del alma. Claves para detectarlas en víctimas y verdugos. Málaga: Ediciones Corona Borealis, 2018, p. 11

<sup>339</sup> GALÁN SANTAMARÍA, Henrike. Hartos de violencia. Madrid, Editorial Manuscritos, 2016, p. 35

trastorno de personalidad antisocial desconocen sentimientos de culpa, actúan con extremada impulsividad, desconsideran, no respetan y violan sistemáticamente los derechos de otros; por eso, son causadores de un gran número de delitos, en especial los más violentos><sup>340</sup>.

De ahí que, al jurista más interesado en la ontología los términos “agresión” y “crueldad”, no pueden pasar desapercibidos. Hasta aquí se ha estudiado que ambos términos conjugados conllevan a la expresión: “agresión cruel”. Por tanto, para efectos de esta investigación se adoptará el término “violencia” para designar a la “agresión cruel”, basándose en la opinión de los tres psicólogos anteriormente mencionados de que el “impulso agresivo cruel” es responsable por el intento de anulación de la ley, que no conoce límites morales ni reglas, y que aun conociéndoles, ignora.

Es por ello que en su obra “Repensar la paz” el filósofo Jesús Ballesteros define la violencia como siendo la negación del sujeto agredido, como <la negación del reconocimiento debido a la persona por el mero hecho de ser tal, como negación de lo que en la persona hay de sagrado e inviolable: su vida y su dignidad personal><sup>341</sup>. La negación del respeto distingue la realidad de la violencia del simple empleo de la fuerza, pues el uso de la violencia obliga a otra persona a hacer lo que no desearía, dándose casos, inclusive, de violencia sin empleo de fuerza física, en las que tan solo la carencia de respeto ya es el origen de una ofensa o maltrato.

Ballesteros afirma que solamente estableciendo la violencia en la negación del respeto al otro como sujeto de derechos naturales es que se puede comprender que el uso de la violencia se sobrepone al principio de la dignidad humana, porque cuando se elimina del escenario el respeto, el otro deja de ser considerado persona para convertirse en algo, una cosa utilizada por uno para alcanzar los intereses personales del otro.

En esta misma línea de pensamiento, Megías Quirós y Rodrigues de Araújo afirman que <la dignidad exige, en primer lugar, que reconozcamos *valor en sí mismo* a todo ser humano sin excepción, por su peculiar *modo de ser*. Los seres humanos no son valorables en función de su capacidad racional, salud, ideas, sexo, etc., sino que todo ser humano sin excepción tiene un valor igual e infinito><sup>342</sup>. Por ello, la dignidad no es solo una cualidad, sino que supone al mismo tiempo una capacidad activa de ser, es decir, una capacidad de actuar con libertad. No obstante, es de suma importancia resaltar que dicha libertad no habilita

---

<sup>340</sup> TRINDADE, Jorge. Manual de psicología jurídica para operadores do Direito. 6 ed. Ver. Atual. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 149

<sup>341</sup> BALLESTEROS, Jesús. Repensar la paz. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias, 2006, p. 17

<sup>342</sup> MEGÍAS QUIRÓS, José Justo; ROGRIGUES DE ARAÚJO, Elisa. Derechos Humanos de la Familia. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2020, P. 28

para que uno no se comporte con dignidad. Comportarse con dignidad consiste en manifestar externamente lo que cada ser humano lleva en su interior por naturaleza, ajustada a su constitución más íntima. Comportarse con dignidad es respetar no solo al otro sino también a sí mismo – no degradar ni permitir que te degraden – pues la dignidad intrínseca al simple hecho de *ser* humano no atiende a pactos individuales, sentimientos, u orientaciones culturales.

En el estudio mundial sobre el homicidio coordinado por la Organización de las Naciones Unidas se definió que los homicidios intencionales pueden estar relacionados a actividades criminales, a agendas sociopolíticas, o pueden ser aquellos denominados interpersonales. A diferencia de los dos primeros, el homicidio interpersonal no se da como el resultado de una intención secundaria, sino como medio de resolver un conflicto o de punir a la víctima. En estos casos, víctima y asesino son generalmente conocidos, y, en muchas situaciones ocurren dentro del contexto familiar.<sup>343</sup>

Dicho estudio informó que en 2017, 464,000 de personas perdieron la vida a causa de homicidios intencionales en todo el mundo. Más de una tercera parte de estos (37,4%) tuvieron lugar en continente americano, 35,1% en África, 22,5% en Asia, mientras que Europa (4,7%) y Oceanía (0,2%) presentaron las tasas más bajas de homicidio a nivel regional. Sin embargo, las políticas destinadas a impedir que se lleguen a producir actos violentos son implementadas con éxito solamente en países con gobiernos estables y economías desarrolladas, lo que demuestra las desigualdades sociales de los Estados y evidencia un primer status de desequilibrio mundial<sup>344</sup>.

Un segundo status de desequilibrio mundial se revela en cuanto a los números de homicidios intrafamiliares examinados, ya que dicho estudio reveló que de los 60.975 homicidios practicados en el ámbito doméstico las mujeres son las que ocupan el primer puesto de desventaja, con un porcentaje de 82% del número total de muertes. Eso significa decir que 137 mujeres, cada día, son asesinadas por un miembro de su propia familia, alguien en quien ellas deberían normalmente confiar.<sup>345</sup>

Los estudios globales detectaron, inclusive, que a pesar de los esfuerzos que se están empleando para evitar la violencia, en países del continente americano, por ejemplo, como los de América Central, los números evidencian un incremento de todos los tipos de violencia que ahí se practica. Se ha demostrado, por cierto, que aunque es importante la creación de leyes

---

<sup>343</sup> UNODC, *Global Study on Homicide 2019: Understanding homicide*, (Vienna, 2019), Booklet 3, p. 31

<sup>344</sup> UNODC, *Global Study on Homicide 2019: Executive Summary*, (Vienna, 2019), Booklet 1, p. 11

<sup>345</sup> UNODC, *Global Study on Homicide 2019, Gender-related killing of women and girls*, (Vienna, 2019), Booklet 5, p. 10

nuevas, basadas en los estándares internacionales, estas no han sido suficientes para convencer a las personas respecto de cómo y por qué las prácticas violentas deben cambiar.

Una medida eficaz para contrarrestar este panorama, son las políticas públicas compensatorias, pues lo que buscan es justamente reparar el desequilibrio generado por la ineficiencia del sistema político en garantizar la paz, lo que significa decir que no solo las políticas destinadas a sancionar el comportamiento violento deben ser elaboradas. Actualmente, es urgente la implementación de aquellas políticas que ayuden a todos los involucrados en el comportamiento violento a comprenderlo a fin de evitarlo.

## 6.2. Reflexiones sobre la constitución de la persona y su apertura para la formación de la familia

Antes de presentar las reflexiones sobre el concepto de persona y su intrínseca necesidad de abrirse al otro como fuente de sentido de su existencia, es preciso consignar que para efectos de este estudio, el concepto de persona se fundamenta sistemáticamente en el artículo 1, numeral 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual se transcribe *ipsis litteris*: <Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano>. Es importante resaltar dicho entendimiento porque a pesar de haberse presentado durante la investigación una diferenciación entre individuo y persona elaborada por Jacques Maritain, este no es el pensamiento que se está desarrollando para alcanzar el objetivo de la presente investigación. Por tanto, persona es todo ser humano.

Esto sentado, conviene presentar algunas líneas de pensamiento sobre el concepto de persona que se ha desarrollado a lo largo de la historia para ajustar el modelo de iusnaturalismo presentado dentro de cada una de sus distintas vertientes. En este sentido, el filósofo español Xosé Manuel Domínguez Prieto, en su obra “Antropología de la familia: persona, matrimonio y familia” enseña que, con el objetivo de conocerse a sí mismo, el ser humano siempre ha intentado describir en qué consistía, y que por eso, entre aquellos que describen el hombre con una consistencia ontológica en su estructura, tres corrientes de pensamiento han sido desarrolladas: 1) el dualismo antropológico; 2) el monismo reductivista, y, 3) el monismo no reductivista.<sup>346</sup>

---

<sup>346</sup> DOMÍNGUEZ PRIETO, Xosé Manuel. Antropología de la familia: persona, matrimonio y familia. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2007, p. 22-23

1. La primera corriente ontológica afirma que el ser humano es un compuesto de dos realidades sustanciales distintas, cuerpo y alma, unidas accidentalmente, y es defendida por figuras como Platón, Descartes y Leibniz;

2. La segunda vertiente de pensamiento afirma que el ser humano es una única realidad, es decir, que la persona no es más que su cuerpo. Esta es una postura adoptada por pensadores como por ejemplo Thomas Hobbes, Hegel y Karl Marx;

3. La tercera corriente que describe el ser humano lo delinea en una sola realidad, pero detentor de dos dimensiones irreductibles una a la otra: una corporal y otra psíquica. Sus más destacados defensores, Aristóteles y Santo Tomás de Aquino, sostienen que el ser humano, aunque sea una sustancia única, está compuesto hilemórficamente de alma y cuerpo, dos principios distintos pero que no pueden existir separados.

Esta tercera corriente se adecúa con la perspectiva de filósofos como Jacques Maritain y Sergio Cotta, quienes defienden que el ser humano es una unidad estructural dotada de dos subsistemas: cuerpo y espíritu. El filósofo Domínguez Prieto también demuestra ser adepto de la tercera corriente ontológica, al afirmar que el ser humano es dotado de *cuerpo* y *psique*, siendo el *cuerpo* un subsistema de notas o propiedades físico-químicas que forman un organismo mientras que la *psique* son los caracteres que tienen capacidad de dominio sobre el cuerpo – como la intelección, el sentimiento y la voluntad – los cuales fornecen a la persona una peculiar forma de enfrentarse a la realidad, haciéndose cargo de la situación en que se encuentra.

Así, la estructura ontológica de persona, que es corpórea y psíquica, se desarrolla en cuanto a su segunda dimensión con base en su capacidad de dominar y transformar su realidad, lo que hace por medio del manejo de: 1. La inteligencia, 2. La afectividad y; 3. La voluntad.

1. La inteligencia abre la persona a la realidad y la sitúa frente a una situación, ofreciéndole medios para el conocimiento, la comprensión, la ordenación de conceptos, así como para organizar la propia subjetividad en orden a la propia realización y autonomía en el mundo. La psicóloga Natalia Consuegra enseña que <intelección es el proceso por el cual el hombre piensa, razona y comprende el mundo, por lo que las concepciones religiosas están incluidas en dicho proceso><sup>347</sup>.

Según el psicólogo Alfred Binet la inteligencia procede de cuatro funciones primordiales intrínsecas del ser humano: dirección (capacidad de dirigir y ordenar la acción),

---

<sup>347</sup> CONSUEGRA ANAYA, Natalia. Diccionario de Psicología. Bogotá: Ecoe Ediciones, 2010, p. 162

comprensión (capacidad de entender y captar la relación entre objetos o datos), invención (capacidad para imaginar y producir formas y soluciones nuevas) y censura (capacidad para juzgar, analizar y distinguir lo justo de lo injusto, lo bueno de lo malo). Por tanto, la inteligencia es una facultad de conocimiento, que es dirigida hacia el mundo exterior y que trabaja en reconstruirle por entero, por medio de los pequeños fragmentos que se encuentran disponibles para soldar unos elementos a otros.<sup>348</sup>

2. La afectividad consiste en la capacidad personal de ser modificado interiormente por una realidad presente, lo que ayuda a la persona a acomodarse y adaptarse a una determinada realidad. La afectividad depende del sentimiento, cuyo concepto es dado por la psicóloga Natalia Consuegra como siendo <el sistema organizado de disposiciones emocionales que se centran alrededor de la idea de algún objeto><sup>349</sup>.

La afectividad es la capacidad de ser afectado y de afectar. Esta es la característica que abre la persona a la relación con el otro. En función de los modos de actuar de la afectividad, es posible detectar los siguientes tipos de relación interpersonal: a) sin ser afectada ni afectar al núcleo de la persona: relación impersonal; b) afecta y no es afectada: relación alienante o de dominación; c) no afecta y es afectada: relación de dependencia; d) afecta y es afectada puntual y epidérmicamente: relación social; e) afecta y es afectada en lo más íntimo: relación personal.<sup>350</sup>

3. La voluntad es el acto de querer. La persona tiene la facultad de hacerse cargo de su situación. Con base en sus tendencias, delibera sobre lo que considera una buena o mala decisión, decide efectivamente lo que quiere y se compromete con su decisión, para, finalmente, ejecutarla.<sup>351</sup> La psicóloga Natalia Consuegra define la voluntad como <la capacidad psíquica que tiene el individuo para elegir entre realizar o no un determinado acto. Depende directamente del deseo y la intención de realizar un acto en concreto><sup>352</sup>.

En cuanto a la voluntad de relacionarse con el otro, el filósofo Juan Ignacio Bañares, en su obra “La dimensión conyugal de la persona” pondera que la voluntad debe equilibrarse en medio de dos mecanismos mentales: la permisividad y la represión; y es allí, exactamente en este término medio, donde se halla la libertad. A través de la libertad, el ser humano emplea los recursos propios de su ser, en la relación con el cosmos y con el tiempo, de modo

---

<sup>348</sup> BINET, Alfred. Las ideas modernas acerca de los niños. Trad. Félix González Llana. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 1999, p. 61.

<sup>349</sup> CONSUEGRA ANAYA, Natalia. Diccionario de Psicología. Bogotá: Ecoe Ediciones, 2010, p. 242

<sup>350</sup> DOMÍNGUEZ PRIETO, Xosé Manuel. Antropología de la familia: persona, matrimonio y familia. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2007, p. 31

<sup>351</sup> DOMÍNGUEZ PRIETO, Xosé Manuel. Antropología de la familia: persona, matrimonio y familia. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2007, p. 35

<sup>352</sup> CONSUEGRA ANAYA, Natalia. Diccionario de Psicología. Bogotá: Ecoe Ediciones, 2010, p. 299



que sus actos contribuyan a su progresiva plenitud. Así, para lograr mantener cualquier decisión en la práctica, la persona necesariamente debe tener dominio de sus tendencias, es decir, debe tener control sobre sus impulsos respecto a todas las opciones que se ofrecen.<sup>353</sup>

Por ello, todo lo que venga a suceder en la vida de la persona estará anclado en su compromiso de ejecutar efectivamente lo que haya decidido hacer. No obstante, muchas personas no deciden nada, o si deciden, no ponen en práctica lo decidido. Son personas que no se realizaron en plenitud, que no encontraron un sentido en el desarrollo de sus dones y que no responden creativamente a lo que les sucede o en su encuentro con los demás. Eso ocurre generalmente con personas que no lograron desarrollar a lo largo de sus vidas una fuente de sentido para su existencia, en otras palabras, no alcanzaron la plenitud, pero para realizar su plenitud, la persona debe encontrar un horizonte hacia el que oriente su crecimiento.<sup>354</sup>

En este contexto, Domínguez Prieto explica que la plenitud es un estado de espíritu que desea la persona más allá del placer, la riqueza, el poder; es un sentido existencial desde el que pueda caminar hacia la felicidad. Este sentido de la existencia puede ser personificado por medio de tres distintas formas de ejercer la voluntad: 1. La primera se logra atendiendo a aquella llamada silenciosa que brota de lo más íntimo del ser para realizar su verdadera vocación; 2. la segunda, aceptando de manera creativa las circunstancias que se hacen presente, a fin de modificar cognitivamente su realidad, ante la posibilidad de hacerlo efectivamente; 3. y la tercera forma de encontrar un sentido para la vida es experimentando el amor.<sup>355</sup>

Aunque no haya sido siempre de esa manera, dado el hecho de que el vínculo jurídico del matrimonio se solía formalizar por razones diversas en el pasado, en la era contemporánea, por lo menos en la mayoría de los casos, es esa tercera dimensión constitutiva de la psique humana que lo direcciona a la constitución de una familia.

Actualmente, amparados en los argumentos de la Carta de los derechos de la familia, filósofos europeos como Francesco D'Agostino y Peris Cancio defienden que la familia constituye una comunidad de amor y solidaridad, que no encuentra su fundamento esencial ni en la ley que le otorga reglamentación, ni en la utilidad que pueden extraer de ella sus

---

<sup>353</sup> BAÑARES, Juan Ignacio. La dimensión conyugal de la persona: de la antropología al derecho. Madrid: Ediciones Rialp, 2005, p. 14

<sup>354</sup> BAÑARES, Juan Ignacio. La dimensión conyugal de la persona: de la antropología al derecho. Madrid: Ediciones Rialp, 2005, p. 20

<sup>355</sup> DOMÍNGUEZ PRIETO, Xosé Manuel. Antropología de la familia: persona, matrimonio y familia. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2007, p. 47

componentes, sino en la capacidad intrínseca del hombre de amar familiarmente y de fundar sobre este amor una comunidad de vida.<sup>356</sup>

En su obra “Familia, garantía de la dignidad humana”, el filósofo Peris Cancio afirma que el estatuto ontológico del ser personal del hombre está directamente relacionado con su condición familiar, no de un modo abstracto ni apriorístico, sino concreto, existencial, histórico, y al mismo tiempo, metafísico, indagando en la verdad del hombre.<sup>357</sup>

De su parte, en su obra “Filosofía de Familia”, el filósofo Francesco D’Agostino afirma que de las necesidades más profundas de la estructura del ser humano surgen las exigencias de pedir y de dar amor, en un intercambio mutuo de solidaridad, pues el hombre es esencialmente un <ser familiar>. Por ello, el autor defiende que la familia formada a través del matrimonio basado en el amor es la única capaz de otorgar a sus miembros la capacidad de construir y defender una escala de valores que favorece la convivencia pacífica en el hogar y en la comunidad.<sup>358</sup>

Por tanto, vivir un amor como fuente de sentido es el pilar fundamental de la familia. La familia, en este contexto, es el encuentro significativo de dos personas, que en una dinámica interhumana de solidaridad, término que designa en efecto una dinámica de <acogida y donación>, deciden fundar una vida en común. El doble dinamismo de acogida y donación es un modo de ser no ya de la persona considerada en su individualidad, sino de la persona en relación con otra persona.

Este sistema de apertura, de aceptación acogedora y donación al otro, es el que permite el matrimonio como fuente de sentido. En este sentido, Prieto enseña que <la reciprocidad de acogida y donación en el matrimonio es la base fundamental para que la unión funcione, pues si la pareja no comprende y no aplica esta doble dinámica, la posibilidad de vivir un amor pleno fracasará. El amor es el constitutivo del nosotros y el nosotros, por el amor que lo constituye, es una realidad llena de sentido><sup>359</sup>.

Así las cosas, y partiendo del supuesto de que la persona se autoposee, ella es perfectamente capaz de donarse moralmente. Esto se da porque la persona en sí misma tiene una estructura ontológica donativa que le permite no solo acoger al otro sino donarse, en el

---

<sup>356</sup> LA SANTA SEDE. Pontificio Consejo para la Familia. Carta de los derechos de la familia presentada por la Santa Sede a todas las personas, instituciones y autoridades interesadas en la misión de la familia en el mundo contemporáneo, publicada el 22 de octubre de 1983. Disponible en la página web del Vaticano: [https://www.vatican.va/roman\\_curia/pontifical\\_councils/family/documents/rc\\_pc\\_family\\_doc\\_19831022\\_family-rights\\_sp.html#](https://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/family/documents/rc_pc_family_doc_19831022_family-rights_sp.html#)

<sup>357</sup> PERIS CANCIO, José Alfredo. La familia, garantía de la dignidad humana. Madrid: EIUNSA, 2002, p. 94

<sup>358</sup> D’Agostino, Francesco. Filosofía de la familia. Trad. Joan Carreras. Madrid: Ediciones Rialp, 2006, p. 29

<sup>359</sup> DOMÍNGUEZ PRIETO, Xosé Manuel. Antropología de la familia: persona, matrimonio y familia. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2007, p. 95

sentido de afirmar y confirmar al otro. La donación es por tanto, una donación moral, es decir, una donación del ser personal en su hacerse existencial, como opción personal constituyente.

Stéphane Seminckx, en su obra “Si tú me dices “ven”: una visión cristiana del éxito en el amor” afirma que en el encuentro entre personas que buscan el matrimonio basado en el amor, cada una de ellas es don para la otra y, de este modo, fundamento de su ser personal. En el acto conyugal el <don de sí> incluye la realidad íntegra de la persona, invitada a dar su ser, todo lo que ella es, para convertirse en una sola carne. Este acto supone el don de la <totalidad unificada> de la persona. Se comprende entonces que la expresión <don total de sí> es un pleonasma, pues el don de ser de la persona es por definición total: alguien se da o no se da. Es imposible dar un trozo de su ser.<sup>360</sup>

En este contexto, Karol Wojtyła avala los pensamientos anteriores, al afirmar que, en el análisis metafísico del amor se vislumbra que la esencia del amor conyugal se realiza de manera más profunda en la donación de la persona amante a la persona amada. Solo el amor es capaz de producir en la persona el deseo de ya no poseer a sí misma, renunciando su inalienabilidad en favor del otro, con la convicción de salir de sí mismo para vivir en el otro de modo pleno.<sup>361</sup>

La acogida consiste en reconocer a alguien como digno. En su obra “Humanismo del otro hombre” Emmanuel Levinas enseña que aceptar al otro es confirmarle como otro único y exclusivo, abandonando toda centralidad en la acogida de lo absolutamente otro, y de esa manera, el otro pasa a tener una significancia propia, independiente de la significación recibida del mundo<sup>362</sup>

Por todo lo que se ha considerado, es lícito concluir que el sentido existencial de la persona se confirma por medio de la experiencia del amor conyugal, situación en la que ambos deciden donarse y acogerse mutuamente, ratificando al otro como alguien querido, y que, por lo tanto, merece respeto en su integralidad. Sin embargo, cuando la dinámica de <acogida y donación> falla en el contexto familiar, otro método de funcionamiento empieza a instalarse en el hogar: el del irrespeto al otro, que en muchos casos, conlleva al nivel de la violencia.

---

<sup>360</sup> SEMINCKX, Stéphane. Si tú me dices “ven”: una visión cristiana del éxito en el amor. Trad. Miguel Martín. Madrid: Ediciones Rialp, 2018, p. 88

<sup>361</sup> WOTJYLA, Karol. Amor e Responsabilidade: estudo ético. São Paulo: Edições Loyola, 1982, p. 110

<sup>362</sup> LEVINAS, Emmanuel. Humanismo del otro hombre. Madrid: Siglo XXI Editores, 1974, p. 25

### 6.3. La dinámica de violencia en el contexto familiar

Desde la Edad Antigua, tres grandes periodos en la evolución del concepto de familia se pueden distinguir.

1. En la primera fase está la familia tradicional, que tiene por objetivo principal asegurar la transmisión de patrimonio, donde los matrimonios son concertados entre los padres de la futura pareja, y por consiguiente, la función afectiva quedaba en un segundo plano. En esta fase, era costumbre que los padres enviaran los hijos menores a otras familias para que fuesen educados. Aristóteles conceptúa la familia como una comunidad que sirve de base para la sociedad. En su obra “La Política” afirma que <la principal sociedad natural, que es la familia, se ha formado de la dupla reunión del hombre y de la mujer, del señor y del esclavo><sup>363</sup>. Como consecuencia, la familia se revela indispensable a la vida en sociedad, pues toda ciudad se constituye de familias.

2. En la segunda fase está la familia de la edad moderna, periodo en el que los matrimonios empiezan a fundarse en el amor romántico y que admite la reciprocidad de los sentimientos. La intimidad de la vida privada pasa a ser valorada y los padres asumen la responsabilidad por la transmisión de conocimientos y de valores a sus hijos. La concepción de la autoridad paterna, análogamente a la del contrato social, pasa a ser justificada por el consentimiento de la madre, que, en virtud del matrimonio, transfiere al padre la autoridad que tiene ella sobre el hijo. Thomas Hobbes en su obra “Leviatán” señala el estado de naturaleza representado por la madre, y el estado civil como la representación del padre, y afirma que <en el caso de que no haya contrato, el dominio del hijo pertenece a la madre, pues, en el estado de naturaleza, donde no hay leyes de matrimonio, es imposible saber quién es el padre sin que la madre así lo declare><sup>364</sup>. En este contexto, el pasaje del estado de naturaleza al estado civil se caracteriza por el matrimonio.

3. En la tercera fase está la familia contemporánea, que ocupa un lugar intermediario entre el individuo y la sociedad, y en la que dos individuos, dotados de libertad, deciden unirse de manera definitiva o temporal.<sup>365</sup> La familia occidental contemporánea es considerada tanto aquella nuclear – que involucra el triángulo hombre, mujer e hijos – como

---

<sup>363</sup> ARISTÓTELES, A política. São Paulo, Martins Fontes, 2000, p. 11

<sup>364</sup> HOBBS, Thomas. Leviatã. São Paulo, Martins Fontes, 2008, p. 70

<sup>365</sup> ROUDINESCO, Elisabeth. A família em desordem. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003, p. 12

aquella denominada extensa – que comprende los abuelos, tíos, primos, sobrinos.<sup>366</sup> Asimismo, es importante destacar un factor problemático que origina una nueva configuración del concepto de familia: el divorcio. El divorcio conlleva muchas veces a recomposiciones conyugales, como por ejemplo, las familias cuadrilátero – compuestas por hombre, mujer, hijos de ambos, hijos del hombre o de la mujer con la pareja anterior, o las familias pentágono – compuestas por hombre, mujer, hijos de ambos, hijos de la madre y del padre con sus respectivas parejas anteriores. También está la unión entre homosexuales, es decir, familias formadas por mujer y mujer u hombre y hombre, que igualmente generan familias cuadrilátero o pentágono, si se da el caso de que se divorcien.

De lo anterior, se puede extraer que la familia actual es aquel grupo de personas que comparte circunstancias históricas, culturales, sociales, económicas y afectivas. Este grupo ocupa un lugar intermedio entre el individuo y la sociedad y se organiza con base en dinámicas relacionales que le son propias.

En el proceso de constitución de la red de las relaciones familiares se pueden desarrollar experiencias exitosas o de fracaso. En este contexto, las personas involucradas pueden experimentar un crecimiento y mayor integración; o de otra parte, una desintegración que incluye violencia en la dinámica del hogar.

El psicoanalista Donald Woods Winnicott, en su obra “La familia y el desarrollo individual” reflexiona sobre los motivos que contribuyen para la disfuncionalidad en la familia, y apunta a los fenómenos sociales y culturales como sus mayores factores desencadenantes. El autor afirma que la desintegración familiar crea en los miembros de la nueva familia un sentimiento de fracaso, que genera desesperación, y resulta en comportamientos violentos.<sup>367</sup>

Paralelamente a este contexto, la psicóloga Arlete Salgueiro afirma que el incremento de la violencia y de las desigualdades sociales es otro factor que puede terminar de instalar el caos en la familia, pues cada uno de sus miembros, desde sus respectivas perspectivas, tiene que lidiar con los distintos tipos de violencia e intentar sanar individualmente sus heridas emocionales.<sup>368</sup>

Dicha autora resalta que cuando las relaciones se desorganizan, el potencial destructivo pasa a imperar. Las personas sufren una especie de retención emocional que

---

<sup>366</sup> SALGUEIRO S., Arlete. A família abusiva em O fim do silêncio na violência familiar: teoria e prática. Org. Dalka C. A. Ferrari, Teresa C. C. Vecino. São Paulo: Agora, 2002, p. 95

<sup>367</sup> WINNICOTT, Donald W. A família e o desenvolvimento individual. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 107

<sup>368</sup> LADVOCAT, Cynthia. Violência: o impacto na família, no casal e nos filhos em A violência doméstica e a cultura da paz. Org. Maria Rita D'Angelo Seixas, Maria Luiza Dias, São Paulo: Santos, 2013, p. 47

genera perjuicios en la circulación de contenidos pertinentes a aquel grupo familiar. Contenidos desajustados, como por ejemplo, la violencia, son depositados en uno de los miembros de aquella familia, identificándolo como poseedor o causante del problema. Así, aunque no se resuelva el caos instalado, la familia consolida su manera propia de funcionar, donde cada uno de sus miembros pasa a tener un rol que le identifica, bueno o malo, y la característica que le fue depositada permanece inalterada con el paso del tiempo<sup>369</sup>.

Observando la situación de esa manera, se habrá detectado una familia con una dinámica que incluye la violencia en sus relaciones. En este caso, hay una clasificación en cuanto a los lugares de quien agrede y de quien sufre las agresiones; lugares que son ocupados durante muchos años por las mismas personas, pero que también son compartidos en algunos momentos sin que nadie se dé cuenta. A título de ejemplo se puede utilizar el de la madre que decide no corregir al hijo esperando que el padre llegue del trabajo para hacerlo. En su actitud, ella delega al marido la tarea de imponer límites a los hijos de ambos, pero, como ella sabe que la “situación” será resuelta de manera violenta, ella lo está nombrando como el miembro violento de la familia, mientras que ella y los hijos son los miembros victimizados. Por eso no es de sorprender que, en siendo este el caso, si el sujeto violento viene a ser excluido de la familia, otro miembro pasará a ocupar su lugar<sup>370</sup>.

Lo anterior evidencia que la falta de salud de la familia y, por consiguiente, de toda la sociedad, deriva de la falta de salud emocional de la pareja, no solamente de un miembro familiar aisladamente. La inclusión de la violencia en el hogar ha sido permitida por ambos, uno por medio de la acción violenta y el otro por su consentimiento. Y la parte más grave de dicha constatación es que el ejemplo anterior no es un caso raro de aquellos que casi no se escucha. Se está retratando, desafortunadamente, el diario vivir de miles de familias en todo el mundo. No es de sorprenderse que el control de la violencia se haya convertido en el problema público más urgente de la era postglobal.

Por eso, elaborar políticas públicas de prevención de la violencia doméstica depende de un esfuerzo conjunto de prácticamente todas las instituciones del Estado. Son políticas que exigen profunda investigación en el ámbito sociológico, antropológico, cultural, psicológico y jurídico. La mejor solución para el problema de la violencia doméstica no es novedosa. Los académicos son prácticamente unánimes en sus escritos sobre el tema. Todos defienden la sustitución de una cultura de violencia por una cultura de paz. Pero... ¿Cómo? ¿De qué

---

<sup>369</sup> SALGUEIRO S., Arlete. A família abusiva em O fim do silencio na violência familiar: teoria e prática. Org. Dalka C. A. Ferrari, Teresa C. C. Vecino. São Paulo: Agora, 2002, p. 96

<sup>370</sup> SALGUEIRO S., Arlete. A família abusiva em O fim do silencio na violência familiar: teoria e prática. Org. Dalka C. A. Ferrari, Teresa C. C. Vecino. São Paulo: Agora, 2002, p. 98

manera específicamente se logra sustituir una cultura por otra? Por medio de un largo y complejo proceso, que depende de la acción conjunta de las distintas instituciones, quienes trabajarán enfocadas en mejorar la dinámica de convivencia dentro de cada uno de los hogares del Estado.

Es posible cambiar una cultura de violencia por una cultura de paz cambiando la dinámica de las parejas, quienes sustituirán la dinámica de conflictos que resultan en agresividad cruel por una dinámica de acogida y donación, donde ambos, desde sus respectivas existencias, harán concesiones mutuas para llegar a un acuerdo que beneficiará a todos los miembros del hogar. La ausencia de guerra entre la pareja fortalece los vínculos individuales, mejorando las relaciones padres-hijos. Además, los hijos que desarrollan su personalidad en un ambiente tranquilo (libre de violencia) tendrán una base constitutiva más fuerte, es decir, serán capaces de edificar una personalidad que no se dejará traicionar por sus impulsos agresivos. En este sentido, D`Agostino enfatiza que los más recientes análisis de psicología de lo profundo confirman que la agresividad ostenta un carácter secundario en relación a la identificación, y por ello defiende que <solo el amor es primigenio, pues el odio constituye su trágica contrahechura... y presenta siempre una irresoluble nostalgia en relación con su origen><sup>371</sup>.

Por eso, la política pública que tiene como objetivo <fortalecer a las familias> va a exigir del Estado la individualización de la protección de sus miembros, atendiendo de un lado a la pareja, para que encuentren dentro de su relación la armonía que le permitirá desarrollar sus dones, y de otro lado, a los hijos menores frutos de dicho matrimonio, que necesitan desenvolver su identidad en un ambiente confiable, amparador, liberador, ordenado y pacífico.

En el siguiente tópico, se seguirá hablando sobre los efectos nocivos que la violencia doméstica provoca en los menores de edad, ya sea aquellos que sufren la violencia o también aquellos que son obligados a presenciarla a menudo. Con ello, se pretende demostrar la necesidad de proteger a la familia como organismo integral de la comunidad como medio de alcanzar la coexistencia humana pacífica.

---

<sup>371</sup> D`Agostino, Francesco. Filosofía de la familia. Trad. Joan Carreras. Madrid: Ediciones Rialp, 2006, p. 33

#### 6.4. Los menores víctimas de violencia doméstica y el continuo desequilibrio en la existencia humana

Todos los seres humanos, hombres y mujeres, forman parte del mismo pilar, la familia, que forma la comunidad, en la que se ha de convivir en concordancia para lograr la paz. La historia de la relación familia, violencia y sociedad puede empezar por cualquiera de sus polos, que en algún punto se entrelazan. De suerte que, pensar en la familia como protectora de sus miembros es revisitar una y otra vez el tema de la violencia. Ser niño es un momento del ser humano y la violencia no es parte normal de la vida.<sup>372</sup>

Santo Tomás de Aquino (Siglo XIII) afirmó que el término “persona” vino a designar a aquellos que están constituidos en dignidad. Siguiendo esta línea de pensamiento Immanuel Kant (Siglo XVIII) planteó que ningún ser humano debe ser tratado como cosa, sino como un fin en sí mismo. En el Siglo XX la comunidad global pasó a defender que el respeto a la dignidad de todos los seres humanos es la exigencia mínima del derecho natural.

En la era contemporánea, precisamente en 1966, el médico Juan Rof Carballo ya había reflexionado, por medio de una extensa investigación, la cual publicó bajo el nombre “Violencia y ternura”, sobre las consecuencias que tiene para la salud mental y física del hombre la carencia de un ambiente de convivencia amorosa – y pacífica, por consiguiente – en las primeras fases de la existencia del individuo.<sup>373</sup>

En dicha obra el autor revela que la salud mental, los valores, criterios morales, y, por consiguiente, la adaptación del individuo a las normas sociales, dependerá exclusivamente de cómo se haya construido la estructura íntima de las tres urdimbres que desarrolla a lo largo de su existencia: 1. La constitutiva, 2. La de orden, 3. La de identidad.

1. La primera urdimbre es aquella que se prolonga en las otras dos urdimbres, por lo que el autor la denomina de <urdimbre fundamental del hombre>, cuya estructura, igual que en la programación de un cerebro electrónico, programa el estilo de pautas que van a determinar la conducta del niño (newborn) en el mundo, su percepción de la realidad y sus ideas sobre el hombre y la naturaleza, por lo que expresará la trama o tejido de sus relaciones con otras personas. Por eso, el autor defiende que la primera urdimbre debe estar constituida de dispositivos protectores que generen en el nuevo individuo sentimientos de enraizamiento, como pertenencia, amparo, confianza. Según el autor, <El que el mundo sea en definitiva algo

---

<sup>372</sup> ROJAS ACOSTA, Ana. *Família: Redes, Laços e políticas públicas*, 7 ed., São Paulo, Editora Cortez, 2018, p. 69

<sup>373</sup> ROF CARBALLO, Juan. *Violencia y ternura*. Madrid: Prensa Española, 1967, p. 27



en que se puede confiar, o por el contrario, algo en que no se puede depositar confianza es una experiencia que el hombre hace de manera decisiva, que después se refuerza y potencia, pero que va a determinar su actitud ante el universo. Esa confianza básica, también denominada esperanza fundamental, el niño adquiere en sus primeras relaciones con su madre. Si esta madre es protectora, el niño desarrollará la seguridad necesaria para desarrollar sus demás funciones. No obstante, si la madre no le ofrece tutela amorosa diatrófica, el niño tendrá que lidiar con su primer trastorno, pues en su vida adulta este defecto en su función constitutiva hará que vea el universo como caos confuso y la desesperación será una constante amenaza>

374

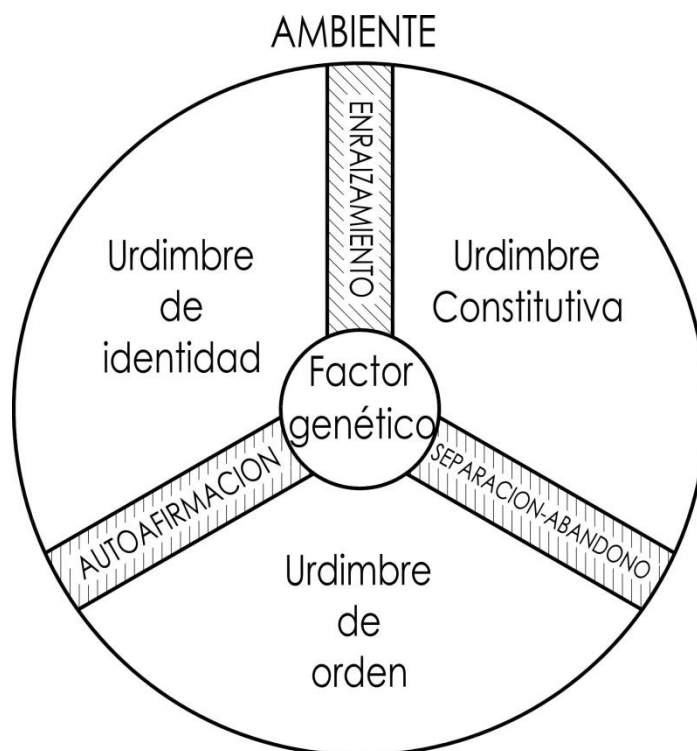
2. La segunda urdimbre es la de orden, cuya función es la de generar en el niño autonomía e independencia. Esta urdimbre es tejida por medio de un proceso de evolución de la urdimbre primera y representa la separación de la unidad madre-hijo, denominada <separación-abandono>. Para que el niño asimile su entorno como algo ordenado y estructurado, su madre deberá ser capaz de convertir la ternura en ordenación, separándose de él por periodos de tiempo cada vez más largos, y readaptando constantemente los niveles de ternura y de orden. Es durante este proceso que el niño se resigna a no ser el único poseedor de la figura materna, y, reconociéndose como débil e impotente, se identifica con la figura de su padre, incorporándola a su núcleo personal, introyectándola.

3. La tercera urdimbre es la urdimbre de identidad. Es este el momento de autoafirmación del individuo, donde en un proceso de rebelión y de independencia, él se encuentra con su propia intimidad. En esta fase el individuo confronta la imagen que tiene de sí mismo con la que de él se hacen los demás, para entonces adquirir una consciencia de su mismidad, de su ser persona única y peculiarísima inserta en un clima social también peculiar y único.

Juan Rof explica que las tres urdimbres – constitutiva, de orden y de identidad – no tienen una ordenación estricta. En efecto, las tres deben imbricarse y superponerse. Además, junto a las urdimbres siempre están actuando los factores hereditarios, pues una vez lograda la mismidad, el individuo vuelve a enfrentarse con su constitución fundamental, donde está instalada la transmisión hereditaria. En el esquema a seguir, el autor demuestra cómo funciona la articulación de las tres urdimbres con lo genético.

---

<sup>374</sup> ROF CARBALLO, Juan. Violencia y ternura. Madrid: Prensa Española, 1967, p. 34



Fuente: Juan Rof Carballo

El factor genético influye los tres ejes fundamentales de la persona, los cuales van constituyendo el meollo de su evolución a lo largo del tiempo. Fuera está el mundo de los demás, indispensable desde el primer momento para el desarrollo individual, entretejido con lo más íntimo y secreto del hombre en forma inexorable. En las zonas de transición de una a otra urdimbre se acentúa lo que el autor ha llamado el carácter aprisionador de cada una de ellas. En las tres puede dejar huella lo primero, la prisión, y quedar el hombre más o menos encarcelado en un “enmadramiento” neurótico, en una fijación a la fase oral, o bien, en la segunda urdimbre, en una necesidad obsesiva de orden, en una supeditación a un súper-yo tiránico y cruel o a una angustia persecutoria. Por último, en la tercera fase habitualmente el hombre queda detenido en el abrigo institucional, apoyado por él, ya se trate de algo que uno mismo ha fundado o de algo que, fundado por otro, sirve de nueva tutela, de nueva urdimbre materna.

El autor Juan Rof también afirma que en toda urdimbre el hombre oscila entre el deseo de quedar en ella prisionero o el de liberarse, pasando a una estructura superior. Cuando se encuentra en la tercera urdimbre, necesita volver a descubrirse en una fundación institucional como forma de refugio. Por eso, el hombre adulto no está satisfecho en tanto no

funda algo: una familia, un grupo de trabajo, una sociedad de cualquier cosa; y el individuo que no es capaz de fundar se adhiere dentro de una fundación.<sup>375</sup>

De ahí la importancia de estas tres áreas de articulación entre las tres urdimbres – enraizamiento, separación-abandono, autoafirmación – para la liberación del hombre y el auténtico crecimiento de su personalidad. Cuando por diversas circunstancias, generalmente por insuficiencia afectiva en las primeras relaciones interpersonales, la urdimbre pierde su carácter prospectivo, la estructura de la persona se corrompe y pierde su función liberadora.<sup>376</sup>

Hasta cierto punto, el lector que reflexione superfluamente sobre el tema, puede concluir lícitamente que los padres que ofrecen afecto deficitario a su hijo son padres terribles y punto. No obstante, si se considera la incidencia de la violencia doméstica en aquel ambiente donde el niño nace, se encontrará ante una situación de regresión de los padres, consistente en su aprisionamiento que éstos enfrentan dentro de sus propias urdimbres primigenias, donde el hombre más maduro retrocede a etapas muy tempranas e infantiles del desarrollo de su persona, comportándose de forma neurótica y anormal, es decir, revelando su total incapacidad de apoyar al nuevo ser que trajeron al mundo, contribuyendo más bien al continuo desequilibrio en la existencia humana.

La familia tiene como una de sus funciones preparar al niño para los desafíos futuros. En su fase adulta, éste actuará con base en lo que observó y asimiló de todo lo que ha visto suceder en su entorno. En la familia, el niño tiene su primer contacto con las normas de la sociedad e inicia la construcción de su rol en la sociedad. Pero si su infancia se fundó en un ambiente de violencia, su existencia es, de por sí, vulnerable.

En sus investigaciones sobre comportamiento agresivo en los niños violentos y criminales atendidos en el Centro Médico de Bellevue, en la Universidad de Nueva York, la neuropsiquiatra Lauretta Bender concluyó que el niño de pocos años no solo es agresivo, sino que está en constante temor frente a la agresividad del individuo adulto. Según la científica, el niño espera protección del adulto contra las influencias hostiles y espera ayuda, incluyendo apoyo físico, puesto que sus músculos son débiles y además espera que se le proporcione amor, alimentos, vestidos, e interpreta toda ausencia de este apoyo como una agresión. Es decir, actúa como si tuviese una consciencia implícita de sus necesidades y del imperioso deber de que sean satisfechas, considerando cualquier insuficiencia en corregirlas como una

---

<sup>375</sup> ROF CARBALLO, Juan. *Violencia y ternura*. Madrid: Prensa Española, 1967, p. 268

<sup>376</sup> ROF CARBALLO, Juan. *Violencia y ternura*. Madrid: Prensa Española, 1967, p. 295

privación que desencadena una frustración, y, por consiguiente, una respuesta agresiva. En resumen, el niño se vuelve dolorosamente consciente de su insuficiencia existencial.<sup>377</sup>

Esta desnaturalización de la personalidad en desarrollo es el objeto de mayor preocupación de la comunidad mundial contemporánea, pues ya se ha demostrado que el individuo desequilibrado – antisocial y violento – no será capaz de adoptar la primera medida de prevención a la violencia: la paternidad responsable.

En este sentido, el médico pediatra Junqueira Lisbôa, afirma que <para prevenir la fabricación de violentos, es necesario actuar en el periodo pre-patogénico, es decir, desde la concepción hasta los seis años de edad, principalmente antes de los tres><sup>378</sup>. El autor defiende que el secreto del éxito está en promover la salud mental, en preocuparse con la salud mental, con la formación de la personalidad.

En la convivencia con el niño el padre recuerda su propia infancia, lo que puede generarle dificultades en reconocer la identidad de la persona en desarrollo con quien convive, ya que es en el pasaje de la condición de hijo a padre donde el adulto revela su acervo social y emocional proveniente de su propia niñez. Para insertar al hijo en la dinámica familiar con vistas a construir con él vínculos de acogida y donación, este padre debe estar capacitado mentalmente, y reconocer al hijo como sujeto de derechos, con acciones y discursos propios. Sin embargo, un padre desdichado poco tiene que ofrecer.

En virtud de esta incapacidad de las familias en poner un fin a este ciclo de coexistencia violento, surge la necesidad de intervención del Estado, que debe actuar, por medio de implementación de políticas preventivas, para evitar la incidencia de la violencia doméstica.

Lo anterior muestra la necesidad que tuvo la Organización de las Naciones Unidas en elaborar un Informe Mundial de la Violencia y Salud que reunía datos presentados por más de 160 especialistas en todo el mundo, caracterizando la violencia doméstica como un problema de salud, que debe no solo ser tratada, sino también prevenida.<sup>379</sup> La marca física dejó de ser el único signo que identificaba el maltrato a los niños, y otras modalidades de violencia

---

<sup>377</sup> Por otro lado, Lauretta Bender asegura que en el niño hay un impulso congénito para la normalidad, tan intenso que las distorsiones patológicas han de ser muy fuertes e insistentes para producir un desequilibrio. Por eso afirma que, para los médicos pediatras es muy fácil descubrir en sus consultorios durante la consulta, si los niños pequeños, entre tres y seis de edad, provienen o no de hogares donde se les presta protección afectiva o si presencia de manera continuada conflictos hostiles entre las personas mayores. BENDER, Lauretta. *Aggression, Hostility and Anxiety in Children*. Charles C. Thomas. Springfield. Illinois, 1953.

<sup>378</sup> JUNQUEIRA LISBÔA, Antônio Marcio. *A primeira infância e as raízes da violência: propostas para a diminuição da violência*. Brasília: LGE Editora, 2007, p. 177

<sup>379</sup> Informe mundial sobre la violencia y la salud: resumen. Washington, D.C., Organización Panamericana de la Salud, Oficina Regional para las Américas de la Organización Mundial de la Salud, 2002, p. 6

pasaron a ser consideradas como abuso. Actualmente, la violencia, tanto física como psicológica, es considerada abuso contra menores, que debe ser enfrentado por el Estado.<sup>380</sup>

#### 6.5. El derecho natural a la paz como base de toda norma en la vida humana

El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia trae ocho definiciones de la palabra paz, siendo tres de ellas relacionadas a los ritos del cristianismo, una que la define como ausencia de ruido en un lugar, dos relacionadas con la inexistencia de conflicto entre países, otra que tiene relación con el estado de espíritu de la persona, y finalmente, la que concierne directamente al tema que aquí se trata, pues establece también que la paz es <la relación de armonía entre las personas, sin enfrentamientos ni conflictos><sup>381</sup>.

Galán Santamaría conceptúa la paz como un límite, como un punto final, al afirmar que <la paz es una conquista frente a la guerra, la discordia y el conflicto, y por lo tanto, trae en su concepto un significado matemático, como punto final, que señala la dirección de una tendencia, como una especie de frontera o borde, lugar de unión y separación, es decir, la delimitación entre la paz y sus contrarios. Paz buscada y defendida><sup>382</sup>.

Para efectos de este estudio se ha adoptado el concepto de que la paz es el respeto al derecho natural. Desde el punto de vista individual, la persona que vive en paz es aquella que se siente cuidada, aceptada, respetada por sus semejantes y por un gobierno que cumple su función de resguardar la integridad de todos los seres humanos como exigencia mínima de garantía del ejercicio efectivo de los derechos naturales. Eso debe ser así porque la idea de paz está incluida dentro del reconocimiento del derecho a vivir, pero a vivir de manera digna; lo que conlleva a la obligatoriedad de que los demás derechos naturales estén acoplados en el sentido denotativo del término paz, pues, si el derecho a la paz no está encadenado con derechos como libertad y justicia, no es posible garantizar la dignidad de la persona.

Además, llevándose en consideración la naturaleza humana, que se entiende como una individualidad paradójica – pues al mismo tiempo en que el ser humano desea estar solo, depende del otro para sobrevivir – se observa que los individuos establecen entre sí un estado de dependencia social originaria de conflictos, como es el caso de las relaciones familiares.

---

<sup>380</sup> En 1962, el pediatra Henry Kempe presentó un estudio sobre violencia física contra menores que llevó a la comunidad médica estadounidense a identificar y reconocer la violencia física contra menores como abuso a menores, contribuyendo para la prevención y tratamiento de esta práctica. KEMPE, Henry. C. Frederic N. Silverman, Brandt F. Steele, William Droegemuller, Henry K. Silver: "The Battered Child Syndrome." *Journal of the American Medical Association*, 1962, 181: 17-24

<sup>381</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. <https://dle.rae.es/paz?m=form> 22 de agosto de 2020.

<sup>382</sup> GALÁN SANTAMARÍA, Henríque. *Hartos de violencia*. Madrid, Editorial Manuscritos, 2016, p. 70

De hecho, vínculos familiares equilibrados dan al individuo la seguridad de pertenencia social.

Por tanto, factores como el momento histórico, la localización geográfica y la forma de gobierno en la que uno nace influyen directamente en sus actitudes durante toda su vida, tanto en sus relaciones íntimas como en sociedad.

Es justo la conflictividad natural que la persona experimenta dentro del contexto familiar, en virtud de la dependencia implícita que existe entre todos, que se establecen las relaciones de poder de unos sobre otros. Por eso, el manejo adecuado de dichas relaciones se muestra determinante en el ejercicio de una vida vivida con dignidad. Con ello se quiere decir que la paz es también la creación de un entorno de realización psíquica positiva, que resulta de la estabilidad y del equilibrio de las relaciones de poder entre los individuos, pero primeramente con aquellos integrantes del entorno familiar, después con todos los demás.

Como se ha podido observar por medio del recorrido histórico que se hizo en los tópicos anteriores, el iusnaturalismo es la filosofía jurídica según la cual el ser humano tiene, indiscriminadamente y por naturaleza, independientemente de su voluntad, derechos naturales que trae consigo entrañados en su existencia. Son derechos preexistentes, que anteceden la formación de la sociedad civil, de reconocimiento obligatorio por los Estados, quienes están obligados a reconocerlos y garantizar su ejercicio. Conocer el derecho natural es comprender que la libertad del individuo, la paz social y la justicia pueden ser alcanzadas de múltiples formas que no son rigurosamente jurídicas, como, por ejemplo, por medio de las políticas públicas. El Estado de derecho comprometido con la paz está necesariamente preocupado en elaborar políticas públicas de prevención a cualquier tipo de violencia, incluyendo la que ocurre en el ámbito familiar.

Solo una perspectiva iusnaturalista es capaz de demostrar que el Derecho puede y debe traspasar su frontera con la política para buscar y señalar manifestaciones de los fenómenos jurídicos dentro de los problemas sociales actuales y atreverse a redefinirlos, además, podrá atender a la voz de su consciencia y sugerir soluciones para los mismos. El Estado de Derecho está obligado a perseguir el principio de la paz para lograr el bien común, y solo por medio de políticas públicas puede resolver conflictos de manera a privilegiar la búsqueda y conservación de la paz frente a cualquier forma de violencia.

## CAPITULO VII. LAS POLITICAS PÚBLICAS COMO FORMA DE PREVENCIÓN AL PROBLEMA DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

Para la comprensión del concepto de política pública se hace necesario entender conceptos fundamentales como política y políticas públicas, pues solo a partir de la comprensión de dichos conceptos se podrá abordar el proceso de elaboración de políticas públicas y, por consiguiente, analizar la incidencia del iusnaturalismo en las políticas públicas de prevención a la violencia doméstica en Panamá, lo que se hará a continuación.

### 7.1. El concepto de política

La definición clásica de política, heredada por los griegos, deriva del adjetivo originado de *polis*, es decir, urbanismo, ciudad y, en última instancia, el Estado, así como fue planteado por Aristóteles, en su obra “Política”. Según Aristóteles, todo Estado es una sociedad; y en las sociedades todas las acciones de los hombres tienen por objeto aquello que se considera un bien, una ventaja para todos, es decir, un bien común.<sup>383</sup>

En los países donde el idioma se origina principalmente del latín, como es el caso de Brasil, España, Italia y Francia se ha detectado una cierta dificultad en la distinción de términos esenciales de las ciencias políticas. Eso es así porque en los países de lengua inglesa se hace posible la distinción de los tipos de política utilizándose los términos “politics” y “policy”.

El término “politics” es entendido como la actividad humana ligada a la obtención y manutención de los recursos necesarios para el ejercicio del poder sobre el hombre. Es en este sentido que Norberto Bobbio califica política como siendo <la actividad humana o conjunto de actividades que, de alguna manera, tiene como instrumento de referencia el Estado, y está directamente ligado al concepto de poder><sup>384</sup>. Poder es el instrumento por el cual un hombre ejerce influencia sobre otro hombre, afectándole el comportamiento<sup>385</sup>.

La utilización del término “poder”, que en cuanto al Estado siempre significará coerción como recurso para alcanzar su máximo objetivo – que es el bien común – también puede significar “influencia” o “autoridad”. El término “influencia” consiste en un recurso de

---

<sup>383</sup> ARISTÓTELES, A política. São Paulo, Martins Fontes, 2000, p. 10

<sup>384</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Giafranco. Dicionário de política. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São, 2001, p. 954

<sup>385</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Giafranco. Dicionário de política. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São, 2001, p. 935

sutileza utilizado por los actores políticos para interactuar con la población. Es considerado más inclusivo, por eso es más utilizado por los norte-americanos, quienes consideran que la política es producto de la interacción de una pluralidad de tipos de dominancia, dentro de los cuales está la coerción. El término “autoridad”, más adoptado por juristas alemanes, como por ejemplo Max Weber, consiste en un tipo específico de relación donde el dominado obedece voluntariamente por la creencia de que la repartición de poder existente es “justa” o “natural” para la sociedad. Para esta corriente doctrinaria la política sería la relación de autoridad entre los individuos y los grupos, de jerarquía de fuerzas que se establecen en el interior de todas las comunidades numerosas y complejas.<sup>386</sup>

Por lo tanto, en este contexto de políticas públicas, el poder es una relación entre los hombres, donde el Estado determina el comportamiento de otros, por medio de coerción, influencia o autoridad.

El término “policy” es una dimensión de la política más concreta y está directamente ligada con las orientaciones para la decisión y acción del Estado. Esta concepción de política está ligada a la noción de “modo de proceder”. El Estado, por medio de técnicas, procederá, es decir, diligenciará, elaborará y aplicará soluciones específicas para manejar los asuntos públicos.

La política, cuando va conjugada a la actuación del gobierno, es la actividad que busca, por la concentración institucional de poder, conciliar y armonizar la sociedad, garantizando a todos la convivencia pacífica. Wolfgang Deutsch dijo que <la política es caracterizada como actividad de solución de problemas, con el objetivo de resolver los problemas de la sociedad con el uso de decisiones y acciones colectivas><sup>387</sup>

Bajo este entendimiento, la actividad del gobierno se pautará fundamentalmente en elaborar, gestionar y evaluar políticas públicas.

Políticas públicas son procedimientos. Una política pública es un proceso decisorio gubernamental elaborado para la resolución de conflictos en la esfera pública, así como se detallará en el siguiente tópico.

---

<sup>386</sup> SHIMITTER, Phillippe C. Reflexões sobre o conceito de política. IN: Curso de Introdução à ciência política. Brasília: Editora UNB, 1984, p. 49-52

<sup>387</sup> WOLFGANG DEUSTCH, Karl. The nerves of Government: models of political communication and control. NewYork: The free press, 1966, p. 5



## 7.2. El concepto de políticas públicas

El término política pública, comprendido como *public policy*, trata de contenido concreto y simbólico de decisiones políticas y del proceso de construcción y actuación de esas decisiones.

El concepto de política pública presupone que existe un área o dominio de la vida que no es privada, es decir, que existe en común con otros. Esa dimensión común, denominada propiedad pública, no pertenece a nadie en particular y es controlada por el gobierno para propósitos públicos. La localización de un tema en la esfera pública es la condición que se exige para que ello se convierta en objeto de política pública.

Así las cosas, una primera definición de política pública, formulada por Reinaldo Dias, sería <el conjunto de criterios y líneas de acción que garantizan y permiten la gestión del Estado en la solución de los problemas nacionales><sup>388</sup>.

En esta misma línea de pensamiento, Leonardo Secchi define la política pública como <una directriz elaborada para enfrentar un problema público><sup>389</sup>. El “problema público” es otro concepto fundamental para el desarrollo de este estudio, pues es considerado el fin o intención de resolución, mientras que la política pública es el mecanismo utilizado para alcanzar dicha intención.

Secchi enseña que el problema público está para la enfermedad, así como la política pública está para el tratamiento. Metafóricamente, la enfermedad (problema público) debe ser diagnosticada, para que entonces le sea dada una prescripción médica de tratamiento (política pública), que puede ser un remedio, una dieta, ejercicios físicos, cirugía, entre otros (instrumentos de política pública).<sup>390</sup>

Problemas públicos y políticas públicas existen en áreas como educación, seguridad, salud, medio ambiente, saneamiento, vivienda, empleo, planificación urbana, justicia y ciudadanía, asistencia social, cultura y deporte, ciencia, tecnología e innovación, infraestructura y transporte, entre otros. La finalidad de una política pública es el enfrentamiento, disminución e incluso la resolución del problema público.

---

<sup>388</sup> DIAS, Reinaldo. Políticas públicas: princípios, propósitos e processos. São Paulo: Atlas, 2017, p. 12

<sup>389</sup> SECCHI, Leonardo. Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2 ed. São Paulo, 2017, p. 2

<sup>390</sup> SECCHI, Leonardo. Análise de políticas públicas: diagnósticos de problemas, recomendação de soluções. São Paulo: Cengage Learning, 2019, p. 5

Otra definición de política puede ser la adoptada por Thomas R. Dye, quien la entiende como siendo <todo aquello que un gobierno decide hacer o dejar de hacer><sup>391</sup>. Según dicho autor, la caracterización de algo como política pública depende fundamentalmente del hecho de ser ejecutado por el gobierno, entendido como cuerpo político responsable por la trayectoria de determinado Estado. El autor justifica su elección conceptual partiendo del supuesto de que las decisiones gubernamentales contienen en sí mismas la capacidad de sanción contra cualquier posibilidad de transgresión. Además, aduce que la ausencia decisoria es también una política pública, ya que la elección consciente del gobierno en no actuar presupone una intencionalidad en el curso del proceso.

Para efectos de este estudio, se entenderá como política pública el instrumento utilizado por el Estado para solucionar o disminuir la incidencia de un problema público.

El término “instrumento” es un concepto abstracto de la política pública destinado a resolver o disminuir la incidencia de un problema público que se concreta por medio de diversos formatos, como por ejemplo, leyes, programas, campañas, obras, prestación de servicios, subsidios, impuestos y tasas, decisiones judiciales, entre otros.

El “Estado” buscará la solución o disminución de los problemas públicos en conformidad con la correspondiente actuación de los actores que deberán estar involucrados en un determinado problema público. Esta actuación exigida para la solución de un problema corresponderá tanto al gobierno federal como al regional o municipal. Atentos al hecho de que el nivel de actuación en políticas públicas puede ser también internacional, solo no se ha comentado en el concepto que se ha formulado debido a la cláusula de apertura constitucional que posee Panamá en el sentido de acatar los tratados internacionales, y, por ello, ya está comprometido internamente a actuar en la prevención de los casos de violencia doméstica. También es importante destacar que los actores protagonistas de las políticas públicas, en algunos casos, no serán necesariamente entes públicos, ya que a través de convenios con el Estado, los actores pueden ser privados, como por ejemplo, organizaciones no gubernamentales.

Al utilizar los términos “solución o disminución de incidencia” de los problemas públicos, se quiere retratar la realidad de una sociedad que está en constante cambio y evolución. Si bien es cierto que los problemas públicos no pueden solucionarse en su totalidad, es deber del Estado actuar en busca de su disminución.

---

<sup>391</sup> DYE R, Thomas. Understanding public policy. Englewood Cliffs. New Jersey: Prentice-Hal, 1972, p. 2

Por fin, la expresión “problema público” debe ser entendida como la ineficiencia o ineficacia del Estado en garantizar determinado derecho.

Asimilado el concepto de política pública, importa denotar que no existe un modelo de política pública ideal o correcta. Aquello que funciona en un determinado momento de la histórica en un determinado país, puede no ser lo ideal para otro lugar en otro momento. Además, existen diferentes modelos o tipos de políticas públicas desarrolladas para facilitar la comprensión de por qué o cómo el gobierno adopta determinada acción que repercutirá en la vida de las personas.

### 7.3. Tipos de políticas públicas

Las políticas públicas, entendidas como acciones del gobierno para disminuir o eliminar un problema público, que como enseña Reinaldo Dias, pueden ser de diferentes tipos, como: 1) política social, que trata de la salud, educación, habitación, seguridad social; 2) política macroeconómica, que responde por temas fiscales, económico, industrial; 3) política administrativa, que cuida de la participación social, descentralización, democracia; 4) política específica o sectorial, que abarca el medio ambiente, cultura, agraria, derechos humanos, entre otros<sup>392</sup>.

Conceptualmente, la política pública objeto de este estudio es aquella elaborada para garantizar al ser humano el ejercicio de su dignidad, protegiéndole no solo la vida sino la salud física y mental que necesita para vivir dignamente. Ese tipo de política puede ser elaborada como política específica o puede hacer parte de la “política social” desarrollada por determinado país.

Las políticas públicas así consideradas, pueden ser divididas, de acuerdo con sus finalidades en tres grupos: 1) políticas preventivas, también llamadas pasivas; 2) políticas compensatorias o activas; y, 3) políticas sociales strictu sensu.

1. Las políticas preventivas tienen por objetivo disminuir o impedir que sucedan problemas sociales graves, como por ejemplo, políticas de empleo, sueldo, salud, educación.  
2. Las políticas compensatorias son programas sociales elaborados para reparar desequilibrios generados por la ineficiencia del sistema político en garantizar la armonía y el equilibrio social, siendo la seguridad social, las políticas enfocadas en los menores de edad, y la alfabetización, ejemplos de políticas compensatorias.  
3. Las políticas sociales strictu sensu

---

<sup>392</sup> DIAS, Reinaldo. Políticas públicas: princípios, propósitos e processos. São Paulo: Atlas, 2017, p. 17

son aquellas explícitamente orientadas para redistribución de la renta y de beneficios sociales, como por ejemplo la bolsa de trabajo de Colon, en Panamá<sup>393</sup>.

Como se detallará más adelante en un futuro capítulo, las políticas de prevención a la violencia domestica suelen ser del tipo social compensatoria, ya que con las medidas adoptadas, el gobierno desea reparar su deficiencia en garantizar a sus ciudadanos la paz a través de una convivencia armónica. De otra parte, existen también ciertas características de implementación de las políticas públicas que son universales y que merecen atención para el desarrollo de este estudio, lo que se hará ya en el siguiente tópico.

#### 7.4. Características de las políticas publicas

Se ha fijado para efectos de este estudio que la política pública es el instrumento utilizado por el Estado para solucionar o disminuir la incidencia de un problema público. Por medio de ellas el Estado garantiza la materialización de los derechos que están previstos en las leyes de un país.

Dicho de otra manera, una política pública significa el establecimiento de una o más estrategias con vistas a la solución de problemas públicos. Además, son resultados de un proceso de decisión dentro de la esfera del gobierno, donde son establecidos los medios, agentes y objetivos de las acciones a ser realizadas para que los fines sean alcanzados.<sup>394</sup>

Para que una política de gobierno se convierta en política pública es necesario que ésta esté basada en programas concretos, criterios, líneas de acción y normas; previsiones presupuestarias, entre otros, pero sin olvidarse de que el resultado positivo de dicha política estará afectado por la presencia o ausencia de ciertas características.

Pensando en esta situación, el Banco Interamericano de Desarrollo estableció definiciones específicas de las características de las políticas públicas, que son las siguientes<sup>395</sup>:

---

<sup>393</sup> El gobierno de Panamá, por medio de la Dirección de Asistencia Social, ejecutó el proyecto Bolsa de Colón, el cual generó 1500 empleos de limpieza para los colonenses. La Ciudad de Colón se mantiene limpia y la remuneración de los trabajadores ayuda a frenar la pobreza en aquella región. República de Panamá. Ministerio de la Presidencia. Dirección de Asistencia Social. Disponible en <https://www.das.gob.pa/Bolsa-de-Trabajo-de-Colon>

<sup>394</sup> DIAS, Reinaldo. Políticas públicas: principios, propósitos e processos. São Paulo: Atlas, 2017, p. 15

<sup>395</sup> BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. La política de las políticas públicas: Re-examinando la calidad de las políticas públicas y las capacidades del Estado en América Latina y el Caribe: Resumen de políticas 2014 / María Franco Chuaire, Carlos Scartascini y Departamento de Investigación del Banco Interamericano de Desarrollo. Washington, DC: BID, 2014, p. 8-10

Estabilidad: las políticas públicas deben ser estables en el tiempo aunque haya cambios o crisis en el gobierno. Tener políticas estables no significa que no puedan sufrir alteraciones a lo largo del tiempo, sino que estas pueden cambiar conforme cambien las condiciones económicas o en caso de que fracasen las políticas anteriormente implantadas.

Adaptabilidad: las políticas deben ser susceptibles de adaptación y ajustes cuando cambien las circunstancias o cuando las políticas que estén en marcha no estén funcionando.

Coherencia y coordinación: las políticas deben ser compatibles con otras afines y deberán ser bien coordinadas entre los actores que participan de su formulación e implementación. La reiterada falta de coordinación demuestra la naturaleza no cooperativa de las interacciones políticas.

Calidad de la implementación y aplicación efectiva: aunque una política esté bien proyectada, ella será inefectiva sino está bien implementada y aplicada. La calidad de implementación y cumplimiento de una política está directamente ligada a la capacitación del cuerpo técnico competente.

Orientación al interés público: las políticas deben reflejar el concepto teórico de bien público promoviendo el bien estar general.

Eficiencia: es un factor determinante de la buena formulación de políticas públicas, pues retrata la capacidad del Estado en distribuir sus recursos económicos y humanos en lo que se le asegure gran beneficio social. Esta característica de las políticas públicas está asociada a la orientación del interés público ya que cuando los actores de las políticas favorecen indebidamente sectores específicos a costa del interés público se están alejando de la asignación de recursos más eficiente.

La política pública constituye un instrumento de materialización de los derechos que están previstos en la Constitución de un país. Su función es garantizar de manera concreta el derecho allí apenas escrito. Por ello, en momento de poner en marcha dicho instrumento, es de vital importancia elaborar un proyecto que contenga, como mínimo, las características anteriormente expuestas.

## 7.5. El proceso de elaboración de políticas publicas

La finalidad de una política pública es el enfrentamiento, disminución o, incluso, la resolución del problema público. Para enfrentar un problema público la autoridad encargada de solucionarlo (gobierno federal o regional) debe hacerlo por medio de un procedimiento, el

cual será presentado en las siguientes líneas. Dicho procedimiento deberá cumplir etapas básicas que conlleven al éxito en lograr el objetivo.

El modelo de ciclo de elaboración de una política pública fue sugerido por diversos autores, no obstante el número de etapas que se propone diverge de un autor a otro. El autor John W. Kingdon propone la elaboración de una política pública en cuatro etapas: establecimiento de agenda, consideración de alternativas para formulación de políticas, elección de la mejor alternativa e implementación de la decisión<sup>396</sup>. Ya el autor Antoni Fernández plantea la elaboración de una política pública en cinco etapas: identificación del problema, formulación de una decisión, toma de la decisión, aplicación de la acción y evaluación de los resultados<sup>397</sup>. El autor Gianfranco Pasquino, de su parte, propone seis etapas: identificación del problema, agenda, alternativas, decisión, ejecución y evaluación<sup>398</sup>. No obstante, para efectos de este estudio, se ha adoptado la propuesta del profesor Leonardo Secchi, quien defiende que la elaboración de una política pública debe contener siete etapas<sup>399</sup>.

Según Secchi la elaboración de una política pública empieza justamente por medio de la identificación del problema. Definido el problema, se formará la agenda, es decir, se propagará la percepción del problema para otros grupos de la sociedad, para que sea discutido; las discusiones en torno del problema resultarán en un informe con recomendaciones. Con base en dicho informe la autoridad competente va a elegir la mejor alternativa de solución del problema y tomará la decisión que mejor convenga al caso. En la siguiente fase la mejor política elegida será implementada. Pasado el tiempo de implementación prevista en el proyecto original, la política pública será evaluada por expertos en el tema, quienes dirán si tal política debe ser extinta, por haber solucionado el problema, prorrogada o hasta modificada.

En los tópicos a continuación se detallará cada una de esas siete etapas de elaboración de una política pública.

---

<sup>396</sup> KINGDON, John W. *Agendas, alternatives and public policies*. Second Edition. New York: Longman, 1995, p. 87

<sup>397</sup> FERNÁNDEZ, Antoni. *Las políticas públicas*. In: CAMINAL BADIA, Miguel (coord.). *Manual de Ciencia Política*. Madrid: Tecnos, 1996. p. 504

<sup>398</sup> PASQUINO, Gianfranco. *Nuevo curso de ciencia política*. Traducción de Clara Ferri. México: FCE, 2011, p. 263

<sup>399</sup> SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2 ed. São Paulo, 2017, p. 44-68

### 7.5.1. Identificación del problema

El primer paso para la elaboración de una política pública es analizar si el problema en cuestión es, definitivamente, un problema público. Luego, habrá que diagnosticarlo, conociendo sus antecedentes y proyectando tendencias, para entonces, definirlo.

Un problema público puede surgir de tres situaciones distintas. La primera hipótesis es el empeoramiento del status quo; la segunda es el avistamiento de una oportunidad de mejoría; la tercera es un cambio en la percepción de las personas.

El empeoramiento del status quo sucede cuando el ambiente público sufre algún tipo de empobrecimiento o trauma real, como el estancamiento económico nacional, la evasión de impuestos o un desastre natural; el avistamiento de una oportunidad de mejoría se da cuando la situación ideal se aleja del status quo con una mejoría, que puede darse con el avance en la tecnología, con el descubrimiento de una nueva vacuna o con la diseminación de un modelo de gestión pública exitoso en gobiernos de otros países; el cambio en la percepción de las personas ocurre cuando se nota en la sociedad un cambio en su percepción intersubjetiva sobre determinada situación fáctica, como, por ejemplo, la práctica de bullying, que hoy está criminalizada, pero que hace años era vista con naturalidad.<sup>400</sup>

La identificación del problema en la mayoría de los casos, se hace por iniciativa de los grupos afectados, o por los medios de comunicación cuando exponen denuncias de situaciones alarmantes o de oportunidades de mejoría. Sin embargo, un problema público puede ser señalado por cualquier individuo o grupo que tenga sensibilidad por la causa, razón por la cual un problema debe ser técnicamente definido. Cuando un problema aterriza a nivel individual, como es el caso, por ejemplo de la violencia doméstica, cada persona tiene su propia opinión al respecto.

El trabajo de diagnóstico del problema es fundamental en ese sentido, pues clasificará de manera inequívoca qué es un problema público y qué no es un problema público. Dicho trabajo lo realizará el analista de políticas públicas, quien identificará no solamente el problema, sino su amplitud, intensidad, contexto, causas, consecuencias y posibles soluciones.

Considerando el hecho de que los problemas públicos generalmente están insertos en contextos más amplios, analizar el contexto del problema le va a exigir al analista de políticas públicas investigar sobre su origen, histórico y cuadro actual. Ello es necesario porque en la

---

<sup>400</sup> SECCHI, Leonardo. Análise de políticas públicas: diagnósticos de problemas, recomendação de soluções. São Paulo: Cengage Learning, 2019, p. 28

mayoría de los casos un problema público que se hace evidente en la actualidad es reflejo del pasado. De otra parte, los actores involucrados con el problema público deben ser observados, analizando sus perspectivas, intereses y sentido de urgencia. Otro factor importante es el económico, ya que todos los costos serán soportados por el Gobierno.

No menos importante es el análisis jurídico, ya que las leyes e interpretaciones judiciales pueden no ser solo ser parte de la solución sino también origen del problema. En general, un problema público no es inédito ni está desconectado de otras áreas de políticas públicas. Por lo que legislaciones indirectas pueden afectar o incluso ser causantes del problema. Fallas en la implementación de una ley específica pueden también ser parte del problema.

Por fin, al analista de políticas públicas le va a competir analizar hábitos, costumbres, estilos y barreras culturales que contribuyen para que el problema persista. En este punto específico dicho profesional investigará sobre el comportamiento de las personas ante el problema para identificar así el tipo de fenómeno social que involucra el problema.

Importante destacar que a pesar de ser fundamentales para la contextualización del problema, las dimensiones supra mencionadas, como la política, económica, jurídica y sociocultural, el proceso de análisis del problema público puede venir acompañado de otras dimensiones relevantes, como por ejemplo, la tecnológica, la ambiental o la afectiva, pero siempre de acuerdo con cada caso específico.

Diagnosticado el problema de acuerdo con sus respectivas dimensiones, se realizará el diagnóstico de amplitud del problema, que consiste en determinar cuántas y cuales personas son o serán afectadas por el problema.

El diagnóstico de intensidad del problema buscará detectar el grado de gravedad del problema. Dicho grado se clasifica en dos tipos de intensidad: absoluta y relativa. La intensidad absoluta refleja que el problema es grave en sí mismo. La intensidad relativa del problema consiste en comparar el problema en cuestión con otros problemas existentes. La intensidad del problema puede ser didácticamente explicado en las teorías de agenda pública, donde se evidencian que algunos problemas son más graves que otros. En algunos países africanos, la calidad de la educación infantil es un problema gravísimo pero se convierte en un problema menor si se compara al problema de falta de comida que les afecta. Sin embargo, en países como Suecia, Dinamarca y Finlandia, donde los valores post materialistas se



sobreponen en la sociedad, problemas como la contaminación ambiental y la falta de transparencia del gobierno pueden ser más graves que problemas de orden material.<sup>401</sup>

Analizar el problema público también va a demandar diagnosticar su tendencia, investigando sus patrones de ocurrencia. Los tipos de tendencia de un problema son cinco: 1) problemas súbitos, 2) problemas incrementales, 3) problemas en descenso, 4) problemas estables, 5) problemas cíclicos; y analizados siempre con base en dos variables: la intensidad del problema y el tiempo.

Realizado el trabajo de diagnósticos siguiendo el paso a paso propuesto anteriormente, el analista de políticas públicas finalmente será capaz de definir el problema. El profesor Leonardo Secchi llama la atención para el hecho de que la delimitación del problema es indudablemente el mayor desafío de todo el proceso de elaboración de políticas públicas, por ello, enseña los elementos básicos de un problema público.

Los elementos básicos de un problema público son tres: 1) Exceso: demasiadas infestaciones en determinados cultivos, demasiadas drogas consumidas, demasiada pérdida de dinero público; 2) Escasez: baja calificación de los profesores, pocos empleos disponibles, escasez de agua, falta de seguridad en las calles; 3) Riesgo: riesgo de inflación en los precios de los inmuebles, riesgo de inundaciones, riesgo de accidentes aéreos, riesgo de propagación de un virus.<sup>402</sup>

Lo anterior es necesario porque cuanto más delimitado esté el problema más fácil será el posterior análisis de las soluciones. El trabajo de difusión de la percepción del problema debería ser el segundo paso del actor que lo haya detectado conforme se discutirá en el siguiente tópico.

### 7.5.2. Formación de la agenda

De manera general, un problema público involucra un conjunto de factores que exigen del actor político que lo detectó la propagación de sus primeras impresiones sobre el tema. A partir de ahí el actor que tiene interés en la solución del problema requerirá su inscripción en la agenda sistémica de su respectiva comunidad política.

---

<sup>401</sup> Inglehart, Ronald F. and Welzel, Christian, *Changing Mass Priorities: The Link between Modernization and Democracy* (June 6, 2010). Inglehart, R. & C. Welzel (2010). "Changing Mass Priorities: The Link between Modernization and Democracy." *Perspectives on Politics* 8 (2): 551-567.. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2391673>

<sup>402</sup> SECCHI, Leonardo. *Análise de políticas públicas: diagnósticos de problemas, recomendação de soluções*. São Paulo: Cengage Learning, 2019, p. 50

La agenda política, así considerada como un conjunto de problemas o temas entendidos como relevantes merecedores de intervención pública, también denominada agenda de actuación de los poderes públicos, pueden presentarse en forma de un programa de gobierno, planificación presupuestaria, estatuto partidista, o de un listado de prioridades de actuación.

El autor Joan Subirats enseña que en la formación de la agenda se debe considerar tres características generales que permiten que un determinado tema o cuestión reciba la atención necesaria para hacer parte del programa de actuación. En primer lugar, analizar el grado de apoyo que el tema puede alcanzar, es decir, su impacto general. En segundo lugar, analizar su significación, es decir, valorar su nivel de impacto en la realidad social. En tercer lugar, la viabilidad de la solución anticipada o previsible.<sup>403</sup>

Los problemas entran y salen de las agendas. Debido a ello, Subirats destaca que la limitación de recursos financieros, humanos, materiales, falta de tiempo, falta de voluntad política o falta de presión popular son factores contribuyentes a que algunos de los problemas además de no permanecer por mucho tiempo en la agenda ni siquiera consigan entrar en pauta. Eso es así, porque según Subirats, el acceso al programa o agenda depende en buena parte del nivel de crisis o escándalo que haya asumido la cuestión planteada<sup>404</sup>.

En el proceso de elaboración de políticas públicas un factor importante a ser considerado es la identificación de los actores que la involucran. Son los actores, tanto públicos, como privados, los responsables por el éxito o fracaso de la implementación de una política pública.

Reinaldo Dias enseña que en el escenario político configurado por el Estado y por sus organismos en todas las esferas de actuación existen muchos individuos, grupos, organizaciones, asociaciones, partidos políticos que influyen en la elaboración de las políticas públicas. Al hacer su análisis sobre la tipología de los actores en el proceso de elaboración de políticas públicas en su estudio, el autor clasifica los actores en tres categorías: 1) formales e informales; 2) individuales y colectivos; y, 3) públicos y privados.

Además, el profesor Dias elaboró un listado de actores en políticas que merece ser aquí presentado para fines ilustrativos. Los actores en políticas públicas son clasificados en trece categorías: 1) actores fundamentales: que son los políticos y alto equipo administrativo, como el Presidente, los gobernadores, los alcaldes, diputados; 2) partidos políticos: tanto los de situación como los de oposición; 3) personal de gabinete: personas nombradas para

---

<sup>403</sup> SUBIRATS, Joan. Análisis de políticas públicas y eficacia de la administración. Madrid: INAP, 1989, p. 56

<sup>404</sup> SUBIRATS, Joan. Análisis de políticas públicas y eficacia de la administración. Madrid: INAP, 1989, p. 55

integrar equipos que prestan asesoría a los políticos; 4) cuerpo técnico: son expertos contratados por la administración para lidiar continuamente con cuestiones públicas; 5) jueces: son el poder judicial, por lo que pueden vetar, decidir y arbitrar como representantes de la sociedad; 6) prensa: vehículos de comunicación de masa, como televisión, radio, internet; 7) empresas: corporaciones transnacionales, pequeñas y medianas empresas; 8) sindicatos y asociaciones profesionales: organizaciones sindicales y de representación profesional; 9) organizaciones de tercer sector: Organizaciones no gubernamentales, entidades filantrópicas, fundaciones; 10) actores del conocimiento: escritorios de asesoría legislativa, institutos vinculados a partidos políticos, organismos internacionales, centros de pesquisa; 11) grupos de presión: conjunto de individuos que buscan defender sus intereses ante los organismos del gobierno; 12) movimientos sociales: movimientos de corto plazo con objetivos muy bien determinados; 13) asociaciones comunitarias: sociedades de amigos de barriada, asociaciones representativas de comunidades territoriales específicas<sup>405</sup>.

Por supuesto que diferentes actores poseen diferentes intereses y por consiguiente, presentan diferentes alternativas de solución para los problemas. Así las cosas, una política sólo tendrá posibilidad de ser implementada si los actores en ella involucrados, a pesar de poseer distintas percepciones del problema en cuestión, estén unidos en un mismo dominio de políticas, coordinando sus acciones en una sola dirección.

El vaivén de los problemas en las agendas políticas en razón de los intereses individuales de los actores públicos conllevó a un estudio realizado por Frank Baumgartner y Bryan Jones, quienes presentaron la teoría del equilibrio puntuado en política. Según dichos autores, la formación de la agenda tiene importantes consecuencias políticas ya que las políticas presuponen cambios drásticos, y no sólo revisiones marginales del status quo. El equilibrio puntuado en política ha sido planteado justamente debido al hecho de que la agenda suele alternar periodos de estabilidad de problemas con periodos de emergencia. Los periodos de estabilidad son reflejos de presiones políticas de manutención del status quo y de restricciones institucionales que limiten el cambio de la agenda. Los periodos de ruptura (incremento de nuevos problemas o redefinición de problemas antiguos) son reflejos del cambio de la comprensión de la esencia del problema (informaciones empíricas) de nuevas súplicas respecto a algún problema, y de emprendedores de políticas públicas que son capaces de insertar o inflar ciertos problemas en agenda.<sup>406</sup>

---

<sup>405</sup> DIAS, Reinaldo. Políticas públicas: princípios, propósitos e processos. São Paulo: Atlas, 2017, p. 44

<sup>406</sup> BAUMGARTNER, Frank R., JONES, Bryan D. Agendas and Instability in American Politics. Chicago: University of Chicago Press, 1993, p. 44

Los problemas que el poder público ya enfrentó entran en otro tipo de agenda, la cual se le denomina agenda formal. En los Estados Unidos, los autores Brian Hogwood y Guy Peters hicieron un análisis de la inestabilidad de los problemas en la agenda formal norteamericana concluyendo que existe un ciclo de atención de los problemas, el cual posee cinco fases. La primera fase es anterior a la percepción del problema, la segunda fase de descubrimiento y entusiasmo, la tercera fase es la de percepción de los costos que significarían la aplicación de la política pública más adecuada, en la cuarta fase hay un gradual declive de la atención pública al problema, la quinta fase es llamada de fase pos problema. En dicho análisis, los autores demostraron que los problemas relacionados a la defensa nacional tuvieron gran atención en los años 40, periodo que perduró la Segunda Guerra Mundial, mientras que temas ligados a la protección del medio ambiente empezaron a ganar atención pública sólo a partir de 1960<sup>407</sup>.

En consecuencia de lo anterior se puede determinar que la agenda política no es estática. Así como las relaciones humanas, también los problemas públicos sufren cambios a lo largo del tiempo, ganando más o menos atención de acuerdo con las circunstancias. Existen problemas que ganan espacio en la agenda por su aumento progresivo, como es el caso, por ejemplo, de los congestionamientos en las grandes ciudades. Existen los problemas cíclicos, que ganan o pierden espacio en la agenda por su carácter estacional, como por ejemplo, las olas de criminalidad. Existen también problemas que inesperadamente ganan todas las atenciones, pero que progresivamente vuelven a la normalidad, como fueron por ejemplo todos aquellos relacionados a la salud en tiempos de pandemia de coronavirus.

Cuando un tema alcanza la categoría de un problema público prioritario, éste pasa a hacer parte de la agenda política. A partir de ahí, se dará inicio a reuniones entre todos los actores interesados en la solución del problema, oportunidades en que se formularán alternativas, lo que se detallará en el siguiente tópico.

### 7.5.3. Formulación de alternativas

Luego de lograr introducir un tema en la agenda política, los actores interesados empiezan a mover esfuerzos en el sentido de buscar, dentro de las diferentes posibilidades de resolución, las alternativas más apropiadas para disminuir o extinguir aquella cuestión que haya sido considerada un problema público.

---

<sup>407</sup> PETERS, B. G.; HOGWOOD, B. W. In search of the issue-attention cycle. The journal of politics. V. 47, n. 1, 1985, p. 238-253, p. 246

La formulación de soluciones es caracterizada por el establecimiento de objetivos y estrategias así como por el estudio de las posibles consecuencias de cada alternativa de solución, como por ejemplo, los costos y los beneficios de cada alternativa disponible.

La elaboración de soluciones es el momento en que los políticos y demás actores involucrados en el proceso exponen cuales son los resultados que esperan de la política pública. El autor Secchi explica que aunque no sea prudente hablar de metas, porque podría traer perjuicios administrativos y políticos insoportables, el establecimiento de objetivos es importante para orientar en la construcción de alternativas<sup>408</sup>.

La etapa de construcción de alternativas es el momento en que son elaborados métodos, programas, estrategias o acciones que podrán alcanzar los objetivos establecidos por los diferentes actores involucrados, los cuales tendrán disponibles por lo menos cuatro mecanismos genéricos para influenciar el comportamiento de la gente: 1) recompensa: influenciar comportamiento con estímulos positivos, como por ejemplo, ofrecer recompensa material a delatores de crímenes; 2) coerción: influenciar comportamiento con estímulos negativos, como por ejemplo, crear leyes más estrictas para criminales; 3) influenciar el comportamiento por medio de la construcción y apelo al sentido del deber ético y moral; 4) soluciones técnicas: no influenciar el comportamiento de manera directa, sino por la aplicación de soluciones prácticas que influyen el comportamiento de manera indirecta, como por ejemplo, la instalación de cámaras de seguridad en bancos.<sup>409</sup>

Cada uno de esos mecanismos también tiene implicaciones en los costos de elaboración de la política y en los tiempos requeridos para lograr efectos prácticos sobre el comportamiento. La elección, incluso de esos mecanismos, se da justo en la fase de la formulación de alternativas, donde los actores, reunidos en torno del problema, realizarán la conversión de estadísticas en información relevante para el problema y llegarán a un consenso en cuanto a las preferencias de los actores.

Los actores influyen en el proceso de decisión, defendiendo sus intereses materiales e ideológicos. La decisión que se tomará de la mejor y más adecuada política a implantar estará muchas veces basada en el resultado de ese enfrentamiento entre diversos actores.

---

<sup>408</sup> SECCHI, Leonardo. Políticas públicas: conceptos, esquemas de análisis, casos prácticos. 2 ed. São Paulo, 2017, p. 48

<sup>409</sup> SECCHI, Leonardo. Políticas públicas: conceptos, esquemas de análisis, casos prácticos. 2 ed. São Paulo, 2017, p. 49

#### 7.5.4. Toma de decisión

A través del enfrentamiento entre los diversos actores políticos en defensa de sus intereses, poco a poco se delinea una respuesta al problema que se sobrepone a las demás. Pero aunque haya diversos actores involucrados que puedan influenciar en la toma de decisiones, es el gobierno, al final, quien fija las prioridades y los objetivos de la política pública a ser implementada.

Cuando se establece un determinado procedimiento ideal, un determinado actor, que puede ser el legislativo, el alcalde, el gobernador, un ministro, toma las decisiones. La decisión final generalmente se materializa por medio de una firma, que se constituye en un acto simbólico de legitimación que refuerza la decisión adoptada.<sup>410</sup>

Según lecciones de Leonardo Scchi, la dinámica de selección de alternativas de solución de problemas públicos puede ocurrir de tres distintas formas: 1) problemas que buscan soluciones: la decisión es tomada a partir del problema ya analizado y de los objetivos ya definidos; 2) comparaciones sucesivas limitadas: los tomadores de decisión deben ajustar los problemas a las soluciones y las soluciones a los problemas; 3) soluciones que buscan problemas: un tomador de decisión ya tiene predilección por una solución existente y pelea en el medio político para que su propuesta se convierta en política pública.<sup>411</sup>

La primera forma de selección de alternativas, es decir, de los problemas que nacen primero y que buscan solución después, es la que se hace presente en los modelos de racionalidad. En los modelos de racionalidad, la toma de decisión debe cuadrarse en un patrón ideal. Dicho patrón es aquel modelo ideal de política pública, el mismo que a efectos didácticos se está presentando en este estudio<sup>412</sup>. Los modelos de racionalidad son divididos en dos categorías, siendo el primer modelo de racionalidad absoluta y el segundo modelo de racionalidad limitada.

En el modelo de racionalidad absoluta la decisión es considerada una actividad puramente racional, donde costos y beneficios de las alternativas son calculadas por los

---

<sup>410</sup> DIAS, Reinaldo. Políticas públicas: principios, propósitos e processos. São Paulo: Atlas, 2017, p. 78

<sup>411</sup> SECCHI, Leonardo. Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2 ed. São Paulo, 2017, p. 51

<sup>412</sup> El modelo ideal de política pública adoptado para efectos de este estudio es el propuesto por el autor Leonardo Secchi, quien defiende que la política pública ideal atraviesa siete fases en su elaboración: identificación del problema, formación de la agenda, formulación de alternativas, toma de decisión, implementación, evaluación, extinción. SECCHI, Leonardo. Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2 ed. São Paulo, 2017, p. 43

actores políticos para encontrar la mejor opción posible<sup>413</sup>. En el modelo de racionalidad limitada la decisión es interpretada como un esfuerzo para elegir opciones satisfactorias, ya que el número de alternativas que el tomador de decisiones debe averiguar en ocasiones es tan grande que él difícilmente se acercaría a una racionalidad objetiva<sup>414</sup>.

A diferencia de los modelos racionales de toma de decisión existe también el modelo incremental, en el cual la toma de decisiones es un proceso de imitación o de adaptación de soluciones ya implementadas en otros momentos o contextos.<sup>415</sup> Según análisis de Secchi, el modelo de Lindblom se distingue del racionalismo porque en los casos de alta complejidad, como generalmente son los que exigen la elaboración de políticas públicas, el factor político está por encima del elemento técnico. En una situación de toma de decisión de una política regulatoria, por ejemplo, en el área de prestación de servicios médicos privados, se puede optar por establecer un marco regulatorio rígido y detallado, que funcionará en favor de los usuarios, o un marco regulatorio flexible, que funcionará en favor de la sostenibilidad económica de los prestadores de servicios. En este caso, la presencia de los actores denominados “grupos de presión” que actúan en favor de cada uno de los interesados en resolver el problema son los que influyen en qué punto de la discusión sobre el tema se alcanzará un equilibrio o consenso<sup>416</sup>.

Por fin, existe una tercera forma de entender la dinámica de toma de decisiones que se denomina modelo de flujos múltiples<sup>417</sup>. En ese tipo de interpretación, los actores políticos primero crean soluciones para después buscar un problema para solucionar. Según dicho modelo, el flujo de los problemas es dependiente de la atención del público, es decir, el flujo

---

<sup>413</sup>El modelo de racionalidad absoluta, también llamado “esquema de Tinbergen” fue propuesto originalmente por el economista holandés Jan Tinbergen, en el primer modelo macroeconómico de la historia. Más informaciones sobre dicho esquema puede ser encontrado en LICHA, Antonio Luis. Teoría da política monetária: uma abordagem de nível intermediário. Rio de Janeiro: Alta Books, 2015, p. 3

<sup>414</sup> El precursor del modelo de racionalidad limitada fue propuesto por el economista Herbert Simon, quien reconoce que los tomadores de decisión poseen casi siempre limitaciones cognitivas e informativas, y que los actores no logran entender la complejidad con el que están tratando. Más informaciones sobre dicho modelo puede ser encontrada en SIMON, Herbert. A. Administrative behavior: a study of decision-making processes in administrative organization. New York: Macmillan, 1947, p. 24

<sup>415</sup> El modelo incremental fue propuesto por Charles E. Lindblom, quien defendía que, en realidad, el método más utilizado por los políticos es el incrementalismo. Según Lindblom, las decisiones son consideradas dependientes de los intereses de los actores involucrados en el proceso de elaboración de política pública y por este motivo el tomador de decisiones no elige la mejor opción sino aquella que ya haya sido políticamente lapidada en un proceso de construcción de consensos. LINDBLOM, C. E. The science of “muddling through”. Public Administration Review, vol XIX, n 2 p. 78-99, 1959, p. 83

<sup>416</sup> SECCHI, Leonardo. Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2 ed. São Paulo, 2017, p. 54

<sup>417</sup> El modelo de flujos múltiples fue desarrollado por John Kingdon, quien defiende que el nacimiento de una política depende de la confluencia de problemas, soluciones y condiciones políticas favorables. Según Kingdon, el flujo de la política oscila conforme eventos específicos, como el diseño y aprobación de un presupuesto público, por ejemplo. KINGDON, John W. Agendas, alternatives and public policies. Second Edition. New York: Longman, 1995, p. 84

de las soluciones depende de la actuación de actores públicos que quieran ver sus soluciones implementadas. Eso es así porque Según Secchi los emprendedores de políticas públicas, sea actores del gobierno o no, siempre están en busca de dejar sus huellas en la sociedad por medio de políticas públicas adoptadas y reconocidas<sup>418</sup>.

En el siguiente cuadro es posible visualizar una síntesis de los modelos de toma de decisión anteriormente comentados.

<b>Modelos</b>	<b>Condiciones cognitivas</b>	<b>Análisis de las alternativas</b>	<b>Modo de elección</b>	<b>Criterio de decisión</b>
<b>Racionalidad absoluta</b>	Certeza	Análisis completa	Cálculo	Optimización
<b>Racionalidad limitada</b>	Incerteza	Investigación secuencial	Comparación de alternativas con expectativas	Satisfacción
<b>Modelo incremental</b>	Parcialidad (intereses)	Comparaciones sucesivas limitadas	Ajuste de intereses	Acuerdo
<b>Modelo de flujos múltiples</b>	Ambigüedad	Ninguna	Encuentro de soluciones y problemas	Casual

Fuente: Leonardo Secchi

Un dato importante a ser considerado es que después de tomada la decisión, la ejecución de la política pública no se inicia de manera automática. Reinaldo Dias afirma que una decisión después de haber sido tomada no garantiza que ella será cumplida. Hay muchos factores que impiden la ejecución de las decisiones adoptadas, como por ejemplo, el contexto político, el contexto social, la economía, factores tecnológicos, étnicos y culturales<sup>419</sup>. Pero, si se da el mejor de los escenarios, la política elegida será finalmente implementada, y solo entonces todo el proceso anterior va a producir resultados.

<sup>418</sup> SECCHI, Leonardo. Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2 ed. São Paulo, 2017, p. 55

<sup>419</sup> DIAS, Reinaldo. Políticas públicas: princípios, propósitos e processos. São Paulo: Atlas, 2017, p. 79



### 7.5.5. Implementación de la política pública

En la fase de implementación de todas las etapas anteriores, desde la definición del problema, con levantamiento de estadísticas, reuniones entre los actores interesados para buscar alternativas de solución, análisis del poder público para la toma de decisión, dejan la esfera de intenciones para convertirse en acciones.

La fase de implementación es, por lo tanto, aquella en que la administración pública cumple su función fundamental, que es la de ejecutar las políticas públicas. De hecho, es en el momento de la implementación que funciones administrativas como liderazgo y coordinación de acciones son puestas a prueba. El profesor Secchi afirma que los actores encargados de liderar el proceso de implementación deben ser capaces de entender elementos motivacionales de los actores involucrados, los obstáculos legales existentes, las deficiencias técnicas, los potenciales conflictos, además de actuar directamente en negociaciones, construcción de coordinación entre ejecutores y coordinación por parte de los destinatarios de la política<sup>420</sup>.

En el momento de ponerse en práctica una política pública, dos modelos de implementación son merecedores de atención en este estudio: el modelo top-down (arriba hacia abajo) y el modelo bottom-up (abajo hacia arriba).<sup>421</sup>

El modelo top-down (arriba hacia abajo) se caracteriza por la separación clarividente entre el momento de toma de decisión y el de implementación, en fases consecutivas, donde las políticas son elaboradas y decididas por la esfera política y el sector administrativo encuentra medios para aplicarlas. Ese es un modelo de política donde la clase política no asume la responsabilidad por los problemas de implementación que eventualmente pueden suceder.

El modelo bottom-up (abajo hacia arriba) se caracteriza por una mayor autonomía de la red de actores en el proceso de implementación para auto organizarse con el fin de poner en práctica la política pública. En ese modelo de implementación se reconoce que existe una limitación técnica de la clase política al momento de decidir y que los efectivos implementadores, es decir, los gestores y burócratas poseen un grado mayor de discrecionalidad.

Conocer esa distinción entre los modelos anteriormente descritos es una importante herramienta indicativa para la investigación sobre implementación. Un investigador que

---

<sup>420</sup> SECCHI, Leonardo. Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2 ed. São Paulo, 2017, p. 56

<sup>421</sup> SECCHI, Leonardo. Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2 ed. São Paulo, 2017, p. 60

observa la implementación a partir de la perspectiva top-down da atención inicial a los documentos que formalizan los detalles de la política pública, como objetivos, elementos de punición o de recompensa, delimitaciones del grupo de destinatarios, entre otros, para después fiscalizar las fallas de implementación. De otra vía, un investigador que utiliza la perspectiva bottom-up empieza su observación a partir de la aplicación de la política en la práctica bien como las estrategias de los implementadores, de los problemas y sus respectivos obstáculos para, por fin, concluir cómo la política debería ser aplicada en concreto.

El modelo top-down es el más indicado para verificar las causas de defectos en la dinámica de implementación (culpa de la administración) mientras que el modelo bottom-up se adecúa mejor para identificar defectos en la dinámica de elaboración de soluciones y toma de decisiones (culpa del político).

#### 7.5.6. Evaluación de la política pública

Peter Rossi, Mark Lipsey y Howard Freeman definen evaluación como la actividad direccionada a coleccionar analizar, interpretar y comunicar información sobre la eficacia de los trabajos realizados en programas sociales.<sup>422</sup>

En cuanto a la perspectiva temporal de evaluación de política pública, hay que tener en cuenta que ésta jamás debe ser vista como una etapa final de proceso de elaboración, pues, en realidad la evaluación se realiza en tres momentos distintos de su ciclo: ex ante (fase de formulación de alternativas), in itinere (durante la implementación) y ex post (pasado cierto tiempo después de su implementación).

El primer momento de evaluación de una política pública se da en la etapa de formulación de alternativas. Esta evaluación ex ante investiga las posibles soluciones para el problema público enfocándose en los costes y consecuencias de las alternativas y se realiza por medio del uso de proyecciones, predicciones y conjeturas.

Las proyecciones son inductivas y se basan en tendencias presentes o históricamente identificadas, a partir de informaciones cuantitativas y cualitativas, como por ejemplo, tendencia de crecimiento poblacional, tendencia de crecimiento económico. Las predicciones son deductivas porque parten de supuestos ya consolidados para entonces prever las consecuencias de las políticas. Predicciones son realizadas por medio de métodos como estimativas de eficiencia económica (input versus output) o el análisis de correlaciones y

---

<sup>422</sup> ROSSI, Peter; LIPSEY, Mark; FREEMAN, Howard. Evaluation: a systematic approach. 7th edition. California: Sage, 2004, p. 2

regresiones estadísticas. Por fin, las conjeturas son intuitivas porque se originan a partir de juicios de valor hechos por los actores políticos, basados en su experiencia en políticas públicas. Reuniones, debates, seminarios son los medios más utilizados como fundamento para las conjeturas, donde se desarrollan los análisis multicriterio.<sup>423</sup>

La evaluación ex ante, es por lo tanto, un trabajo de previsión que se hace necesario debido a la complejidad e inestabilidad de las condiciones sociales. Haciéndose un análisis previo de las posibles soluciones, los actores políticos logran un acercamiento del futuro, disminuyendo probabilidades de fracaso.

El segundo momento de la evaluación de una política pública es aquel denominado in itinere, y que se realiza durante la fase de implementación a fin de que se puedan hacer ajustes inmediatos. Según Reinaldo Dias evaluación de implementación de política pública es <una investigación que tiene por objeto medir la utilidad y beneficios de la intervención pública por medio del empleo de un conjunto de técnicas utilizadas en diferentes esferas de las ciencias sociales><sup>424</sup>

La evaluación in itinere comprende la definición de criterios, indicadores y patrones que sirven de base al juzgamiento de la política pública. Leonardo Secchi presenta como principales criterios para saber si una política pública funciona bien o mal los cinco siguientes: 1) economicidad: se refiere al nivel de utilización de recursos (inputs); 2) productividad: se refiere al nivel de salidas de un proceso productivo (outputs); 3) eficiencia económica: se ocupa de la relación productividad (outputs) y recursos utilizados (inputs); 4) eficiencia administrativa: se ocupa del nivel de conformación de la ejecución a métodos pre establecidos; 5) equidad: se refiere a la homogeneidad de la distribución de recompensas o sanciones entre los destinatarios de una política pública<sup>425</sup>.

El tercer momento de evaluación de una política pública es justamente posterior a su implementación, es decir, la evaluación ex post, que investiga los resultados de la política pública que haya sido puesta en práctica después de cierto lapso temporal. Paul Sabatier señala que, en la mayoría de los casos, los efectos de una política pública son tangibles sólo pasados diez años de su implementación. Sabatier defiende que dentro de ese periodo las

---

<sup>423</sup> SECCHI, Leonardo. Políticas públicas: conceptos, esquemas de análisis, casos prácticos. 2 ed. São Paulo, 2017, p. 50

<sup>424</sup> OSUNA, José Luis; MÁRQUEZ, Carolina (dir); CIRERA, Ana; VÉLEZ, Carmen (Red.) Guía para la evaluación de políticas públicas. Sevilla: Instituto de Desarrollo Regional, Fundación Universitaria, 2000, p. 4

<sup>425</sup> SECCHI, Leonardo. Políticas públicas: conceptos, esquemas de análisis, casos prácticos. 2 ed. São Paulo, 2017, p. 63

políticas públicas reciben todos los ajustes necesarios para que sus propósitos sean asimilados y el cambio en el comportamiento de los actores afectados pueda ser detectado<sup>426</sup>.

En cuanto al enfoque de la evaluación, Joan Subirats enseña que la evaluación de una política puede tener tres tipos de connotación: 1) jurídica: la evaluación está enfocada en verificar si los principios de legalidad y eficiencia administrativa fueron alcanzados; 2) técnica: la evaluación está enfocada en verificar a los niveles logro de metas (eficacia) utilizando la menor cantidad de recursos posible (eficiencia económica); 3) política: la evaluación presta mayor atención a la percepción de los destinatarios de la política pública, la legitimidad del proceso de elaboración de la política pública, así como a la participación de los actores en las diversas etapas de construcción e implementación de una política.<sup>427</sup>

Otro dato importante acerca de la evaluación son los criterios que utilizan los evaluadores al momento de realizarla en la práctica. Leonardo Secchi enseña que esos criterios son conocidos como indicadores – herramientas desarrolladas por expertos – para medir tres tipos de situaciones: 1) inputs: son indicadores de entradas del sistema, están relacionados a gastos financieros, recursos humanos y materiales utilizados, y se miden por el esfuerzo empleado; 2) outputs: son indicadores de salidas del sistema, están relacionadas con la productividad de servicios/productos, como la cantidad de baches tapados en la carretera, cantidad de basura colectada, número de personas atendidas en una clínica de salud, entre otros, y se miden por las realizaciones en concreto; 3) outcomes: son los indicadores de resultados, están relacionados a los efectos de la política pública a los actores políticos (policymakers) y a la capacidad de disminución o resolución del problema, su medición se da por medio de porcentuales de satisfacción de los ciudadanos, números de reclamaciones recibidas, ingresos generados por prestación de servicios, entre otros<sup>428</sup>.

No obstante todo el aparato técnico que tiene el evaluador a su disposición para realizar evaluaciones, en la práctica, evaluaciones completas y significativas son difíciles de ejecutar. La evaluación ex ante, por ejemplo, toma tiempo, que en algunas ocasiones el actor político no dispone, como por ejemplo, en casos de desastre natural. Otra dificultad que enfrenta el evaluador es la multicausalidad, pues al hacer una evaluación in itinere difícilmente se logrará separar los efectos sociales producidos por la política pública de los efectos causados por otras causas, como sucede en casos de disminución de bullying en las

---

<sup>426</sup> SABATIER, P. A.; JENKINS-SMITH, H.C. Policy change and learning: an advocacy coalition approach. Boulder: Westview Press, 1993, p. 192

<sup>427</sup> SUBIRATS, Joan. Análisis de políticas públicas y eficacia de la administración. Madrid: INAP, 1989, p. 145

<sup>428</sup> SECCHI, Leonardo. Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2 ed. São Paulo, 2017, p. 64

escuelas, donde el gobierno actúa, pero con total apoyo de padres y profesores. Por fin, el evaluador puede sentir cierta resistencia por parte de los evaluados al momento de realizar evaluaciones ex post, como por ejemplo insuficiencia de datos estadísticos, lo que hace prácticamente imposible conocer los resultados de la política pública.

La evaluación de resultado (ex post) demostrará, finalmente, la capacidad política de los actores políticos (policymakers) y revelará a la sociedad si tal política pública debe ser mejorada o extinta. Nuevos debates políticos se inician con base en las informaciones allí presentadas, razón por la cual se hace tan necesaria la transparencia de la evaluación, la cual debe contener, como mínimo, los rigores técnicos anteriormente mencionados. Un ejemplo de evaluación ex post que actualmente es discutida por la clase política es la creación de la Ley Maria da Penha en Brasil a (Ley n. 11.340, de 7 de agosto de 2006), que tiene por objeto enfrentar de forma integral el problema de violencia doméstica en Brasil<sup>429</sup>. Por ser la materialización de una política pública impuesta al Estado brasileño por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha sido una ley tan polémica, que, pasados trece años de su promulgación, están tramitando en la Cámara de Diputados 531 proyectos buscando alterarla<sup>430</sup>.

#### 7.5.7. Extinción de la política pública

Como se ha visto anteriormente, la evaluación de una política pública debe ser realizada en tres momentos distintos de su ciclo de elaboración: ex ante, in itinere y ex post. Una vez concluida cualquiera de esas evaluaciones, el policymaker (actor político encargado de desarrollar la política pública) debe decidir entre tres posibilidades: 1) dar continuidad a la política pública; 2) reestructurarla; 3) extinguirla.

La continuidad de una política pública sucederá si los obstáculos encontrados en la etapa de formulación de alternativas (evaluación ex ante) pueden ser ajustados y los actores políticos entran en consenso para ponerla en práctica. La reestructuración de una política

---

<sup>429</sup> Maria da Penha es una brasileña que ha sido víctima de intento de asesinato por su cónyuge. Debido a la demora en resolver su caso ante la justicia brasileña ingresó con una demanda ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, organismo que, además de otras medidas, recomendó al Estado brasileño elaborar políticas públicas de protección a la violencia doméstica, lo que se materializó por medio de la Ley 11.340/2006, denominada Ley Maria da Penha. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe n. 54/01, caso 12.051 Maria da Penha Maia Fernandes vs Brasil. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Brasil12.051.htm>

<sup>430</sup> CAMARA DOS DEPUTADOS. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Atividade legislativa. Relatório de projetos para alteração da Lei Maria da Penha. Disponible en <https://www.camara.leg.br/busca-portal?contextoBusca=BuscaProposicoes&pagina=1&order=relevancia&abaEspecificas=false&filtros=%5B%7B%22temaPortal%22%3A%22Direitos%20humanos%22%7D%5D&q=%22maria%20da%20penha%22%20altera>

pública se hace necesaria cuando luego de realizada la evaluación in itinere, se detecta defectos en su funcionamiento.

En la práctica política, la extinción de una política pública puede tener varias causas, entre ellas las más probables, observadas por Secchi<sup>431</sup>, son:

1. El problema que dio origen a la política pública es percibido como resuelto;
2. Las leyes o programas que materializaban la política pública son percibidos como ineficaces;
3. Aunque no haya sido resuelto, el problema público perdió importancia y los actores políticos lo retiraran de sus agendas;
4. Existen políticas públicas con plazo determinado, criadas para resolver un problema específico o contextual.

Aparte de la política pública con periodo de validez, la extinción de una política es muy difícil. Los obstáculos jurídicos y políticos, el conservadurismo, o incluso los costos de iniciación impiden sobremanera que una política pública pueda ser extinta. Políticas de tipo redistributivo son difíciles de ser extintas por el alto grado de conflicto que genera entre grupos beneficiados y grupos pagadores, como es el caso, por ejemplo, de la extinción del décimo tercer salario.<sup>432</sup>

Con base en lo anterior, se denota que la política pública social, aunque encuentre resistencia por parte de los actores políticos involucrados, es susceptible de ser extinta. Similarmente a su nacimiento, la extinción de políticas públicas también depende de las llamadas “ventanas de oportunidad”. Momentos en que reformas ministeriales, cambios de mandato del poder ejecutivo y legislativo, aprobación de presupuestos son ocasiones puntuales en que políticas públicas tanto pueden nacer como pueden ser eliminadas del sistema.

---

<sup>431</sup> SECCHI, Leonardo. Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2 ed. São Paulo, 2017, p. 67

<sup>432</sup> SECCHI, Leonardo. Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2 ed. São Paulo, 2017, p. 69



## TERCERA PARTE: LA RESPUESTA PANAMEÑA A LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

### CAPITULO VIII. EL COMPROMISO DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ CON LA PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS

#### 8.1. La formación del Estado Constitucional democrático panameño

Panamá es un istmo que se encuentra ubicado entre Centroamérica y América del Sur, limitada al norte con el Mar de Caribe y al sur con el Océano Pacífico, al este con la República de Colombia y al oeste con la República de Costa Rica. Tiene una superficie total de 75,123 Km<sup>2</sup> y una población actual de 4.278.000 habitantes, según estimación del Instituto Nacional de Estadística y Censo de Panamá.<sup>433</sup>

A partir de 1501, Panamá ha sido la clave del futuro Imperio Hispánico y uno de los ejes históricos del mundo. Su posición geográfica privilegiada le permitió desarrollar un sistema logístico global integrado por el Canal de Panamá<sup>434</sup>, el ferrocarril interoceánico, el complejo marítimo portuario en el Atlántico y el Pacífico y el centro logístico para la transferencia de pasajeros y carga aérea.

#### 8.2. Las transformaciones constitucionales panameñas en su contexto histórico

Para efectos de este estudio se utilizará la clasificación elaborada por Moisés Chong, quien divide en cuatro fases la historia de Panamá: 1. Pre hispánica; 2. Hispánica; 3. Colombiana; y 4. Republicana.<sup>435</sup>

La primera fase, denominada pre hispánica comprende el periodo en que los indígenas habitaron con exclusividad el istmo de Panamá hasta 1501, año en que Rodrigo de Bastidas descubrió Panamá. Sin embargo, aunque se hicieron investigaciones arqueológicas en la región, las fechas de las primeras inmigraciones en el Istmo no pudieron ser exactamente identificadas.

---

<sup>433</sup> Instituto Nacional de Estadística y Censo Panamá. [https://www.inec.gob.pa/publicaciones/Default3.aspx?ID\\_PUBLICACION=499&ID\\_CATEGORIA=3&ID\\_SUCATEGORIA=10](https://www.inec.gob.pa/publicaciones/Default3.aspx?ID_PUBLICACION=499&ID_CATEGORIA=3&ID_SUCATEGORIA=10)

<sup>434</sup> Según información del Instituto Nacional de Estadística y Censo Panamá, durante el año de 2019, los ingresos por peaje en el Canal de Panamá alcanzaron la suma de mil millones, novecientos cuarenta y cuatro mil y trescientos noventa y ocho dólares. Encontrado en <https://www.inec.gob.pa/infografias/Default.aspx> <https://www.inec.gob.pa/archivos/07055475Ingresos%20septiembre.pdf>

<sup>435</sup> CHONG MARÍN, Moisés. Historia de Panamá. Ciudad de Panamá: Editorial Chong Ramar, 1998, p. 8



La segunda fase, denominada hispánica, duró exactos 320 años. En el año 1501 el navegador español Rodrigo Galván de las Bastidas, después de recibir autorización de la Corona Española para descubrir en América tierras nuevas y no pertenecientes a Portugal, zarpó del puerto de Cádiz-España por el Atlántico acompañado por su conterráneo Vasco Núñez de Balboa. Durante este periodo de descubrimiento, exploración e interacción con los indios panameños, los españoles implementaron en Panamá su lengua, su religión, sus códigos morales y sus preceptos legales, en una fusión cultural tan arraigada que se ha perpetuado.

Vasco Núñez de Balboa, por medio del primer Cabildo Abierto de América, se convirtió en Alcalde Mayor de la primera ciudad panameña, Santa María La Antigua de Darién, creada en 1510. En 1513, mientras realizaba exploraciones alrededor de aquellas tierras, Balboa descubrió el Mar del Sur, el cual siete años más tarde fue rebautizado, por Fernão de Magalhães, de Océano Pacífico. La región donde Balboa se encontró con el Océano Pacífico fue nombrada Castilla del Oro, lugar para donde el español Pedro Arias Dávila se dirigió para gobernar tras ser nombrado por el rey Fernando. Pedro Arias también estaba encargado de realizar expediciones exploratorias, por lo que, en una de ellas, precisamente en agosto de 1519, descubrió el sitio en donde se fundaría la Ciudad de Panamá, actual capital del país.

Tras las ideas liberales de los criollos panameños quienes, por medio de la imprenta, fueron difundiendo ideas libertarias en la población panameña junto a las sucesivas crisis en España provocadas por las guerras civiles que sucedieron después de la Guerra Peninsular (1807-1814), la independencia de Panamá fue una predecible consecuencia, que de hecho sucedió el 28 de noviembre de 1821 por medio del Acta de Independencia del Istmo de Panamá de la Corona Española firmado en una Junta en que participaron autoridades militares, eclesiásticas y civiles. Dicho procedimiento fue favorecido por el entonces Gobernador de Panamá, el coronel José de Fábrega.<sup>436</sup>

La tercera fase, denominada Gran Colombia, se inicia el 24 de febrero de 1822, fecha en que empieza a regir la Constitución de la Gran Colombia<sup>437</sup> en Panamá. Fuertemente influenciado por el venezolano Simón Bolívar, que ambicionaba formar bloques regionales de apoyo mutuo en América, y movido por un sentimiento de solidaridad hemisférica, José de

---

<sup>436</sup> CHONG MARÍN, Moisés. Historia de Panamá. Ciudad de Panamá: Editorial Chong Ramar, 1998, p. 56

<sup>437</sup> La Constitución de la Gran Colombia, también conocida como Constitución de Cúcuta o Constitución de 1821, firmada por Simón Bolívar a 6 de octubre de 1821 creó la República de Colombia a través de la unificación del Virreinato de Nueva Granada y de la Capitanía General de Venezuela (art. 6). Este documento estuvo en vigor hasta el año de 1830, cuando se disolvió el país Gran Colombia. Panamá no fue sancionado por dicha Constitución.

Fábrega decide que Panamá debería unirse al país Gran Colombia. Así, pasa a regir en Panamá, la Constitución de Cúcuta de 1821, la cual adoptaba el parlamentarismo como sistema de gobierno. Esta primera Constitución del periodo colombiano (unitario), de acentuado valor republicano no resultó del agrado de un Bolívar deseoso de más amplias facultades, tanto que ordenó la expedición de la Constitución Bolivariana de 1826, que rompía con los principios republicanos y que tenía su ámbito de aplicación en Bolivia, Perú, Colombia y Panamá.<sup>438</sup>

No obstante, la estabilidad entre Panamá y Colombia duró ocho años. En 1830, acometido de tuberculosis Simón Bolívar fallece, dejando a cargo de la presidencia a Domingo Caycedo, quien firmó una nueva Constitución, aunque ya antes de su expedición Venezuela y Ecuador ya se habían separado de Colombia. Dicha Carta nunca tuvo cumplimiento en Panamá, pues el Istmo la rechazó por dos años. Durante todo el resto del periodo que duró la tercera fase Panamá hizo esfuerzos para separarse. El segundo intento de separación se dio dos años después, cuando los panameños conspiraron para derrocar el gobierno del Istmo e incorporar este a la República de Ecuador. En esta ocasión, los separatistas panameños fueron procesados y fusilados por los colombianos, quienes dejaron muy claro que no aceptarían en ningún tiempo la separación, lo que obligó a los panameños a unirse al proyecto de República Bolivariana de la Nueva Granada, por medio de la Carta Fundamental de 1932.

En 1834, Manuel José Hurtado es designado gobernador de Panamá, quien contribuyó en gran manera para el desarrollo de aquella región. Hurtado subió de 1 a 14 las escuelas primarias y decretó el comercio libre en Panamá entre otras hazañas. Con todas las conquistas logradas, la población panameña empieza a disfrutar los frutos del desarrollo económico y empieza, entonces, a ensayar un medio de separación que fuera pacífico. En realidad, los grupos liberales y mercantiles de Panamá tenían consciencia de su potencial y no querían contienda que pusiera en riesgo la seguridad del Istmo y sus posibilidades económicas.<sup>439</sup>

En 1840 Panamá se proclama libre e independiente de Colombia a través de un Acta de Independencia redactada por la sociedad panameña Amigos del País, dirigida por el General Tomás Herrera, quien se disponía también a ser el presidente del Estado Libre del Istmo. En este Acta, que fue encaminado al Congreso Extraordinario colombiano, los

---

<sup>438</sup> BENAVIDES PINILLA, Víctor Leonel. Compendio de Derecho Público panameño. Ciudad de Panamá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2012, p. 712

<sup>439</sup> CHONG MARÍN, Moisés. Historia de Panamá. Ciudad de Panamá: Editorial Chong Ramar, 1998, p. 97

panameños expusieron su inconformidad con el gobierno central diciéndoles: <Ciertamente, la razón apoyada por la experiencia tiene atestado, vosotros ciudadanos lo sabéis, que este país, de una naturaleza singular en el globo, inútilmente ha esperado y esperaría prosperar, sometido a ser un apéndice irregular de Nueva Granada, cuyos altos poderes jamás conocieron ni conocerán sus necesidades, ni podrán satisfacerlas. El Istmo debe al movimiento mercantil del mundo civilizado, los servicios para los que lo ha destinado el ser supremo, acercando entre sí los océanos y abatiendo en él la alta cordillera de los Andes><sup>440</sup>.

Esta separación, considerada la más larga de todas las separaciones de Panamá con Colombia, y que duró trece meses, tenía ya a estas alturas causas muy puntuales. Algunas de ellas era su posición geográfica estratégica combinada con su exclusiva economía comercial, pero había también dificultades por parte de los panameños en relacionarse con colombianos. Pese a sus razones, e incluso después de haber promulgado su propia Constitución firmada el 5 de junio de 1841 por tomas de Herrera y que traía en su preámbulo <En el nombre de Dios, autor y supremo legislador del Universo, nosotros, los diputados de los pueblos del Istmo, conforme a los Artículos 15 y 16 del acta popular de 18 de noviembre de 1840, reunidos en convención con el objeto de deliberar sobre la suerte de aquéllos; y deseando corresponder a las esperanzas del pueblo nuestro comitente en orden a asegurar la independencia nacional, consolidar la unión, promover la paz y seguridad doméstica, establecer el imperio de la justicia, y dar a la persona, a la vida, al honor, a la libertad, a la propiedad y a la igualdad de los istmeños las más sólidas garantías, ordenamos y decretamos la siguiente Constitución>, Panamá se vio obligado a reincorporarse por medio de un convenio celebrado el 31 de octubre de 1841, dado que el gobierno colombiano le tenía preparada una expedición de invasión militar.<sup>441</sup>

Reinsertándose a Colombia, los panameños estaban bajo las disposiciones de la Constitución Granadina de 1843. Pero la reincorporación por la fuerza hizo que Panamá tuviera que reorganizar su estrategia de salida, pues estaban claras las intenciones de Colombia. El primer logro de independencia después de la reincorporación forzada se dio el 22 de diciembre de 1853, cuando los diputados de la provincia de Panamá, reunidos en legislatura constituyente decretaron una Constitución Municipal de la Provincia Interdistritorial de Panamá. Pero los esfuerzos de los panameños no terminaron con dicha apertura. En 1855, a través de un proyecto de reforma de la Constitución colombiana de 1843,

---

<sup>440</sup> Por medio de Acta de Independencia firmada el 18 de noviembre de 1840 Panamá se separa de Colombia formando el Estado del Istmo, teniendo a Tomás Herrera como jefe de Estado.

<sup>441</sup> DEL VALLE MORA, Eduardo José. Panamá: Estado independiente (1840-1841). Localizado en [http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub\\_rev/univ\\_est/pdfs/7.pdf](http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/univ_est/pdfs/7.pdf)

propuesto por el diputado panameño Justo Arosemena, Panamá se convirtió en Estado federal, conforme se desprende del preámbulo de la Constitución Política del Estado de Panamá Federado a la República de Colombia, promulgada en 18 de septiembre de 1855, que dice <La Asamblea Constituyente del Estado de Panamá, en ejercicio del poder que le confiere el Acto Adicional a la Constitución de la República, sancionado en 27 de febrero de 1855, ha acordado la siguiente Constitución>. En dicho Acto Adicional de la Constitución colombiana quedó establecido que: El territorio que comprende las provincias del Istmo de Panamá, a saber, Panamá, Veraguas y Chiriquí, forma un Estado Federal, soberano, parte integrante de la Nueva Granada, con el nombre de Estado Federal de Panamá. Por tanto, a pesar de que Panamá fuera autónomo para la administración interna de sus asuntos, el gobierno central colombiano era responsable por las relaciones exteriores, el Ejército y Marina, el Crédito Nacional, la naturalización de extranjeros, rentas y gastos nacionales, uso del pabellón y escudo de armas de la República, lo relacionado con las tierras baldías que se reservaba la Nación, pesas y medidas oficiales. A Justo Arosemena se le designó para ser el Jefe Superior Provisorio de aquel territorio.

En el ejercicio de sus funciones, Justo Arosemena organizó correos provinciales, una ley orgánica de la fuerza pública, reglamentó la policía marítima y moral con objetivos definidos, así como el sistema carcelario y el régimen de castigos según las teorías criminalistas más avanzadas de aquel momento histórico, siguiendo ejemplos de Francia e Inglaterra. La grandeza moral de Arosemena es recordada y exaltada por todos los panameños hasta la fecha, pues él era una persona humanitaria, que en sus discursos decía palabras como las siguientes: “Creo que la patria del hombre es el mundo, y si en mí consistiera, borraría de todos los diccionarios la palabra extranjero, porque la inteligencia y la virtud deben ser los únicos títulos que confieran distinciones de parte de las leyes y de parte de los individuos”. Asimismo, Arosemena se hace recordar por haber sido un hombre metódico, y, por ello, poco tiempo soportó estar al mando del ejecutivo, ya que los colombianos, a pesar de que habían firmado el Acta de “independencia” muy poco se habían comprometido en cumplirla efectivamente.<sup>442</sup>

Desde que se convirtió en Estado federal de la nación colombiana Panamá atravesó un largo periodo de sometimiento y de incertidumbres en cuanto a su futuro visto que hasta alcanzar la deseada independencia, tuvo que adaptarse a seis diferentes Constituciones<sup>443</sup>,

---

<sup>442</sup> CHONG MARÍN, Moisés. Historia de Panamá. Ciudad de Panamá: Editorial Chong Ramar, 1998, p. 145

<sup>443</sup> Desde la Constitución Política del Estado de Panamá Federado a la República de Colombia de 1855, y hasta el momento en el cual firmaría su propia Constitución como país independiente, firmó seis diferentes

todas ellas resultado de los constantes cambios políticos en el gobierno central colombiano<sup>444</sup>. Pero los mayores desafíos que Panamá atravesó mientras no lograba la independencia de Colombia fueron los que vinieron con la construcción del canal.

Vasco Núñez de Balboa ya había soñado con la construcción de aquel canal en el Istmo de Panamá, que cambiaría la ruta del comercio mundial y que aportaría seguridad económica a la gente de allí. Un sueño que empezaba a hacerse realidad por medio del convenio que Lucien Napoleón Bonaparte Wise firmó con Colombia en 1876, para realizar estudios y exploraciones en el Istmo de Panamá, los cuales fueron favorables y decisivos para que el empresario Ferdinand de Lesseps se comprometiese a construir el canal interoceánico. La compañía francesa responsable por la construcción del canal empezó los trabajos de excavación el 21 de enero de 1882, y a partir de esta fecha las ilusiones de todas aquellas personas involucradas en dicho proyecto empezaron a convertirse en decepción y angustia.

Los trabajadores contratados para dicha obra sufrieron las consecuencias de diversas adversidades, como por ejemplo, la fiebre amarilla. Esto, sumado a los perjuicios financieros causados a la empresa contratante, que, por no soportarlos, tuvo que declarar su liquidación. Disuelta esta, otra compañía, la Compañía Nueva del Canal, quedó responsable en continuar los trabajos, que reiniciaron en 1894; sin embargo, este intento también fracasó. A pesar de que Colombia dio prorrogas a los franceses, el escándalo generado por mala administración de la Compañía Francesa del Canal, generó el famoso Escandalo de Panamá, que por consiguiente resultó en la paralización del intento de reiniciación de los trabajos. Pero el fiasco francés se debió a muchos motivos, como falta de previsión, inestabilidad política interna y ausencia de un sistema médico organizado para combatir las enfermedades tropicales como la fiebre amarilla.

Los panameños, frustrados con la situación calamitosa que ya se arrastraba por tantos años, empezaron a “exigir” del gobierno central colombiano que siguiera la obra o que dejara que una potencia extranjera lo hiciese, y que de preferencia esta potencia fuesen los Estados Unidos. La exigencia de los panameños por una actitud por parte de los colombianos en

---

Constituciones locales, que son: 1) Constitución Política para el Estado Soberano de Panamá de 6 de julio de 1863; 2) Constitución Política del Estado Soberano de Panamá de 4 de agosto de 1865; 3) Constitución Política del Estado Soberano de Panamá de 22 de diciembre de 1868; 4) Constitución Política del Estado Soberano de Panamá de 30 de diciembre de 1870; 5) Constitución Política del Estado Soberano de Panamá de 13 de noviembre de 1873; 6) Constitución Política del Estado Soberano de Panamá de 6 de diciembre de 1875.

<sup>444</sup> Colombia tuvo ocho Constituciones distintas, que son: 1) Constitución de Cundinamarca de 1811; 2) Constitución de Cúcuta de 1821; 3) Constitución Política de la Republica de Colombia de 1830; 4) Constitución Política del Estado de Nueva Granada de 1832; Constitución Política del Estado de Nueva Granada de 1843; 5) Constitución Política de la Nueva Granada de 1853; 6) Constitución Política para la Confederación Granadina de 1858; 7) Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia de 1863; 8) Constitución Política de Colombia de 1886; Constitución Política de la República de Colombia de 1991.

cuanto a la continuación de la obra del canal bien como por su independencia culminó en un conflicto conocido como Guerra de los Mil Días, que se inició el 17 de agosto de 1899.

El 28 de julio de 1902, el Congreso de los Estados Unidos expidió la Ley Spooner, que autorizaba la construcción de un canal interoceánico al Poder Ejecutivo de esa nación así como para que el Presidente Theodore Roosevelt adquiriera mediante el pago de una suma de 40 millones de dólares, todos los derechos, bienes y privilegios de la Compañía del Canal de Panamá. Según cálculos realizados sobre la obra realizada hasta el año de 1894, más de 110 millones de dólares habían sido gastados por lo franceses, no obstante los estadounidenses estaban dispuestos a comprar el derecho de terminarla por 40 millones de dólares. En este momento, Estados Unidos tenía un gran inconveniente para retomar la construcción del canal puesto que en el Istmo estaba en marcha la guerra civil.

El historiador Moisés Chong afirma que en realidad la Guerra de los Mil Días duró exactamente 1.128 días, conflicto en el que murieron más de cincuenta mil personas. Panamá, a pesar de que recibió la ayuda abierta de los Presidentes de Nicaragua, José Santos Zelaya, del Ecuador, General Eloy Alfaro y del Presidente de Venezuela, Cipriano Castro, solo evitó su total devastación gracias a la intervención de los Estados Unidos, quienes actuaron de intermediarios enviando a Panamá barcos de guerra, como el buque Wisconsin, dentro del cual, el 21 de noviembre de 1902, los conservadores Víctor M. Salazar y Alfredo Vázquez Cobo y los liberales Lucas Caballero y Eusebio Morales firmaron un Tratado de Paz que recibió el nombre Wisconsin.<sup>445</sup>

Restaurada la paz en la región, dos meses fueron suficientes para las negociaciones que posibilitaron la firma del tratado Herrán-Hay, que sucedió el 22 de enero de 1903 en la ciudad de Washington entre los gobiernos de los Estados Unidos y de Colombia, y en el cual el Secretario de Estado estadounidense John Hay recibía autorización del Ministro colombiano Tomás Herrán para que Estados Unidos comprara la Compañía Nueva del Canal de Panamá de los franceses, otorgando a aquellos el derecho exclusivo durante el término de cien años de explotación y dirección del canal. En el artículo XXV del acuerdo se estableció que Estados Unidos pagaría a Colombia la suma de diez millones de dólares en la ocasión de la firma del tratado y que posteriormente pagaría la cantidad anual de doscientos cincuenta mil dólares durante la vida de la convención.

Sin embargo, el propio Senado colombiano rechazó unánimemente dicho tratado en la sesión del 12 de agosto de 1903, alegando que aquel era inconstitucional porque cedía a una

---

<sup>445</sup> CHONG MARÍN, Moisés. Historia de Panamá. Ciudad de Panamá: Editorial Chong Ramar, 1998, p. 267

potencia extranjera jurisdicción política y legal en territorio colombiano. En realidad, Senado y Gobierno pensaban ganar tiempo para reiniciar la negociación en favor de un mejor pacto. Eso porque la prolongación del contrato con la Compañía Nueva del Canal expiraría el 31 de octubre de 1904, cuando Colombia entraría en posesión y propiedad del canal mismo y de sus dependencias sin necesidad de una decisión judicial previa.

Los colombianos creyeron que el gobierno estadounidense se resignaría a esperar un año sabiendo que tendría que hacer mayores concesiones. Pero los Estados Unidos no consideraban cancelado el negocio, y los panameños, de su parte, preferían la separación a la pérdida de sus ilusiones. Si el futuro unido a Colombia era de previsible opresión, decidieron mejor apostar por Estados Unidos, una potencia económica que les prestaría ayuda interesada, pero que le traería beneficios a largo plazo.<sup>446</sup>

En este sentido Diógenes de la Rosa afirma que las imprudencias del ministro estadinense de Bogotá enardecieron a los opositores del Convenio. Bajo la presión de las pasiones incandescentes, el Senado colombiano se negó a ratificarlo. La negativa repercutió hondamente en el Istmo. Todas las zonas sociales panameñas, con las excepciones lógicas, favorecían el Tratado, aunque no dejaron de advertir los sacrificios que envolvía. El rechazo del Convenio Herrán-Hay, obró como ingrediente precipitador de un desenlace previsto hacía mucho tiempo por lúcidas inteligencias colombianas. El empeño de los Estados Unidos en construir el canal, la urgencia de la Compañía francesa en vender su concesión antes que caducara y la esperanza de los panameños en la obra, fundidas en su sentimiento nacionalista, sumaban fuerzas que no podían contener las urgencias jurídicas de los togados santafereños. Tal conjunción de intereses determinó la fundación de la República de Panamá.<sup>447</sup>

Quien tomó la iniciativa para la realización del movimiento separatista definitivo fue José Agustín Arango, senador por Panamá en el Congreso de Colombia. Conociendo de antemano que los colombianos no ratificarían el Tratado Herrán-Hay, buscó inmediatamente aliados para declarar la independencia de Panamá con vistas a celebrar con Estados Unidos un tratado análogo directamente. Logró el apoyo del gobernador del Estado del Istmo en aquel momento, José Domingo de Obaldía, así como de grandes figuras que gozaban de popularidad y simpatía entre las masas del pueblo como, por ejemplo, Carlos Antonio Mendoza, Eusebio Antonio Morales, Porfirio Meléndez y Domingo Díaz quienes se sumaron al movimiento

---

<sup>446</sup> DE LA ROSA, Diógenes. Tamiz de noviembre: dos ensayos sobre la nación panameña. Panamá: Autoridad del Canal, 1999, p. 193

<sup>447</sup> DE LA ROSA, Diógenes. Tamiz de noviembre: dos ensayos sobre la nación panameña. Panamá: Autoridad del Canal, 1999, p. 190

separatista y le dieron una ancha base popular. La suerte de todos los panameños estaba a punto de cambiar una vez más, pero ahora sería de forma permanente.<sup>448</sup>

En el Acta de la Junta Separatista de la sesión extraordinaria del Consejo Municipal de Panamá del 3 de noviembre de 1903, denominada Acta de Independencia del Istmo, se expresaba: <la independencia del Istmo era un hecho trascendental, que tendría eco en nuestros hijos pues así como en este mismo recinto nuestros próceres juraron la emancipación del Istmo del Gobierno de España en 28 de noviembre de 1821, para agregarse espontáneamente a la Gran Colombia, hoy proclaman su independencia del Gobierno colombiano para recoger óptimos frutos.>. En esta misma Acta, que contaba con la aprobación de la independencia del Istmo por unanimidad de votos de los representantes del pueblo que se encontraban presentes se resolvió lo siguiente: <Envíese el siguiente telegrama a su Excelencia el Presidente de los Estados Unidos. Washington. La municipalidad de Panamá celebra en este momento sesión adhiriéndose movimientos separación Istmo de Panamá resto de Colombia, y espera reconocimiento de su Gobierno para nuestra causa.>

Panamá había trazado un camino sin vuelta rumbo al progreso, en el cual Colombia no estaba incluida. Contando con la protección directa de los Estados Unidos, el Consejo Municipal de Panamá se reunió nuevamente, conforme Acta de la Independencia proclamada en Cabildo Abierto el día 4 de noviembre de 1903, abriendo sesión para reafirmar solemnemente su separación de Colombia, que se hizo en términos como los siguientes: <la unión del Istmo con la antigua y moderna Colombia no ha producido los bienes que de ese acto se aguardaron. (...) perdidas las esperanzas en el futuro, es el momento de desatar unos vínculos que los retrasan en cuanto tiende a la civilización, que ponen obstáculos insuperables al progreso y que, en suma le produce infelicidad, contrariando y haciendo completamente nugatorios los fines de la sociedad política en que entraron movidos por la necesidad de satisfacer la obligación de prosperar en el seno del Derecho respetado y de la libertad asegurada>; y de oportuno, nombrar a la Junta Provisional de Gobierno de la República panameña que fue compuesta de los señores José Agustín Arango, Federico Boyd y Tomás Arias.

Así las cosas, cuando el batallón Tiradores enviado por el gobierno central colombiano para reprimir el movimiento separatista alcanzó la región del Istmo el 5 de noviembre de 1903, al encontrarse con la presencia de infantes de marina de los Estados

---

<sup>448</sup> ARANGO, José A. Datos para la historia de la independencia del Istmo proclamada el 3 de Noviembre de 1903. En Documentos Históricos sobre la Independencia del Istmo de Panamá. Publicaciones del Instituto Nacional. Panamá, 1930. Pág. 215.



Unidos que habían sido allí desembarcados para garantizar la Independencia, no tuvieron otro remedio que retroceder. El 6 de noviembre, luego de ser reconocido por Estados Unidos como una nueva nación, la Junta Provisional de Gobierno designó a Philippe Buneau Varilla, mayor accionista de la Compañía Nueva del Canal, como Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario ante el Gobierno estadounidense. Con plenos poderes para firmar negociaciones políticas y financieras por Panamá, Varilla se dirigió a Washington, y en el 18 de noviembre de 1903, firmó el Tratado Hay-Bunau-Varilla, acuerdo en que la República de Panamá autorizaba a los Estados Unidos a comprar las acciones de la Compañía Nueva de Canal por la suma de cuarenta millones de dólares. El Tratado Hay-Bunau-Varilla tenía prácticamente los mismos términos del tratado que no entró en vigor, Herrán-Hay, con la diferencia de que en aquel los Estados Unidos se comprometían a garantizar la independencia de Panamá.

La cuarta fase, denominada republicana, se inicia cuando Panamá declara su independencia de Colombia el 3 de noviembre de 1903, y se consolida en su condición de Estado independiente con la expedición de la Constitución de la República de Panamá el 13 de febrero de 1904 por la misma Junta de Gobierno formada el 4 de noviembre 1903, quien eligió como primer Presidente al Dr. Manuel Amador Guerrero.

La Constitución de 1904 rigió por 37 años, aunque tuvo dos modificaciones: en 1918, por medio del Acto Reformatorio de este año, y en 1928 por medio de cuatro Actos Reformatorios, que dieron el 19 de septiembre, el 25 de septiembre, el 19 de octubre y el 14 de noviembre. Durante el periodo señalado los estadounidenses terminaron las obras del canal y lo pusieron en marcha. Aunque los trabajos de construcción fueron terminados el 15 de agosto de 1914, solo después de finalizada la primera guerra mundial el canal pudo ser formalmente inaugurado, lo que sucedió en 1920, contando con la presencia del Presidente de los Estados Unidos Thomas Woodrow Wilson.<sup>449</sup>

Otro hecho importante que merece ser destacado fue la firma del Tratado Thompson-Urrutia en 1914, entre los Estados Unidos y Colombia y mediante el cual esta reconoce la independencia del Istmo de Panamá, tras el pago a Colombia de una suma de 25 millones de dólares, en indemnización por la separación de Panamá. La ratificación de dicho acuerdo por el Congreso de los Estados Unidos sucedió en abril de 1921.

El 2 de enero de 1931, en virtud de la gran depresión económica mundial, que afectó sobre todo a los Estados Unidos, el Presidente panameño Florencio Harmodio Arosemena,

---

<sup>449</sup> CHONG MARÍN, Moisés. Historia de Panamá. Ciudad de Panamá: Editorial Chong Ramar, 1998, p. 220

sorprendido con un golpe de Estado, se vio obligado a renunciar al poder, cuando por decisión de la Corte Suprema de Justicia y presiones del grupo Acción Comunal, se nombró a Ricardo J. Alfaro para presidir a Panamá hasta que se organizaran elecciones en las cuales resultó electo Presidente el Dr. Harmodio Arias Madrid. El 29 de mayo de 1935, Harmodio Arias decreta la creación de la Universidad de Panamá la cual inició sus labores el 7 de octubre de ese mismo año. El 28 de septiembre de 1939, iniciada ya la segunda guerra mundial, Panamá se declara neutro en este tema. En 1940, deroga la Constitución de 1904, y mediante plebiscito, firma la Constitución del 2 de enero de 1941. Benavides Pinilla señala que la Constitución de 1941 fue la primera Carta de corte social, exhibiendo logros de carácter técnico entre los cuales figura la definición de conceptos como Estado, Nación, Independencia, Soberanía, Separación de Poderes.<sup>450</sup>

Sin embargo, Harmodio Arias sufre un golpe de Estado por su Ministro de Gobierno y Justicia, Ricardo Adolfo de la Guardia, quien declara guerra al Japón, Italia y Alemania. En 1944, aunque bajo la oposición de los diputados de la Asamblea Nacional, Ricardo Adolfo, en condición de Presidente, desconoce la Constitución del 41 y llama a una Convención Constituyente la cual culminó con la aprobación de la Constitución del primero de marzo de 1946, la cual reguló lo relativo a la nacionalidad y la inmigración, toda forma de discriminación racial hacia los inmigrantes o solicitantes de la nacionalidad panameña; separó las garantías fundamentales de los derechos sociales y dividió esos conforme a su materia, regulando de forma autónoma los derechos relativos a la familia, el trabajo, la cultura, la salud pública, así como reconoce el derecho al voto de la mujer.

El 29 de mayo de 1964 toma posesión de su mandato como Presidente Marco Aurelio Robles, quien tomó medidas concretas para resolver un problema antiguo de los panameños: los términos del Tratado Hay-Bunau-Varilla. Aurelio Robles, conociendo que el Presidente estadounidense Lyndon B. Johnson demostraba buena fe en sustituir el tratado canalero de 1903 firmó la Declaración Robles-Johnson, que tenía por objeto estudiar nuevos parámetros para una administración conjunta del canal, sin embargo, tal convención no fue ratificada. El Tratado Hay-Bunau-Varilla solo fue anulado por los Tratados Torrijos-Carter el 7 de septiembre de 1977, ya cuando estaba en vigor la Constitución de 1972.

---

<sup>450</sup> BENAVIDES PINILLA, Víctor Leonel. Compendio de Derecho Público panameño. Ciudad de Panamá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2012, p. 719

### 8.3. La Constitución de 1972 y sus respectivas reformas

Con el término del mandato de Robles, que sucedió en 1968, se organizaron elecciones en las cuales resultó elegido como Presidente el Dr. Arnulfo Arias Madrid, pero este sufrió un golpe de Estado, cuando una Junta Provisional del Gobierno Revolucionario fue instalada el 11 de octubre de 1968 que era dirigida por la Guardia Nacional, la cual tenía como representante al oficial del Ejército panameño Omar Efraín Torrijos Herrera, quien tomaría para sí el Gobierno. Omar Torrijos, tan pronto de haber tomado el poder formó una comisión para redactar una nueva Constitución, la cual fue expedida el 11 de octubre de 1972, reconociéndole como líder máximo de la Revolución panameña y otorgándole, por el término de seis años, el ejercicio de coordinación de la administración pública, a pesar de que el país contaba con presencia de un Presidente, el ingeniero Demetrio Basilio Lakas.

En virtud del contexto histórico en la cual fue elaborada la Constitución de 1972, esta recibió el nombre de Constitución Militar. El Gobierno Revolucionario, como bien explicitaba el mismo texto del preámbulo de la Constitución que decía <Nosotros los representantes de los Corregimientos de la República de Panamá, reunidos en Asamblea Nacional Constituyente elegida por el pueblo e invocando la protección de Dios decretamos la Constitución Política de la República de Panamá, que consagra los principios sociales, políticos, económicos y morales inspiradores de la Revolución panameña>, pretendía iniciar nuevos métodos de administración y, por consiguiente, de estructura del poder. Torrijos fue nombrado, por medio del Artículo 277 Constitucional para ser el coordinador de la Administración pública del país, con poderes para designar inclusive a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, la mencionada Constitución instituyó un sistema militar de gobierno, confiriendo poderes extraordinarios a una persona natural, desfigurando el concepto de los tres poderes clásicos al indicar que debían actuar en armónica colaboración entre ellos y la Fuerza Pública (militar). No obstante, la Constitución del 72 tenía de hecho un nuevo enfoque en materias como educación, trabajo, desarrollo económico y justicia social. A partir del año 1972 se notó un aumento en el número de estudiantes del nivel primario, secundario y universitario. La economía, que antes estaba sujeta a las fluctuaciones de la economía internacional del mercado, pasó a concentrar esfuerzos en la agricultura, en la exportación y en la industria manufacturera, lo que generó empleos y mejoró la vida de la población en general.<sup>451</sup>

---

<sup>451</sup> CHONG MARÍN, Moisés. Historia de Panamá. Ciudad de Panamá: Editorial Chong Ramar, 1998, p. 245

Durante el periodo militar panameño, que ha perdurado desde 1972 hasta 1982, también se aprobaron medidas de interés social como la creación del Ministerio de Comercio e Industrias, la Dirección General para el Desarrollo de la Comunidad, la Dirección de Aeronáutica Civil, el Ministerio de Salud, que por medio del Sistema Integrado de Salud pasó a conceder salud igual para todos, así como la creación del Ministerio de Trabajo, que vino a responder la necesidad de una mejora en la relación obrero-patronal. En este entonces Panamá tomó consciencia de que es un país de tránsito y que hacía falta desarrollarse también sobre la base del sector terciario, razón por la cual se creó el Centro Financiero Internacional, abriendo el país para una economía abierta, como condición esencial para su progreso.

Pese a la política dictatorial que se había instalado en el país, la Asamblea logró aprobar la Ley 81 de 5 de octubre de 1978 que reglamenta los partidos políticos panameños, firmada por el mismo Presidente Demetrio Basilio Lakas, así como estableció el Consejo Nacional de Legislación, cuya finalidad era la de modificar aspectos controversiales de la Constitución del año 1972, lo que se materializó por medio de los Actos reformativos n. 1 y 2 de 5 y 25 de octubre de 1978. Por tanto, a partir de 1978, Panamá pasó a tener elecciones populares directas para escoger Presidente y Vicepresidente de la República, que estaría a cargo por un período de seis años.

Tras la muerte de Omar Torrijos el 31 de julio de 1981 en virtud de un accidente de avión que tuvo lugar en las montañas de Coclé, la Comandancia Suprema de la Guardia Nacional quedó en manos de Rubén Darío Paredes, quien desplazó de la Presidencia de la República al Dr. Arístides Royo Sánchez para instalar a Ricardo de la Espriella, lo que sucedió el 31 de julio de 1982.

En el ejercicio de sus funciones Espriella ordenó la organización de un referéndum, en el cual se averiguó que la mayoría de la ciudadanía deseaba reformas constitucionales, las cuales se materializaron el 6 de junio de 1983, fecha de la publicación de la Constitución Política de la República de Panamá reformada por los Actos Reformativos de 1978 y por el Acto Constitucional de 1983 en la Gaceta Oficial. La administración de la Nación Panameña volvía a ser encargo del Ejecutivo, ya que la Constitución de 1983 no contaba con la presencia de un “coordinador” ajeno a aquel Poder. Además de ello, la cláusula de separación de poderes fue sustituida, y la extensión del mandato del Presidente y los dos Vicepresidentes de la República y de los Legisladores pasó a ser de cinco años.

En el ínterin del Acto Legislativo que reforma la Constitución en 1994, sucede quizá el más traumático evento de la historia panameña: la acción norteamericana para la captura de Noriega. Manuel Antonio Noriega es considerado el último general de la era militar de

Panamá, quien, a pesar de no haber sido Presidente, actuó como líder de la Nación desde 1983. Para establecerse como Comandante Supremo de la Guardia Nacional el teniente coronel Noriega prometió a Rubén Paredes el cargo de Presidente en caso de que este renunciara, sin embargo, al lograr hacerse Jefe no cumplió con el acordado.

El 5 febrero de 1988 Noriega ya había sido demandado en los juzgados de Tampa y Miami bajo la acusación de tráfico de drogas, pandillerismo, lavado de dinero y encubrimiento de actividades ilícitas en el área centroamericana, lo que revela el esquema de corrupción en el cual se encontraba involucrado.

El 7 de mayo de 1989, cuando se dieron elecciones presidenciales en Panamá, los partidos Alianza de Partidos Políticos de Oposición (ADOC) y el Partido Revolucionario Democrático (PRD) se enfrentaron teniendo el primero Guillermo Endara Galimany al frente y Carlos Duque Jaén como representante del segundo partido. Con el 62,5% de los votos, resultó ganador Guillermo Endara, sin embargo, no pudo ocupar su cargo en virtud de la represalia que le prepararon los agentes del Partido Revolucionario Democrático, que estaba bajo el mando de Noriega.

El 15 de diciembre la Gaceta Oficial n. 21.436 publicó las Resoluciones n. 10 y 11, en que La Asamblea Nacional Panameña declaraba estado de guerra contra los Estados Unidos y otorgaba poderes especiales al Jefe de Gobierno Manuel Noriega, afirmando cosas como <La República de Panamá vive en un real estado de guerra, bajo el acoso permanente de los Estados Unidos de América, cuyos soldados no solamente violan a diario la integridad de los Tratados Torrijos-Carter, utilizando el territorio panameño para lanzar acciones bélicas a todos los Estados vecinos, sino que pisotean nuestros derechos soberanos en abierta, prepotente y descarada violación de los pactos y normas del derecho internacional, haciendo uso de su poderío bélico y de su superioridad material de que dispone. Y para hacer frente al estado se crea el cargo de Jefe de República de Panamá y se designa al General Manuel Antonio Noriega Moreno, Comandante Jefe de las Fuerzas de Defensa de la República de Panamá para desempeñar este cargo como Líder Máximo de la lucha de Liberación Nacional>.

Conociendo el nuevísimo status de Noriega, conyugado a la formal declaración de guerra en su contra, el Presidente estadounidense George H. W Bush ordenó el envío de tropas militares a Panamá, no para entablar una guerra sino para capturar a Noriega, lo que de hecho sucedió el 20 de diciembre de 1989. Por fin, ya detenido por los agentes de la Drug Enforcement Administration (DEA), Noriega fue llevado a los Estados Unidos, donde fue juzgado por sus crímenes, condenado y estuvo encarcelado durante el periodo de 30 años. En

aquella misma fecha, Guillermo Endara ocupaba finalmente su lugar como Presidente Constitucional de Panamá, pero en un evento que se realizó dentro de una base militar norteamericana, ubicada en la zona del canal.

Después de dicha intervención, Panamá vive la experiencia de la ocupación norteamericana, según lo describe Moisés Chong. El autor panameño afirma que luego de la invasión todas las corregidurías de Panamá tenían un representante norteamericano. El patrullaje por las calles pasó a ser cargo de los norteamericanos, incluso del movimiento vehicular de manera general. En aquel momento, las opiniones y advertencias del embajador de los Estados Unidos en Panamá, Deane Hinton eran acatadas como si fueran órdenes. En 1991, ambos países llegaron a firmar un Tratado de Asistencia Legal Mutua (TALM) mediante el cual convenían proveer asistencia mutua en la investigación, enjuiciamiento y supresión de delitos, lo que implicaba la presencia de agentes de la DEA en las instalaciones del Centro Financiero de Panamá.<sup>452</sup>

Asimismo, fue durante el mandato de Endara cuando se publicó el Acto Legislativo n. 1 del 27 de diciembre de 1993, que adicionó El Canal de Panamá como un nuevo título a la Constitución, que decía el siguiente: <El Canal de Panamá constituye un patrimonio inalienable de la Nación panameña; permanecerá abierto al tránsito pacífico e ininterrumpido de las naves de todas las naciones y su uso estará sujeto a los requisitos y condiciones que establezcan esta Constitución, la Ley y su Administración>.

Así, el día 1 de septiembre de 1994, tras la realización de elecciones, Ernesto Pérez Balladares, del Partido Revolucionario Democrático, pasó a ocupar el cargo de Presidente electo. En este mismo año se hacía pública la creación de una persona jurídica autónoma de Derecho Público denominada Autoridad del Canal de Panamá la cual se insertó en la Constitución a través del Acto n. 2 de 1994, que, además de sustituir el preámbulo de la Carta original, agregó los artículos 2 y siguientes del título “Canal de Panamá”. Todo ello se hacía necesario en virtud del periodo de transición que atravesaba pues según el artículo II del Tratado Torrijos-Carter el Gobierno de los Estados Unidos transferiría la responsabilidad de la administración del Canal de Panamá para el Gobierno de la República de Panamá el 31 de diciembre de 1999.

La transferencia efectiva del Canal de Panamá para los panameños fue conducida por Mireya Moscoso, Presidente elegida por voto popular que tomó posesión de su mandato en septiembre de 1999 y que permaneció en el poder hasta septiembre de 2004, cuando fue

---

<sup>452</sup> CHONG MARÍN, Moisés. Historia de Panamá. Ciudad de Panamá: Editorial Chong Ramar, 1998, p. 359

sucedida por medio de elecciones por Martín Torrijos. Fue durante el mandato de Mireya Moscoso cuando la Asamblea Nacional expidió el Acto Legislativo n. 1 de 27 de julio de 2004, que reformaba ampliamente la Constitución panameña, ya que contó con 67 alteraciones.

La reforma constitucional de 2004 es la más reciente modificación, cuyas disposiciones siguiendo la tendencia mundial Panamá afirma su política interna e internacional en la manutención de un Estado democrático, destinado a asegurar el ejercicio de los derechos individuales y sociales, estableciendo incluso, en su artículo 17, que <los derechos y garantías de esta Constitución deben considerarse mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona>.

Al establecer que las garantías establecidas a favor de la persona son mínimas, estableció el derecho ciudadano de acceso a la información de los entes públicos habeas data como medio jurídico de exigir el cumplimiento de ese derecho sustantivo; instituyó la Defensoría del Pueblo, a modo de oficina para instrumentar los derechos y garantías constitucionales; amplió los derechos políticos y configuró plenamente la autonomía financiera del Tribunal Electoral; acortó el periodo de transición de mando al ordenar la toma de posesión del Presidente de la República para el 1 de julio; legitimó la justicia arbitral como medio de juzgamiento de la Administración; permitió la creación de una Asamblea Constituyente como medio de reformar la Constitución; ordenó una consulta a la ciudadanía vía Referéndum con miras a una ampliación del Canal de Panamá.

#### 8.4. La Constitución Panameña como matriz de políticas públicas

Tras las reformas que han alterado el texto de la Constitución de 1972, principalmente por medio de aquellas insertadas en 2004, el Gobierno panameño ha logrado ofrecer a su población una constitución democrática y preocupada en asegurar a todas las personas bajo la jurisdicción de la República unas condiciones mínimas de bien estar. Benavides Pinilla afirma que la actual Constitución panameña tiene como fin buscar y asegurar la coexistencia pacífica, promoviendo la armonía entre el poder y la libertad individual<sup>453</sup>.

Rigoberto González señala que la actual Constitución es materialmente distinta a la versión que data de 1972, entre otras cosas, porque tiene una nueva fórmula política. El techo

---

<sup>453</sup> BENAVIDES PINILLA, Víctor Leonel. Compendio de Derecho Público panameño. Ciudad de Panamá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2012, p. 729

ideológico de la Constitución dado por su preámbulo reafirma la base de una Nación institucionalmente sólida, fuerte y estable.<sup>454</sup>

El actual preámbulo de la Constitución panameña reza lo siguiente: <Con el fin supremo de fortalecer la Nación, garantizar la libertad, asegurar la democracia y la estabilidad institucional, exaltar la dignidad humana, promover la justicia social, el bienestar general y la integración regional, e invocando la protección de Dios, decretamos la Constitución Política de la República de Panamá>. El valor normativo que representa el preámbulo de la Constitución es un elemento esencial al momento de interpretarla, pues contiene los valores en los que se basaron quienes la estructuraron. Además, retrata el momento histórico de la comunidad. En el caso panameño, el preámbulo de la Constitución reafirma el fortalecimiento de la institucionalidad del Estado como fin primordial y se colocan también la libertad y la dignidad humana como valores superiores, lo que denota una tendencia ideológica de equilibrio en la dicotomía autoridad estatal y libertad individual. Como objetivos primarios que se trazan se encuentran también la justicia social y el bien estar general, fines típicos que el sistema democrático de gobierno tiene por obligación lograr. La inclusión de la expresión “integración regional” como meta estatal responde a una fuerte corriente que flota en el mundo y que va acorde con la cooperación internacional que requiere la humanidad ante el fenómeno de la globalización.<sup>455</sup>

Además, el capítulo 1, denominado garantías fundamentales, del Título III, Derecho y Deberes Individuales y Sociales, de la Constitución, conjuntamente con el Preámbulo ya mencionado evidencian una ideología demoliberal, con la presencia de un cristianismo confeso en la mente de los constituyentes, tal como lo demuestra el texto del Artículo 35 sobre la libertad de culto, que impone como uno de sus límites <el respeto a la moral cristiana> y reconoce como mayoritaria para los panameños la religión católica.

En cuanto a la estructura o base socioeconómica, se desprende del ya citado Preámbulo (promover la justicia social, el bienestar general) y de las disposiciones 44 (propiedad privada), 45 (función social de la propiedad privada), 46 (prevalencia del interés público), 58 (patrimonio familiar), 60 (derecho al trabajo), 75 (cláusula de derechos mínimos para el trabajador), 105 (derecho a la salud), 109 (seguridad social), 153 numeral 13 (organización de los servicios públicos) 244 (empresas municipales), 254-256 (bienes y derechos del Estado y su utilización para el bienestar social e interés público), 260-262

---

<sup>454</sup> GONZÁLEZ MONTENEGRO, Rigoberto. El preámbulo de la Constitución: su significado político y su valor jurídico. En Anuario de Derecho. Ciudad de Panamá: Universidad de Panamá, 2006, p. 158

<sup>455</sup> GONZÁLEZ MONTENEGRO, Rigoberto. El preámbulo de la Constitución: su significado político y su valor jurídico. En Anuario de Derecho. Ciudad de Panamá: Universidad de Panamá, 2006, p. 158



(régimen bancario-protección de la producción nacional monopolios oficiales), 277-279 (intervencionismo económico estatal), 281 (empresas de utilidad pública), 283 (régimen de cooperativas), 284 (uso óptimo de las tierras), 287-293 (limitaciones al dominio – ejercicio del comercio libre y competencia) de la Constitución, la llamada Constitución Económica del Estado, que el ordenamiento jurídico-político superior estructura como un neocapitalismo socializado, influenciado por la Constitución de Weimar de 1919.

Por lo tanto, la Constitución panameña es interpretada como una fórmula política vigente que se traduce en una expresión ideológica jurídicamente organizada en una estructura social, que cumple la función de individualización del Estado y, a la vez, asume un rol delimitante en la labor de la magistratura constitucional impuesta por el poder constituyente. Sus elementos integrantes constituyen un todo unitario que el juez de un Estado integracionista y un gobierno republicano, de separación de poderes del Estado según la terminología clásica y de base socioeconómica neocapitalista socializada, cumplen con el principal objetivo constitucional demoliberal: asegurar la dignidad de la persona.<sup>456</sup>

Ratificando dicho concepto Heriberto Araúz afirma que la actual Constitución panameña se ajusta a la nueva visión de la persona como sujeto de derechos y que reconoce sistemáticamente su rol de continuar fortaleciendo el sistema democrático y sus instituciones, así como consagrar y proteger los derechos fundamentales, robusteciendo las garantías jurisdiccionales constitucionales no solo de los derechos fundamentales, sino, además, de los convencionales.<sup>457</sup>

El artículo 17 de la Constitución panameña establece que las autoridades de la República están instituidas para asegurar la efectividad de los derechos y la dignidad de la persona, pero va más allá asegurando que <los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona>.

En este orden de ideas, si se conjuga la previsión del Artículo 28 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al versar que <Todo ser humano tiene derecho a un orden social e internacional en que los derechos y libertades establecidos en la presente declaración puedan ser plenamente realizados> queda evidente el posicionamiento del legislador constituyente panameño en afirmar la superioridad del derecho natural sobre el derecho positivo dictado por el Estado.

---

<sup>456</sup> GONZÁLEZ MONTENEGRO, Rigoberto. Interpretación Constitucional. Ciudad de Panamá: Editorial Mizrachi & Pujol, 1999, p. 109

<sup>457</sup> ARAÚZ SANCHEZ, Heriberto. El proceso constitucional de amparo: doctrina y jurisprudencia. Panamá: Imprenta Articsa, 2012, p. 33

Todo ello demuestra el esfuerzo que los gobiernos panameños han empleado para responder a las necesidades de todas las personas bajo su jurisdicción.

#### 8.5. La apertura del Estado panameño al sistema universal de protección de los derechos humanos

El 15 de junio de 1945, en virtud de un golpe en contra del Presidente electo Arnulfo Arias Madrid, y mientras estaba en plena marcha la Segunda Guerra Mundial, la Asamblea Nacional designó a Enrique Adolfo Jiménez como Presidente provisional, quien estuvo en el poder hasta el 7 de agosto de 1948. Durante su mandato, Adolfo Jiménez demostró ser un gran estadista, pues supo lidiar de la mejor manera con los retos que se le imponía el nuevo paradigma de relaciones internacionales que estaba en construcción en Latinoamérica, en donde el desarrollo de las naciones se convertía en vector de las decisiones de gobierno en materia de políticas exteriores. Jiménez, político y embajador experimentado, tenía consciencia de la transición que atravesaba Panamá: internamente, había emergencia de garantizar nuevas necesidades sociales y externamente se enfrentaba la crisis del capitalismo y el contexto de la Segunda Guerra Mundial.

En vista de los excesos cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, con el objetivo de recuperarse de la crisis y reforzar la garantía de los derechos mínimos de cada individuo, 50 países de todo el mundo, incluyendo a Panamá, se reunieron en San Francisco-Estados Unidos el 26 de junio de 1945 para firmar la Carta de las Naciones Unidas y el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Adolfo Jiménez tuvo participación en dicho evento no solo firmando la Carta de la ONU como también la ratificándola el 13 de noviembre de 1945. Tras la ratificación de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad y de la mayoría de los países signatarios, la Carta de la ONU entró en vigor el 24 de noviembre de 1945.<sup>458</sup>

En la década de los 40 los Estados habían dejado de ser autosuficientes en aspectos concernientes a los derechos fundamentales.<sup>459</sup> En todo el mundo se presentaba la exigencia manifiesta de recurrir a la tendencia internacionalizadora de protección de la persona y del reconocimiento de sus derechos, y Adolfo Jiménez conocía el panorama al que Panamá, como eje histórico del mundo, se enfrentaba. Además, tenía la consciencia de que el “Imperio de la

---

<sup>458</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Estados miembros fundadores de la ONU. Pesquisado en <https://research.un.org/es/unmembers/founders>

<sup>459</sup> GARCÍA BELAUNDE, Domingo. De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional. Lima-Perú: Editora Grijley, 2003. p. 97

Ley”, en contraposición a los derechos naturales, había sido el responsable por las incontables barbaridades que tuvieron lugar legalmente en la Europa devastada de aquel entonces. El paradigma positivista perdía sentido por su incapacidad de frenar abusos por parte de gobiernos de turno, por lo que se hacía urgente la redefinición de los conceptos con los que se armaba el Estado de Derecho. Fue en este contexto cuando Adolfo Jiménez aprobó la Constitución de la República de Panamá publicada en la Gaceta Oficial n. 9938 de 4 de marzo de 1946, por medio de la cual el país empezaba a firmar su base sobre el Estado de Derecho en manifestación a la democracia constitucional, estableciendo en su texto la cláusula de apertura al derecho internacional estatuida en el Artículo 4 en los siguientes términos: <La República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional>.

Sin embargo, este tránsito del Estado de Derecho al Estado Constitucional solo se consolidó en 2004, con la reforma que logró insertar en la Constitución de 1972 la cláusula de remisión de los derechos contenida en el artículo 17 Constitucional que establece: < Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales donde quiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley. Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona>.

Con la inserción del Artículo 17 la Nación panameña pasa a adoptar un sistema jurídico postpositivista, en el cual las normas establecen una solución normativa pero no definen un caso, pasando a caracterizarse por ser un País donde además de reglas, hay principios jurídicos, en donde los principios dotan de sentido a las reglas. Josep Aguiló enseña que los principios son lo que permiten que las reglas sean vistas como instrumentos para la protección y de promoción de ciertos bienes jurídicos, así como resultados de un balance, ponderación o compromiso entre principios para el caso que ellas regulan<sup>460</sup>.

Esta transformación en la concepción de Estado ha cerrado el ciclo del positivismo jurídico para devolver al derecho natural su voz, que había sido callada en la era moderna. En este sentido, en mayor o menor medida y teniendo en cuenta la heterogeneidad del material constitucional, las disposiciones de la Constitución pasaron a vincular, además de servir como guía hermenéutica. En consecuencia, los derechos en ella consagrados – también los

---

<sup>460</sup> AGUILÓ REGLA. Josep. Positivism y Postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. En Interpretación Jurídica y teoría del Derecho, Isabel Lifonte Vidal (Editora), Lima: Palestra Editores, 2010, p. 21

implícitos – pasaron a ostentar vocación de operatividad, aun cuando desde el modo de su formulación algunos estén afrontados constitucionalmente, y otros, sólo enunciados.<sup>461</sup>

Tanto es válida esta premisa que aunque la Constitución panameña no contiene ninguna previsión expresa de compromiso y persecución de la paz, lo hace en la práctica por medio de sus políticas sociales, como ejemplo el Plan Colmena del gobierno del actual Presidente de Panamá, Don Laurentino Cortizo<sup>462</sup>. Eso es así por el simple hecho de que Panamá es país signatario de la Carta de las Naciones Unidas, y por lo tanto, ha reafirmado formalmente su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana al ratificarla en 1946.

Al establecerse en la Carta de las Naciones Unidas la obligación internacional de los Estados miembros de respetar los derechos de la persona, con independencia de su nacionalidad se inició una nueva etapa en el orden jurídico internacional de manera que los derechos humanos pasaron a ser tratados como principios y valores supraestatales, cuya realización y respeto constituyen el fundamento de una obligación asumidas por el Estado signatario de la Carta.<sup>463</sup>

La presencia de normas internacionales con relevancia jurídica directa o indirecta en los ordenamientos nacionales de los países signatarios de la Carta de las Naciones Unidas estableció un orden jurídico internacional bajo la idea de un Estado de Derecho internacional que cuenta con normas claramente identificables para los sujetos obligados, con órganos de garantías plenamente legitimados que responden a las exigencias de respeto efectivo para los derechos y que a la vez está abierto al dialogo entre las diversas culturas, con vistas a alcanzar el consenso internacional que tenga como premisa mayor el respeto y garantía de los derechos.<sup>464</sup>

## 8.6. El Plan Estratégico de la República de Panamá para la protección de los derechos humanos

La importancia de señalar la responsabilidad del Estado en defender los derechos humanos proviene del requerimiento que los derechos de la persona exigen para su

---

<sup>461</sup> BAZÁN, Víctor. Control de las omisiones inconstitucionales e inconventionales. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014. p. 140.

<sup>462</sup> GOBIERNO DE PANAMÁ. Plan Colmena Pesquisado en <http://www.gabinetesocial.gob.pa/planes-y-proyectos/plan-colmena/>

<sup>463</sup> URIOSTE BRAGA, Fernando. Responsabilidad internacional de los Estados en los derechos humanos. Montevideo: Editorial B de F., 2002, p. 139

<sup>464</sup> BECERRA RAMÍREZ, José de Jesus. El constitucionalismo ante los instrumentos internacionales de derechos fundamentales. México: Ubijus Editorial, 2011. p. 29.

efectividad, es decir, de la obligatoriedad de la intervención de los poderes públicos para su garantía, dado que <casi todos los derechos y libertades tienen una dimensión prestacional o institucional difícilmente desvinculable de su ejercicio individual><sup>465</sup>.

Luigi Ferrajoli afirma que los derechos de las personas con independencia de sus ciudadanía poseen reconocimiento supraestatal que deben ser garantizados por el Estado en que se encuentra el ser humano, ya que los derechos vitales son la condición necesaria a la paz. Por tanto, en virtud de que son la base de la libertad y la igualdad jurídica que a su vez sustenta la dimensión sustancial de la democracia, cuya satisfacción es condición de la convivencia civil e razón de la existencia del Estado.<sup>466</sup>

Así, la protección de los derechos humanos ha penetrado el Derecho internacional positivo por vías convergentes. Al internacionalizarse el tema de los derechos humanos, se han asentado las bases de un orden orientado hacia la salvaguarda de los derechos fundamentales en el que la tutela aparece como una emulación entre normas internas e internacionales de protección, donde las primeras suelen preceder a las segundas.

El Estado panameño, al firmar y ratificar la Carta de las Naciones Unidas en 1945, se comprometió en promover la efectividad del sistema universal de protección de los derechos humanos, adoptando tratados, convenios, convenciones y pactos que reconocen los derechos humanos. Entre los primeros compromisos asumidos por Panamá están la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y los dos Pactos Internacionales, siendo el primero el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el segundo el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966, además del Protocolo Facultativo.

Dentro del ámbito de las Naciones Unidas, se creó un organismo regional que se denominó Organización de los Estados Americanos, quien elaboró la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José, la cual fue suscrita el 22 de noviembre de 1969, y ratificada por el Estado panameño por la Ley n. 15 de octubre de 1977. De esa manera, Panamá se sometió a la jurisdicción del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y asumido el compromiso de respetar tanto el Pacto de San José como los tratados internacionales de carácter regional, como por ejemplo, la Convención de los Derechos del

---

<sup>465</sup> GOMEZ PUENTE, Marcos. La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pág. 264. El contenido esencial de los derechos es fuente de obligaciones legislativas: derecho a una medida legislativa concreta y derecho a una medida legislativa institucional. Citado por RODRIGUEZ, José Julio Fernández. La inconstitucionalidad por omisión. Teoría General. Derecho Comparado. El caso español. Civitas-Madrid, 1998. p. 119.

<sup>466</sup> FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 36.

Niño y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (conocida como la Convención de Belém do Pará).

De los tratados internacionales pueden derivar, a su vez, otras fuentes del derecho, también llamadas observaciones generales, que son una especie de interpretación general dictada por comités de expertos creados por mandato de los principales pactos internacionales de derechos humanos. Así, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos crea un Comité de Derechos Humanos, que está compuesto por 18 miembros (artículo 28 del Pacto) y la facultad para emitir comentarios generales dirigidos a los Estados partes sobre el contenido del Pacto. Una facultad parecida se encuentra en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.<sup>467</sup>

Los comentarios u observaciones generales son de gran interés para los estudiosos de los derechos fundamentales ya que contribuyen a ampliar el significado de las disposiciones de los pactos y tratados, precisando las obligaciones de los Estados y las tareas concretas que deben llevar a cabo para cumplir con lo que disponen los instrumentos internacionales. Miguel Carbonell entiende que “las observaciones generales se asemejan a una especie de jurisprudencia, sólo que no es dictada por órganos jurisdiccionales sino por órganos de carácter más bien consultivo, integrados por expertos en cada materia”<sup>468</sup>.

A nivel latinoamericano no está de más reiterar que en el momento en que un determinado Estado resuelve ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos, se compromete automáticamente al cumplimiento de los artículos 1 y 2 de dicha norma, lo que significa que el Estado se sometió al mismo tiempo al control de convencionalidad que puede ser ejercido tanto a través del sistema interamericano de derechos humanos – Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos – como por los propios Estados partes, sea por medio de sentencias interpretativas dictadas por sus Tribunales Constitucionales (control concentrado) o por medio del juez originario (control difuso).

Tras el transcurso del mandato de la Presidenta Mireya Moscoso, se realizaron elecciones presidenciales en Panamá, de las cuales salió exitoso Martín Erasto Torrijos, quien estuvo en el poder desde el 1 de septiembre de 2004 hasta el 30 de junio de 2009. Durante su mandato, Torrijos ordenó la organización de un referéndum para preguntar al pueblo panameño si estaba de acuerdo con la ampliación del canal de Panamá, oportunidad en que ocho en cada diez panameños contestaron con el “sí”. Luego de conocer los resultados de

---

<sup>467</sup> CARBONELL, Miguel. Los derechos fundamentales en México. Universidad Autónoma de México, 2004. p. 62.

<sup>468</sup> CARBONELL, Miguel. Los derechos fundamentales en México. Universidad Autónoma de México, 2004. p. 62.

dicho referéndum, empresarios, obreros, profesionales y líderes de la sociedad civil externalizaron su aspiración en el sentido de que los ingresos excedentes del canal ampliado fuesen dirigidos a gestiones de políticas públicas que impulsaran el desarrollo nacional, especialmente en beneficio de los más pobres.

En este contexto, se creó el Consejo de la Concertación Nacional para el Desarrollo por medio de la Ley n. 20 de 25 de febrero de 2008, que aprueba el mecanismo de verificación y seguimiento de los acuerdos y las metas para el desarrollo, conformado por las siguientes instancias: 1. El Consejo de la Concertación Nacional para el Desarrollo; 2. El Gabinete Social; 3. La Secretaría de Metas Presidenciales. Así, cuando la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas presentó en 2015 la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, que establece, entre los 17 objetivos de desarrollo sostenible el fortalecimiento de sociedades pacíficas, libres del temor y la violencia,<sup>469</sup> estos mismos objetivos fueron adoptados por el Estado Panameño por medio del Gobierno del Presidente Juan Carlos Varela<sup>470</sup>, quien ordenó el establecimiento de una Comisión Interinstitucional y de la Sociedad Civil, con participación del Consejo de la Concertación Nacional para el Desarrollo de Panamá, con vistas a la elaboración de propuestas de políticas públicas, planes, programas y recomendaciones de acción para el desarrollo del País que deberían tener los Objetivos de Desarrollo Sostenible como base fundamental. Como resultado de los debates emprendidos en este sentido, el Consejo Nacional de la Concertación presentó el Plan Estratégico Nacional con visión de Estado Panamá 2030.<sup>471</sup>

El Plan Estratégico Nacional con visión de Estado Panamá 2030 fue elaborado en 2017 en asociación con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo – PNUD, organismo mundial que actúa en apoyo a la gestión, implementación y ejecución de programas y proyectos orientados al logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas para poner fin a la pobreza, proteger el planeta y garantizar que todas las personas gocen de paz y prosperidad.<sup>472</sup> Desde su creación, los distintos gobiernos panameños colocaron énfasis en distintos ejes y estrategias, como forma de establecer parámetros para el desarrollo del país. En un primer momento se privilegió el desarrollo social y la seguridad (2004-2009); posteriormente el desarrollo económico y las infraestructuras (2009-2014); por

---

<sup>469</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Transformar Nuestro Mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible

<sup>470</sup> República de Panamá. Decreto Ejecutivo n. 393 de 14 de septiembre de 2015.

<sup>471</sup> Consejo de la Concertación Nacional para el Desarrollo, Plan Estratégico Nacional con visión de Estado, Panamá 2030, alineando el desarrollo nacional con los Objetivos de Desarrollo Sostenible, Panamá 2017 Pesquisado en <https://www.concertacion.org.pa/>

<sup>472</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en Panamá. Pesquisado en <https://www.pa.undp.org/content/panama/es/home.html>

último el desarrollo institucional y el desarrollo sostenible (2014-2019). De hecho, las prioridades que se desarrollaron en los últimos doce años se organizaron en torno de las tres esferas: personas (38,2%), prosperidad (25,6%) y paz (22,7%). Desde esa perspectiva y tras el cambio de gobierno panameño, Panamá reorganizó objetivos y metas nacionales con fines de actualizar el marco estratégico de la Concertación Nacional para el Desarrollo en conformidad tanto con la Agenda de Desarrollo Sostenible como con el Plan de gobierno del actual Presidente Laurentino Cortizo.

Dentro del contexto mencionado, en su Estrategia de elaboración e implementación de políticas para asegurar el cumplimiento de los 17 objetivos fundacionales para lograr el Desarrollo Sostenible el actual Gobierno decidió priorizarlos de la siguiente forma: 1. Fin a la pobreza (6.1); 2. Hambre cero (6.5); 3. Salud y bienestar (15.2); 4. Educación de calidad (7.7); 5. Igualdad de género (1.8); 6. Agua limpia y saneamiento (3.0); 7. Energía asequible y no contaminante (2.3); 8. Trabajo decente y crecimiento económico (16.8); 9. Industria, innovación e infraestructura (8.0); 10. Reducción de las desigualdades (1.7); 11. Ciudades y comunidades sostenibles (6.3); 12. Producción y consumo responsable (3.2); 13. Acción por el clima (3.4); 14. Vida submarina (1.7); 15. Vida de ecosistemas terrestres (3.1); 16. Paz, justicia e instituciones sólidas (9.8); 17. Alianzas para lograr los objetivos (3.1).

Esta priorización de los objetivos con respecto del Plan Estratégico de Gobierno en conjunto con la Concertación Nacional para el Desarrollo, resulta en la priorización de los objetivos 3, 4, 8 y 16, consistiendo este último en promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles. Inclusive, en su informe sobre la situación de seguridad ciudadana, violencia y delincuencia, el Gobierno panameño evidencia la conciencia que tienen los poderes del Estado de que el problema de la seguridad ciudadana, de la violencia juvenil y doméstica tiene orígenes estructurales, institucionales y situacionales.<sup>473</sup>

Un ejemplo de política social que se puede destacar es el Programa de Prevención de las violencias en Panamá promovido por el gobierno del Presidente Ricardo Martinelli (mandato de 2009-2014), y ejecutado por el Ministerio de Seguridad<sup>474</sup>. Dicho programa tenía como enfoque el desarrollo de estrategias de prevención de violencia contra la mujer, con

---

<sup>473</sup> Consejo de la Concertación Nacional para el Desarrollo, Plan Estratégico Nacional con visión de Estado, Panamá 2030, alineando el desarrollo nacional con los Objetivos de Desarrollo Sostenible, Panamá 2017 Pesquisado en <https://www.concertacion.org.pa/>

<sup>474</sup> El propio Ministerio de Seguridad Pública de Panamá fue creado en el gobierno de Ricardo Martinelli, por medio de la Ley n. 15 de 14 de abril de 2010. Políticas institucionales pesquisado en: [https://www.minseg.gob.pa/wp-content/uploads/2015/06/politicas\\_institucionales.pdf](https://www.minseg.gob.pa/wp-content/uploads/2015/06/politicas_institucionales.pdf)



vistas a garantizar derechos y otorgar acceso efectivo a la justicia, actuando directamente en la formación de actores clave, como maestros en centros educativos.<sup>475</sup>

Otro ejemplo de política pública de prevención de la violencia es el denominado “Barrios seguros con mano firme”, cuyo enfoque consistía en rehabilitación comunitaria, centrada en capacitar técnicamente el mayor número de personas desempleadas a fin de que lograsen reinsertarse en el mercado laboral. Dicho programa fue promovido por el gobierno del Presidente Juan Carlos Varela (mandato de 2015-2019) y finalizó el 28 de diciembre de 2018.<sup>476</sup>

---

<sup>475</sup> GOBIERNO DE PANAMÁ. Ministerio de Seguridad Pública. Programa de Prevención de las Violencias en Panamá. <https://www.seguridadciudadana.gob.pa/programa-prevencion-las-violencias-panama/>

<sup>476</sup> GOBIERNO DE PANAMÁ. Ministerio de Seguridad Pública. Cierre del Programa Barrios Seguros con Mano Firme. Pesquisado en <https://www.minseg.gob.pa/wp-content/uploads/2019/03/Cierre-del-Programa-Barrios-Seguros-con-mano-firme.pdf>

## **CAPITULO IX. LAS POLITICAS PUBLICAS DE PREVENCIÓN A LA VIOLENCIA DOMESTICA EN PANAMÁ**

Las políticas públicas existen para reconocer y concretar los derechos naturales de las personas. El actual Presidente de Panamá, Laurentino Cortizo Cohen, al presentar su Plan Estratégico para alcanzar los objetivos de desarrollo de las Naciones Unidas, señaló la violencia doméstica como un problema prioritario a ser enfrentado en Panamá, que debe ser abordado desde su origen. En su informe sobre la situación panameña en cuanto a la violencia demuestra intención de concentrar sus esfuerzos en el conocimiento, identificación y atención de aquellos factores que desencadenan la violencia, pues ya se considera asimilado el entendimiento de que la prevención a la violencia es el mecanismo más eficaz para la consecución de la convivencia pacífica.<sup>477</sup>

### **9.1. Las tasas de violencia doméstica en Panamá**

Para elaborar políticas públicas de prevención a la violencia doméstica el Gobierno panameño maneja instrumentos informativos como por ejemplo: 1. Encuesta Nacional de Salud Sexual y Reproductiva ENASSER; 2. Encuesta Nacional de Victimización y Percepción de Seguridad Ciudadana 3. Los datos del Centro de estadísticas del Ministerio Público de Panamá.

La Encuesta Nacional de Salud Sexual y Reproductiva Panamá 2014-2015, elaborada por el Ministerio de Salud de Panamá informó que en 2014 Panamá contaba con una población de 3,913,275 habitantes en donde la proporción de hombres era del 50% y el de mujeres 49,8% y que entre las características de los hogares visitados para la realización de la Encuesta se detectó que el tamaño promedio de los hogares en las poblaciones indígenas de Panamá era de cinco personas mientras que en el área rural y urbana era de cuatro y cuatro, respectivamente, y que en el total del país, el 22,3% de las mujeres eran jefes de hogar. Para recolección de la información se entrevistó a un total de 11,116 viviendas de las cuales hubo 5,616 mujeres y 5,500 hombres, y se utilizó un cuestionario digital dividido en tres partes, siendo el primero dirigido a los datos de la vivienda, un segundo elaborado para hombres entre las edades de 15 a 59 años y un tercero para mujeres entre las edades de 15 a 49 años.

---

<sup>477</sup> El actual Presidente de Panamá presentó a finales del año 2019 su principal política de gobierno: el “Plan Colmena: Panamá libre de pobreza y hambre, la sexta frontera”. El Plan Colmena es un proyecto que va de la mano de la Agenda 2030 para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible – ODS, de la Organización de las Naciones Unidas.

En la sección 12 del cuestionario de la mujer se abordó el tema de violencia doméstica, cuyos resultados revelaron que en el año 2014 el 64.4% de las mujeres entrevistadas habían padecido de algún tipo de violencia por parte de su pareja. También se observó que solo 2% del total de mujeres que sufrieron violencia domestica acudieron a alguna institución y 3% pidieron ayuda de personas cercanas, haciendo un total de 5% para las que pidieron ayuda a ambas fuentes.<sup>478</sup>

La Encuesta Nacional de Victimización y Percepción de Seguridad Ciudadana – INVI es una iniciativa liderada por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) que contó con el respaldo del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y la participación activa del Gobierno panameño con el objetivo de generar información relevante para el diseño e implementación de políticas públicas que promuevan paz, justicia e instituciones sólidas.<sup>479</sup> La Encuesta, que se realizó en el año 2017 por medio del Censo de la Vivienda Nacional a 330,924 personas en todo el país, logrando estimar, entre otras variables, el número de víctimas y los tipos de delitos más cometidos, así como las características de las víctimas y sus reacciones ante la conducta delictuosa. Así, se detectó que en Panamá, entre julio de 2015 y junio de 2016, el 19% de la población entrevistada fue víctima de al menos 1 delito, de esos 53,3% mujeres y 46,7% hombres. Se detectó aún que el 85,8% de los delitos no son denunciados a las autoridades competentes y que entre las causas de la no denuncia las más comunes son: lo resolví a mi manera o conocía el autor (32,5%), la autoridad no hubiera hecho nada (22,4%) y por falta de pruebas (19,8%). Ahora bien, si se conjuga estas reacciones al tipo de delito “agresiones y lesiones” que demostró tener una incidencia sobre 15.222 personas, se podría estar hablando de violencia doméstica.

En cuanto a la violencia que llega al conocimiento de las Autoridades, el Ministerio Público ha sido el organismo que mejor las ha reportado, presentando datos estadísticos comprensibles por no expertos y disponibles directamente en su página web. Según el Ministerio Público, del 1 de enero al 31 de diciembre de 2019 se han registrado 20.379 denuncias por violencia doméstica y 3.067 denuncias por maltrato al menor en todo el país.<sup>480</sup>

---

<sup>478</sup> DE LEON RICHARDSON, Ruth Graciela. Encuesta nacional de salud sexual y reproductiva. Panamá: Instituto Conmemorativo Gorgas de Estudios de la Salud, 2018, p. 222-232

<sup>479</sup> Gobierno de Panamá. Encuesta Nacional de Victimización y Percepción de Seguridad Ciudadana 2017. [https://www.siec.gob.pa/index.php?option=com\\_phocadownload&view=category&id=16&Itemid=239&limitstart=0](https://www.siec.gob.pa/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=16&Itemid=239&limitstart=0)

<sup>480</sup> Gobierno de Panamá. Ministerio Público. Número de denuncias registradas contra el orden familiar y el Estado civil, a nivel nacional. Pesquisado en <https://ministeriopublico.gob.pa/wp-content/uploads/2020/01/Informe-Estad%C3%ADstico-Violencia-Dom%C3%A9stica-Enero-a-Diciembre-de-2019.pdf>

Los números del Ministerio Público también revelan que durante todo el año de 2019 hubo 480 homicidios en todo el país, de cuales 428 fueron registrados para el género masculino y 52 para el femenino, y entre estos últimos 21 fueron considerados como femicidio según valoración del Fiscal del caso, lo que resulta en más del 40% de resultados fatales en casos de mujer basada en la pertenencia al sexo femenino, por causa de la discriminación, con base en el Artículo 4, numeral 7 de la Ley n. 82 de 24 de octubre de 2013.

## 9.2. Las soluciones gubernamentales para la prevención del problema de la violencia doméstica en Panamá

Para prevenir el problema de la violencia doméstica los Gobiernos panameños, principalmente a partir de 1995<sup>481</sup>, han realizado reformas legales y promulgado nuevas leyes, aumentando las sanciones para casos de violencia entre parejas; dando énfasis a la elaboración e implementación de políticas de empoderamiento de víctimas, y desarrollando mecanismos de rehabilitación a agresores; y en cuanto a la violencia doméstica perpetrada contra los niños ha concentrado sus esfuerzos en la aplicación de la Estrategia Nacional Multisectorial de Prevención de la Violencia contra Niños, Niñas y Adolescentes 2018-2022<sup>482</sup>.

### 9.2.1. La Penalización de la violencia doméstica y la actuación de las Instituciones Judiciales

La violencia doméstica en Panamá es un delito recogido en el Código Penal, previsto dentro del Título V como un delito contra el Orden Jurídico Familiar y el Estado Civil, y está dividida en dos partes: la violencia entre adultos, prevista en el Artículo 200 y la violencia perpetrada a menores de edad, prevista en el Artículo 202.

La violencia doméstica entre adultos está descrita en el Artículo 200 del Código Penal, que define la conducta punible como siendo el hostigamiento o agresión, física o psicológica o patrimonial que comete una persona a un miembro de su familia. Para la interpretación de este concepto el legislador utilizó el diccionario Gran Espasa ilustrado, que fija el verbo hostigar como perseguir o molestar a una persona, y el verbo agredir, como la

---

<sup>481</sup> La Ley n. 27 de 16 de junio de 1995 introdujo por primera vez la conducta típica de la violencia doméstica en el sistema jurídico panameño bajo la denominación de violencia intrafamiliar.

<sup>482</sup> GOBIERNO DE PANAMÁ. Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia. Estrategia Nacional Multisectorial de Prevención de la Violencia contra Niños, Niñas y Adolescentes 2018-2022 pesquisado en <https://www.unicef.org/panama/media/691/file/Estrategia%20Nacional%20Multisectorial%20de%20Prevenci%C3%B3n%20de%20la%20Violencia%20contra%20Ni%C3%B1os,%20Ni%C3%B1as%20y%20Adolescentes%20.pdf>

acción que se ejecuta en contra de alguien para hacerle daño.<sup>483</sup> El término “hostigamiento” también está detalladamente definido en el Artículo 4 de la Ley 82 de 24 de octubre de 2013 que adopta medidas de prevención contra la violencia en las mujeres, como siendo: “Acto u omisión, no necesariamente con motivaciones sexuales, con abuso de poder, que daña la tranquilidad, autoestima, salud, integridad, libertad y seguridad de la víctima, impide su desarrollo y atenta contra la equidad. Puede consistir en un solo evento dañino o en una serie de eventos cuya suma produce el daño e incluye la negativa a darle las mismas oportunidades de empleo a las mujeres, no aplicar los mismos criterios de selección, no respetar su permanencia o condiciones generales de trabajo, la descalificación del trabajo realizado, las amenazas, la intimidación, las humillaciones, la explotación y todo tipo de discriminación basada en su condición de mujer”.

El Artículo 200 del Código Penal menciona también las variadas formas de manifestación de la violencia, siendo éstas, la física, cuando el daño se hace a través del uso de la fuerza corporal o con el auxilio de un objeto, con lo cual se causa perjuicio a la integridad física de la víctima; la psicológica, cuando la acción o la omisión busca causar daño en el aspecto mental, emocional, sentimental, anímico, moral y espiritual; y la patrimonial, cuando el perjuicio es de carácter material, sobre bienes que forman parte del patrimonio familiar o que sirven para la subsistencia de los miembros de la familia.

La ley 38 de 2001, vigente aún en algunos aspectos, tales como medidas de protección, normas procesales y políticas públicas, definió la violencia doméstica como un patrón de conducta, por lo que era imprescindible que con la investigación se acreditara la secuencia de hechos constitutivos de agresión, lo que compaginaba con el concepto médico doctrinal, esto es, el ciclo de la violencia por el que atraviesan las víctimas, dentro del cual se dan episodios de agresión, de perdón y reconciliación entre las personas involucradas en el conflicto. El jurista Pineda aclara que el concepto de patrón de conducta quedó desplazado con la aprobación del Código Penal de 2007, al derogar el de 1982, así como también los delitos tipificados en otras leyes, y con ello, las definiciones que contempló la Ley 38 de 2001, entre otras, la de violencia doméstica, de manera que actualmente hasta un evento aislado de violencia puede ser calificado como delito.<sup>484</sup>

El término “familia” descrito en el tipo penal mencionado engloba a la pareja íntima, que se originó por medio de matrimonio, unión de hecho, relación de pareja que no haya

---

<sup>483</sup> PINEDA, Adolfo Augusto. Texto Único del Código Penal de la República de Panamá (Comentado), Panamá: Procuraduría General de la Nación, 2015, p. 145

<sup>484</sup> PINEDA, Adolfo Augusto. Texto Único del Código Penal de la República de Panamá (Comentado), Panamá: Procuraduría General de la Nación, 2015, p. 146

cumplidos los cinco años, cuya intención de permanencia pueda acreditarse, personas que hayan procreado entre sí un hijo o hija, así también a los parientes cercanos por consanguinidad o afinidad; asimismo, en su condición de víctimas, a los hijos o hijas, menores de edad, no comunes que convivan o no dentro de la familia.

La sanción prevista para casos de violencia doméstica es de cinco a ocho años de prisión en el caso de que las lesiones sufridas por la víctima no produzcan una incapacidad superior a los treinta días, y de seis a nueve años de prisión si dichas lesiones producen una incapacidad superior a treinta días, pero no excedente a sesenta días. En caso de que la incapacidad por lesiones exceda de sesenta días la sanción será de seis a diez años de prisión.

La violencia doméstica perpetrada contra menores de edad está prevista en Artículo 202 del Código Penal. En este caso, se considerará violencia doméstica la conducta de <causar, permitir o hacer que se le cause daño físico, mental o emocional, incluyendo lesiones físicas ocasionadas por castigos corporales; utilizar o inducir a que se le utilice en la mendicidad o en propaganda o publicidad no apropiada para su edad; emplearlo o permitir que se le emplee en trabajo prohibido o que ponga en peligro su vida o salud; darle trato negligente> que se origine de su ascendiente; pariente cercano; el encargado de la guarda, crianza y educación o tutor; el encargado de su cuidado y atención; el que interviene en el proceso de su educación, formación y desarrollo integral, a quien se le imputará una sanción de tres a seis años de prisión. Si la víctima menor de edad posee algún tipo de discapacidad esta pena puede ser aumentada de una tercera parte a la mitad. Además, al agresor se le puede aplicar una medida accesoria como, por ejemplo, la suspensión de la guarda y crianza.

Otro aspecto que merece comentario es que el Artículo 200 del Código Penal no contempla en su definición violencia sexual, en consideración a que las conductas de esta naturaleza tienen regulación específica en el Artículo 174 del Código Penal, el cual prevé en el numeral 4 que la violencia sexual perpetrada por pariente cercano o tutor es circunstancia de aumento de pena, así como en el caso del numeral 8 que prevé que cuando el acceso sexual se haga empleando medios denigrantes o vejatorios, el abuso sexual pasa de ser un crimen sancionado con prisión de cinco a diez años para ser sancionado con pena mínima de ocho años de prisión y máxima de doce años de prisión.

En las situaciones de violencia doméstica tanto la víctima como un tercero tiene la opción de llamar o acudir a una estación de Policía Nacional más cercana para reportar los hechos. En su intervención la policía acudirá al domicilio donde se encuentre la víctima, en caso de que haya necesidad de hacerlo y procederá de conformidad con el protocolo de actuación interno, el cual obliga a que la Autoridad Policial elabore un Informe detallado con

relación al agresor, la escena, los testigos, y la víctima, a fin de encaminarlo al Ministerio Público, quien tiene la función de continuar apurando las informaciones a fin de solventar el problema, es decir, de garantizar a la víctima tanto la protección que necesite como buscar la reparación de los derechos que le fueron violados por medio de persecución de las sanciones que corresponden al agresor.

El Ministerio Público puede tomar conocimiento de asuntos de violencia doméstica por medio de los servicios de la Policía Nacional, de los servicios de salud o a través de la propia víctima, si esta prefiere encaminarse directamente a la Fiscalía. Después de conocer los hechos, y si la víctima presenta lesiones que requieran asistencia médica, se le encamina inmediatamente al servicio médico correspondiente, facilitándole el traslado, incluso. En caso de agresiones sexuales, el Ministerio Público exigirá la intervención del médico forense con el objetivo de asegurar pruebas procesales.

En caso de que la víctima no requiera de asistencia médica los funcionarios del Ministerio Público la atenderán en un lugar privado, a fin de dispensarle un trato diferenciado y preferente a fin de asegurarle que las informaciones allí prestadas son confidenciales. En ese momento, se le informará a la víctima sobre las medidas de protección de que dispone de acuerdo con el caso que se presenta, asimismo se le informará sobre el procedimiento penal que va a empezar y de su derecho a ser asesorada por un abogado particular o defensor público. Luego de informarle sobre sus derechos se le tomará la declaración respectiva.

Dependiendo de la gravedad de las amenazas que recibe, se encaminará a la víctima a un albergue. En caso de que la víctima sea mujer, el Instituto Nacional de la Mujer se encargará de recibirla por un periodo máximo de seis meses, y le concederá comida y atención psicológica. La dirección del albergue para mujeres víctimas de violencia no es divulgada para dificultar la acción de los agresores que las amenazan. En caso de que la víctima sea menor de edad se le encaminará a uno de los 58 albergues de responsabilidad de la Secretaría Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia.

Después de certificarse que la víctima está protegida por medio de los mecanismos previstos legalmente, el Ministerio Público encaminará la denuncia al Juzgado competente, quien otorgará las medidas de protección a la víctima requeridas por el Ministerio Público y se promoverá la demanda penal con objeto de apurar la verdad de los hechos. Durante todo el proceso penal el Tribunal deberá velar para que la dignidad de la víctima sea respetada, otorgándole un trato específico y adecuado a las circunstancias. A la víctima se le prestará informaciones sobre el proceso y sus derechos, así como futuros recursos y requisitos que le garanticen un acceso efectivo a la justicia. Los sistemas informatizados deberán garantizar la

confidencialidad de los hechos para que la víctima no se sienta revictimizada con la publicidad de lo que le sucedió, asimismo cualquier acto revictimizante será evitado por parte de las autoridades judiciales.

El Juez responsable por el caso, analizará las pruebas documentales, como pericias, fotos, audios y videos que eventualmente hayan sido presentadas en el transcurso del procedimiento y valorará las declaraciones, tanto de las partes involucradas en el evento delictivo como de los testigos, si hubiere. Luego, dictará la sentencia, y en el caso de que esta sea condenatoria, el agresor podrá ser obligado, entre las sanciones que le corresponde, como las sanciones de prisión anteriormente mencionadas, a asistir a servicios de rehabilitación emocional.

### 9.2.3. Las Políticas de empoderamiento a mujeres víctimas de violencia

La intervención y actuación de los servicios sociales, como Centros de Orientación y de atención integral a las víctimas de violencia doméstica en contra de la mujer son de responsabilidad del Ministerio de Desarrollo Social – MIDES, antiguo Ministerio de la Juventud, la Mujer, la Niñez y la Familia – MINJUNFA, creado por la Ley 42 de 1997 y reorganizado por medio de la Ley n. 29 de 1 de agosto de 2005.

El Ministerio de Desarrollo Social fue creado para dedicarse al desarrollo humano, órgano que mediante consultas con distintos sectores de la Sociedad Civil, responde por el Gabinete Social del Estado. Para lograr cumplir con este mandato se han creado tres instituciones de gestión pública en la ejecución de las políticas sociales diseñadas: La Secretaría nacional de Discapacidad, creada por la Ley 23 de 2007, a la cual le otorgó la función de dirigir y ejecutar la política de inclusión social de las personas con discapacidad y su familia, teniendo en cuenta los principios de equiparación de oportunidades, respeto a los derechos humanos, la no discriminación y la participación ciudadana, el Instituto Nacional de la Mujer – INAMU, y la Secretaría Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia – SENNIAF.<sup>485</sup> Las tres instituciones mencionadas responden a Juntas Directivas que son presididas por el Ministerio de Desarrollo Social, quien a su vez las representa ante el Consejo de Gabinete. Lo cual revela una organización gubernamental estructurada como un Sistema Integral de Protección Social ratificando el carácter de Ente Rector en las políticas para la protección social.

---

<sup>485</sup> GOBIERNO DE PANAMÁ. Ministerio de Desarrollo Social. Evolución histórica del Ministerio de Desarrollo Social. <https://www.mides.gob.pa/organizacion/historia-del-mides/>



Los objetivos fundamentales de dicho Ministerio están enumerados en el Artículo 3 de la Ley n. 29 de 2005, los cuales consisten en impulsar el desarrollo humano por vía de la participación y la promoción de la equidad, así como la organización, administración, coordinación y ejecución de políticas, planes, programas y acciones tendientes al fortalecimiento de la familia y la comunidad, y al logro de la integración social y la reducción de la pobreza, siempre velando por el cumplimiento de la Constitución Política.<sup>486</sup>

En el Informe Nacional sobre la situación de la mujer en Panamá 2014-2016, el Gobierno panameño afirma que una de las vías de enfrentamiento del problema de violencia doméstica en el país está fundamentada en la promoción de la igualdad de género, con fundamento en lo que establece el Objetivo de Desarrollo n. 5 de las Naciones Unidas.<sup>487</sup> Dentro de esa perspectiva nació el Instituto Nacional de la Mujer (INAMU), creado por la Ley 71 de diciembre de 2008, como entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, presupuestaria, financiera, técnica y de gestión para coordinar y ejecutar la política nacional de igualdad de oportunidades para las mujeres conforme a sus objetivos, atribuciones y funciones.

Las acciones en materia de detección, prevención, atención, y protección del Instituto Nacional de la Mujer encuentran su fundamento jurídico en las normas nacionales, como la Ley 82, de 24 de octubre de 2013 que adopta medidas de prevención contra la violencia en las mujeres y reforma el Código Penal para tipificar el femicidio y sancionar los hechos de violencia contra la mujer, bien como normas internacionales que consagran los derechos de las mujeres y de manera particular de las mujeres víctimas de violencia, en especial la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres – CEDAW, aprobada en 1979 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas – ONU y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem do Para” aprobada en 1978 en la Ciudad de Belem do Para-Brasil en Conferencia organizada por la Organización de los Estados Americanos – OEA.

El personal del Instituto Nacional de la Mujer está conformado de la siguiente manera: a nivel político cuenta con una Junta directiva, compuesta por dirección general y subdirección general; a nivel de coordinación cuenta con la Secretaria General compuesta por los respectivos coordinadores; a nivel de asesoría está compuesta por la Oficina de Relaciones

---

<sup>486</sup> GOBIERNO DE PANAMÁ. Evolución histórica del Ministerio de Desarrollo Social (MIDES) <https://www.mides.gob.pa/organizacion/historia-del-mides/>

<sup>487</sup> GOBIERNO DE PANAMÁ. Instituto Nacional de la Mujer. VII Informe Nacional Clara González: situación de la mujer en Panamá. 2014-2016 pesquisado en <https://inamu.gob.pa/resoluciones/>

Públicas, Oficina de Asesoría Legal y Oficina de Cooperación Técnica Internacional; a nivel de fiscalización está compuesta por una Oficina de Auditoría Interna y una Oficina de Fiscalización de la Contraloría General de la República; a nivel de auxiliar de apoyo está compuesta por una Oficina Institucional de Recursos Humanos, una Unidad de Informática, y una Dirección de Administración y Finanzas; a nivel técnico está compuesta por una Dirección de Planificación, que controla la Dirección de Derechos Humanos, y una Dirección de Investigación y Divulgación de la Condición de la Mujer, que controla la Dirección de Desarrollo Humano y Económico.<sup>488</sup>

En cuanto a su estructura, el Instituto de la Mujer está compuesto por sus oficinas de Administración y Dirección y de los Centros del Instituto Nacional de la Mujer, los CINAMU, además de dos albergues destinados a acoger mujeres en situación de riesgo que están en funcionamiento. Uno de esos albergues fue objeto de visita de campo.

En los CINAMU todas las mujeres tienen la oportunidad de recibir atención ante la vulneración de sus derechos, contando con personal especializado y con la certeza de ejercer su derecho como ciudadanas. Para alcanzar el mayor número posible de mujeres, los CINAMU fueron instalados en toda la extensión territorial de Panamá, con pleno funcionamiento en los siguientes locales: Panamá, San Miguelito, Arraiján, La Chorrera, Colón, Coclé, Herrera, Los Santos, Veraguas, Chiriquí, Bocas del Toro, Darién, Comarca Emberá-Wounaan, y Comarca Ngäbe-Buglé.<sup>489</sup>

Los CINAMU son centros que además de velar por la protección de la mujer en casos de violencia doméstica, contribuyen al reconocimiento de los derechos de las mujeres, mediante un acompañamiento multidisciplinario que las permita asimilar su derecho a vivir con dignidad. El enfoque de los CINAMU no se limita al ejercicio de los derechos humanos sino a la multiculturalidad, enfoque de género, laicidad, igualdad de respeto en doble vía, autonomía, seguridad, empatía, reserva y confidencialidad, eficiencia, acompañamiento, actitud de colaboración y articulación institucional. Los modelos de atención dentro de esos Centros se desenvuelven en la práctica con base en tres distintos niveles de prevención: primaria, secundaria y terciaria.

Además de la atención directa que el Instituto Nacional de la Mujer presta a las mujeres víctimas de violencia doméstica por medio de los Centros de Atención CINAMU, el Instituto también es responsable por mantener los albergues de acogida a mujeres víctimas de

---

<sup>488</sup>GOBIERNO DE PANAMÁ. Instituto Nacional de la Mujer. Pesquisado en file:///C:/Users/advom/Downloads/ORGANIGRAMA.pdf

<sup>489</sup> Los Centros del Instituto Nacional de la Mujer – CINAMU fueron creados por medio de la Resolución Administrativa n. 4 del 8 de marzo de 2019.

violencia que están tramitando procesos judiciales contra sus agresores. En esos casos, el Ministerio Público evalúa el grado de riesgo que corre la víctima y le ofrece el albergue como medida de protección. Si la mujer desea, puede vivir en uno de esos albergues con sus hijos, lugar donde se le acompañará en todas sus necesidades básicas. En el albergue se le brindará comida, y un grupo compuesto por 1 psicóloga, 1 asistente social y 1 abogada, atenderán a ella y a sus hijos.

En su actuación en defensa de las mujeres panameñas el Instituto Nacional de la Mujer tiene implementada una línea telefónica abierta de atención sin costo, el número 182, que funciona para recibimiento de denuncias las 24 horas del día. Además, firmó convenio con un canal online de denuncias que permite a las mujeres y a sus familiares denunciar al agresor de manera anónima a través de una plataforma de internet, la página web “Crime Stoppers”, una organización no gubernamental que tiene como objetivo prevenir y combatir los diferentes delitos en Panamá relacionados a la niñez, adolescencia y familia.<sup>490</sup> En cuanto a programas específicos de prevención a la violencia domestica contra la mujer, el INAMU trabaja en tres niveles: primario, secundario y terciario.

A nivel de prevención primaria el INAMU tiene por objetivo reducir las tasas de incidencia de la violencia contra las mujeres, identificar y transformar entornos mediante la presencia en las comunidades a través de capacitaciones, charlas y jornadas educativas en los temas relacionados a los Derechos de las Mujeres, prevención de la violencia de género, equidad e igualdad, noviazgo asertivo, con el objetivo de promover la igualdad sustantiva, la corresponsabilidad y el respeto entre hombres y mujeres. En este sentido el Instituto de la Mujer creó, por medio de la Resolución n. 46, de junio de 2020, el programa “INAMU en tu comunidad” que tiene por objetivo informar y promover los servicios de atención a las mujeres a través de los Centros del Instituto de la Mujer (CINAMU) e impulsar al empoderamiento y la autonomía económica, física y política de las mujeres a nivel nacional. El programa INAMU en tu comunidad visitó en 2020 a 13 alcaldes, firmando 13 convenios para la instalación de futuros foros con la participación de toda la comunidad, donde se realizarán capacitaciones al mayor número de mujeres. Estas capacitaciones consisten en charlas, donde las mujeres de las comunidades aprenden, entre otras cosas cómo, cuándo y por qué buscar ayuda en casos de violencia doméstica. También se les informa sobre los proyectos sociales que ofrece el Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial – MIVIOT, el Instituto para la Formación y Aprovechamiento de Recursos Humanos –

---

<sup>490</sup> Caribbean, Bermuda & Latin American Crime Stoppers International. Working together with the community, the authorities and all sectors. Pesquisado en <https://cblacrimestoppers.com/>

IFARHU, y el Instituto Panameño Autónomo Cooperativo – IPACCOOP, en vistas a darles una nueva perspectiva económica en caso de que quieran buscar independencia económica.<sup>491</sup>

En la página web del Instituto de la Mujer es posible verificar la existencia de una variedad de material didáctico e informativo que fue elaborado para informar al mayor número de mujeres sobre sus derechos. Entre esos materiales, se puede destacar: Instituto Nacional de la Mujer: ¿Quiénes somos?; Centro del Instituto Nacional de la Mujer CINAMU: Los Centros del Instituto Nacional de la Mujer son la nueva cara de la entidad, con mayor cobertura geográfica y verdadera presencia nacional; Medidas de Protección: Ley 63 de 28 de agosto de 2008; Tus derechos valen: ¿Qué hacer si eres víctima de violencia doméstica y/o maltrato al menor?; Tienes un noviazgo feliz; De amor o violencia: ¿Cómo es tu noviazgo?; Mujer afro descendiente; Prevención del abuso sexual en niñas, niños y adolescentes; Nuevas masculinidades.<sup>492</sup>

Un gran avance para el empoderamiento de mujer panameña a través de la independencia económica fue logrado por medio del Convenio n. 3 de 4 de julio de 2016, que firmó el Instituto Nacional de Mujer con la Autoridad de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa – AMPYME, con el objetivo de apoyar y capacitar a las mujeres que acuden a los Centros de Atención y a los albergues del Instituto Nacional de la Mujer, en los programas que brinda la AMPYME, con miras al fortalecimiento del sector con un enfoque inclusivo en temas de género, que contribuyan a su vez a la generación de empleos dignos y a la mejora de la calidad de vida de las emprendedoras beneficiarias.

A nivel de prevención secundaria el Instituto Nacional de la Mujer actúa en la identificación de los factores de riesgo, interviniendo a través de la atención personalizada que ofrece el equipo multidisciplinario de los Centros a las mujeres que necesitan su apoyo. Dentro de cada uno de los Centros trabajan de manera exclusiva un grupo de tres profesionales: 1 psicóloga, 1 asistente social y 1 abogada. Estas profesionales son responsables por desarrollar el programa “Tú puedes mujer”, que consiste en la promoción de capacitaciones y entrenamiento al sector policial, de justicia y de salud, con vistas a acelerar el proceso de empoderamiento de las mujeres.<sup>493</sup>

A nivel de prevención terciaria el Instituto Nacional de la Mujer actúa en la gestión de recursos sociales, legales, de salud física y mental a las mujeres que acuden a los

---

<sup>491</sup>GOBIERNO DE PANAMÁ. Instituto Nacional de la Mujer. Resolución n. 46, de 10 de junio de 2020, publicado en la Gaceta Oficial n. 29 de junio 2020.

<sup>492</sup> GOBIERNO DE PANAMÁ. Instituto Nacional de la Mujer. pesquisado en <https://inamu.gob.pa/material-educativo/>

<sup>493</sup> GOBIERNO DE PANAMÁ. Instituto Nacional de la Mujer. Resolución n. 20, de 15 de octubre de 2018, publicado en la Gaceta Oficial n. 29 de junio 2020.

CINAMU, ofreciéndoles orientación y acompañamiento legal gratis, valoración de sus necesidades y encaminamiento a programas de ayuda gubernamental por medio de la asistente social y atención psicológica a mujeres que hayan sido víctimas de violencia doméstica, de manera individualizada o en grupos, a fin de que puedan restablecer su situación emocional, y de esa manera, generar estrategias de vida que le permitan superar su estado de vulnerabilidad.

#### 9.2.4. El fortalecimiento de las familias para prevenir la violencia doméstica en contra de los niños y adolescentes

El Artículo 56 de la Constitución Panameña, al prever la protección del matrimonio, de la maternidad y de la familia, incluyó solemnemente en este rol a los menores, comprometiéndose en proteger su salud física, mental y moral y garantizarles su derecho a la alimentación, educación y seguridad.

En este contexto, el Gobierno panameño, por medio del Ministerio de Desarrollo Social, ha creado el Centro de Orientación y Atención Integral – COAI. Este Centro funciona como una ventanilla única en materia social, donde toda la población que presente algún tipo de problema social encontrará atención, inclusive orientación y denuncia en casos de violencia doméstica contra niños y adolescentes. El Centro de Orientación y Atención Integral está compuesto por un equipo interdisciplinario que coordina con las diversas entidades gubernamentales la orientación, atención, seguimiento, evaluación y solución de los problemas sociales de la población panameña.<sup>494</sup>

A nivel institucional, una de las medidas de protección de los menores por parte del Estado panameño fue la creación de la Secretaría Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia (SENNIAF), a través de la Ley 14 de 2009, la cual nació como una extensión del Ministerio de Desarrollo Social y desde aquel entonces es el organismo gubernamental responsable por elaborar e implementar políticas de protección integral de los derechos de los niños y adolescentes en Panamá. Actualmente, dicha Secretaría cuenta con oficinas en las provincias de Panamá, Panamá Oeste, Colón, Chiriquí, Veraguas, Bocas del Toro, Darién y en el distrito de San Miguelito. En el cumplimiento de sus funciones la Secretaría Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia también debe asegurar que los principios rectores que fundamentan la Convención sobre los derechos del niño, la cual fue ratificada por el Estado

---

<sup>494</sup> GOBIERNO DE PANAMÁ. Ministerio de Desarrollo Social. Centro de Orientación y Atención Integral – COAI Pesquisado en <https://www.mides.gob.pa/programas/centro-de-orientacion/>

Panameño el 6 de noviembre de 1990, sean la base de su actuación e intervención en los casos de maltrato a menores así como en eventuales políticas de prevención que se desee implementar.

La Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia está organizada de la siguiente forma: a nivel político directivo está la Junta Directiva y la Dirección General; a nivel de coordinación está la Secretaría General; a nivel de asesoría están la Oficina de Asesoría Legal, la Oficina de Cooperación Técnica Internacional, la Oficina de Relaciones Públicas y la Oficina de Planificación; a nivel de fiscalización están la Oficina de Fiscalización de la Contraloría General de la República y la Oficina de Auditoría Interna; a nivel de auxiliar de apoyo están la Oficina Institucional de Recursos Humanos, la Unidad de Informática y la Dirección de Administración y Finanzas; a nivel técnico está la Dirección de Investigación y Desarrollo Técnico; a nivel operativo están la Dirección de Atención y Servicios Sociales Preventivos, la Dirección de Protección Especial de Derechos, la Dirección de Articulación para la Protección Integral y la Dirección de Adopciones.<sup>495</sup>

La política de prevención de violencia contra menores en Panamá está plasmada en la Estrategia Nacional Multisectorial de Prevención de la Violencia contra Niños, Niñas y Adolescentes 2018-2022, la cual adopta como marco conceptual el texto del Artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño así como los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Organización de las Naciones Unidas, con enfoque en cuatro de ellos, que son: educación de calidad, igualdad de género, trabajo decente y crecimiento económico, y paz.<sup>496</sup>

El Gobierno panameño considera que si los niños y adolescentes acceden a una educación de calidad donde adquieran conocimientos para un desarrollo humano sostenible y se promueva una cultura de paz y no violencia; si las niñas y mujeres viven libres de todas las formas de violencia, trata y explotación; si se prohíbe el castigo corporal y se pone fin al maltrato, los tratos denigrantes, abusos y cualquier forma de explotación a los niños y adolescentes, entonces, se habrá logrado un avance significativo para realizar su derecho a vivir libres de violencia.<sup>497</sup>

---

<sup>495</sup> GOBIERNO DE PANAMÁ. Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia. Pesquisa <https://www.senniaf.gob.pa/wp-content/uploads/2018/04/Organigrama-SENNIAF.pdf?csrt=8976718552059640338>

<sup>496</sup> GOBIERNO DE PANAMÁ. Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia. Estrategia Nacional Multisectorial de Prevención de la Violencia contra Niños, Niñas y Adolescentes 2018-2022 pesquisado en <https://www.unicef.org/panama/media/691/file/Estrategia%20Nacional%20Multisectorial%20de%20Prevenci%C3%B3n%20de%20la%20Violencia%20contra%20Ni%C3%B1os,%20Ni%C3%BAas%20y%20Adolescentes%20.pdf>

<sup>497</sup> GOBIERNO DE PANAMÁ. Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia. Estrategia Nacional Multisectorial de Prevención de la Violencia contra Niños, Niñas y Adolescentes 2018-2022 pesquisado en <https://www.unicef.org/panama/media/691/file/Estrategia%20Nacional%20Multisectorial%20de%20Prevenci%C3%B3n%20de%20la%20Violencia%20contra%20Ni%C3%B1os,%20Ni%C3%BAas%20y%20Adolescentes%20.pdf>

Por ello, el Plan Estratégico Panameño de prevención a la violencia en contra de niños y adolescentes establece como eje n° 1 de prevención de violencia el fortalecimiento de las familias, a fin de transformar familias en desequilibrio en familias protectoras, estables y resilientes, considerando que los niños y adolescentes que crecen en entornos familiares protectores, libres de toda forma de violencia, serán adultos emocionalmente estables y resilientes. Por ello, todas las autoridades políticas están llamadas a involucrarse en políticas públicas que tengan por objeto fortalecer a las familias; el eje n° 2 de prevención de violencia domestica contra niños y adolescentes es asegurar que las escuelas formen estudiantes con valores, seguros y libres de violencia; el eje n° 3 es promover la unión de las comunidades de modo que puedan convivir de manera pacífica y solidaria; el eje n° 4 es sensibilizar a toda la sociedad con el objetivo de que esta se comprometa a repudiar todo tipo de violencia.

Para lograr dichos objetivos y por la misma vía garantizar los derechos naturales de los niños y adolescentes panameños por medio de la prevención primaria, la Secretaría Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia organizó el Comité Nacional Intersectorial para la Prevención de la Violencia contra Niños, Niñas y Adolescentes (CONIPREVINNA), que fue creado mediante el decreto ejecutivo 39 del 30 de abril de 2014.

El Comité Nacional Intersectorial para la Prevención de la Violencia contra Niños, Niñas y Adolescentes se encarga de realizar las acciones en concreto en sentido de explorar la realidad de niños y adolescentes promoviendo por ejemplo, talleres como el Foro Nacional sobre la Prevención de Violencia contra Niños, Niñas y Adolescentes en el Marco de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, que tuvo lugar los días 21 y 22 de noviembre de 2017 y en el cual participaron expertos nacionales e internacionales que discutieron y analizaron los múltiples aspectos del abordaje de la violencia. Entre octubre de 2017 y febrero de 2018 el CONIPREVINNA organizó una serie de talleres de fortalecimiento institucional y consulta en los que participaron funcionarios y representantes de las instituciones y organizaciones que conforman los comités del Ministerio de Desarrollo Social tanto a nivel central como de las provincias, teniendo como sedes la ciudad de Panamá para el primer caso y, San Miguelito y David, para el segundo. Dichos encuentros tuvieron por objeto revisar las causas de las afrentas a los derechos de los niños y adolescentes relacionados con la violencia y se elaboró en conjunto un análisis de factores determinantes que exigen una respuesta inmediata del Estado.

Los Foros que el CONIPREVINNA promueve siempre cuentan con la participación de las Mesas Municipales de Protección de Niñez y Adolescencia (MMPNA), las cuales actúan como el mecanismo local para la implementación, monitoreo y evaluación de las políticas nacionales. Dichas Mesas fueron creadas por medio de la Ley n. 14 del 23 de enero de 2009, con el objetivo de generar acciones orientadas a la protección de los derechos de la niñez en mayor condición de vulnerabilidad, en el contexto de la protección integral de derechos de la niñez y deben ser dirigidas por las respectivas alcaldías del País con el apoyo del equipo directo de la Secretaría Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia, se encargan de facilitar la corresponsabilidad y participación social, así como convocar y articular a todos los actores multisectoriales que trabajan o están interesados en los temas de niñez, adolescencia y familia.

Los distritos de San Miguelito y David, por medio del Acuerdo n. 129 de diciembre de 2017 y el Acuerdo n. 02 de enero de 2018, respectivamente, crearon las mesas municipales de protección de la niñez y adolescencia en sus regiones, dando lugar a la instalación formal de las mesas y consecuentemente, a la implementación de las políticas nacionales en el ámbito regional. Esta participación conjunta de los gobiernos locales ha permitido la estructuración de mecanismos efectivos de implementación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Organización de las Naciones, el compromiso en los ámbitos nacional e internacional del Estado. Los gobiernos locales son los que más se acercan a la realidad de las familias panameñas, y por lo tanto, quienes pueden acompañar la implementación de programas destinados a fortalecerlas.

En 2020, el Gobierno Panameño, en asociación con el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA Panamá), implementó la campaña #YoTeCreo, dirigida especialmente a los niños y adolescentes para informarles sobre la ilegalidad de los abusos en su contra. El material utilizado para dicha campaña consiste en la presentación de lectura de un libro denominado “Libro de Ana”, el cual presenta su contenido por medio de 8 escenarios distintos, siendo ellas: 1. Decir no; 2. El saludo; 3. Las amenazas; 4. Las caricias; 5. Las personas de confianza de los niños y adolescentes; 6. Los secretos; 7. Mi cuerpo; 8. Mi protección. Así, por medio de su lectura, que deberá ser hecha con acompañamiento de un facilitador, los niños y adolescentes podrán conocer y respetar su cuerpo, identificar situaciones de riesgo ante el abuso sexual, conocer cómo deben actuar ante situaciones de peligro y la importancia de revelar eventuales delitos que se cometa en su contra. Según la metodología del programa, el facilitador responsable por lectura del libro junto a los niños, en caso de que se le presente algún caso de abuso, violencia doméstica, maltrato, negligencia, él



tiene el compromiso de reportarlo a su superior inmediato o comunicarlo directamente al Ministerio Público.<sup>498</sup>

### 9.3. La intervención de los Servicios de Salud

En muchos casos, son los profesionales de salud las primeras personas que tienen contacto con la familia en conflicto. Por eso, a los servicios de salud corresponde la detección, abordaje y atención de las personas involucradas en violencia doméstica.

En muchos casos, la violencia doméstica afecta las condiciones de vida de las personas, razón por la que Panamá la considera un problema de salud pública. En 1993, cuando Panamá participó de la XXXVII Reunión del Consejo Directivo de la Organización Panamericana de la Salud, se comprometió en contribuir para la búsqueda de soluciones y la aplicación de medidas para promover una cultura de paz, de prevención y control de todas las formas de violencia.<sup>499</sup>

En 2002 el Ministerio de Salud panameño elaboró el Manual de Normas y Procedimientos para la Atención Integral de la Violencia Intrafamiliar y la Promoción de Formas de Convivencia Solidaria en el Sistema de Salud<sup>500</sup> que institucionaliza el abordaje integral de la violencia doméstica en los servicios de salud; y en 2016 el Ministerio de Salud adopta el Protocolo Nacional de Atención a las Mujeres Víctimas de Violencia de Pareja<sup>501</sup>.

Por tanto, y por las previsiones contenidas en los compromisos supra mencionados, el Ministerio de Salud es responsable de coordinar con otras instituciones nacionales e internacionales macro estrategias a fin de implementar un sistema de información estadística; monitorear el cumplimiento de las normas, promover la integración de la promoción de formas de convivencia solidaria y la atención integral de la violencia intrafamiliar como política nacional de salud, además de divulgar normas y procedimientos para la atención y prevención de la violencia doméstica.

Con el objetivo de auxiliar a los Centros de Salud a cumplir sus funciones el Presidente Ernesto Pérez Balladares ya había decretado que los funcionarios de salud

---

<sup>498</sup> GOBIERNO DE PANAMÁ. Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia. Pesquisado en [https://senniaf.gob.pa/?page\\_id=15966&csrt=674876071432532059](https://senniaf.gob.pa/?page_id=15966&csrt=674876071432532059)

<sup>499</sup> Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud, Subcomité sobre la mujer la salud y el desarrollo, Febrero, 1999

<sup>500</sup> GOBIERNO DE PANAMÁ. Manual de Normas y Procedimientos para la Atención Integral de la Violencia Intrafamiliar y la Promoción de Formas de Convivencia Solidaria en el Sistema de Salud. Panamá: Dirección Nacional de Promoción de la Salud, 2002.

<sup>501</sup> GOBIERNO DE PANAMÁ. Instituto Nacional de la Mujer. Protocolo Nacional de Atención a las Mujeres Víctimas de Violencia de Pareja. Madrid: Cyan, Proyectos Editoriales, S.A., 2016

competentes de realizar la atención a víctimas de violencia están obligados a llenar un "Informe de Investigación por Sospecha de Violencia Intrafamiliar y Maltrato al Menor y Adulto Mayor" y remitirlo a las Agencias de Instrucción del Ministerio Público.<sup>502</sup>

Todos los Centros de Salud, de conformidad con el texto de la Ley n. 38 de 10 de julio de 2001, están obligados a atender los casos de violencia doméstica y maltrato de niños y adolescentes dentro de sus horarios regulares, asimismo todo el personal de salud que labore en los Centros de Salud de todo el país tiene la responsabilidad de prestar atención e identificar a las víctimas de violencia doméstica. El personal que labora en los centros de urgencia debe estar capacitado para llenar el formulario por sospecha de violencia doméstica y todo médico que trabaje en instituciones públicas de salud tiene la obligación de extender el certificado médico de incapacidad y mantener las evidencias de la violencia domestica sin requerirse la especialidad o la intervención de un médico forense.

Todo el personal de salud está capacitado para proteger la vida de la víctima de violencia doméstica. De esa manera, si se observa conducta agresiva por parte de su pareja, el profesional de salud está autorizado a llamar al guardia de seguridad, prohibir visitar a la víctima, garantizar a la víctima el sigilo de su ubicación o, si ella solicita, brindarle una oportunidad de salida o escape, en caso tal de que no sea posible la presencia policial inmediata en el servicio de salud.

La atención de la violencia domestica debe ser realizada por medio de un equipo interdisciplinario capacitado en estos temas con un enfoque biopsicosocial para promover la convivencia solidaria., quienes realizarán una entrevista tanto con la persona víctima de la violencia como con el agresor. El propósito del interrogatorio es reunir la mayor cantidad de información posible, a fin de que se pueda evaluar la violencia. Importante destacar que el personal de salud está obligado legalmente a mantener la privacidad y el carácter confidencial de las informaciones referentes a las situaciones de violencia doméstica o cualquier tipo de maltrato, como abusos sexuales. La ruptura de la confidencialidad sólo puede ser quebrantada para proteger a la persona afectada que se encuentre en grave riesgo.

Asimismo, en todos los niveles de atención de la Red de Servicios de Salud se realizan acciones de prevención primaria, secundaria y terciaria de la violencia domestica con participación social, como por ejemplo, orientar sobre los tipos de violencia doméstica o cualquier conducta violenta no reconocida por los manuales, movilización de las

---

<sup>502</sup> El Decreto Ejecutivo n. 21 de 9 de febrero de 1998 fue derogado por el Decreto Ejecutivo 664, de 23 de diciembre de 2008 para cambiar el diseño y contenido del formulario de sospecha de violencia, incluyéndole un diagnóstico de explotación sexual comercial. Sin embargo, la obligatoriedad del llenado del formulario y posterior remisión al Ministerio Público continua vigente.

organizaciones comunitarias y establecimiento de redes de apoyo para la promoción, identificación y canalización de los casos de violencia doméstica, elaboración de panfletos, folletos explicativos, capacitación del personal docente de las escuelas públicas sobre temas de derechos sexuales y reproductivos, además de capacitación a padres y madres sobre el abordaje que deben tener en el momento de orientar a los niños y adolescentes en relación a la violencia doméstica y su vinculación con otros problemas de salud.

El personal de Salud debe observar los signos y síntomas de personas víctimas de violencia doméstica, aunque en la persona que alega haber sido víctima de violencia no se encuentren evidencias físicas significativas de violencia. Además, el personal de salud debe estar capacitado para prestar ayuda a la víctima de acuerdo con las circunstancias que el caso presenta. Según informa el Protocolo Nacional de Atención a las Mujeres Víctimas de Violencia de Pareja, las mujeres objeto de agresiones acuden al servicio de salud transcurrido un tiempo por lo general largo, en torno a un año después del inicio de la violencia, razón por la cual los servicios de salud deben dotar de herramientas a sus profesionales para catalogar y detectar los signos de este tipo de violencia, de manera que la detección pueda realizarse lo más tempranamente posible.

Si la víctima no quiere denunciar los hechos el profesional de salud debe explicarle que denunciar no solo es un derecho que le compete sino una forma de romper con la relación violenta que está sufriendo y que la ley ofrece medidas de protección para estos casos. Asimismo, el profesional de salud estará obligado a elaborar un informe sobre aquella situación al Instituto de Medicina Legal para su debido proceso, pero en el caso de que la víctima no reconozca estar en situación de maltrato y no se dispongan de elementos de juicio suficientes para evidenciar una sospecha fundada, se registrarán en la historia clínica los indicios existentes y la actuación realizada.<sup>503</sup>

Otro punto importante es la evaluación que el personal de salud debe hacer respecto al potencial de violencia del agresor.<sup>504</sup> El personal de salud debe estar capacitado para hablarle de manera serena de modo a evitar que la persona haga daño a tercero o a sí mismo. El primer factor a ser observado es su estado mental: la calidad del juicio, estado actual de excitación, alteración de la consciencia, evidencia de psicosis; su grado de impulsividad; el uso y acceso a armas, práctica de artes marciales, entrenamiento militar, deportes o aficiones

---

<sup>503</sup> GOBIERNO DE PANAMÁ. Instituto Nacional de la Mujer. Protocolo Nacional de Atención a las Mujeres Víctimas de Violencia de Pareja. Madrid: Cyan, Proyectos Editoriales, S.A., 2016, p. 36

<sup>504</sup> GOBIERNO DE PANAMÁ. Manual de Normas y Procedimientos para la Atención Integral de la Violencia Intrafamiliar y la Promoción de Formas de Convivencia Solidaria en el Sistema de Salud. Panamá: Dirección Nacional de Promoción de la Salud, 2002, p. 40

agresivas; uso de sustancias tóxicas; antecedentes criminales. Este primer contacto con el agresor será decisivo para su futura rehabilitación. Para hablar sobre la rehabilitación del agresor, que se da por medio del Ministerio de Salud en Panamá, se utilizará un tópico aparte.

#### 9.4. Intervención y responsabilidades del ámbito Educativo

En las políticas de prevención de la violencia doméstica, tanto aquella perpetrada en contra de las mujeres como la que provoca daño en niños y adolescentes, el Ministerio de Educación posee un rol decisivo.

Los directores y orientadores de todas las escuelas, públicas o privadas deben estar capacitados para actuar en caso de sospecha de existencia de violencia doméstica entre el alumnado y personal docente y administrativo. En caso de que la dirección de la institución educativa detecte casos de violencia, esta es responsable por notificar a las autoridades competentes y a la dirección regional de educación, una vez constate que los padres o tutores del menor no lo hayan denunciado.

El Plan Estratégico Nacional de prevención a la violencia en contra de niños y adolescentes establece como eje nº 2 de prevención de violencia la garantía de que las escuelas sean instituciones formadoras de valores y seguras, lugar donde además de los contenidos científicos obligatorios los niños y adolescentes desarrollen su capacidad emocional, valores cívicos, éticos y morales a fin de que se conviertan en ciudadanos integrados en la sociedad. Por eso, además de ofrecer a los menores un entorno que promueva la cultura de paz y la convivencia libre de violencia, la escuela debe educarles de manera que se fortalezcan sus habilidades para la vida, concienciándolos de que dentro de los parámetros de la cultura de paz está la vida que merecen vivir.<sup>505</sup>

Por tanto, al sospechar que en la escuela hay una víctima de maltrato, deben recolectar toda la información necesaria para identificar a la víctima y a su agresor, como nombre y apellido de la víctima, número de cédula de la víctima, nombres del padre y/o madre o tutor/a de la víctima, teléfonos residenciales y móviles de la víctima, madre y/o padre, tutor o tutora y acudiente; direcciones de correo electrónicos de la víctima, madre y/o padre, tutor o tutora y acudiente; nombre del centro educativo donde estudia la víctima; datos

---

<sup>505</sup> GOBIERNO DE PANAMÁ. Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia. Estrategia Nacional Multisectorial de Prevención de la Violencia contra Niños, Niñas y Adolescentes 2018-2022 pesquisado en <https://www.unicef.org/panama/media/691/file/Estrategia%20Nacional%20Multisectorial%20de%20Prevenci%C3%B3n%20de%20la%20Violencia%20contra%20Ni%C3%B1os,%20Ni%C3%B1as%20y%20Adolescentes%20.pdf>

de este centro educativo (nombre del Director/a, ubicación, teléfonos, dirección de correo electrónico); grado en que cursa estudios la víctima; nombre, apellido, dirección, teléfono residencial, móvil, correo electrónico del Profesor de la víctima; nombre, apellido, dirección residencial, teléfonos, correo electrónico de testigos del hecho u otras víctimas; edad de la víctima, madre y/o padre, tutor o tutora, acudiente y testigos; nombre, apellido, cédula, dirección residencial, teléfono residencial y móvil, correo electrónico, edad, grado del agresor, cátedra si fuera docente, cargo si fuera funcionario administrativo, parentesco con la víctima si pertenece al entorno familiar; lugar donde acaecieron los hechos y breve narrativa de los mismos; día y hora, del hecho.

Después de obtener toda la información la dirección del centro educativo debe convocar al orientador de la institución para analizar los hechos y valorar la intervención necesaria, que puede incluir medidas administrativas dirigidas a la persona agresora. La víctima debe ser entrevistada de manera individual, así como su familia, de manera que se pueda recoger información y recomendar medidas a los padres; informarles sobre las medidas de urgencia adoptadas o que se van a adoptar, recogiendo su opinión o aportaciones que pudieran realizar. Después de analizados los hechos, una vez constatado el maltrato, la dirección de la institución educativa debe elaborar un plan de actuación con relación a las personas presuntamente víctima y agresora, y según la gravedad del caso, encaminar su informe al Ministerio Público.

En caso de que algún miembro de la comunidad educativa conozca, o tenga sospecha fundada, de que la madre de alguna alumna o alumno está siendo víctima de violencia doméstica, deberá comunicar a la Dirección de la escuela, que realizará un análisis similar a la del niño o adolescente maltratado y si considera que existen indicios de delito, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Público.

Por eso es importante promover la capacitación continua de comunidad educativa a fin de que esté preparada no solo para prevenir, sino para detectar y atender integralmente a las víctimas, actuando de manera legal, sin traumatizar a la persona agredida.

## **CAPITULO X. LA EFECTIVIDAD DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PREVENCIÓN A LA VIOLENCIA DOMÉSTICA EN PANAMÁ**

### 10.1. Reflexiones en cuanto a la incidencia del iusnaturalismo en las políticas públicas de prevención a la violencia doméstica en Panamá

Para efectos de este estudio, el iusnaturalismo es considerado el pensamiento filosófico que defiende la garantía por parte del Estado del ejercicio de los derechos naturales del ser humano como la vida, la libertad, la igualdad, concediéndole a cada uno la paz que necesita para desarrollar sus virtudes.

En el capítulo V se ha consignado que la violencia doméstica a ser analizada sería aquella que se da en las relaciones de parejas heterosexuales. De acuerdo con lo que se ha observado en Panamá, las relaciones entre hombres y mujeres están basadas en los principios de respeto a los derechos humanos, tanto en el ámbito formal como material.

El jurista Roger Shiner, aunque es un autor que concibe el iusnaturalismo y el iuspositivismo como teorías opuestas, propone el desarrollo de una meta-teoría entre ambas de la siguiente manera. Al considerar el iuspositivismo una teoría que asegura la certeza de forma y procedimiento y el iusnaturalismo una teoría que otorga al sistema jurídico flexibilidad y sustancia, defiende que las cuatro características: certeza y procedimiento y flexibilidad y sustancia deberían encontrarse en un sistema virtual, en donde alcancen un punto de equilibrio. Según el autor, el equilibrio entre certeza y procedimiento solo se ha alcanzado en la historia por medio de un proceso de continuo ajuste. El autor considera que la flexibilidad debe ser introducida en la operación de la ley a fin de que se haga verdaderamente justicia en los casos donde la certeza de forma y procedimiento (características propias del positivismo jurídico) obstaculizan la justicia. El autor también aboga por la inclusión de valores sustanciales en las leyes, lo que exige que el legislador presente su punto de vista interno, a primera, porque para el iusnaturalista el derecho no es el conjunto de reglas emanadas por el Estado para regular una sociedad, sino que lo remite a la concepción de justicia. A segunda, porque el valor proclamado por el Legislador debe ser el reflejo de los deseos y costumbres de la comunidad.<sup>506</sup>

Tras el análisis de la situación de violencia doméstica en Panamá, se ha verificado que las características propias del iusnaturalismo comentadas por Shiner, flexibilidad y

---

<sup>506</sup> SHINNER, Roger A. Norm and Nature: the movements of legal thought. New York, Oxford University Press, 1992, p. 326

sustancia, se encuentran presentes en sus políticas públicas de prevención al problema de la violencia doméstica. La apertura material a derechos fuera del catálogo constitucional es explícita en la Constitución por medio de su artículo 17, lo que demuestra la flexibilidad del sistema panameño que elabora sus propias políticas de manera integrada, y en carácter totalmente receptivo a las influencias de los organismos internacionales de defensa de los derechos humanos. En cuanto a la sustancia de orden jurídico para alcanzar a la justicia, se ha observado que, al votar la Ley 82 de 2013, el legislador panameño inauguró una nueva fase en el país, más justa, innovadora, y preocupada con la manutención de la salud mental de todos los integrantes de la familia.

Para recabar informaciones sobre la actuación del Estado panameño en la prevención de la violencia doméstica se hizo necesaria la realización de tres visitas de campo. Primeramente, se visitó el Ministerio Público, seguido de la Visita al albergue para acogida de mujeres víctimas de violencia, Visita a la Asamblea Nacional de Panamá y al Centro de Salud de Rio Abajo en la Ciudad de Panamá.

## 10.2. Visita de Campo al Ministerio Público de Panamá

La presente investigación tuvo por objeto entrevistar al representante del Ministerio Público, el Licenciado Rubén Manuel Garibaldi Jiménez, fiscal responsable de perseguir los delitos contra el orden jurídico familiar y el estado civil de la Provincia de Panamá.

Dirección: Fiscalía Segunda de Familia en Panamá, Calle 34 Este, Barrio Calidonia, Ciudad de Panamá.

### Resultados de la visita de campo:

Después de haber logrado concertar una cita con el fiscal Rubén Garibaldi para las 10 am del día 9 de diciembre de 2020, me dirigí a la dirección mencionada para que habláramos sobre la situación de las personas víctimas de violencia doméstica en Panamá. Al llegar al edificio que funciona como Segunda Fiscalía de Familia me encontré con una fila en su exterior de aproximadamente 20 personas que esperaban para ingresar a la recepción. La foto abajo retrata la puerta de recepción.



Fachada y puerta de recepción de la Fiscalía de Familia

Al pasar por la recepción pregunté a uno de los policías allí presentes si la gente suele esperar afuera para ser atendidas, a lo que me contestó que además de las personas que esperaban pasar por recepción, había dos salas de espera llenas con más o menos veinte personas en cada una, y que por motivos del nuevo protocolo de salud por el Coronavirus, la institución no puede abrigar un número excesivo de personas.

En la recepción del Ministerio Público el funcionario público encamina, por orden de llegada, la persona que acude a la institución, a un asistente de fiscalía, quien deberá prestarle información sobre procesos penales en marcha o un fiscal de atención primaria, quien primero conversa con la víctima y la encamina al asistente receptor que redactará la denuncia, y si se presenta la necesidad de pericia médica, la fiscalía encamina a la víctima al Instituto de Medicina Legal y Ciencia Forenses, que funciona en la calle al lado de la Fiscalía Segunda de Familia. No hay ningún tipo de preferencia en la fila de la atención a víctimas de violencia doméstica.

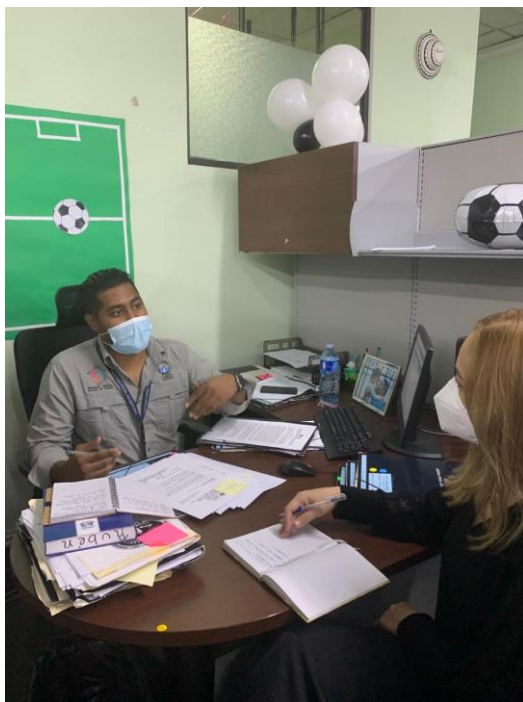
La siguiente imagen es la fachada del Instituto de Medicina Legal.



Fachada del Instituto de Medicina Legal y Ciencia Forenses de Panamá



Al llegar a la sala de los fiscales, observé que todos ellos trabajan en oficinas separadas por mamparas divisorias, como se puede verificar por medio de la siguiente imagen.



Oficina del fiscal Rubén Garibaldi

En la oficina del fiscal Rubén Garibaldi, le hice preguntas abiertas, con tres enfoques: 1. El cumplimiento del protocolo de atención a mujeres víctimas de violencia doméstica; 2. El fundamento legal del encaminamiento al albergue del Instituto Nacional de la Mujer; 3. La naturaleza jurídica de la rehabilitación de agresores.

En cuanto al procedimiento de atención a mujeres víctimas de violencia doméstica el ilustre fiscal confirmó que realmente hay ausencia de preferencia en la fila de atención primaria para recibimiento de denuncias y que dichas denuncias son recibidas en una oficina como en la que él trabaja, es decir, con poca privacidad.

Respecto al encaminamiento de mujeres al albergue mantenido por el Instituto Nacional de la Mujer, el fiscal aclaró que, con base en el artículo 333, numeral 8, del Código de Proceso Penal Panameño, en los delitos de violencia doméstica, delitos contra la libertad sexual, maltrato a personas menores de edad, lesiones personales y trata de personas, así como en delitos donde se pueda ver afectada la seguridad personal de la víctima, el Fiscal, el Juez de Garantías, el Juez Municipal o el Tribunal de Juicio podrá autorizar a la víctima para que

vaya a vivir, junto con su familia, a un domicilio diferente al común, mientras dure el proceso, para protegerla de agresiones futuras, respetando la confidencialidad del domicilio.

En cuanto a la atención especial que se da a las mujeres en casos que demandan medidas de protección, el fiscal agregó que todos los años, los números de la estadística de violencia doméstica en Panamá revela que en el 80% de los casos de violencia doméstica, la violencia es perpetrada por hombres en contra de sus parejas mujeres, y que los 20% restantes, se reparte de la siguiente forma: 10% son casos de mujeres que agreden hombres, 5% son casos de mujeres que agreden mujeres (hermana, hija, madre), 5% son casos de hombres que agreden hombres (hermano, hijo, padre).

En cuanto a la naturaleza jurídica de la rehabilitación de agresores prevista en el Artículo 200 del Código Penal, el fiscal afirmó que con base en el artículo 50, letra d del Código Penal, la rehabilitación de agresores, es decir, el tratamiento terapéutico multidisciplinario es una pena principal. Sin embargo, si el agresor cumple los requisitos del Artículo 215 del Código de Proceso Penal, el Juez de Garantías podrá suspender el proceso de violencia domestica ante la imposición de sometimiento a un tratamiento médico o psicológico, con base en el numeral 7, del Artículo 216, del Código de Proceso Penal. Cuestionado sobre el fundamento de la obligatoriedad del tratamiento terapéutico del agresor, sea simultáneamente a la pena de prisión o como requisito de suspensión condicional del proceso, el fiscal contestó que el tratamiento terapéutico es la mejor manera de reintegrar al agresor a la sociedad, pues esta persona no está aislada en el mundo, tiene una familia compuesta por padre, madre, hijos, y su pareja. Que en la mayoría de los casos que acompaña los hombres son quienes agreden a sus parejas mujeres, y que, la importancia de rescatar al agresor consiste en asegurarse de que los hechos que le llevaron a responder un juicio por violencia doméstica no vuelvan a ocurrir, porque en Panamá los gobiernos buscan priorizar el fortalecimiento de las familias. Pero, si debido a los hechos que dieron origen al proceso la pareja decide divorciarse, aquel agresor continuará haciendo parte de una familia, pero que contará de allí por adelante con una ex pareja, en su masiva mayoría, la madre de sus hijos.

### 10.3. Visita de Campo al Albergue para mujeres víctimas de violencia doméstica

La presente investigación tuvo por objeto el examen de las condiciones de estructura y personal del albergue que el Gobierno de Panamá, por medio del Instituto Nacional de la Mujer, dispone para acoger mujeres víctimas de violencia doméstica.

Antes de la visita:

Dirección del Albergue: En virtud de las circunstancias de amenazas que sufren la mayoría de las mujeres que para allí son encaminadas, la dirección del albergue debe ser desconocida por el público en general.

El albergue es mantenido con fondos del presupuesto destinado al Instituto Nacional de la Mujer de Panamá, quien lo administra. Por tanto, y considerando que la dirección del albergue es un secreto a ser mantenido, la visita al local solo es posible a través de la autorización y acompañamiento del personal de la Administración de dicho Instituto.

Las funcionarias del Instituto Nacional de la Mujer fueron muy amables conmigo durante todo el tiempo en que estuvimos en contacto. No solo me enseñaron todas las políticas públicas que están desarrollando sino que también me obsequiaron una bolsa blanca con una frase en que dice: “No normalices la violencia contra la mujer”. Esta bolsa contenía, además de todas las informaciones de las campañas de sensibilización que están en desarrollo, un paquete con varias mascarillas de protección contra el COVID-19. Antes de concederme la visita, la Administración del Instituto de la Mujer me informó que la dirección del albergue debería ser mantenido en secreto y que por tanto, no se me autorizaría a hacer fotos o videos del lugar durante la visita.

La siguiente foto fue tomada momentos antes de que saliéramos de la Oficina del Instituto Nacional de la Mujer hacia el albergue. En la foto, de izquierda a derecha: Ana Vizcaíno (decana de la facultad de Derecho de la Universidad Americana de Panamá); mi persona; Marta Zuñiga (directora de derechos humanos del Instituto Nacional de la Mujer); Gladis Vallester de Broce (administradora del Instituto Nacional de la Mujer).



Instituto Nacional de la Mujer en Panamá

La foto de abajo está compuesta por la bolsa del Instituto Nacional de la Mujer y su contenido: folletos explicativos de las campañas de sensibilización que desarrolla actualmente el Instituto Nacional de la Mujer



Bolsa y folletos explicativos

Resultados de la visita de campo:

El edificio que funciona como albergue de acogida a mujeres víctimas de violencia doméstica en Panamá se encuentra en buen estado de conservación. El local posee dos pisos y no cuenta con ascensor, sin embargo, la coordinadora del albergue lo organizó de manera que pudieran recibir mujeres mayores o con discapacidad. Asimismo, las escaleras son firmes y anchas, por tanto, no ofrecen ningún riesgo a los niños. Además, el albergue contiene: 01 recepción; 3 salas de oficina; 9 suites; 1 cocina; 1 sala de estar; 1 sala especial para niños; 1 salón de clases; 1 terraza al aire libre.

La recepción es una sala amplia que contiene un balcón y un cuaderno grande donde la administradora del albergue apuntó los nombres de los visitantes y sus respectivos números de documentos de identificación. En recepción, hay seguridad contratada. De las tres salas de oficina, la primera es utilizada por la asistente social del albergue, la segunda por la psicóloga del albergue y la tercera sala, que es muy amplia, está dividida en tres espacios de escritorio, donde trabajan la administradora del albergue en conjunto con dos colaboradoras. Las nueve suites del albergue cuentan con tres o cuatro camas de soltero cada una, todas con almohadas y sábanas limpias y en buenas condiciones. Las paredes están pintadas y bien conservadas. Poseen baño y una mini lavandería. La cantidad de camas se ajusta a la necesidad que tienen muchas mujeres de traer con ellas sus hijos.

La cocina es amplia, está pintada y bien conservada, contiene todos los electrodomésticos necesarios, incluyendo un fogón industrial, todo en buen estado de conservación. La sala de estar cuenta con un sofá y una televisión de 50 pulgadas, está pintada y bien conservada. Al lado de sala de estar está la sala especial para niños, que cuenta con muchos juguetes. El salón de clases, que está pintado y bien conservado, contiene una pizarra grande y aproximadamente 15 sillas. Todo está bien conservado y limpio. La terraza al aire libre es amplia y contiene cuatros mesas grandes de madera, con sillas de madera. Todo está bien conservado y limpio.

Al conversar tanto con la psicóloga como con la asistente social del albergue, les pregunté sobre su rutina de trabajo. Ambas relataron que trabajan exclusivamente para el albergue todos los días de la semana. Que tienen la función de recabar datos de las mujeres que les son encaminadas, informarles, y confortarles, y que los datos colectados, juntamente con el informe de su situación, son enviados al Instituto Nacional de la Mujer. Ambas comentaron que a partir del momento que reciben una mujer en el albergue, procuran tratarla con mucho cariño, tratando que se sienta lo más cómoda y acogida posible, pues saben que estar allí es una situación extrema para ella.

La psicóloga ha dicho que el salón de clases es utilizado para reunir a las mujeres que están viviendo allí para darles charlas sobre manejo de las emociones e informarles en detalle sobre sus derechos.

Al conversar con la directora del albergue, a quien no voy nombrar por cuestiones de seguridad, le pregunté sobre el protocolo de recibimiento de las mujeres que les son encaminadas. La directora me dijo que actualmente solamente las mujeres encaminadas por el Ministerio Público son recibidas en albergue; que actualmente solamente los fiscales de familia son los que tienen la función de evaluar los riesgos de la víctima y decidir sobre la mejor medida de protección.

Al preguntarle si existe un lapso temporal límite para que mujeres víctimas de violencia estén acogidas en albergue, dijo que el Ministerio Público encamina mujeres para estar allí por el plazo de tres meses, que pueden ser prorrogados por tres meses más, y que, dependiendo del caso, es decir, del riesgo de la víctima y de la capacidad del albergue, el tiempo de estadía puede ser mayor de seis meses.

Al preguntarle sobre la capacidad de recibimiento del albergue, dijo que este tiene capacidad para recibir nueve mujeres a la vez, con sus respectivos hijos. La directora del albergue comentó que la mayoría de las mujeres que son recibidas traen con ellas, hijos pequeños, generalmente tres o cuatro, por eso las habitaciones cuentan con varias camas. Dijo

también, respecto de los hijos de las mujeres que son acogidas, que las hijas de todas las edades pueden estar en el albergue, pero que en cuanto a los varones, solo los hijos menores de 14 años de edad pueden acompañar a la madre.

En cuanto al personal que trabaja en el albergue, la directora informó que, además de ella, trabajan en el albergue 2 asistentes de administración, 2 auxiliares de limpieza, 1 cocinera, 1 seguridad, 1 asistente social y 1 psicóloga, y que la conservación del albergue y de los salarios de los funcionarios de albergue están todos vinculados al presupuesto que el Gobierno de Panamá reserva al Instituto Nacional de la Mujer.

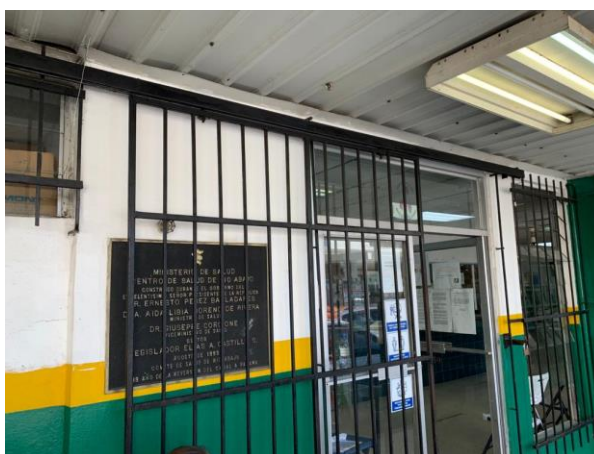
Al conversar con la directora del Instituto de la Mujer, le pregunté si existen más albergues como el que hemos visitado en Panamá, ella me dijo que además del albergue visitado, existe otro albergue en condiciones similares en la ciudad de Chiriquí, con capacidad para recibir ocho mujeres. Que ambos albergues (estructura y personal) son mantenidos con el presupuesto de cien millones de dólares que le reservó el actual Gobierno, por lo que debe mantener, además de los albergues, los 16 Centros de Atención a la Mujer situados en todo el país (estructura y personal).

#### 10.4. Visita de Campo al Centro de Salud de Rio Abajo

La presente investigación tuvo por objeto entrevistar a la psicóloga Omaidá Elena de Frías Sánchez, funcionaria del Ministerio de Salud de la Nación Panameña, que realiza terapia para rehabilitación de agresores en casos de violencia doméstica en la Provincia de Panamá.

Dirección: Calle 87 Oeste, Barrio Rio Abajo, Ciudad de Panamá.

En la foto es posible ver la fachada del Centro de Salud, y la puerta que da acceso a la recepción.



Fachada del Centro de Salud de Rio Abajo en Panamá

Después de haber logrado concertar una cita con la psicóloga para las 4 pm del día 4 de marzo de 2021, me dirigí a la dirección mencionada para que habláramos sobre la política pública panameña que consiste en obligar judicialmente a los agresores en casos de violencia domestica a someterse a una terapia psicológica.

Para este tipo de investigación, fue necesaria la previa elaboración de un cuestionario. En el consultorio de la Psicóloga, le hice las siguientes preguntas:

1. ¿Podría usted hablar sobre el protocolo de actuación del Ministerio de Salud en casos de violencia doméstica?

Psicóloga: En los casos de denuncia ante el Poder Judicial de hechos de violencia doméstica, la persona a quien se le impone el tratamiento psicológico debe presentar en la recepción del Centro de Salud requerimiento judicial firmado por la autoridad competente (juez o fiscal de familia), encaminado al departamento de salud mental, para que se le marque un cita con uno de los psicólogos disponibles. En la siguiente foto se puede ver un documento de coordinación entre instituciones, que consiste en una del Juzgado de Cumplimiento del Sistema Penal Acusatorio enviada al Departamento de Salud mental del Ministerio de Salud solicitándole información sobre el avance de la terapia de un acusado de violencia doméstica.



Oficio Judicial

2. ¿Quién determina la duración de la terapia, el Poder judicial o el terapeuta?

Psicóloga: La duración de la terapia la determina el terapeuta, quien envía directamente la información al Juzgado, juntamente con la constancia de asistencia, informe de los tratamientos aplicados y eventuales cambios observados en el paciente. El juzgado suele enviar notas, ya sea por medio electrónico (e-mail), vía telefónica o aun personalmente, preguntando a cuantas citas el paciente asistió y cuáles fueron los resultados del tratamiento y mi trabajo consiste en presentar todos los informes que se requiere.

3. ¿Usted realiza evaluación psicológica de los agresores antes, durante o después de las sesiones? En caso de que sea afirmativa la respuesta, podría decir que tipo de test realiza para medir el nivel de agresividad de la persona.

Psicóloga: Dependiendo de la persona, porque en la primera entrevista ya puedo observar si la persona es colaboradora o se muestra resistente. Siempre trato de pedir al paciente una autobiografía, haciéndole hablarme de su vida y de su relación conyugal. Si considero que hay la necesidad le aplico una prueba de personalidad, llamada “Inventario de evaluación de la personalidad”, elaborada por el especialista Leslie C. Morey<sup>507</sup>, que contiene una escala para medir potencial de violencia y eventual sociopatía. En la entrevista, cuando verifico si el paciente presenta rasgos de sociopatía, le aplico el test para decidir el tipo de tratamiento adecuado, ya que trabajar la reflexión de las actitudes, es decir abordar de una manera introspectiva no funciona en sociópatas. Las personas que tienen trastorno de personalidad no cambian.

4. ¿El Ministerio de Salud o la Fiscalía o el Juez le exige enviar un informe sobre la terapia en desarrollo?

Psicóloga: Generalmente es un juez de cumplimiento que pertenece al sistema penal acusatorio, que en razón de la sentencia, encamina a la persona agresora al Centro de Salud. Pero hay muchos casos en que la persona agredida desiste de la demanda. En estos casos, aunque no haya proceso judicial en trámite, debido a la existencia de una denuncia ante el

---

<sup>507</sup> MOREY, Leslie C. PAI Inventario de Evaluación de Personalidad. España: Tea Ediciones, 2011.



Ministerio Público, el tratamiento psicológico se aplica. En la práctica, los pacientes son hombres, yo personalmente, nunca atendí a una mujer denunciada como agresora, aunque hay casos de mujeres que denuncian a otras en casos de violencia entre hermanas o entre madre-hija, pero eso es muy raro de llegar a denunciarse. Los pacientes son hombres, por eso me refiero siempre a los agresores, en masculino. Bien, como decía anteriormente, las mujeres suelen desistir de la denuncia de violencia doméstica que interpusieron en contra de sus esposos porque en la mayoría de los casos dependen de ellos económicamente, y porque además son dependientes emocionales del agresor. Por eso, la política adoptada en Panamá es la de suspender el proceso penal en caso de desistimiento, pero con la condición de que el agresor se someta al tratamiento psicológico. En estos casos, el Ministerio Público es quien actúa encaminando a los agresores.

5. ¿Con base en su experiencia profesional usted ha identificado un patrón común de trastorno psicológico entre los agresores que ha atendido?

Psicóloga: Desde mi experiencia he observado que los agresores agreden porque aprendieron desde niños a ser como son. El niño solo tiene permiso de expresar enojo, aunque tenga miedo, o tristeza, o cualquier otro sentimiento, solo está autorizado a demostrar enojo. El lloro es considerado debilidad, por eso en vez de llorar, se enojan. No aprenden en sus hogares a manejar sus emociones.

En sus casas aprendieron por medio del ejemplo, observando la actuación de sus padres, hermanos y abuelos. Además, hay un evento que quiero llamar la atención porque genera desequilibrio dentro de los hogares, que es la desautorización de los padres. Funciona así: muchas veces las madres están corrigiendo a su hijo porque hizo algo malo, ya sea por medio de cachetadas o gritos y viene un abuelo o abuela para proteger al niño, desautorizando a la madre. Ahora bien. No es correcto desde el punto de vista psicológico pegar físicamente o gritar, pero tampoco es correcta la intervención de tercero en la educación de un hijo. Los abuelos no deberían prestarse a sobreproteger a los nietos, pero eso es algo que sucede bastante en Panamá, es cultural, y perjudica a los niños. La desautorización lleva al niño a no respetar la autoridad y a desconocer límites, y una persona que crece sin límites no respeta las reglas cuando es adulto. Este niño, en especial, el varón, pasa a actuar en el ambiente y en la comunidad pensando que todo lo puede hacer. Inclusive, también es cultural que los varones no colaboren con ninguna tarea doméstica, que salgan a jugar, que salgan de fiesta por la noche, que no se les castigue, ni se les exija nada. Este niño crece viendo a su madre haciendo

todas las tareas domésticas, viendo a su hermana colaborando en todas las tareas, siendo exigida y restringida, pues ella, la hermana, no está autorizada a salir, mucho menos por la noche, y va aprendiendo por sí mismo cuales son los roles de cada uno. El padre llega tarde y embriagado, la madre casi nunca, porque la esposa panameña no tiene esa libertad de salir a tomar tragos con las amigas, en cambio el esposo sí. Todo ello lleva a otro dato interesante de la cultura panameña que es el hecho de que los hijos varones sean más deseados por la parejas, aunque digan que no, desde mi experiencia profesional puedo afirmar que los varones son más deseados, porque los varones son criados para tener prestigio y poder, y con ello, el manejo del dinero.

6. ¿Todo el proceso de terapia es visto por el agresor como un castigo o una oportunidad de mejora como persona?

Psicóloga: La mayoría de los agresores llegan a la sesión de terapia sintiéndose frustrados. Suelen afirmar que es injusta la pena de terapia que se les impone, porque no son enfermos, más bien debería ser la esposa, no ellos, la que debería frecuentar terapia. No admiten que su manera de ser y de actuar les haya causado un problema de relación con su pareja. Para ellos, su manera de ser y de actuar es normal, porque los hombres en la comunidad funcionan así. Digo que se trata de un tema cultural, porque las actuaciones de los agresores no tienen relación con su nivel socio-económico. Los agresores de más alto nivel, son solamente más educados, pero son igual de agresores.

7. ¿Ahora que estamos viviendo un momento de pandemia por la transmisión de coronavirus, los casos de violencia doméstica aumentaron o disminuyeron? ¿Cómo el Ministerio de Salud está manejando esta situación?

Psicóloga: Desde marzo de 2021, durante muchos meses las sesiones de terapia estuvieron suspendidas, pero desde que se retomaron los trabajos aquí en el Centro de Salud, no se ha notado un aumento en el número de casos.

8. ¿Dentro de aquello que usted está autorizada a informar, cuáles son las técnicas que emplea en las sesiones de terapia?

Psicóloga: Hay una terapia que se llama dialéctica conductual, que la utilizo para tratar con los agresores que atiendo. Es una terapia utilizada generalmente en pacientes diagnosticados con trastorno borderline, cuyas características son muy similares a las de los pacientes agresores, es decir, ambos son pacientes impulsivos, que presentan fluctuaciones de emociones, carencia de habilidades sociales, y falta de tolerancia a la frustración, y que por eso se llena de ira por celos o por deseo de control y quiere destruir todo. Con el pasar de los años, y con la experiencia del día a día, el profesional acaba mezclando técnicas de terapia para lograr mejores resultados.

Uno de los textos que facilito a los pacientes es un libro titulado “Así aprendimos a ser hombres”, de Álvaro Campos Guadamuz.<sup>508</sup>

Culturalmente, al hombre no se le enseña a expresar e identificar emociones, por eso tienen ese déficit. Sus conductas impulsivas provenientes del enojo pueden llevar a cualquier tipo de agresión. Por eso, en las sesiones de terapia les ayudo a desarrollar la auto-regulación de las emociones. A través del dialogo, puedo identificar cuáles son temas que debo enseñarles, y entonces les facilito textos y videos para después discutirlos. Dentro de la terapia dedicada a la regulación de las emociones, también les enseño el mindfulness, para que sean capaces de asimilar sus pensamientos, y administrarlos, sin que se dejen llevar por los impulsos de sus pensamientos, que acaban explotando en una emoción. Les enseño a estar conscientes de lo que están sintiendo sin sentir la necesidad de reaccionar.

9. ¿Panamá maneja datos estadísticos de recuperación/ reincidencia de agresiones en los hogares panameños? ¿Basándose en su experiencia profesional, sabe si la tasa de recuperación de los agresores es más alta que la de reincidencia?

Psicóloga: La mayoría de los agresores que vienen a las sesiones de terapia no se sienten responsables por la situación que enfrentan, es decir, por el hecho penal por el cual se les está juzgando. El 99% de los casos que atiendo son de parejas que se divorcian. Un dato importante que pude recoger desde mi experiencia es que las mujeres, en su mayoría, solo denuncian los abusos que sufren en el hogar cuando ya están decididas a no continuar con la relación. Los hombres, de su parte, establecen que no quieren regresar con sus esposas porque no quieren ser acusados de violencia domestica otra vez. Así, la ruptura es definitiva. Por otro

---

<sup>508</sup> CAMPOS GUADAMUZ, Álvaro. Así aprendimos a ser hombres. San José, Costa Rica: Oficina de Seguimiento y Asesoría de Proyectos OSA, S.C., 2007.

lado, no he recibido en mi consultorio ningún caso de agresor que haya sido denunciado dos veces por distintas parejas.

En cuanto a la recuperación, este es un dato difícil de recabar porque la mayoría de los tratamientos no terminan. Los hombres generalmente justifican su no asistencia a las citas alegando que no recibieron permiso de sus empleadores.

10. ¿Cuál es la contribución de la psicología en el proceso de fortalecimiento de las familias panameñas?

Psicóloga: Culturalmente se le enseña al varón desde niño que él tiene que ejercer el control en todas las situaciones, y cuando él no controla las emociones es porque está perdiendo el control. Por eso se frustran y se llenan de ira, llegando incluso a matar, y luego suicidarse.

Por eso, el objetivo de la ley es que todo hombre, aunque no sea sentenciado, aunque la pareja desista de la demanda, sea obligado a frecuentar sesiones de terapia.<sup>509</sup>

11. ¿Qué considera usted que se podría mejorar en el proceso de rehabilitación de agresores?

Psicóloga: Muy pocos pacientes terminan el tratamiento y yo pienso que eso se debe a dos factores, principalmente. 1. El primero es no hay psicólogos suficientes para atender a toda la población, por lo que las citas con agresores son agendadas para suceder una vez al mes. Esta saturación de pacientes impide que yo pueda realizar una terapia efectiva. En los Centros de Salud, no solamente se atiende a agresores de violencia doméstica, sino a toda la población con distintas problemáticas, se requiere de más psicólogos. 2. El segundo factor es que los hombres no reciben permiso de sus empleadores para asistir a las citas. Pienso que debería existir una mejor coordinación del Poder Judicial con el Ministerio de Salud en este sentido y que los jueces deberían ponerse de acuerdo con nosotros, los psicólogos, para definir los periodos de tratamiento y así poder informar a los empleadores de los agresores del tiempo de duración de la terapia y la cantidad de sesiones en las que tienen que participar. La constancia de la terapia debería justificar su ausencia laboral, pero en la práctica eso no

---

<sup>509</sup> Con fundamento en el artículo 331, numeral 7, del Código de Proceso Penal, tanto el Fiscal de familia, como el Juez de Garantías o el Tribunal de Juicio puede determinar al agresor en casos de violencia domestica su sometimiento a terapia psicológica.

funciona así. Como no hay un control rígido, ni un justificante válido los empleadores prefieren no autorizar las salidas.

En este momento de la entrevista, la psicóloga Omaidá permitió que le tomase una fotografía en su consultorio.



Sala de atención terapéutica

Para finalizar nuestra conversación, ella añadió una cuestión que considera importante. Habló sobre la terapia de rehabilitación de agresores que se realiza en grupo. Según su relato, las sesiones de terapia individuales son importantes, pero ha comprobado durante sus más de diez años de experiencia como psicoterapeuta que las terapias en grupo producen mejores y más rápidos resultados en la rehabilitación de los agresores. Comenta que al haber observado un efectivo cambio en sus pacientes, comparó sus resultados con aquellos que no participaban concomitantemente de terapias en grupo y concluyó que los agresores que reciben terapia presentan una mejora significativa. Sin embargo, las terapias en grupo ya no son aplicadas en Panamá porque el asistente social Jairo Castillo que conducía el grupo falleció el año pasado y no lo reemplazaron hasta la fecha. Ella está elaborando, juntamente con otros dos psicólogos del Ministerio de Salud un proyecto piloto para someter a la apreciación de la Ministra de Salud para implementar nuevamente las terapias en grupo.

## 10.5. La ley n. 82 de 2013 como política de fortalecimiento de las familias panameñas

De acuerdo con investigaciones realizadas por la Procuraduría General de la Nación Panameña, quien compareció a la Cámara de Diputados de Panamá para presentar el proyecto de la Ley n 82/2013, en el año 2006, Panamá ocupaba el décimo lugar de 70 países en porcentaje anual de femicidio, el cual se ha incrementado, en diversas manifestaciones de violencia contra las mujeres, de manera continua y progresiva. En 2013, año en que se aprobó la ley 82, Panamá ocupaba el tercer lugar de esta lista, lo que representaba el doble de la media de América Latina en aquel entonces.<sup>510</sup>

Según el proponente de dicha Ley, los datos estadísticos ya habían demostrado que en la gran mayoría de los casos de violencia doméstica en Panamá, las mujeres son las que sufren las consecuencias más graves en los conflictos entre parejas, y que los hijos provenientes de familias donde impera la dinámica de la violencia, terminaban generando nuevas familias que utilizaban la violencia para resolver sus conflictos. Por tanto, la violencia doméstica era un doble problema que necesitaba dos tipos de soluciones, una muy simple y otra sofisticada. La primera consistía en oprimir la conducta violenta, una solución considerada simple, ya que tal medida exigía tan solo la acción del Legislador, que sancionaría la conducta violenta con más “violenta” pena. La segunda solución, más compleja por la exigencia de coordinación entre distintas instituciones, consistía en prevenir el acontecimiento de nuevos casos de violencia con resultados fatales. En síntesis, la violencia doméstica en Panamá se había convertido en un problema público de urgente solución.

En este contexto, el 18 de septiembre de 2013, la Procuraduría General de la Nación de Panamá, con fundamento el artículo 165 de la Constitución, propuso en la Cámara de Diputados el Proyecto de Ley n. 649 que tenía por objeto reformar el Código Penal para tipificar el femicidio, sancionar la violencia contra la mujer, y dictar medidas de prevención en casos de conductas punibles. Dicho Proyecto, convertido en la Ley 82/2013, fue aprobado y publicado en la Gaceta Oficial n. 27403, el 25 de octubre de 2013.

A pesar de que la Ley 82/2013 fue reconocida como la Ley de femicidio en el país, ella no comporta en su texto solo la figura típica punible, sino que también agrega medidas innovadoras, las cuales engloban la responsabilidad en la toma de acciones de los tres poderes

---

<sup>510</sup> Gobierno de Panamá. Exposición de motivos de la Ley n. 82. Proyecto de Ley 649, publicado en la Gaceta Oficial n. 27403 de 25 de octubre de 2013.

de los Estados. En otras palabras, la erradicación de la violencia así como también su prevención se convirtió en una responsabilidad interinstitucional.

En el momento de la votación de dicha ley, el honorable diputado Juan Carlos Arosemena se manifiesta en este sentido, al afirmar que <No es secreto para nadie que la violencia domestica cada día se ha ido convirtiendo en el delito mayoritario en nuestro país. No solo eso, no solo la violencia, estamos viendo cómo la ruptura de la familia es la que nos está llevando a una sociedad de bajos valores, a una sociedad de violencia, a una sociedad de irrespeto y con eso no vamos a poder construir el país que queremos. Es fundamental que esta Ley tenga las herramientas necesarias para que no solamente sea una Ley para penalizar gente, para penalizar hombres que maltratan a las mujeres, sino también, que tenga los elementos necesarios para prevenir este estado de cosas. Más que penalizar, yo deseo que prevengamos estas situaciones, que no volvamos a ver que los niños crezcan infelices dentro de un hogar><sup>511</sup>.

De su parte, la honorable diputada Iracema de Dale manifestó <no solamente basta la Ley, tenemos que también orientar desde las escuelas sobre la importancia de la mujer en una sociedad, ya que la familia es el cimiento, la base de la sociedad y si falta una mujer la familia no está completa, señores, y menos, cuando ha sido de muerte violenta por el compañero. Este Proyecto no puede quedarse solo en el papel, hay que darle vida, porque estamos dejando niños huérfanos. Hablamos de violencia. La violencia empieza en el hogar, cuando encontramos hombres maltratadores, ese niño va a ser un maltratador después><sup>512</sup>.

Durante la sesión de votación de la Ley 82/2013, también se manifestó el representante del Ministerio Público Adolfo Pineda, que aclaró dudas por parte de algunos parlamentarios en cuanto a la prevalencia que se estaría dando a la vida de la mujer de cara a la vida del hombre, en caso tal de que el Proyecto en discusión fuese aprobado. El fiscal Adolfo Pineda señaló que <en Panamá la violencia doméstica es combatida desde 1995, cuando se aprobó la Ley de Violencia Intrafamiliar, la cual fue convertida en Ley de violencia doméstica que, de manera igualitaria o equitativa, atiende las denuncias que presenta tanto la mujer como el hombre. Pero también tenemos que tomar en cuenta que las estadísticas muestran que la mayor parte de las víctimas son mujeres. Entonces, cuando hablamos de trabajar con perspectiva de género significa que nosotros tenemos que volcar nuestra atención en beneficio de la mayor parte de las víctimas, que son las mujeres. Igual, hay otros grupos de vulnerabilidad, por ejemplo, los niños. Por eso es que todos los días estamos en distintas

---

<sup>511</sup> Asamblea Nacional de Panamá. Acta de la Sesión Ordinaria correspondiente al 17 de octubre de 2013. p. 15

<sup>512</sup> Asamblea Nacional de Panamá. Acta de la Sesión Ordinaria correspondiente al 17 de octubre de 2013. p. 20

instancias públicas hablando del tema de la violencia doméstica. Sí recibimos ataques, nos han dicho que nosotros participamos en la desintegración de la familia, pero es que cuando nosotros entramos ya hay una familia enferma, lo que vamos a tratar es de minimizar un poco el daño que se ha causado y tratar de buscarle solución<sup>513</sup>.

El honorable diputado Hernán Delgado se manifestó aludiendo que <con este Proyecto avanzamos significativamente en el apoyo de la familia panameña, en el apoyo de los valores nacionales, en el apoyo a la dignidad de la mujer, en el respeto a nuestras hijas, nuestras esposas, nuestras hermanas, nuestras abuelas, nuestras madres. Cuando leía la Ley yo me ubicaba en cómo me sentiría yo cuando veo que un hombre que enamoró a mi hija, se casó con ella y yo le di el visto bueno y se lo celebramos y, un poco tiempo después, la agarra a golpes, la maltrata y no solamente la daña físicamente, sino que la deja afectada en materia psicológica y emocional. ¡Dios nos proteja y nos ayude en este aspecto!><sup>514</sup>.

El derecho positivo proviene del derecho natural por obra del legislador, que la pone y la impone. El legislador panameño, consciente de que las relaciones entre hombres y mujeres deben basarse en los principios de respeto a los derechos humanos, conscientes de que solo por medio del fortalecimiento de la familia es posible prevenir nuevos casos de violencia doméstica, y que este fortalecimiento depende de la actuación integral del Estado, estableció, por medio del artículo 16, la aprobada Ley 82/2013, la creación de un Comité de asesoría, seguimiento y fiscalización de las políticas públicas en materia de violencia contra la mujer, que estará integrada por distintas instituciones, como por ejemplo, el Ministerio de Gobierno, el Ministerio de Salud, el Ministerio de Educación, el Ministerio de Desarrollo Social, la Defensoría del Pueblo, la Universidad de Panamá, el Órgano Judicial, el Ministerio Público.

Dicho Comité tendrá la responsabilidad de elaborar y dar seguimiento a políticas públicas de prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres. Las políticas de sensibilización, prevención y atención, consideradas como el conjunto de orientaciones y directrices de carácter público que deben ejecutar los órganos e instancias competentes, por tanto, tienen carácter vinculante para todos los órganos de administración pública, de justicia y de las autoridades tradicionales.

Por medio de esta Ley, el Estado panameño asumió un compromiso de paz con la sociedad, garantizando, en materia de prevención, la promoción de cambios culturales, la

---

<sup>513</sup> Asamblea Nacional de Panamá. Acta de la Sesión Ordinaria correspondiente al 17 de octubre de 2013. p. 31

<sup>514</sup> Asamblea Nacional de Panamá. Acta de la Sesión Ordinaria correspondiente al 17 de octubre de 2013. p. 37



erradicación de prejuicios y estereotipos, la protección integral de las mujeres y, por lo tanto, el fortalecimiento del núcleo familiar.

#### 10.6. Efectividad de la política de rehabilitación de agresores

Al describir la sociedad desde la perspectiva de su tiempo Rousseau señaló que <es necesario estudiar la sociedad por los hombres y a los hombres por la sociedad: aquellos que quieran tratar separadamente de la política y de la moral nunca entenderán nada de ninguna de las dos><sup>515</sup>. Dicho autor también aseveró que <la más antigua de todas las sociedades, y la única natural, es la de la familia><sup>516</sup>. En la actualidad, esta perspectiva sigue vigente por medio del artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, pues allí se reafirma que <la familia es el núcleo natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección, de la sociedad y del Estado>. En Panamá dicho pensamiento es adoptado como fundamento de las decisiones de los líderes comunitarios en la solución de sus problemas. Es lo que se observa por medio del análisis de la Ley 82/2013.

La Ley 82/2013, por medio de artículo 37, estableció la adición de la letra “d” al Artículo 50 del Código Penal, estableciendo el tratamiento terapéutico multidisciplinario como pena principal. Dicha Ley también estableció, por medio de su artículo 46 una nueva redacción para el artículo 200 del Código Penal, cuya conducta típica quedó así: <Quien hostigue o agreda física, psicológica o patrimonialmente a otro miembro de su familia será sancionado con prisión de cinco a ocho años y tratamiento terapéutico multidisciplinario en un centro de salud estatal o particular que cuente con atención especializada, siempre que la conducta no constituya delitos sancionados con pena mayor>.

Por tanto, el agresor en casos de violencia doméstica debe asistir a un programa de rehabilitación, que consiste en un tratamiento terapéutico multidisciplinario en un centro de salud estatal o particular, siendo que para aquellas personas que no poseen condiciones económicas de contratar a un terapeuta con sus propios recursos, el Ministerio de Salud dispone en sus Centros de Salud de psicólogos aptos a actuar en casos de recuperación emocional de las víctimas de violencia doméstica, así también de los agresores, con los cuales se realiza la terapia de rehabilitación.

---

<sup>515</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. Emílio, ou, da educação. São Paulo, Martins Fontes, 2004, p. 196

<sup>516</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social: princípios do direito político. São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 11

Además del compromiso globalizado del Estado en la garantía de los derechos, el Legislador panameño innovó sobremanera en su política de prevención de la violencia doméstica estableciendo como medida obligatoria la rehabilitación emocional y psicológica de las personas denunciadas por hechos de violencia doméstica. El legislador innovó por medio de la inserción de la terapia psicoterapéutica como medida de rehabilitación de agresores en casos de violencia doméstica. Esta es una medida preventiva en pro de la familia.

El objetivo de la rehabilitación de agresores no es el de reparar a la víctima, para vengarla, ni para castigar al denunciado, como afirmó el fiscal de familia Rubén Garibaldi en su entrevista en la visita de campo. Garibaldi afirmó que la rehabilitación de agresores es una medida que trata de apoyar al agresor, de ayudarlo para que sea feliz en su futura nueva relación, para que el denunciado tenga virtualmente la oportunidad de probar una dinámica de relación de pareja distinta de aquella que le llevó a tener problemas con la justicia, ahora basada en el respeto integral al ser humano.

En la práctica, sin embargo, la intención del legislador se ha visto en gran parte frustrada en este sentido. Revisando los informes estadísticos del Ministerio Público panameño, se ha constatado que del 1 de enero de 2014 al 31 de diciembre de 2014, hubo 39 casos de femicidio en Panamá, del 1 de enero de 2015 al 31 de diciembre de 2015 hubo 29 casos de femicidio, pero, en contrapartida, del 1 de enero de 2020 al 31 de diciembre de 2020, hubo 31 casos de femicidio en Panamá. Los números de violencia doméstica tampoco divergieron tanto, pues se ha constatado que del 1 de enero de 2014 al 31 de diciembre de 2014, hubo 17321 casos de violencia doméstica en el país, y del 1 de enero de 2020 al 31 de diciembre de 2020, hubo 15123 casos de violencia doméstica.

En la entrevista concedida por la psicóloga Omaid Frías se constató también que los denunciados en casos de violencia doméstica no terminan el tratamiento terapéutico previsto en la ley. En la práctica lo que se observa es la falta de previsión presupuestaria para mantener la estructura que exige hacer funcionar el engranaje gigantesco montado por la Ley 82/2013. Es necesaria la contratación de más funcionarios públicos de salud para atender a la demanda enviada por el Poder Judicial. Es necesario el establecimiento de un programa informático de conexión directa con el Poder Judicial, donde las informaciones sobre los denunciados pueda ser alimentada, en donde el Juzgado o Ministerio Público pueden insertar datos sobre la situación del denunciado y los psicólogos pueden dar constancia de las terapias e insertar sus respectivos informes en tiempo real, sin la necesidad del envío de notas solicitando información en cada caso concreto.

Otro factor que ha llevado a los agresores a no terminar la terapia es la de sanción blanda en caso de incumplimiento. El artículo 333, numeral 12, del Código de Proceso Penal prevé que en los delitos de violencia doméstica, el Fiscal, el Juez de Garantías, el Juez Municipal o el Tribunal de Juicio podrá aplicar la medida de ordenar al presunto agresor asistir a terapias psicológicas o psiquiátricas, mientras dure el proceso. No obstante, el mismo artículo prevé la sanción en caso de incumplimiento: <El incumplimiento de una de las citas impuestas por esta medida conllevará detención provisional hasta por una semana>.

Aquí se está delante de un caso en que el derecho positivo debería prevalecer para hacer valer el derecho natural, pues existen bienes humanos que solamente el derecho positivo puede asegurar. Lo decía Santo Tomás de Aquino, al afirmar que <el derecho natural existe para forzar a las personas egoístas a actuar de modo razonable><sup>517</sup>. En el contexto familiar, actuar de modo razonable requiere el respeto al derecho natural del otro, es decir, la no violación de la dignidad de la pareja y de los hijos. De acuerdo con las declaraciones de la psicóloga Omaidá de Frías el agresor, en casos de violencia doméstica, no manifiesta arrepentimiento de sus actitudes. El agresor está convencido de que actúa de manera natural, excusándose en la cultura bajo la cual se educó. No tiene consciencia de que destruye a su familia y a él mismo por medio de sus actuaciones violentas. Pierde la pareja, pierde muchas veces el contacto con los hijos, pierde una parte importante de su propia historia, de su identidad como persona. Pero no lo sabe. Por tanto, es de observar que el derecho natural pre existente no está ofreciendo todas las soluciones para los problemas de coordinación de la vida en comunidad, pues la sanción blanda en casos de no sometimiento a la terapia prevista en ley, prácticamente estimula al agresor a no cumplirla. Por ello, el legislador debería revisar la ley en este sentido, a fin de imponer de manera más efectiva el mandamiento legal.

#### 10.7 Análisis de las políticas públicas de prevención a la violencia doméstica en Panamá

El análisis in itinere de las políticas públicas de prevención de violencia doméstica en Panamá tuvo por objeto medir la utilidad y beneficios de la intervención pública, por medio de la evaluación de la presencia o la ausencia de las seis siguientes características: 1. Estabilidad; 2. Adaptabilidad; 3. Coherencia y coordinación; 4. Calidad de la implementación y aplicación efectiva; 5. Orientación al interés público; 6. Eficiencia.

La estabilidad de las políticas públicas es un importante factor de garantía al ejercicio de los derechos humanos, teniendo en cuenta que las alteraciones, debido a cambios o crisis

---

<sup>517</sup> TOMÁS DE AQUINO, *Suma teológica*. São Paulo, Loyola, 2005

en el gobierno generan muchas veces el retroceso de los avances logrados con las políticas en desarrollo. En el caso de las políticas públicas panameñas que tienen por objeto prevenir la ocurrencia de violencia doméstica se ha notado la presencia de una política permanente prevista en la Ley 82/2013, que está todavía en fase de ajustes. Sin embargo, se ha observado la ausencia de programas destinados al apoyo de la población. Se ha ejemplificado anteriormente por medio de la investigación de los gobiernos anteriores, como los de los Presidentes Ricardo Martinelli (mandato de 2009-2014) y Juan Carlos Varela (Juan Carlos Varela (mandato de 2015-2019), que sus respectivos programas de prevención de la violencia en Panamá funcionaron como paquetes cerrados que terminan incluso antes de la fecha del término de sus mandatos.<sup>518</sup> El actual presidente Laurentino Cortizo (mandato de 2020-2024) presentó el plan de gobierno “Plan Colmena: Panamá libre de pobreza y hambre, la sexta frontera”, que en conformidad con la Agenda 2030 para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible, de la Organización de las Naciones Unidas, que, entre otros planes, describe estrategias de combate a la violencia, sin embargo, no presentó programas específicos de prevención a la violencia doméstica como los gobiernos anteriores.

La adaptabilidad de las políticas de prevención a la violencia doméstica es una característica que se demuestra presente desde la creación del Instituto Nacional de la Mujer y de la aprobación de la Ley 82/2013, por medio de la cual se creó el Comité de Asesoría, seguimiento y fiscalización de las políticas públicas en materia de violencia contra la mujer, que estará integrada por distintas instituciones, como por ejemplo, el Ministerio de Gobierno, el Ministerio de Salud, el Ministerio de Educación, el Ministerio de Desarrollo Social, la Defensoría del Pueblo, la Universidad de Panamá, el Órgano Judicial, el Ministerio Público, cuya responsabilidad consiste en elaborar y dar seguimiento a políticas públicas de prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres. Las políticas de sensibilización, prevención y atención, consideradas como el conjunto de orientaciones y directrices de carácter público que deben ejecutar los órganos e instancias competentes, por tanto, tienen carácter vinculante para todos los órganos de administración pública, de justicia y de las autoridades tradicionales. Estas fueron medidas adoptadas de manera integrada, que se adaptan y se ajustan a los cambios de gobierno.

---

<sup>518</sup> El Programa de Prevención de las violencias en Panamá promovido por el gobierno del Presidente Ricardo Martinelli tenía como enfoque el desarrollo de estrategias de prevención de violencia contra la mujer, con vistas a garantizar derechos y otorgar acceso efectivo a la justicia, actuando directamente en la formación de actores clave, como maestros en centros educativos. El programa de prevención de la violencia denominado “Barrios seguros con mano firme”, promovido por el Presidente Juan Carlos Varela consistía en la rehabilitación comunitaria, centrada en capacitar técnicamente el mayor número de personas desempleadas a fin de que lograsen reinsertarse en el mercado laboral.

En cuanto a la coherencia y coordinación, se ha detectado que las políticas de prevención se encuentran totalmente ajustadas a los estándares internacionales de protección a los derechos humanos, sin embargo, se nota la ausencia, en parte, de coordinación entre los administradores/jefes de las instituciones, como, por ejemplo se observó en la visita de campo realizada al Centro de Salud de Rio Abajo. No hay intercambio de informaciones satisfactorio entre el Ministerio de Salud y el Poder Judicial, para definir el procedimiento del tratamiento terapéutico de los denunciados en casos de violencia doméstica. Entre el Ministerio de Salud, el Ministerio de Trabajo y el Poder Judicial no existe ningún tipo de coordinación en el sentido de comunicar y obligar a los empleadores de los denunciados en casos de violencia doméstica a concederles el competente permiso para frecuentar a las sesiones de terapia psicológica. Tampoco existe un grupo de apoyo que funcione en horarios alternativos, por la noche, por ejemplo, para que los denunciados que trabajan 44 horas semanales puedan asistir.

La calidad de la implementación depende directamente de que su aplicación esté bien coordinada y que el cuerpo técnico competente esté debidamente capacitado. En el caso de las políticas tendientes a rehabilitar agresores en casos de violencia doméstica, se ha observado que las instituciones que participan de la implementación de las políticas públicas no están cooperando entre sí de manera eficaz. Además, se ha observado, que a pesar de contar con especialistas para rehabilitar a los denunciados en casos de violencia doméstica, el Ministerio de Salud no dispone de funcionarios en número suficiente para atender a la gran demanda de ciudadanos que recurren a este servicio.

La orientación al interés público, que está ligada a la promoción del bien común por parte del Estado, está presente en las políticas de prevención a la violencia doméstica en Panamá, en especial en el texto del Plan de Gobierno del actual Presidente Laurentino, quien presentó propuesta de políticas alineadas con los 17 Objetivos de Desarrollo Social de la Organización de las Naciones Unidas, dando énfasis a las políticas que garanticen la salud y bien estar, y aquellas que fomenten la paz.

La eficiencia revela la capacidad del Estado en distribuir sus recursos económicos y humanos en lo que se le asegure gran beneficio social. Dicha característica está directamente relacionada a la orientación del interés público ya que cuando los actores de las políticas favorecen indebidamente sectores específicos a costa del interés público se están alejando de la asignación de recursos más eficiente. En caso de políticas tendientes a la prevención de violencia doméstica objeto de análisis, se ha constatado que la ausencia de coordinación entre instituciones está generando una ausencia de eficiencia de la máquina estatal como un todo. Anteriormente, se ha comentado que los Ministerios de Salud, Ministerio de Trabajo y Poder

Judicial están fallando en el intercambio de información en cuanto a la política de rehabilitación de agresores en casos de violencia doméstica. En dicho caso, verificando que existen fallos de interacción, cualquiera de las instituciones puede proponer regulaciones internas, sanándolas por medio de manuales procedimentales que orienten a los funcionarios.

#### 10.8. Urge la sustitución de una cultura de violencia por una cultura de paz

La idea racional de una comunidad universal pacífica, aunque no amigable, de todas las naciones, que puedan satisfacer relaciones que las afectan mutuamente, no es solo un principio ético sino jurídico. Tal principio ha sido construido paralelamente al desarrollo de las civilizaciones, a pesar de la cultura de guerra y de sometimiento al poder a que estaba condicionada la humanidad, principalmente antes de la nueva concepción de libertad que se expresó en el *Bill of Rights* de 1688, en la Constitución Americana de 1787, y en la Revolución Francesa de 1789.

El planteamiento y construcción del principio jurídico de convivencia armónica entre los Estados así como de la equilibrada coexistencia de los individuos ha sido defendido por los filósofos jurídicos desde los albores de la civilización, todo ello conllevando a la materialización de lo que se acordó designar actualmente como derecho natural. A la filosofía jurídica que defiende los derechos naturales –la vida, la justicia, la libertad – como regla general de conducta que resguarda la dignidad del ser humano, y que en consecuencia, conlleva a la paz, es aquella que se ha acordado denominar iusnaturalismo.

Sergio Cotta considera la paz como el principio supremo de la existencia, que deriva de la dignidad humana, y de la relación de parentesco que existe entre los seres humanos. El autor también defiende la tesis de que donde sea que se produzca una crisis de valores, allí se prepara el terreno para la violencia.<sup>519</sup> En este mismo sentido Jesús Ballesteros defiende la idea de que una persona capaz de pensar en el otro como sujeto de derechos y discursos que son solo suyos, actuará de modo a respetar su condición. El comportamiento respetuoso hacia el derecho natural del otro genera paz a uno mismo, genera paz al otro.<sup>520</sup>

Por tanto, es lícito afirmar que la paz es una construcción interna hacia el exterior, es decir, que siempre empieza desde dentro. Aristóteles, San Agustín, Santo Tomás de Aquino, John Locke, todos ellos enfatizaron que el ser humano nace pacífico y bueno, pero que los

---

<sup>519</sup> COTTA, Sergio. *Las raíces de la violencia: una interpretación filosófica*. Trad. Tomás Melendo. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1987, p. 176

<sup>520</sup> BALLESTEROS, Jesús. *Repensar la paz*. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias, 2006, p. 20

sinsabores de la vida le van transformando a peor. Si un niño, nacido pacífico empieza a adoptar conductas violentas, lo hace por repetición de lo que ha vivido en el interior de su hogar. Su sistema intuitivo ya asimiló la violencia como algo feo, pero natural. La psicóloga panameña Omaidá de Frías, entrevistada para fines de este estudio, confirma lo anterior.

La psicóloga Omaidá de Frías, afirmó que la violencia de los agresores que atiende en su consultorio es asimilada por ellos como algo natural, desvelando, de esa manera, el contexto cultural de violencia de la sociedad panameña. Sin embargo, Sigmund Freud, en 1932 ya había propuesto la transformación cultural de los miembros de una comunidad como mejor solución al problema de la violencia, por tratarse del medio más pacífico disponible.<sup>521</sup>

En su famoso diálogo con Albert Einstein sobre la violencia y sus consecuencias, Freud ya afirmaba que de nada vale intentar eliminar las inclinaciones agresivas del hombre.<sup>522</sup> Justo por este motivo, propuso como mejor solución para apartar al ser humano de la violencia, el cambio cultural de la comunidad.

Según Freud, es un principio general que los conflictos de intereses entre los hombres sean resueltos con el uso de la violencia. Antes de la introducción de las armas, la superioridad de la fuerza muscular definía quien hacía prevalecer su voluntad sobre los demás, pero cuando dicha fuerza fue sustituida por el uso de instrumentos bélicos, que exige habilidad en su manejo, la superioridad intelectual empieza a sustituir la fuerza. La dominación por la violencia, apoyada en el intelecto llevó a la humanidad a un camino de reconocimiento de que la fuerza superior de un único individuo, se podía contraponer a la unión de diversos individuos débiles. La violencia entonces podría ser vencida por la unión, es decir, la ley, en contraposición a la violencia de un solo individuo. Asimismo, la ley es violencia de la comunidad, dispuesta a enfrentar cualquier individuo que se le oponga.

Esa transición de la violencia al derecho exigía que el poder de la violencia de los más débiles unidos fuese transferida a una unidad mayor. Además, la unión de la mayoría tenía de ser estable y duradera, razón por la cual la comunidad tuvo que organizarse para anticiparse a los riesgos de rebelión e instituir autoridades para hacer que las leyes fuesen respetadas y que coordinasen los actos legales de violencia (la ley no puede prescindir del apoyo de la violencia). Así, cada individuo cedió su libertad personal de usar su propia fuerza para finalidades violentas.

---

<sup>521</sup> LIMA VENTURA, Deisy de Freitas. Um diálogo entre Einstein e Freud: por que a guerra? Santa Maria: FADISMA, 2005, p. 34

<sup>522</sup> LIMA VENTURA, Deisy de Freitas. Um diálogo entre Einstein e Freud: por que a guerra? Santa Maria: FADISMA, 2005, p. 42

Freud resaltó que este tipo de sociedad civil, concebible en la teoría, tuvo poca aplicación en la práctica cuando los miembros de los gobiernos empezaron a crear leyes para sobreponerse al dominio de la ley. Por eso, miembros de grupos que se consideraban excluidos de la protección legal realizaron esfuerzos para modificar las leyes existentes, pero por medio de actitudes violentas, estableciendo la guerra para obtener la paz. Por tanto, para evitar las guerras civiles, todos los países deberían establecer una autoridad central a quien se le atribuiría el derecho de arbitrar todos los conflictos de intereses, refiriéndose a la Liga de las Naciones.

Sin embargo, Freud propuso también una solución pacífica poco explorada en su tiempo histórico para resolver el problema de la violencia: la transformación y estimulación cultural de los miembros de la comunidad, pues el fortalecimiento del intelecto tiende a mejor gobernar los instintos y los impulsos agresivos del hombre. De acuerdo con la teoría de Freud, en no habiendo una manera de eliminar totalmente los impulsos agresivos del hombre, lo que sí se puede hacer es desviarlos a un grado tal en que no necesiten encontrar expresión en la violencia.

El método indirecto de combatir la violencia propuesto por Freud consiste en contraponer los dos instintos predominantes y esenciales en el hombre: aquellos que tienden a preservar y a unir (amor) y aquellos que tienden a destruir y matar (odio). Ambos instintos son inseparables, porque el instinto de auto preservación debe tener a su disposición la agresividad, para alcanzar su objetivo. Por tanto, cada acción difícilmente será el resultado de un impulso instintivo único. Sin embargo, Freud prescribe que todo lo que favorece el estrechamiento de los vínculos de amor y de identidad entre los hombres actúa contra la violencia, pues donde el amor al otro y a sí mismo prevalece, el instinto destructivo no encuentra suelo fértil para desarrollarse.

Actualmente, la Organización de las Naciones Unidas afirma que la solución al problema de la violencia doméstica es la penalización severa, aliada a políticas públicas de empoderamiento de víctimas, dando énfasis a la igualdad de género como política de alcance cultural. No obstante, esta es una afirmación que debería ser interpretada de manera abierta por los Estados. Además, como afirmó Rof Carballo <el problema de la violencia no es un problema adjetivo – de los otros – es un problema de la sociedad en sí misma, de su más entrañable y recóndita naturaleza><sup>523</sup>. El problema de la violencia no es de la víctima. El

---

<sup>523</sup> ROF CARBALLO, Juan. *Violencia y ternura*. Madrid: Prensa Española, 1967, p. 252



problema de la violencia es también del agresor. La actitud violenta es una manifestación de debilidad de aquel que la ejerce.

El psicólogo José Navarro en su obra “Violencia en las relaciones íntimas: una perspectiva clínica” afirma que la violencia está íntimamente ligada al sufrimiento, cuando hay violencia hay sufrimiento, tanto de la víctima como del agresor.<sup>524</sup>

En su obra “Violencia doméstica: ¿qué hacer?” la psicóloga Malvina Muszkat enseña que al hablar de violencia doméstica, hay que recordar que no solo la víctima sufre extremo pesar en los conflictos domésticos. El acto violento es un descontrol del individuo que lo practica, por no encontrar una manera más madura o efectiva de expresarse. La praxis en los consultorios de psicología ya probó de manera irrefutable que, frecuentemente, el agresor se arrepiente de la agresión causada, muchas veces, de manera sincera, y sin jamás entender el origen de su impulso agresivo.<sup>525</sup>

De su parte, D’ângelo Seixas afirma que el hombre no nace violento. La violencia es algo que se desarrolla a partir de patrones experimentados y observados, por consiguiente, aprendidos. La violencia se aprende, y en algunas circunstancias, profundamente desde muy temprana edad. La califica el vínculo entre agresor y agredido. Eso es así porque la violencia, en su aspecto psicológico, implica en la vivencia individual de la indefensión y de la impotencia ante las actitudes crueles del uno hacia el otro, generando en aquel que sufrió la agresión cruel la necesidad de salir de ese estado mediante la conducta agresiva patrón (defensiva) de su parte.<sup>526</sup>

Antes de actuar, en un lapso temporal que toma milésimas de segundo, el hombre piensa. Piensa en todo lo que ha vivido, visto, leído, experimentado y, entonces, actúa. A diferencia del conflicto, la violencia no existe por sí misma; esta es siempre provocada por alguien, mientras que el conflicto es inherente al ser humano. Por lo que la violencia que surge entre dos personas con resultado de daño físico o psicológico puede incluso ser evitada, porque el que la ejerce tiene la opción de no hacerlo.

Por tanto, la violencia doméstica no es un problema que se pueda “alejar”, <objetivándolo>, estableciéndole categorías y proponiendo soluciones meramente formales, encajadas dentro de un sistema legal. Castigar al agresor con pena de prisión ya ha demostrado no ser la mejor solución para prevenir futuras agresiones, pues como ha

---

<sup>524</sup> NAVARRO GÓNGORRA, José. Violencia en las relaciones íntimas: una perspectiva clínica. Barcelona: Herder, 2015, p. 6

<sup>525</sup> MUSZKAT, Malvina. Violência familiar: o que fazer? São Paulo: Blucher, 2016, p. 22

<sup>526</sup> D’ÂNGELO SEIXAS, Maria Rita. A violência domestica e a cultura da paz. São Paulo: Editora Roca, 2013, p. 10

demostrado Freud, se está tratando de combatir violencia con más violencia. Por eso, la acción del Estado debe observar a la familia como un todo, dispensando atención especial no solo a la víctima sino también al agresor. La solución dirigida a promover la participación de los agresores en la prevención de violencia doméstica se muestra como un gran acierto del Estado en favor del mantenimiento de la familia, ya que el planteamiento vengativo y la atención individual direccionada a un único miembro familiar han presentado resultados insignificantes. Solo medidas que revelen una preocupación por la salud mental de todos los miembros del hogar, de manera integral, podrá devolver a la familia la esperanza de lograr la coexistencia pacífica.

La solución panameña de prestar asistencia psicológica a los agresores domésticos – no como un incremento del castigo al agresor, sino como un mecanismo de apoyo a la familia – revela la preocupación del Estado por la prevención verdaderamente profunda de la violencia. El sometimiento de la pareja en desequilibrio (la gran mayoría de los casos que llegan a denunciarse terminan en divorcio) a la psicoterapia prepara a esos dos individuos para un futuro de mejores decisiones en sus vidas, donde deberán encontrar la fortaleza necesaria para educar a los hijos frutos de la relación fracasada.

Los hijos, para desarrollar su personalidad, necesitarán continuar sintiéndose en su papel de hijo, aunque la autoridad familiar se disminuya y se concentre en uno de los miembros de la pareja divorciada, generalmente en la persona de aquel a quien se otorga la custodia judicial. Sin embargo, la imagen de ambos servirá de modelo y de límite, y centrará toda la existencia de aquel individuo en desarrollo. En este sentido señaló Rof Carballo que <la función paternal es inextinguible y no puede ser sustituida por la razón crítica, por la educación o por el principio de la realidad><sup>527</sup>. Por ello, es importante que ambos progenitores dispongan de salud mental, para que de manera responsable, ejerzan autoridad familiar y conduzcan a sus hijos al camino de la virtud.

Aunque no sea tangible, la paz es un proceso que requiere actuación en la práctica. La paz es la consecuencia de las actitudes asumidas, y que construyen las relaciones con los demás seres humanos. Reconocer que la sociedad actual vive inmersa en una cultura de violencia ayudará a que la información llevada a las futuras generaciones encuentre suelo fértil para la implementación de una cultura de paz como medio de coexistencia.

La educación y la formación de personas con conceptos éticos aprendidos, asimilados desde sus hogares, es una cuestión prioritaria si se quiere luchar contra las

---

<sup>527</sup> ROF CARBALLO, Juan. *Violencia y ternura*. Madrid: Prensa Española, 1967, p. 277

consecuencias de la violencia. La lucha se da en primer lugar en la mente. Informar a la sociedad para que sea capaz de reconocer un ciclo de violencia doméstica, sus causas y consecuencias, auxilia a las víctimas a enfrentarla, y auxilia al agresor a buscar ayuda en caso de que no se sienta suficientemente hábil en frenar sus impulsos violentos hacia su familia.

La paz puede ser construida a través de un proceso complejo que exige la actuación integral del Estado en conjunto con la buena voluntad de los ciudadanos, y la mejor forma de construir esta condición de actuación integrada es por medio de políticas públicas de prevención a la violencia doméstica.

#### 10.9. Apoyo del Estado a las Redes de apoyo

El apoyo estatal a las organizaciones de mujeres de la Sociedad Civil fue objeto de apreciación en la Ley 82/2013, que se materializa por medio de su artículo 18, numeral 13, al establecer que las organizaciones que se encuentren activas con trayectoria comprobable en la defensa y promoción de los derechos humanos de las mujeres, y que expresen su interés por escrito al Instituto Nacional de la Mujer, serán parte integrante del Comité de asesoría, seguimiento y fiscalización de las políticas públicas en materia de violencia contra la mujer.

Una vez reconocido su status de ente asesor, la organización no gubernamental tendrá, entre otras, la responsabilidad de apoyar al Instituto Nacional de la Mujer, para vigilar el cabal cumplimiento de la Ley 82/2013 y de los instrumentos internacionales aplicables, dando seguimiento a la coordinación interinstitucional, velando por que se cumplan las medidas de prevención y erradicación de violencia contra las mujeres.

Un ejemplo de este tipo de organización que está en funcionamiento actualmente en Panamá es la plataforma de voluntariado de la Fundación Mujeres en Positivo. Dicha organización tiene como objetivo apoyar a las mujeres vulnerables de Panamá para que puedan insertarse en el desarrollo económico y social del país, prestándoles asesoría legal y psicológica gratuita en materia de violencia doméstica, desarrollando programas de formación y talento humano con enfoque en liderazgo político, emprendimiento, arte y cultura, habilidades blandas y tecnología. También organiza actividades humanitarias como donaciones, trabajo social, giras comunitarias y ferias de salud y mantiene una plataforma de voluntariado para ayudar a desarrollar acciones dentro y fuera de la organización con vistas a fortalecer las redes de apoyo a mujeres de la sociedad panameña.<sup>528</sup>

---

<sup>528</sup> Fundación Mujeres en Positivo. <https://mujeresenpositivopty.org/>

En el capítulo V de este estudio, se pudo constatar que en casos de violencia doméstica del tipo terrorismo íntimo – en que los hombres (por mayoría) utilizan estrategias de poder y control para someter a las mujeres a sus deseos personales – la mejor forma de combatirla es facilitando a las mujeres información sobre los mecanismos que llevan al hombre a dominarla a tal extremo que le lleve inclusive a la muerte. También se discutió que información en cuanto a las estrategias de control de poder en la dinámica relacional aliada a una fuerte red de apoyo femenina, fortalece a cada de las mujeres integrantes de la red.

Por tanto, la Fundación Mujeres en Positivo es ejemplo de una Sociedad Civil sin fines de lucro que actúa como medida de prevención primaria, promoviendo el bienestar para la sociedad panameña. He observado durante el corto periodo de participación<sup>529</sup> como voluntaria en dicho grupo, que el propio grupo de voluntarias actúa como una red de apoyo mutuo, que funciona como una herramienta de prevención a la violencia doméstica.

Lo anterior describe una situación que debería ser revisada por el Estado panameño, en el sentido de que se debería prestar apoyo financiero a las organizaciones de protección a los derechos humanos, como es el caso de la Fundación Mujeres en Positivo, incentivándoles, dándoles condiciones efectivas y permanentes de seguir apoyando a las instituciones del Estado, en pro de la prevención de la violencia doméstica.

#### 10.9.1. El manejo de las emociones puede ser aprendido en las Escuelas

En su Informe sobre la violencia en el mundo, la Organización de las Naciones Unidas constató que prevenir la violencia solo es posible actuando en varios niveles a la vez y que una de las actuaciones dirigidas a prevenir la violencia es hacer frente a los factores individuales, tomando medidas específicas para modificar los comportamientos de riesgo individuales, lo que conlleva a la creación de entornos familiares saludables desde el punto de vista emocional.<sup>530</sup> En este sentido, la República de Panamá asumió el compromiso de adoptar todas las medidas pertinentes para prevenir la violencia doméstica, enfrentando el problema desde su origen, concentrando esfuerzos de todas sus instituciones.

No obstante, aunque el Estado panameño haya reconocido el problema de la violencia doméstica, identificando posibles soluciones, y repartiendo responsabilidades, lo que se ha verificado en el transcurso de la investigación es que las acciones de

---

<sup>529</sup> Por medio del foro Efectos y Consecuencias de la Violencia contra la Mujer y su Recuperación impartido el día 24 de noviembre de 2020, manifesté mi deseo de hacer parte integrante de la Fundación Mujeres en Positivo, lo que se aceptó. Dicha participación duró aproximadamente cuatro meses.

<sup>530</sup> UNODC, Global Study on Homicide 2019: Understanding homicide, (Vienna, 2019), Booklet 3, p. 22

implementación de las políticas de prevención no están siendo suficientemente capaces de disminuir el problema de violencia dentro de los hogares.

Consciente de esta situación, la diputada panameña Génesis Arjona sometió a votación el Anteproyecto de ley n° 24, que tiene por objetivo establecer como obligatoria la enseñanza de educación emocional en el sistema educativo panameño. El manejo de las emociones puede ser aprendido en los salones de clases, en todas las escuelas públicas, y esa es la intención del Proyecto. El anteproyecto fue prolijado por la Comisión de Educación, cultura y deportes, aprobado en el primer debate que ocurrió el día 22 de septiembre de 2021 y está pendiente de segundo debate.

En su exposición de motivos, la honorable diputada fundamenta que el derecho a la salud, en especial la salud emocional, previsto en ámbito del derecho interno e internacional, es imprescindible para que el hombre alcance una vida equilibrada, sin adicciones y sin violencia, y que este equilibrio puede perfectamente lograrse por medio de la educación.

El artículo 88 de la Constitución panameña establece que la educación debe atender al desarrollo armónico e integral del educando dentro de la convivencia social. Por tanto, la educación es el medio fundamental para adquirir, transmitir y acrecentar la cultura en un país. Por eso la diputada agrega que <Es evidente que en nuestro país la educación requiere de nuevos modelos que eduquen y preparen personas aptas para la vida en sociedad. Es indispensable que, además de aprender los contenidos científicos los educandos puedan autorregular sus emociones, lograr que se sientan felices y competentes en sus relaciones, en su familia y en su aprendizaje, aprendiendo de esa manera, a enfrentar situaciones conflictivas>. La diputada termina aduciendo que es urgente que el panameño aprenda como resolver conflictos sin violencia, capaces de vivir en un contexto social con seguridad y respeto al otro.

La educación emocional propuesta por la honorable diputada consistente en la enseñanza y aprendizaje de las habilidades y competencias emocionales y sociales, tales como autoestima, autoconsciencia, empatía, perseverancia, autoconocimiento y autocontrol, se enseñaría no solo a los educandos, sino a los educadores. Propone inclusive, una escuela para padres de educación emocional.

La evolución ideológica en torno al constitucionalismo de los derechos esenciales de la persona y su protección internacional empieza con la proclamación de los derechos del hombre y del ciudadano en 1789 por los franceses bajo los principios de libertad, igualdad y fraternidad, sin embargo, solamente después de terminada la Segunda guerra mundial, y una vez constituida la Organización de las Naciones Unidas, su primera declaración de derechos

se dirige a la protección de los derechos de la persona, estableciéndose de ahí un estándar internacional para la protección de los derechos humanos, la cual fue proclamada en 1948 y se refería solamente a los derechos de la persona, en ese momento se programó el establecimiento de un pacto para la defensa de los derechos, el cual fue promulgado en 1966 para entonces estar formada toda la estructura de los derechos fundamentales como regulación del Derecho internacional, atendiendo a la protección de los derechos de la persona y los derechos del ciudadano.

Es urgente que las escuelas eduquen al ser humano para la observancia de la ética, a fin de que cada estudiante sea capaz de desarrollar sus virtudes bajo una guía anclada en valores y principios. Los Estados deben tener en cuenta que la coexistencia equilibrada de los individuos es posible de ser alcanzada, pero solamente por medio del desarrollo de la virtud del individuo, la cual consiste en la capacidad del ser humano de actuar conforme la ética natural con la que nace. Si en el hogar el individuo en desarrollo no encuentra herramientas suficientes para fortalecerse integralmente como persona, el Estado, por medio de políticas educativas, puede ayudarle a superar ciertos obstáculos mentales que le estén impidiendo de desenvolver sus dones.

Analizar los aspectos nocivos de la violencia doméstica, como se ha hecho en tópicos anteriores, evidencia la necesidad del desarrollo de mecanismos, por parte del Estado, que posibiliten su erradicación a través de la prevención. Uno de esos mecanismos es desenvolver el conocimiento por medio de la información. Es posible enfrentar la batalla contra la violencia, pero actuando directamente junto a las familias, informándoles, apoyándoles y ayudándoles a desarrollar la paz interior. Por eso, la aprobación del Proyecto de ley en los términos anteriormente mencionados es de suma importancia en la prevención de la violencia, en todas sus vertientes.

## CONCLUSIÓN

El iusnaturalismo es una exigencia eterna de un sistema jurídico justo. Desde los griegos y romanos, cuando el iusnaturalismo era fundamentado en el cosmos y la naturaleza humana era entendida como parte que integra el cuerpo de la sociedad, la teoría del derecho natural ya afirmaba que hay derechos anteriores y superiores a la ley escrita, grabadas en la consciencia de cada ser humano.

La consciencia de la existencia de una ley natural, que es anterior y que está por encima de las leyes de los hombres, dada por Dios, fue el fundamento del iusnaturalismo proclamado en la Edad Media y que Santo Tomás de Aquino conyugó con los mandamientos bíblicos, para definir a la persona como aquel ser creado por Dios que está constituida en dignidad.

Este patrón de pensamiento fue desarrollado por los filósofos de la Edad Moderna, a diferencia de que ellos sustituyeron el fundamento teológico por otro antropológico, para refrendar el iusnaturalismo exclusivamente en la razón humana, caracterizada por su libertad de voluntad. El hombre moderno, consciente de su autonomía, aunque consciente de la existencia de la ley natural, constituye el contrato social para permitir la expedición de reglas y patrones de vida para los hombres, todo con vista a garantizar el ejercicio de los derechos naturales, en especial la vida y la libertad.

Esta ley natural, entendida por los filósofos de todos los tiempos históricos como ley de la consciencia siempre impulsó a los hombres al interés por la política y por el bien común. Durante la investigación se observó que el hombre nunca acató las leyes positivas por el mero hecho de que estén escritas, sino por su discernimiento de que hay cuestiones tan intrínsecas a la existencia del ser humano, una justicia que está por encima de los ordenamientos, que aunque el Estado silencie, la consciencia obliga. Diferentemente del iuspositivista legalista, que afirma que no hay Derecho sin positivación y coacción, para el iusnaturalista es evidente que en la práctica, y desde siempre, las exigencias verdaderamente jurídicas, como por ejemplo, la prestación de los cuidados básicos de los padres a sus hijos no exigen coacción estatal para hacerse efectivas.

En este sentido, el pensamiento iusnaturalista – que persigue la justicia, la utilidad social y la paz – sigue en vigor a pesar de todas las transformaciones que atravesó, principalmente en medio del caos provocado por las dos grandes guerras mundiales, que llevaron a los juristas de todo el mundo a buscar mecanismos que pudiesen, de manera autónoma, firmar un posicionamiento ético universal en favor de la integridad del ser humano.

Así, autores como Gustav Radbruch y Jacques Maritain rescataron y actualizaron teorías de pensadores como Tomás de Aquino e Immanuel Kant, contextualizándolas en función de los problemas que el mundo enfrentaba. Un nuevo pensamiento jurídico se presentaba al mundo, basado en la consciencia de la dignidad de la persona y a la vez, de la necesidad de protegerla por medio de mecanismo concretos.

Con la pretensión de proteger la dignidad de la persona, los Estados de todo el mundo tuvieron que hacer concesiones mutuas y ceder parte de su soberanía para firmar un acuerdo mundial ante la Organización de las Naciones Unidas, en nombre de la paz, convencidos que esta era no solo la mejor alternativa para preservar la vida, sino para garantizar a todos una vida digna. En este sentido, firmaron compromisos, bajo pena de responsabilidad internacional, y escribieron nuevas Constituciones, ancladas en valores y principios universales, anteriores y superiores a las leyes escritas, abiertas al Derecho Internacional de los derechos humanos y con la clarividente intención de ser eficaces, dada la cantidad de medidas de garantía de ejercicio de los derechos que establecieron

Por todo lo anterior, los Estados parte de la Organización de las Naciones Unidas, como es el caso de Panamá, están obligados a respetar y dar cumplimiento a todos los valores, principios y derechos descritos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, considerados los más básicos, sin los cuales es imposible conceder al hombre la dignidad que necesita para vivir, incluyendo la salud. La vida, pero también la salud física y mental de todos los seres humanos del planeta están resguardados por esta gran estructura jurídica universal, que se materializa por medio de las medidas de protección/garantía establecidos en la nuevas Constituciones.

Dichas Constituciones, elaboradas para proteger la dignidad humana en todas sus vertientes, escritas con cláusulas de apertura al derecho internacional, rígidas en cuanto a la forma pero flexibles en cuanto a la sustancia, trataron de establecer medidas internas tendientes a garantizar el ejercicio de los derechos, las denominadas políticas públicas. Las políticas públicas son todas aquellas medidas tendientes a materializar los “derechos de protección” como los denomina Robert Alexy, o “garantías”, como prefiere denominar Ferrajoli. Son todas las acciones concretas del Estado, elaborados dentro de criterios técnicos pre-establecidos, que tienen como objetivo proteger los derechos humanos, garantizando a cada persona el ejercicio de su dignidad.

La política pública, a pesar de su complejo proceso de elaboración e implementación tiene siempre un único objetivo: erradicar o disminuir la ocurrencia de un problema público. En esta investigación el problema público tratado no solo es complejo como exige la



actuación integrada de los tres poderes del Estado, donde la mala actuación de uno perjudica toda la política trazada como un todo. El problema objeto de discusión en la presente investigación es la violencia. Pero no de cualquier tipo. El gran reto a conquistar es la erradicación o disminución de la violencia doméstica. Esta violencia perpetrada en el interior de los hogares, que viola el derecho a la salud física y mental de la persona, que afecta el desarrollo y manutención de sus virtudes, y que le causa desequilibrio interno, cuyas consecuencias se van a reflejar en sus relaciones, presentes y futuras, afectando inclusive sus relaciones dentro de la comunidad.

Por lo anterior se vislumbra que en la edad contemporánea la presencia de un iusnaturalismo que atiende a las comunidades de todo el planeta por medio de declaraciones universales de derechos humanos, cuyas representaciones invocan el concepto de “derecho natural” como fundamento de corrección de sus realidades, a fin de hacer efectivo el ejercicio de su dignidad. Un ejemplo de ello es la justificación de los diputados panameños que votaron a favor de la Ley 82/2013, los cuales invocaron no solo los derechos humanos de la mujer – como planteado por la Procuraduría de República cuando propuso la ley – sino que también defendieron los derechos naturales de la familia, su dignidad y su mantenimiento. Así, delante de la presión legislativa interna aliada a los estándares internacionales que el país está comprometido a cumplir por medio de su participación en el sistema interamericano de defensa de los derechos humanos, el poder ejecutivo panameño fue impulsado a poner en marcha políticas públicas tendientes a materializar dichos derechos.

Para fines del presente estudio se ha conceptualizado como violencia doméstica aquella violencia que sucede en interior del hogar entre sus miembros. Sin embargo, a fin de presentar una tipología basada en datos estadísticos, ha sido necesario delimitarla para definirla como aquella que sucede entre parejas heterosexuales dentro del hogar. Solo a partir de ahí, se hizo posible su análisis tipológico, bajo el cual se identificaron cuatro distintos contextos en que se presenta: 1. Violencia situacional; 2. Resistencia violenta; 3. Control mutuo asociado a la ruptura; 4. Control coercitivo. Así las cosas, se ha detectado que la violencia domestica puede suceder de manera: 1. Situacional, es decir, que hay casos en que debido a un conflicto específico del día a día de la relación, la discusión entre la pareja en busca de soluciones genera emociones tan exaltadas en uno de ellos, a punto de desembocar en un estallido de agresión hacia el otro. 2. En cuanto a la Resistencia violenta, también se ha detectado la existencia de casos en que la pareja que está siendo dominada por medio de técnicas sutiles de control y poder, en cuanto se percibe amenazada en su dignidad, resiste de forma violenta. 3. Otro caso de violencia domestica detectado es el Control mutuo asociado a

la ruptura de la relación, que está asociado a aspectos traumáticos, como, por ejemplo, el descubrimiento de una infidelidad. 4. Por fin, se ha analizado el tipo de violencia que con mayor frecuencia genera víctimas fatales, denominado Control coercitivo – o terrorismo íntimo – donde una pareja se sirve de una variedad de técnicas, físicas y psicológicas, tendientes a controlar a la otra, dominándola completamente.

Reconocer las formas de poder y control utilizadas dentro de una relación de pareja, facilita el entendimiento no solo de las consecuencias desastrosas que la dinámica de violencia en el hogar provoca en sus víctimas, sino que su estudio facilita la elaboración de técnicas contrapuestas, que sirven para bloquear las primeras, e impedir su escalada rumbo a la tragedia. Por eso, políticas que lleven información a toda la población en este sentido son imprescindibles. Es importante que toda la comunidad sepa que la persona, este individuo dotado de dignidad, es vulnerable no solo a los conflictos que enfrenta directamente sino a todos los conflictos diarios que está obligado a presenciar, ya sea en su propio hogar, en la escuela, en el trabajo, etc., y por esta razón necesita especial atención y cuidado.

En este sentido Juan Rof Carballo desenvuelve una teoría que trata de demostrar la importancia de ofrecer al individuo recién nacido un ambiente armónico, a fin de que pueda desarrollar sus dones y controlar sus impulsos agresivos, pues este mismo individuo, ya en su vida adulta, deberá abrirse al otro para vivir la experiencia del amor como fuente de sentido. Pero para que dicha experiencia sea pacífica, ambos individuos de la relación conyugal deben ser capaces de controlar su agresividad, y sumergirse en una dinámica relacional de donación y acogida.

No obstante, la dinámica relacional de donación y acogida deja de imperar en los hogares donde la violencia empieza a manifestarse, generando desequilibrio en la pareja y en su entorno. La dinámica de violencia empieza a prevalecer y a afectar a todos los familiares, principalmente al hijo menor de edad, causándole desequilibrio interno, que le impide de desarrollar sus virtudes y convertirse en un ciudadano comprometido con el bien común de su comunidad. Por eso, el manejo adecuado de las relaciones familiares es determinante en el ejercicio de una vida digna, una vida plena, equilibrada, que influenciará directamente en su comportamiento ante los demás; que determinará la creación y manutención de una sociedad pacífica, abierta a las influencias internacionales positivas y dispuesta a dar de sí para que las políticas sociales de su comunidad sean eficaces.

El Estado panameño, que con la reforma de 2004 ajustó su texto constitucional al pensamiento jurídico mundial propuesto por el iusnaturalista Jacques Maritain y por los distintos organismos de la Organización de las Naciones Unidas, consciente del compromiso

asumido ante sus habitantes, proclama la Constitución – así también sus valores y principios – como matriz de políticas públicas tendientes a proteger los derechos inherentes al ser humano, en especial aquellos violados en el momento en que sucede un caso de violencia doméstica en el país. En este contexto, se ha observado que en Panamá existe un complejo esquema técnicamente elaborado, que cuenta con la participación del poder judicial y de prácticamente todas las instituciones gubernamentales, con vistas a solucionar el problema de la violencia doméstica. A título de ejemplo, se puede citar el Comité de asesoría, seguimiento y fiscalización de las políticas públicas en materia de violencia contra la mujer, previsto en la Ley 82/2013, que involucra el Ministerio de Gobierno, el Ministerio de Salud, el Ministerio de Educación, el Ministerio de Desarrollo Social, la Defensoría del Pueblo, la Universidad de Panamá, el Órgano Judicial, el Ministerio Público, el Ministerio de Trabajo, el Ministerio de Seguridad Pública, el Instituto de Medicina Legal, el Instituto Nacional de la Mujer y la Asociación de Municipios de Panamá.

Las políticas públicas de prevención a la violencia doméstica en Panamá específicas, como la política de penalización, la política de empoderamiento a las víctimas, y la política de rehabilitación emocional de los agresores fueron objeto de análisis por medio de visitas de campo que se realizaron junto al Ministerio Público de Panamá, al Centro de Salud de Rio Abajo en Panamá, al Instituto Nacional de la Mujer, al Albergue para acogida de mujeres maltratadas y a la Asamblea Nacional de Panamá. Los resultados de cada una de esas visitas revelan que la intención del constituyente panameño de 2004 en proteger materialmente la dignidad de los panameños, otorgando a la Constitución flexibilidad y sustancia para lograrlo, está siendo acatada en efecto, pues el Estado es receptivo a las influencias mundiales positivas y los funcionarios públicos están empeñados en implementar con éxito las políticas. Sin embargo, el sistema requiere de algunos ajustes de coordinación, que de manera general, son de responsabilidad de los jefes de las instituciones.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. Dialogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014;
- AFONSO DA SILVA, José. Curso de Direito Constitucional Positivo. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2002;
- AGUILÓ REGLA, Josep. Positivism y Postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. En Interpretación Jurídica y teoría del Derecho, Isabel Lifonte Vidal (Editora), Lima: Palestra Editores, 2010;
- ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. Trad. Luís Afonso Heck, 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editor, 2011;
- \_\_\_\_\_. Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito. Revista de direito administrativo. Rio de Janeiro, n. 253, p. 9-30, jan/abril. 2010;
- \_\_\_\_\_. Teoría de los derechos fundamentales. Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007;
- AMAYA, Jorge Alejandro. Control de Constitucionalidad. 2 ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2015;
- ARANGO, José A. Datos para la historia de la independencia del Istmo proclamada el 3 de Noviembre de 1903. En Documentos Históricos sobre la Independencia del Istmo de Panamá. Publicaciones del Instituto Nacional. Panamá, 1930;
- ARAÚJO COSTA, Alexandre. Curso de Filosofia do Direito. Encontrado en: <https://www.academia.edu/11322577/Curso-de-filosofia-do-direito---alexandre-araujo-costa>;
- ARAÚZ SANCHEZ, Heriberto. El proceso constitucional de amparo: doctrina y jurisprudencia. Panamá: Imprenta Articsa, 2012;
- ARISTÓTELES. A política. São Paulo, Martins Fontes, 2000;
- \_\_\_\_\_. Ética a Nicômaco. Trad. Carlota de Oliveira e Silva. Rio de Janeiro: Editora Ariel, 1933;
- \_\_\_\_\_. Retórica. Trad. Quintín Racionero. Madrid: Editorial Gredos, 1999;
- ASSIS, João Paulo de. Jacques Maritain e os direitos humanos: um olhar sobre a dignidade da pessoa humana. São Paulo: Paulus, 2020;
- AZEVEDO, Maria A. e GUERRA, V.A. Violencia doméstica na infância e na adolescência. São Paulo: Robe Editorial, 1995;

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. La política de las políticas públicas: Re-examinando la calidad de las políticas públicas y las capacidades del Estado en América Latina y el Caribe: Resumen de políticas 2014 / María Franco Chuaire, Carlos Scartascini y Departamento de Investigación del Banco Interamericano de Desarrollo. Washington, DC: BID, 2014;

BAÑARES, Juan Ignacio. La dimensión conyugal de la persona: de la antropología al derecho. Madrid: Ediciones Rialp, 2005;

BAUMGARTNER, Frank R., JONES, Bryan D. Agendas and Instability in American Politics. Chicago: University of Chicago Press, 1993;

BALLESTEROS, Alfonso. Ponencia en el taller “Reframing the EU II: Relationships matter: EU policy-making born from relational political agent”, dictada en diciembre de 2018, en el Centro Común de Investigación de la Comisión Europea, que tuvo como base el artículo de su autoría “Hannah Arendt: from Property to Capital... and Back?”, publicado en Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, vol. 104, 2018, issue 2;

BALLESTEROS, Jesús. Repensar la paz. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias, 2006;

BARZOTTO, Luiz Fernando. O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007;

BARROSO, LUIS Roberto. A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;

BAZÁN, Víctor. Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014;

BEA, Emilia. Virginia Woolf. Pensamientos sobre la paz desde la experiencia y el saber de las mujeres, publicado en Cien años de discurso femenino sobre la guerra y la paz. Coord. Emilia Bea y Encarnación Fernández. Valencia: Tirant Humanidades, 2017, p. 71-94;

BENAVIDES PINILLA, Víctor Leonel. Compendio de Derecho Público panameño. Ciudad de Panamá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2012;

BECERRA RAMÍREZ, José de Jesus. El constitucionalismo ante los instrumentos internacionales de derechos fundamentales. México: Ubijus Editorial, 2011;

BENDER, Lauretta. Aggression, Hostility and Anxiety in Children. Charles C. Thomas. Springfield. Illinois, 1953;

BIACCHI ELOY, Consuelo. Violência intrafamiliar na infância: representações e realidades. Em MATTIOLI, Olga Ceciliato. Violência, direitos humanos e políticas públicas: avanços e impasses, Curitiba, PR: CRV, 2014;

BINET, Alfred. Las ideas modernas acerca de los niños. Trad. Félix González Llana. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 1999;

BITTAR, Eduardo C. B. Direito Natural: sentido natural versus sentido cultural. Brasília: Revista de informação legislativa do Senado Federal ano 38, n. 152, 2001;

\_\_\_\_\_. O jusnaturalismo e a filosofia moderna dos direitos: reflexão sobre o cenário filosófico da formação dos direitos humanos. Panóptica, 31 ed., p 1-17, 2008;

BOBBIO, Norberto. Direito e Estado no Pensamento de Immanuel Kant, Brasília, UNB, 1984;

\_\_\_\_\_. O positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito. Trad. Marcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995;

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Giafranco. Dicionário de política. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São, 2001;

BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. São Paulo, Malheiros, 2008;

BOUTROUX, Émile; trad. Álvaro Ribeiro. Kant, Lisboa, Inquérito, 1983;

BRAVO GONZÁLEZ, Agustín. Derecho Romano. 29 ed., México, Editorial Porrúa, 2012;

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 7 ed. Portugal: Almedina, 2008;

CAMPOS GUADAMUZ, Álvaro. Así aprendimos a ser hombres. San José, Costa Rica: Oficina de Seguimiento y Asesoría de Proyectos OSA, S.C., 2007;

CARBONELL, Miguel. Los derechos fundamentales en México. Instituto de investigaciones jurídicas, serie doctrina jurídica, nº 185. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004;

CHAUÍ, Marilena. Introdução à história da filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles vol. I, São Paulo, Cia. das Letras, 2002;

CARNEIRO LEÃO, Emmanuel. “Introdução”. Os pensadores originários: Anaximandro, Parmênides, Heráclito. Bragança Paulista, São Francisco, 2005;

CAMARA DOS DEPUTADOS. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Atividade legislativa. Relatório de projetos para alteração da Lei Maria da Penha. Disponível em <https://www.camara.leg.br/busca-portal?contextoBusca=BuscaProposicoes&pagina=1&order=relevancia&abaEspecificas=false&filtros=%5B%7B%22temaPortal%22%3A%22Direitos%20humanos%22%7D%5D&q=%20maria%20da%20penha%22%20altera>

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe n. 54/01, caso 12.051 Maria da Penha Maia Fernandes vs Brasil. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Brasil12.051.htm>;

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Proceso de reforma 2012: Asuntos de procedimiento en la tramitación de los casos y peticiones individuales, p. 28, Recuperado en: <http://www.oas.org/es/cidh/fortalecimiento/docs/RespCP.pdf>;

COMTE, Auguste. Curso de Filosofia Positiva; Discurso sobre o espírito positivo; Discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo; Catecismo positivista. Seleção de textos de José Arthur Gianotti; traduções de José Arthur Gianotti e Miguel Lemos. São Paulo: Abril Cultural, 1978;

CONSUEGRA ANAYA, Natalia. Diccionario de Psicología. Bogotá: Ecoe Ediciones, 2010;

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Historia de la Corte IDH. Recuperado en: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/historia-de-la-corteidh>;

CORREA, Ángel C. Lecturas escogidas de Jacques Maritain II: visión general de su filosofía humanista cristiana. Miami: Ediciones Humanismo Integral, 2013;

COTTA, Sergio. I limiti della politica. Bologna: Il Mulino, 2002;

\_\_\_\_\_. Las raíces de la violencia: una interpretación filosófica. Trad. Tomás Melendo. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1987;

\_\_\_\_\_. Giustificazione e Obbligatorietà delle norme. Roma: Edizioni Studium, 2015;

Cotta, Sergio. "Positive Law and Natural Law." *The Review of Metaphysics*, vol. 37, no. 2, 1983, pp. 265–285. *JSTOR*, [www.jstor.org/stable/20128007](http://www.jstor.org/stable/20128007);

D'Agostino, Francesco. Filosofía de la familia. Trad. Joan Carreras. Madrid: Ediciones Rialp, 2006;

D'ÂNGELO SEIXAS, Maria Rita. A violência domestica e a cultura da paz. São Paulo: Editora Roca, 2013;

DE LA ROSA, Diógenes. Tamiz de noviembre: dos ensayos sobre la nación panameña. Panamá: Autoridad del Canal, 1999;

DE LEON RICHARDSON, Ruth Graciela. Encuesta nacional de salud sexual y reproductiva. Panamá: Instituto Conmemorativo Gorgas de Estudios de la Salud, 2018;

DEL VALLE MORA, Eduardo José. Panamá: Estado independiente (1840-1841). Localizado en [http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub\\_rev/univ\\_est/pdfs/7.pdf](http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/univ_est/pdfs/7.pdf);

DE ALMEIDA FERRARI, Dalka Chaves. Definição de abuso na infância e na adolescência. em O fim do silencio na violência familiar: teoria e prática. Org. Dalka C. A. Ferrari, Teresa C. C. Vecino. São Paulo: Agora, 2002;

DE ASSIS, Rafael. Cuestiones de Derecho. Bogotá, Universidad del Externado, 2005;

DIAS, Reinaldo. Políticas públicas: princípios, propósitos e processos. São Paulo: Atlas, 2017;

DOMESTIC ABUSE INTERVENTION PROGRAMS – DAIP. The Duluth Model: Understanding the power and control wheel. <https://www.theduluthmodel.org/> 08 de septiembre de 2020;

DOMÍNGUEZ PRIETO, Xosé Manuel. Antropología de la familia: persona, matrimonio y familia. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2007;

DYE R, Thomas. Understanding public policy. Englewood Cliffs. New Jersey: Prentice-Hal, 1972;

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002;

FACCHINI NETO, Eugenio. Code civil francês: gênese e difusão de um modelo. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, 2013;

FAU, Mauricio. Crítica al positivismo jurídico: la obra de Gustav Radbruch: colección resúmenes universitarios n° 723 (Spanish Edition);

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 3ª edición, 2004;

FERNÁNDEZ, Antoni. Las políticas públicas. In: CAMINAL BADIA, Miguel (coord.). Manual de Ciencia Política. Madrid: Tecnos, 1996;

FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Encarnación. Educación para la paz desde una perspectiva de género, publicado en Cien años de discurso femenino sobre la guerra y la paz. Coord. Emilia Bea y Encarnación Fernández. Valencia: Tirant Humanidades, 2017, p. 271-287;

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Estudios de Derecho Constitucional Latinoamericano. Perú: Editorial Adrus, 2012;

FERRAJOLI, Luigi. El garantismo y la filosofía del derecho. Trad. Gerardo Pisarello. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000;

\_\_\_\_\_. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2005;

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad en el nuevo paradigma para el juez mexicano. Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Autónoma de México; en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3033>;

FINNIS, John. Natural Law and Natural Rights. New York: Oxford University Press, 2011;



FRIEDE, Reis. Teoría do pensamento jurídico: jusnaturalismo e juspositivismo. 1 ed. Curitiba: Appris, 2018;

GALÁN SANTAMARÍA, Henrique. Hartos de violencia. Madrid, Editorial Manuscritos, 2016;

Maritain, Jacques. “Integral Humanism and the Crisis of Modern Times.” *The Review of Politics*, vol. 1, no. 1, 1939, pp. 1–17. JSTOR, [www.jstor.org/stable/1403915](http://www.jstor.org/stable/1403915). Accessed 16 Apr. 2021;

GAMARRA YÁÑEZ, Paul. La persona en la política: el humanismo integral de Jacques Maritain. Perú: Konrad Adenauer Stiftung, 2005;

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional. Lima-Perú: Editora Grijley, 2003;

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Editorial Civitas, Madrid, España, 1985;

\_\_\_\_\_. Prólogo in: PIZA ROCAFORT, Rodolfo E. Responsabilidad del Estado y derechos humanos. Costa Rica, Universidad Autónoma de Centro América, 1988;

GOBIERNO DE PANAMÁ. Consejo de la Concertación Nacional para el Desarrollo, Plan Estratégico Nacional con visión de Estado, Panamá 2030, alineando el desarrollo nacional con los Objetivos de Desarrollo Sostenible, Panamá 2017 Pesquisado en <https://www.concertacion.org.pa/>;

\_\_\_\_\_. Decreto Ejecutivo n. 393 de 14 de septiembre de 2015;

\_\_\_\_\_. Encuesta Nacional de Victimización y Percepción de Seguridad

\_\_\_\_\_. Instituto Nacional de la Mujer. VII Informe Nacional Clara González: situación de la mujer en Panamá. 2014-2016 pesquisado en <https://inamu.gob.pa/resoluciones/>;

\_\_\_\_\_. Instituto Nacional de la Mujer. Resolución n. 20, de 15 de octubre de 2018, publicado en la Gaceta Oficial n. 29 de junio 2020;

\_\_\_\_\_. Instituto Nacional de la Mujer. Protocolo Nacional de Atención a las Mujeres Víctimas de Violencia de Pareja. Madrid: Cyan, Proyectos Editoriales, S.A., 2016;

\_\_\_\_\_. Manual de Normas y Procedimientos para la Atención Integral de la Violencia Intrafamiliar y la Promoción de Formas de Convivencia Solidaria en el Sistema de Salud. Panamá: Dirección Nacional de Promoción de la Salud, 2002;

\_\_\_\_\_. Ministerio de Desarrollo Social. Centro de Orientación y Atención Integral – COAI Pesquisado en <https://www.mides.gob.pa/programas/centro-de-orientacion/>;

\_\_\_\_\_. Ministerio de Desarrollo Social. Evolución histórica del Ministerio de Desarrollo Social. <https://www.mides.gob.pa/organizacion/historia-del-mides/>;

\_\_\_\_\_. Ministerio de Seguridad Pública. Programa de Prevención de las Violencias en Panamá. <https://www.seguridadciudadana.gob.pa/programa-prevencion-las-violencias-panama/>;

\_\_\_\_\_. Ministerio de Seguridad Pública. Cierre del Programa Barrios Seguros con Mano Firme. Pesquisado en <https://www.minseg.gob.pa/wp-content/uploads/2019/03/Cierre-del-Programa-Barrios-Seguros-con-mano-firme.pdf>;

\_\_\_\_\_. Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud, Subcomité sobre la mujer la salud y el desarrollo, Febrero, 1999;

\_\_\_\_\_. Plan Colmena Pesquisado en <http://www.gabinetesocial.gob.pa/planes-y-proyectos/plan-colmena/pdf>;

\_\_\_\_\_. Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia. Pesquisa <https://www.senniaf.gob.pa/wp-content/uploads/2018/04/Organigrama-SENNIAF.pdf?csrt=8976718552059640338>;

GOMEZ PUENTE, Marcos. La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control, McGraw-Hill, Madrid, 1997;

GONZÁLEZ MORALES, Felipe. Sistema Interamericano de Derechos Humanos: transformaciones y desafíos. Valencia: Tirant to Blanch, 2013;

GONZÁLEZ MONTENEGRO, Rigoberto. El preámbulo de la Constitución: su significado político y su valor jurídico. En Anuario de Derecho. Ciudad de Panamá: Universidad de Panamá, 2006;

HAKANSSON NIETO, Carlos. El proceso de inconstitucionalidad: una aproximación teórica y jurisprudencial. Lima: Palestra Editores, 2014;

HART, Herbert L. A. O conceito de direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009;

HOBBS, Thomas. Do Cidadão. São Paulo, Martins Fontes, 2002;

\_\_\_\_\_. Leviatã. São Paulo, Martins Fontes, 2008;

HOLTZWOTH-MUNROE, Amy. Typologies of male batterers: three subtypes and the differences among them. *Psychological Bulletin*, n. 3, 1994;

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y CENSO PANAMÁ.  
[https://www.inec.gob.pa/publicaciones/Default3.aspx?ID\\_PUBLICACION=499&ID\\_CATEGORIA=3&ID\\_SUBCATEGORIA=10](https://www.inec.gob.pa/publicaciones/Default3.aspx?ID_PUBLICACION=499&ID_CATEGORIA=3&ID_SUBCATEGORIA=10);

INGLEHART, Ronald F. and WELZEL, Christian, Changing Mass Priorities: The Link between Modernization and Democracy (June 6, 2010). Inglehart, R. & C. Welzel (2010). "Changing Mass Priorities: The Link between Modernization and Democracy." Perspectives on Politics 8 (2): 551-567.. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2391673>;

JOHNSON P., Michael. A typology of domestic violence: intimate terrorism, violent resistance, and situational couple violence. Boston: Northeastern University Press, 2008;

JUNQUEIRA LISBÔA, Antônio Marcio. A primeira infância e as raízes da violência – Propostas para a diminuição da violência. Brasília: LGE Editora, 2007;

KANT, Immanuel. Crítica da razão prática. Lisboa, Edições 70, 1999;

\_\_\_\_\_. Crítica de la razón práctica. Trad. J. Rovira Armengol. Buenos Aires: Editorial Losada, 2003;

\_\_\_\_\_. Fundamentação da metafísica dos costumes. Lisboa, Edições 70, 2000;

\_\_\_\_\_. Para a paz perpétua. Tradução de Barbara Kristensen. Rianxo: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006;

KAHNEMAN, Daniel. Rápido e devagar: duas formas de pensar. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012;

KELSEN, Hans. O problema da justiça. Trad. João Batista Machado. E ed. São Paulo: Martins Fontes;

\_\_\_\_\_. Teoría pura del derecho. Trad. Roberto J. Vernengo. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982;

KEMPE, Henry. C. Frederic N. Silverman, Brandt F. Steele, William Droegemuller, Henry K. Silver: "The Battered Child Syndrome." Journal of the American Medical Association, 1962;

KINGDON, John W. Agendas, alternatives and public policies. Second Edition. New York: Longman, 1995;

LACERDA, Bruno Amaro. Direito natural em Platão: as origens gregas da teoria jusnaturalista. Curitiba, Juruá, 2009;

LADVOCAT, Cynthia. Violência: o impacto na família, no casal e nos filhos em A violência doméstica e a cultura da paz. Org. Maria Rita D'Angelo Seixas, Maria Luiza Dias, São Paulo: Santos, 2013;

LAROCHE, Denis. Aspects of the Context and Consequences of Domestic Violence: situational couple violence and intimate terrorism in Canada. Québec: Institut de la statistique du Québec, 2005;

LEANDRO MASCARO, Alysson. Filosofia do Direito. 6 ed., São Paulo: Atlas, 2018;

LEVINAS, Emmanuel. Humanismo del otro hombre. Madrid: Siglo XXI Editores, 1974;

LEVENE, Lesley. Philosophy in Bite-Sized Chunks. London, Michael O'Mara Books Limited, 2018;

LICHA, Antonio Luis. Teoria da política monetária: uma abordagem de nível intermediário. Rio de Janeiro: Alta Books, 2015;

LINDBOLM, C. E. The science of "muddling through". Public Administration Review, vol XIX, n 2 p. 78-99, 1959;

LIMA VENTURA, Deisy de Freitas. Um diálogo entre Einstein e Freud: por que a guerra? Santa Maria: FADISMA, 2005;

LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo. São Paulo, Martins Fontes, 2005;

\_\_\_\_\_. Ensaio político. Trad. Eunice Ostrenky. São Paulo: Martins Fontes, 2007;

\_\_\_\_\_. Ensaio acerca do entendimento humano. Tradução de Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 1999;

LÓPEZ GUERRA, Luis. Introducción al Derecho Constitucional. Editorial Tirante Lo Blanch. Valencia, España, 1994;

MACPHERSON, C. B. A teoria política do individualismo possessivo. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1979;

MARCONDES, Danilo; STRUCHINER, Noel. Textos básicos de ética: de Platão a Foucault. Rio de Janeiro: Zahar, 2007;

MARGAROLI, Josefina. Procedimiento ante el sistema interamericano de derechos humanos/Josefina Margaroli y Sergio L. Maculan. 1ª ed. Buenos Aires: Cathedra Juridica, 2011;

MARITAIN, Jacques. Christianity and democracy and The rights of man and natural law. Trad. Doris C. Anson. San Francisco: Ignatius Press, 2011;

\_\_\_\_\_, Jacques. "Integral Humanism and the Crisis of Modern Times." The Review of Politics, vol. 1, no. 1, 1939, pp. 1–17. JSTOR, [www.jstor.org/stable/1403915](http://www.jstor.org/stable/1403915). Accessed 16 Apr. 2021;

MARTOS, Ana. Violencia psicológica: Las heridas del alma. Claves para detectarlas en víctimas y verdugos. Málaga: Ediciones Corona Borealis, 2018;

MCGRATH, Alister. Teología práctica: como la fe cristiana explica el mundo. Barcelona: Publicaciones Andamio, 2017;

MEIX CERECEDA, Pablo. El Derecho a la Educación en el Sistema Internacional y Europeo. Valencia: Tirant, 2014;

MEGÍAS QUIRÓS, José Justo; ROGRIGUES DE ARAÚJO, Elisa. Derechos Humanos de la Familia. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2020;

MICHILINI, José Antonio. Los Derechos Humanos en el Derecho Internacional: una aproximación a la protección universal. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 2014;

MONTORO, André Franco. Introdução à Ciência do Direito. Revista dos Tribunais, São Paulo, ed., 2011;

MORRISON, Wayne. Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2012;

MOREY, Leslie C. PAI Inventario de Evaluación de Personalidad. España: Tea Ediciones, 2011;

MUSZKAT, Malvina. Violência familiar: o que fazer? São Paulo: Blucher, 2016;

NAVARRO GÓNGORRA, José. Violencia en las relaciones íntimas: una perspectiva clínica. Barcelona: Herder, 2015;

NAVAS CASTILLO, Antonia. El Estado Constitucional. Madrid: Editorial Dykinson, 2009;

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. Além do bem e do mal: preludio de uma filosofia do futuro. Trad. Mario Ferreira dos Santos. Rio de Janeiro: Vozes, 2012;

NODARI, Paulo Cesar. Ética, Direito e Política: a paz em Hobbes, Locke, Rousseau e Kant. São Paulo: Paulus, 2014;

NÚÑEZ, Miguel Ángel. 129 Conceptos básicos sobre violencia doméstica. Valencia: Fortaleza Ediciones, 2019;

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Informe mundial sobre la violencia y la salud: resumen. Washington, D.C., Organización Panamericana de la Salud, Oficina Regional para las Américas de la Organización Mundial de la Salud, 2002;

\_\_\_\_\_. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en Panamá. Pesquisado en <https://www.pa.undp.org/content/panama/es/home.html>;

\_\_\_\_\_. Estados miembros fundadores de la ONU. Pesquisado en <https://research.un.org/es/unmembers/founders>;

\_\_\_\_\_. Transformar Nuestro Mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible;

\_\_\_\_\_. ¿Qué son los derechos humanos?  
<http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>;

\_\_\_\_\_. La Carta de la ONU. Recuperado en:  
<http://www.un.org/es/sections/un-charter/preamble/index.html>;

\_\_\_\_\_. Records of the General Conference of the United Nations Educational Scientific and Cultural Organization”, Second Session. México, 1947. Vol. I. “Proceedings”, Paris 1948;

OROZCO SOLANO, Víctor. La Inconstitucionalidad por Omisión. IJSA: San José de Costa Rica, 2014;

\_\_\_\_\_, Víctor Eduardo. La Fuerza Normativa de la Constitución. San José-Costa Rica: IJSA, 2008;

OSUNA, José Luis; MÁRQUEZ, Carolina (dir); CIRERA, Ana; VÉLEZ, Carmen (Red.) Guía para la evaluación de políticas públicas. Sevilla: Instituto de Desarrollo Regional, Fundación Universitaria, 2000;

PASQUINO, Gianfranco. Nuevo curso de ciencia política. Traducción de Clara Ferri. México: FCE, 2011;

PAULSON, Stanley L. La filosofía del derecho de Gustav Radbruch y tres ensayos posguerra. Trad. Alejandro Nava Tovar. Madrid: Marcial Pons, 2019;

PERDOMO GARCÍA, José. La cooperación intelectual en la UNESCO: la II Conferencia General de la Unesco. México, 1947. Revista de educación. Madrid: Ministerio de Educación Nacional, 1953, n. 7 ; p. 141-148;

PÉREZ CASAVARDE, Efraín. Manual de Derecho Constitucional. ADRUS D&L Editores, Perú, 2013;

PERIS CANCIO, José Alfredo. La familia, garantía de la dignidad humana. Madrid: EIUNSA, 2002;

PETERS, B. G.; HOGWOOD, B. W. In search of the issue-attention cycle. The journal of politics. V. 47, n. 1, 1985, p. 238-253;

PINEDA, Adolfo Augusto. Texto Único del Código Penal de la República de Panamá (Comentado), Panamá: Procuraduría General de la Nación, 2015;

PIZA ESCALANTE, Rodolfo E. Justicia Constitucional y Derecho de la Constitución. En varios autores, Jurisdicción Constitucional, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1993;

RANGEL HERNÁNDEZ, Laura. Inconstitucionalidad por omisión legislativa: teoría general y su control jurisdiccional en México. México: Editora Porrúa, 2009;

RADBRUCH, Gustav. Introducción a la ciencia del derecho. Trad. Luis Recasens Siches. Madrid: V. Suarez, 1930;

\_\_\_\_\_, Gustav. Monografías jurídicas: relativismo y derecho. Trad. Luis Villar Borda. Bogotá: Editorial Temis, 1999;

\_\_\_\_\_, Gustav. Arbitrariedad legal y el derecho suprallegal. Monografías jurídicas: relativismo y derecho. Trad. Luis Villar Borda. Bogotá: Editorial Temis, 1999;

\_\_\_\_\_, Gustav. Cinco Minutos de Filosofía del Derecho. Monografías jurídicas: relativismo y derecho. Trad. Luis Villar Borda. Bogotá: Editorial Temis, 1999;

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. <https://dle.rae.es/paz?m=form> 22 de agosto de 2020;

REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002;

ROF CARBALLO, Juan. Violencia y ternura. Madrid: Prensa Española, 1967;

ROJAS ACOSTA, Ana. Família: Redes, Laços e políticas públicas, 7 ed., São Paulo, Editora Cortez, 2018;

ROMBOLI, Roberto. En el prólogo de la obra Diccionario Breve de la Constitución Italiana: incluye suplemento sobre la cronología de las instituciones del Estado italiano, libro escrito por Saule Panizza, Editora La Vela, Viareggio, 2018;

ROSSI, Peter; LIPSEY, Mark; FREEMAN, Howard. Evaluation: a systematic approach. 7th edition. California: Sage, 2004;

República de Panamá. 2013. Ley N° 82. Tipifica el Femicidio y la Violencia contra la Mujer.

República de Panamá. 2010. Código Penal de la República de Panamá.

República de Panamá. 2001. Ley N° 38 que reforma y adiciona artículos al Código Penal y Judicial, sobre Violencia Doméstica y Maltrato al Niño, Niña y Adolescente, deroga artículos de la Ley N° 27 de 1995 y dicta otras disposiciones.

ROUDINESCO, Elisabeth. A família em desordem. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003;

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. São Paulo, Martins Fontes, 2005;

\_\_\_\_\_, Jean-Jacques. Emílio, ou, da educação. São Paulo, Martins Fontes, 2004;

\_\_\_\_\_, Jean-Jacques. O contrato social: princípios do direito político. São Paulo, Martins Fontes, 2006;

SABATIER, P. A.; JENKINS-SMITH, H.C. Policy change and learning: an advocacy coalition approach. Boulder: Westview Press, 1993;

SABÓIA, Diego. Análisis crítico de las bases de la (in)mutabilidad del derecho natural. Ceará: Clube de Autores, 2015;

SAN AGUSTÍN. La Ciudad de Dios, Trad. Rosa Maria Marina Sáez. Madrid: Editorial Gredos, 2007;

\_\_\_\_\_. Tratado sobre la Santísima Trinidad, ed. L. Arias en Obras de San Agustín, Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1956;

\_\_\_\_\_. Las Confesiones. ed. Ángel Custodio Vega en Obras de San Agustín, Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1979;

SALGUEIRO S., Arlete. A família abusiva em O fim do silêncio na violência familiar: teoria e prática. Org. Dalka C. A. Ferrari, Teresa C. C. Vecino. São Paulo: Agora, 2002;

SECCHI, Leonardo. Análise de políticas públicas: diagnósticos de problemas, recomendação de soluções. São Paulo: Cengage Learning, 2019;

\_\_\_\_\_. Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2 ed. São Paulo, 2017;

SEMINCKX, Stéphane. Si tú me dices “ven”: una visión cristiana del éxito en el amor. Trad. Miguel Martín. Madrid: Ediciones Rialp, 2018;

SGARBI, Adrian. Teoria do Direito, primeiras lições. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007;

SHIMITTER, Phillipe C. Reflexões sobre o conceito de política. IN: Curso de Introdução à ciência política. Brasília: Editora UNB, 1984;

SHINNER, Roger A. Norm and Nature: the movements of legal thought. New York, Oxford University Press, 1992;

SCHUMPETER A., Joseph. Capitalism, Socialism and Democracy. USA: Start Publishing LLC, 2012, p. 216

SIMON, Herbert. A. Administrative behavior: a study of decision-making processes in administrative organization. New York: Macmillan, 1947

SOLON, Ari Marcelo. Direito e tradição: o legado grego, romano e bíblico. Rio de Janeiro, Elsevier, 2009;

STRAUS, Murray Arnold. Behind closed doors: violence in the American family. New York: Transaction Publishers, 2006;

STRUCHINER, Noel. Algumas proposições fulcrais acerca do Direito: o debate jusnaturalismo vs. Juspositivismo. Org. Antonio Cavalcanti Maia Em Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005;

SUBIRATS, Joan. Análisis de políticas públicas y eficacia de la administración. Madrid: INAP, 1989;



SUGARMAN, David B. Patriarchal Ideology and wife-assault: a meta-analytic review. *Journal of family violence* 11, n. 1, 1996;

TAVARES LEITE, Flamarion. *Manual de Filosofia Jurídica: das origens a Kant*, São Paulo, Malheiros Editores, 2013;

TOMÁS DE AQUINO, *Suma teológica*. São Paulo, Loyola, 2005, v. I;

\_\_\_\_\_. *Suma contra os gentios (vol. II: Livros III e IV)*. Tradução de D. Odilão Moura O. S. B. Revisão de Luis A de Boni. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996, p. 500-502;

\_\_\_\_\_, Santo. *Suma de teología*. Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1993, v. II;

\_\_\_\_\_, *Suma teológica*. São Paulo, Loyola, 2005;

TORRES MANRIQUE, Jorge Isaac. ¿El examen de la convencionalidad es la panacea unimismable a la justicia?. En línea: recuperado en fecha 31/07/18 de <http://www.el-terno.com/colaboradores/Jorge-Isaac/panacea-unimismable-a-la-justicia.html>. Lima, 2018;

TRINDADE, Jorge. *Manual de psicologia jurídica para operadores do Direito*. 6 ed. Ver. Atual. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012;

UNODC, *Global Study on Homicide 2019: Understanding homicide*, (Vienna, 2019), Booklet 3;

URIOSTE BRAGA, Fernando. *Responsabilidad internacional de los Estados en los derechos humanos*. Montevideo: Editorial B de F., 2002;

VELASCO RIEGO, Luisa. *Guía de orientación y apoyo en violencia de género y violencia familiar*. Valladolid: Libertas Ediciones, 2019;

WINNICOTT, Donald W. *A família e o desenvolvimento individual*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2011;

WOLFGANG DEUSTCH, Karl. *The nerves of Government: models of political communication and control*. New York: The free press, 1966

WOTJYLA, Karol. *Amor e Responsabilidade: estudo ético*. São Paulo: Edições Loyola, 1982.