

**LIBERTAD DE OPCIÓN DE SITUACION COMO
DERECHO HUMANO.**

José Daniel Hidalgo Murillo¹

¹ Profesor de tiempo completo en la Facultad de derecho de la Universidad Panamericana, México

1. Introducción.

Desde la teoría de los Derechos Fundamentales se ha logrado concretar el carácter fundamental de los principios jurídicos para el ordenamiento en su conjunto, los criterios definitorios del derecho, el pensamiento lógico, la interpretación de las normas, la argumentación dando razones, para facilitar el razonamiento jurídico que permita comprender las distintas situaciones humanas⁽²⁾.

La legislación ordinaria bajo control de Principios Constitucionales e influida por los Tratados de Derechos Humanos asume y convierte en norma, principios de derecho natural y, al caso concreto, se procura determinar los modos en que, en colisión de principios y/o reglas, podamos determinar cuándo prevalece uno u otro⁽³⁾. Desde la concepción de Robert Alexy, si bien las reglas se derogan entre sí, los principios se ponderan⁽⁴⁾. No podemos negar, sin embargo, que determinar entre reglas y principios ha suscitado la gran discusión del Derecho y la existencia de diversas corrientes de pensamiento que, por lo general se han dividido arbitrariamente en distintos positivismos y distintos iusnaturalismos.

El objetivo del presente trabajo no es centrarnos, de nuevo, en esa discusión. Es claro que el positivismo que ha admitido los principios de dignidad e igualdad ha aceptado que Derecho Natural y Derecho Positivo deben ser dos enfoques de la única fuente del derecho: la persona humana⁽⁵⁾. Ambos procuran dar fundamento al

² Cfr., ALEXY, R., “Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional”, trad. P. Larrañaga, en *Isonomía*, núm. 1, México, 1994, págs. 44, 45. Cfr: En el mismo sentido BALLESTEROS, Jesús. *Sobre el sentido del derecho. Introducción a la filosofía jurídica*. Madrid, Tecnos, 2001; ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid, Trotta, 1995. POOLE, D “Grisez y los primeros principios de la ley natural” En "Persona y Derecho" 2005. No. 52. ; HART, H.L.A. *Post Schriptum al Concepto del Derecho*. México, Instituto Investigaciones Jurídicas, 2000, pág. 49. VIGO, Rodolfo Luis. *El iusnaturalismo actual. De M.Villey a J.Finnis*. México, Fontamara, 2003.; FINNIS, John. *Ley natural y Derechos Naturales*. Buenos Aires, Abeledo - Perrot, 2000.

³ Cfr., ALEXY, R., “Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional”, trad. P. Larrañaga, en *Isonomía*, núm. 1, México, 1994, págs. 44, 45.

⁴ Ronald Dworkin, en su crítica a Hart respecto a la “textura abierta del derecho” sostiene que “el criterio de la regla de reconocimiento deja por fuera de la interpretación jurídica los principios y los valores, los cuales son elementos importantes del derecho”. DWORKIN, Ronald M., *Los Derechos en Serio*. Traducción Marta Guastavino, Barcelona, Ariel derecho, 1º Edición 1.984

⁵ “Derechos humanos sin fundamentación es defender cosas inexistentes: altos ideales o buenos deseos. (...) Para fundamentar los derechos humanos se requiere una razón suficiente de su existencia. (...) El fundamento en la dignidad o en las necesidades humanas básicas son fruto de que hay una naturaleza humana a la que responden. El fundamento en las necesidades humanas es un aspecto pragmático; el fundamento en la naturaleza humana es su aspecto ontológico, del que responde la propia necesidad. Y, la dignidad –cultural e histórica- le viene al hombre por su naturaleza humana que es, igual y pragmáticamente, su aspecto ontológico (...)”. Cfr: BEUCHOT PUENTE, Mauricio. “Hacia una propuesta para la Fundamentación Filosófica de los Derechos Humanos. Revista Ars Iuris, No. 25. Facultad de Derecho, Universidad Panamericana. México.

Derecho, el segundo, haciéndolo eficaz a través de los órganos del Estado ⁽⁶⁾. La mayor credibilidad hacia el Estado moderno se ha fortalecido en esta clarísima comprensión del derecho. El Estado, como autoridad que procura el bien común, es decir, la mejor protección de la persona individual en su sociabilidad –igualmente natural- es, como toda autoridad, un principio de derecho natural.

El problema que nos aboca no es, entonces, la comprensión intelectual y la diferenciación entre los principios del derecho –y dentro de ese estudio, los principios jurídicos, morales, religiosos, culturales, artísticos, etc.- y las normas, sino, el problema que suscita la “manipulación” de esos principios y/o reglas a través de la “defensa” de “derechos de situación” ⁽⁷⁾ cuando el “legislador” procura convertirlos en derecho válido, eficaz y oponible. Es lo que he denominado, en alguna oportunidad, el positivismo del Derecho Internacional Público, es decir, la proliferación de “modos” y “formas” de concebir⁽⁸⁾, a través de “nuevas reglas” los derechos humanos, confundiendo más aún los “derechos” que se intentan reconocer y proteger.

La mayoría de las discusiones serias sobre Derecho Positivo y Derecho Natural ha permitido la consolidación del derecho mismo porque la verdad no teme enfrentarse a la realidad cuando ésta la define ⁽⁹⁾. De cara a la persona humana esa discusión ha inclinado la balanza hacia el fundamento del ordenamiento jurídico y los propios derechos humanos en el Derecho Natural ⁽¹⁰⁾ y la eficacia del derecho a través de la

⁶ Para Cesar Landa “la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales se vuelve nula sin un Estado de derecho que les otorgue un significado constitutivo en la totalidad del sistema constitucional” Cfr: LANDA, Cesar. “Teorías de los Derechos Fundamentales” En Cuestiones Constitucionales No. 6. Página 50.

⁷ Dice Millan Puelles que “El positivismo, en general, se desentiende de los objetivos, las metas y los fines. Sólo se interesa por los hechos, *adora* los hechos. Es la idolatría de los hechos: unos hechos que, al cabo, terminan por quedarse sin sentido. Porque cuando los hechos no se relacionan con objetivos, con fines; cuando los medios no se ponen en referencia a aquello para lo que son medios, pierden su propia razón de ser: de manera que, por perfectos que sean técnicamente, dejan absolutamente vacío al espíritu del hombre”. MILLÁN PUELLES, Antonio. “Positivismo Jurídico y Dignidad Humana”.

⁸ “La sustitución de la naturaleza por la libertad individual o por un supuesto consenso social –ha dicho Ana Marta González-, no conduce a una mayor libertad, ni de los individuos ni de la sociedad en su conjunto. Más bien ocurre todo lo contrario: la renuncia a lo natural como criterio de la praxis jurídica y política conduce inmediatamente a imponer el (des)criterio de unos pocos sobre todos los demás. Más aún: tal y como ha destacado Spaemann, el sentido de lo que llamamos “derechos humanos”– que ha sido históricamente destacado por el pensamiento liberal- desaparece tan pronto los pensamos al margen de la naturaleza, porque, en ese preciso momento, desaparece la última frontera que sustrae al hombre de toda manipulación arbitraria por parte del poder político. GONZALEZ, Ana Marta. “La Naturaleza y lo Natural como Límite al Poder”. Revista Nuestro Tiempo. Mayo 2005.

⁹ “De la naturaleza del hombre –ha dicho Ollero- derivan exigencias éticas, en la práctica racionalmente cognoscibles. En la medida en que dichas exigencias no apuntan al logro de la máxima perfección personal imaginable, sino al imperioso respeto de un mínimo ético sin el que la convivencia dejaría de ser humana, se trata sin duda de exigencias jurídicas y no tan sólo propiamente morales”. OLLERO, Andrés. “Derecho Positivo y Derecho Natural, Todavía”. Arvo.Net. Agosto 2006.

¹⁰ Cfr: Entre otros. VIGO. Rodolfo Luis. “Los Derechos Humanos y la Actividad Jurisdiccional Interpretativa”. En *Humanismo Jurídico*. Editorial Porrúa, México, D.F., 2006. Pp 19-30.

legislación; es decir, el reconocimiento y protección normativa de los principios del derecho y los derechos de la persona. Porque el hombre es persona es sujeto de derechos y obligaciones.

Sin embargo, desde hace dos décadas, una “ideología” procura abrirse cause a través del derecho internacional de los Derechos Humanos. Primero, siguió la estrategia de “aislarse” del concepto “humano” de los derechos ⁽¹¹⁾. Segundo, ha buscado “alzarse” como “minoría” para presentarse como “víctima” ⁽¹²⁾. Una exigua minoría que no respeta el derecho exigiendo que se respete el “suyo”. Tercero, ha buscando distinguirse, como parte, sin aceptar el todo. De hecho “denuncia” que el

¹¹ Consejos que ofrece la página isla ternura a jóvenes que esperan un consejo ante el desarrollo de su sexualidad: “Ser gay o bisexual es una manera normal y saludable de vivir. (...) Es una parte mas de tu persona, como ser alto o bajo, rubio o moreno, europeo o americano. Es normal. (...) Ser gay o lesbiana es tan natural, normal y saludable como ser heterosexual. (...) Si tu estas queriendo saber el porque eres gay, la respuesta es: algunas personas son gays y algunas personas son heterosexuales, de la misma manera que algunas personas tienen los ojos azules y otras en cambio tienen los ojos castaños. No es algo que una persona pueda escoger el ser o no serlo. Es simplemente una parte de lo que tú como persona eres. Y quien tiene que cambiar no eres tú: son aquellos que discriminan a los gays, a los negros, a los indios. Los que tienen que cambiar son los intransigentes, los fundamentalistas, los de mente estrecha e intolerantes. (...) Los travestís son personas que gustan vestirse y comportarse como personas del sexo opuesto, bien por simple estilo o bien para mostrar una acción extravagante o artística. Los transexuales son personas que desean cambiar su sexo con hormonas e intervención quirúrgica porque en su interior se sienten diferentes de la fisiología de su cuerpo. Si por ejemplo han nacido con un cuerpo de hombre en su interior se sienten mujeres. Y viceversa. Para ajustar ese desfase y alcanzar su propia realización buscan ese cambio: es un derecho como persona que tiene que ser respetado. (...) ¿Puedo tener mi propia familia? El concepto de familia no se refiere únicamente a los parientes sanguíneos, sino que la familia es fundamentalmente una cuestión de amor, de afecto, de lazos de amistad, respeto y de cariño. El concepto de familia no se refiere únicamente a los parientes sanguíneos, sino que la familia es fundamentalmente una cuestión de amor, de afecto, de lazos de amistad, respeto y de cariño. <http://www.islaternura.com/APLAYA/AdolescenteGay>

¹² Leyendo a Alejandro Brito nos enfrentamos, por ejemplo, a la incoherencia en la visión de las causas, los efectos y las soluciones. Para muestra, el texto: “(...) Por el fuerte impacto de la epidemia de sida, la población gay mexicana vive su más grave crisis de salud. La Organización Mundial de la Salud (OMS) informa, en un documento de 1998, que en México "posiblemente hasta un 30 por ciento de los hombres que tienen relaciones sexuales entre ellos están infectados por el VIH". Resulta reiterativo añadir que las más altas tasas de mortalidad por sida se dan en este grupo de la población (...). El gobierno de la república no ha hecho ningún pronunciamiento en favor, ya no digamos del respeto de los derechos de los ciudadanos gay, ni siquiera ha expresado el más leve mensaje de aliento o solidaridad dirigido a la comunidad gay mexicana. Ningún presidente de la república o funcionario público de elevado rango ha tenido el mínimo gesto solidario. (...). Es un hecho ampliamente documentado que la discriminación a individuos o poblaciones incrementa los riesgos de infección por el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH). En el caso de los homosexuales y bisexuales, esa discriminación social -que adquiere muchas veces rango de persecución- los vuelve muy vulnerables a la epidemia. El rechazo y la desvalorización constante y a todos niveles de la conducta homosexual, empuja a muchos hombres con esa orientación a experimentar su vida sexual en las condiciones más desfavorables para su salud e integridad personal (la clandestinidad, la culpa, el miedo, la amenaza de la violencia, el matrimonio forzado o indeseado, etcétera), que los induce, a su vez, a no tomar precauciones. Esta situación es particularmente dramática para los adolescentes gay que están iniciando su vida sexual. El aislamiento, la ausencia de asideros o posibles apoyos, la baja autoestima, la desconfianza a sí mismos, los expone mayormente al virus (...). Alejandro Brito. Tomado de Letra S número 35, junio de 1999. Icono de la Jornada Mundial de Lucha contra la Homofobia. <http://www.letraese.org.mx/homofobia.htm>

todo le reprime y discrimina (13). Cuarto, amenazando, se siente “amenazada” procurando dar, un sentido distinto a los conceptos del derecho, utilizándolos a favor de sus propias intenciones. Quinto, denuncia “discriminación” cuando se ha “autodiscriminado”, porque no admite un derecho con fundamento en la igual naturaleza humana, sino, en las distinciones morales que se ha procurado para exigir derechos, sin asumir obligaciones y responsabilidades (14). Finalmente, pide una “libertad” de “opción”, primero, para “escoger” a su antojo un “derecho”; segundo, para que ese “derecho” se convierta en norma vigente y obligante; tercero, para que los demás “renuncien” a sus propios derechos, con la intención de “proteger” el suyo (15).

Se trata de la “perspectiva o teoría de género” que, no pudiendo “engañar” todavía al legislador internacional (16), se ha abierto cause desde las Conferencias Mundiales (17), los Planes de Acción y las distintas Comisiones “ideológicas” de las

¹³ Un ejemplo entre muchos “como lo apunta Didier Eribon, por racista que sea el medio en el que nace, un niño negro tiene por lo menos todas las oportunidades de crecer en una familia que le permita construir su imagen bajo una sensación de relativa legitimidad. En cambio, en las familias heterosexuales, donde crece la mayoría de hombres y mujeres homosexuales, la conciencia progresiva de este deseo constituye por lo general un reto tanto más difícil por tener que guardarse secreto. La vergüenza, la soledad, la desesperación por no ser nunca amado, el pánico de ser descubierto un día, colocan al individuo en una suerte de cárcel interior que a menudo le lleva a sobrestimar la actitud negativa que pudiera manifestar su entorno. Louis-Georges Tin. El rostro múltiple de la homofobia Tomado parcialmente del libro *Dictionnaire de l’homophobie*, compilado por TIN, Louis-Georges con prefacio de Bertrand Delanoë. Presses Universitaires de France. París, 2003. Traducción: Carlos Bonfil

¹⁴ “El anatema y las condenas son a menudo inútiles. Los padres, los amigos, la televisión, el cine, los libros de infancia, las revistas de adultos, todo celebra al máximo a la pareja heterosexual. Sin que nada le sea dicho, y a medida que crece, el niño comprende, de manera más o menos consciente, que la alternativa es imposible, ya que la homosexualidad está fuera del lenguaje, cuando no fuera de la ley. Sólo figura en los insultos más soeces: “marica”, “puto”, y otros cargos honoríficos, cuya carga homofóbica ya no sienten ni siquiera quienes los profieren, quienes relegan a la homosexualidad masculina al rango de lo innoble, en tanto la homosexualidad femenina queda, por lo demás, fuera casi de todo pensamiento”. Louis-Georges Tin. El rostro múltiple de la homofobia Tomado parcialmente del libro *Dictionnaire de l’homophobie*, compilado por TIN, Louis-Georges con prefacio de Bertrand Delanoë. Presses Universitaires de France. París, 2003. Traducción: Carlos Bonfil

¹⁵ ACLU estima que la mejor manera de corregir la discriminación es por medio de enmiendas a todas las leyes existentes de derechos civiles a nivel federal, estatal y local y las pólizas en negocios y universidades con el fin de que se prohíba la discriminación basada en la orientación sexual. Derechos de Lesbianas y de Homosexuales. Boletín Informativo de la ACLU American Civil Liberties Union. Florida. <http://www.aclufl.org/index.cfm>

¹⁶ Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos han reconocido y protegido los conceptos jurídicos de igualdad, niño, niña, mujer, varón, dignidad de la persona humana, familia, matrimonio conformado por un hombre y una mujer, el mismo concepto de la familia como célula fundamental de la sociedad, y el respeto de las diferencias accidentales, en la igualdad de naturaleza humana en razón de sexo, credo, raza, situación social y/o cultural, la vida y la libertad de la persona humana. Se entiende, por esto, la gran cantidad de reservas con las que se “aprobó” los documentos de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. Beijing, 1995, especialmente, sobre la claridad de estos conceptos y el casi general cuestionamiento a la interpretación que quiso darse a los conceptos de “perspectiva de género”, “libertad sexual” y “salud reproductiva”.

¹⁷ Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Viena, 1993. Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. El Cairo, 1994. Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social. Copenhague, 1995. Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. Beijing, 1995. Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat II). Estambul. 1996. Cumbre Mundial sobre la Alimentación, Roma,

Naciones Unidas, y su presupuesto, procurando encontrar un “espacio”, que han ido fabricando a través de esa Organización Internacional, que les ha abierto la puertas.

2. Derechos de la personalidad.

El derecho a la personalidad se ha considerado desde los derechos humanos en general o, como parte de los derechos humanos en particular. Otros entienden, por el contrario, que existen bienes de la personalidad que son el objeto de los derechos humanos.

En efecto alguna doctrina define el objeto de los Derechos Humanos como el “conjunto de las dimensiones de la realidad personal -en su doble perspectiva individual y social-, en cuanto patrimonio suyo, sobre las que recae la titularidad, el ejercicio y garantía de los Derechos Humanos” (18). Aclara que el “objeto es lo que constituye los bienes de la personalidad que, a su vez define como “aquél conjunto de bienes, de carácter esencial para el desarrollo de la personalidad, que en cuanto tales son reivindicados ética, y políticamente, con la pretensión de su conversión en bienes jurídicos fundamentales para su mejor protección y garantía” (19).

En el artículo 29, 1., de la Declaración Universal de Derechos Humanos encontramos que “toda persona tiene deberes respecto a la comunidad puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”. Por eso hemos dicho que el concepto de persona es fundamental para comprender el derecho.

No podemos ignorar –del entorno de las Declaraciones y Convenciones Internacionales- que “el fundamento último de los Derechos Humanos está en la dignidad de la persona humana”. Para Bloch, la dignidad humana tiene una doble perspectiva: negativa, en cuanto la persona no puede ser objeto de ofensas y humillaciones y positiva porque la afirmación de la dignidad humana significa el pleno desarrollo de la personalidad y la sociabilidad”.

El artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos titulado “derecho a la integridad personal” reza, en su inciso 1 que “toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”. Afín a éste el artículo 4 de la

996 Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Programa de Acción, aprobada el 8 de septiembre de 2001 en Durban, Sudáfrica, U.N. Doc. A/CONF.189/5 (2001).

¹⁸ Cfr: Teoría de los Derechos Humanos. Objeto. Curso Sistemáticos de Derechos Humanos. En www.iepala.es/DDHH/ddhh.

¹⁹ Cfr: Teoría de los Derechos Humanos. Objeto. Curso Sistemáticos de Derechos Humanos. En www.iepala.es/DDHH/ddhh.

Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, de 1981 establece que “todo ser humano tiene derecho al respeto de la integridad física y moral de su persona. Nadie puede ser privado arbitrariamente de este derecho”.

Aunque de las normas internacionales se desprende que los bienes de la personalidad son objeto de los derechos humanos y que no es derecho humano la decisión sobre su persona como “derecho humano a decidir su personalidad”, se ha sostenido, a la vez, que “el pleno desarrollo de la personalidad implica, a su vez, dos dimensiones: el reconocimiento de la total auto disponibilidad, sin interferencias e impedimentos externos, de las posibilidades de actuación propias de cada hombre y la autodeterminación que surge de la libre proyección histórica de la razón humana”⁽²⁰⁾.

Es claro que Derechos Humanos de la personalidad, bienes de la personalidad o la personalidad como Derecho Humano son conceptos o modos distintos de ver el derecho. Desde la persona los derechos humanos son prerrogativas propias de su naturaleza; desde los Derechos Humanos, su objeto es la persona sujeto de esos derechos, pero, desde la personalidad, pareciera interpretarse que el ser humano puede “optar” por lo que mejor convenga –o quizá sin analizar la conveniencia- a su autorrealización o autodeterminación, es decir, como si los dos primeros aspectos fueran objetivos y el último subjetivo.

Al considerar estos tres aspectos de la persona: la persona desde el derecho, el derecho desde la persona y el derecho a la propia personalidad como derecho, no podemos ignorar que, la criatura humana, como ser individual es igualmente social por naturaleza. “El pleno desarrollo de la sociabilidad implica la participación consciente, crítica y responsable, en la toma de decisiones de los diferentes colectivos o comunidades de los que el sujeto forma parte naturalmente -familia, pueblo- o por libre elección -sindicato, iglesia y/o comunidad religiosa, partido político, asociación, etc-”⁽²¹⁾.

Enmanuel Kant –un autor que no sigo, pero que a veces conviene citar- consideró en su oportunidad que “los seres cuya existencia no descansa en nuestra voluntad, sino en la naturaleza, tienen, cuando se trata de seres irracionales, un valor puramente relativo, como medios, y por eso se llaman cosas; en cambio, los seres racionales se llaman personas porque su naturaleza los distingue ya como fines en sí

²⁰ Cfr: Teoría de los Derechos Humanos. Objeto. Curso Sistemáticos de Derechos Humanos. En www.iepala.es/DDHH/ddhh.

²¹ Cfr: Teoría de los Derechos Humanos. El Objeto de los Derechos Humanos. Curso Sistemáticos de Derechos Humanos. En www.iepala.es/DDHH/ddhh.

mismos, esto es, como algo que no puede ser usado como medio y, por tanto, limita, en este sentido, todo capricho (y es objeto de respeto). Estos no son pues, meros fines subjetivos, cuya existencia, como efectos de nuestra acción, tiene un valor para nosotros, sino que son fines objetivos, esto es, realidades cuya existencia es en sí misma, un fin” (22).

Ese elemento teleológico, no puramente negativo, consustancial a la dignidad de la persona humana es la que permite afirmarla como sujeto. La persona humana no tiene precio, sino dignidad (23). Para Von Stein “persona es aquello que se determina por sí mismo frente a la cosa, a la naturaleza, que no puede determinarse por sí misma”. H. Henkel considera, por su parte, que los Derechos Humanos en cuanto que son derechos de auto disposición implican la prohibición de que se haga al hombre objeto de la disposición de otros; esto es, prohíbe que se le inserte en una relación medio-fin completamente ajena a su auto conformación”(24).

Vistos los derechos de personalidad desde el ámbito de la libertad personal ésta se considera negativa cuando se habla de ausencia de coacción, es decir, capacidad de actuar sin interferencia de ningún otro sujeto o del propio Estado y, positiva como posibilidad de participación de forma racional y libre en la vida social(25). Consecuentemente, desde la libertad, los derechos de personalidad se comprenden como exención o independencia o autonomía, por la que se constituye una esfera de autonomía privada, de decisión personal o colectiva protegida frente a presiones que puedan determinarla y poder hacer, esto es, capacidad positiva, para llevar a cabo esas decisiones y actuar eficazmente en la vida social.

Desde el derecho a la intimidad, igualmente, los derechos de la personalidad parecen encontrar un marco subjetivo de acción. Para Steinbüchel, por ejemplo “en un plano estrictamente humano, lo que caracteriza esencialmente al ser personal es la ‘autoposición’ de su ser y de sus actos, la intimidad siempre viva de su mundo propio, la autodeterminación y autoconfiguración de un ser insustituible, irrepetible, cerrado en sí y capaz de disponer de sí mismo” (26).

²² KANT, Emmanuel. Kant, E. *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1978, p. 24.

²³ KANT, Emmanuel. *Metafísica de las Costumbres*”. Editorial. ...

²⁴ HENKEL, H.: Introducción a la filosofía del Derecho. Fundamentos del Derecho, Taurus, Madrid, 1968, pp. 319-320. Citado por

²⁵ BERLIN, Isaías. *Dos Conceptos de Libertad*. Editorial Oxford. 1958.

²⁶ Cfr: Teoría de los Derechos Humanos. Derecho a la Intimidad. Curso Sistemáticos de Derechos Humanos. En www.iepala.es/DDHH/ddhh.

El de intimidad es un derecho reconocido de modo implícito en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos cuando establece que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada” mismo texto del artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Del mismo modo se reconoce implícitamente, por ejemplo, cuando se establece que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada” ⁽²⁷⁾ a la “inviolabilidad de su domicilio” ⁽²⁸⁾, la “inviolabilidad y circulación de su correspondencia” ⁽²⁹⁾; ni ser “objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada” ⁽³⁰⁾ porque debe garantizarse el “respeto a la esfera privada” ⁽³¹⁾ en sus distintas dimensiones ideológica, religiosa, afectiva, social, cultural, etc. De hecho, puede formar parte de ese derecho el de “inexpresión”, el “anonimato”, la “objeción de conciencia” y hasta la propia “exclusión” lo que, como lógica consecuencia, hace conexión negativa con el derecho de expresión, información, prensa, publicación y divulgación.

Aunque el derecho al honor es una cuestión igualmente subjetiva que, conforme a la pluralidad cultural admite algunos modos de objetividad, el derecho a la personalidad encuentra, por ejemplo, en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que “nadie será objeto de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales ataques”. En el mismo sentido en el artículo 5 de la Declaración Americana de Derechos Humanos se establece que “toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra y reputación”. De igual forma prescribe el inciso 1 del artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que “nadie será objeto de ataques ilegales a su honra y reputación”. Finalmente la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 11 formula que “toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”; “nadie puede ser objeto de ataque ilegales a su honra o reputación” y toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esos ataques”.

Desde el otro enfoque en la Teoría sobre los Derechos Humanos se ha considerado, por ejemplo, que los bienes de la personalidad tienen, como características fundamentales formarse o conformarse en la confluencia entre los valores y las

²⁷ Artículo 8.1. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de Noviembre de 1950.

²⁸ Artículo 9. Declaración Americana de Derechos Humanos. OEA.

²⁹ Artículo 10. Declaración Americana de Derechos Humanos. OEA.

³⁰ Artículo 11.2. Pacto de San José de Costa Rica.

³¹ Artículo 6.2 de la Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales, aprobada por el Parlamento Europeo. Resolución de 16 de Mayo de 1989.

necesidades sociales radicales. “Con relación a estas necesidades sociales que determinan los ‘bienes de la personalidad’ y que demandan una conceptualización objetiva, resulta preciso hacer referencia a la contribución de A. Heller, representante de la denominada Escuela de Budapest, quien acuña el concepto de ‘necesidades radicales’”(32).

Este distinto enfoque exige “no confundir las necesidades humanas en general con las necesidades básicas, ni confundir tampoco a éstas con los deseos, ni con las aspiraciones e intereses, ni con las exigencias ni pretensiones, ni con las razones de esas exigencias (...). A. Heller la define como “aquellas necesidades cualitativas y auténticas que sólo pueden ser satisfechas en una sociedad plenamente desalienada”.

“Son, por tanto, dato social e históricamente vinculados a la experiencias vital humana que poseen una objetividad y universalidad que hacen posible tanto su generalización, a través de la discusión racional y el consenso, como su concreción en valores”(33). Se concluye que los derechos humanos “son categorías que expresan necesidades social e históricamente compartidas y que permiten suscitar un consenso generalizado”.

En este contexto la Teoría de los Derechos Humanos, partiendo de las necesidades como objeto de los derechos humanos las clasifica atendiendo a su diferente naturaleza, en: “naturales que aspiran al mantenimiento de la propia existencia y de la integridad física; culturales, como el ocio y la educación y estructurales como la participación política, la asociación obrera” (34). Se entiende así porque miran las necesidades inspirada en valores; con carácter de objetividad y universalidad “que toma o recibe de las necesidades radicales que le sirven de base, y que, a su vez, están directamente enraizadas en los valores” y, finalmente, “constituir un elemento estructural o necesario de los derechos humanos”.

La misma Teoría sostiene que “en virtud de ese carácter prescriptivo que tienen las necesidades básicas -que nosotros ampliamos a los bienes de la personalidad- se puede afirmar que constituyen razones fuertes o argumentos en favor de una respuesta jurídico-normativa a determinadas exigencias, permitiendo a los sujetos de derecho

³² Cfr: Teoría de los Derechos Humanos. El Objeto de los Derechos Humanos. Curso Sistemáticos de Derechos Humanos. En www.iepala.es/DDHH/ddhh.

³³ Cfr: Teoría de los Derechos Humanos. El Objeto de los Derechos Humanos. Curso Sistemáticos de Derechos Humanos. En www.iepala.es/DDHH/ddhh.

³⁴ Quizá sea más clara la explicación que de los bienes humanos básicos ofrece J. Finnis. Cfr: FINNIS, John. Ley Natural y Derechos Naturales. Traducción de Cristóbal Orrego S. Editorial. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1992.

afirmar que es justo reclamar algo en favor de alguien”(35). Sin embargo, a la vez sostienen que esos bienes tienen carácter histórico.

En efecto, para la Teoría de los Derechos Humanos en estudio “no hay objetos inmutables y permanentes en los derechos humanos, sino que van surgiendo históricamente en función de dos factores fundamentales: la evolución de la realidad social -como puede ser los cambios tecnológicos en la época actual- y las nuevas formas de riesgos o peligros para los Derechos Humanos” (36). Es decir, los bienes de la personalidad deben considerar la aparición de nuevas dimensiones constitutivas de objeto de los Derechos Humanos o si queremos, de nuevos bienes de la personalidad; la aparición de nuevas concreciones o configuraciones respecto de bienes de la personalidad ya existentes; el surgimiento de nuevos Derechos Humanos a partir de esa nueva configuración de bienes de la personalidad. De hecho –se concluye- que es “la necesidad de la protección de esas nuevas dimensiones, autónomas, de los bienes de la personalidad lo que determina, al menos en parte, el surgimiento de algunos de los nuevos Derechos Humanos” (37).

3. Derechos Humanos en Situación.

Inicialmente como “bienes de la personalidad”, posteriormente como “derechos de la personalidad” algún sector de la doctrina ha clasificado los Derechos Humanos en derechos en situación, definiendo “aquel conjunto de derechos (civiles y políticos, económicos, sociales y culturales) que son considerados unitariamente en función del status o situación social que ocupa el sujeto titular del derecho, con la finalidad de su mejor reconocimiento y garantía, dado que van referidos a personas y grupos sociales que están en una situación de mayor grado de indefensión”(38).

Este mismo sector señala que se trata de los mismos derechos protegidos en los Tratados Internacionales. Sin embargo, “constituyen una superación del sujeto de los derechos humanos como ‘hombre abstracto’. Más allá de este tipo de sujeto, que está ya protegido por una serie de textos internacionales, como, por ejemplo, la Convención

³⁵ Cfr: Teoría de los Derechos Humanos. El Objeto de los Derechos Humanos. Curso Sistemáticos de Derechos Humanos. En www.iepala.es/DDHH/ddhh.

³⁶ Cfr: Teoría de los Derechos Humanos. El Objeto de los Derechos Humanos. Curso Sistemáticos de Derechos Humanos. En www.iepala.es/DDHH/ddhh.

³⁷ Cfr: Teoría de los Derechos Humanos. El Objeto de los Derechos Humanos. Curso Sistemáticos de Derechos Humanos. En www.iepala.es/DDHH/ddhh.

³⁸ Cfr: Derechos Humanos en Situación. Curso Sistemáticos de Derechos Humanos. En www.iepala.es/DDHH/ddhh. Teoría de los Derechos Humanos.

Europea de Derechos Humanos, la realidad social nos pone en presencia de categorías particulares de "hombres situados, especificados", que califican y caracterizan una situación particular y a quienes conviene proteger precisamente a través de esa situación"⁽³⁹⁾.

Dejan claro que "no constituyen una categoría especial que haga referencia a la existencia de algún nuevo derecho humano. Se trata más bien (...), de la consideración unitaria de los derechos ya existentes con la finalidad de su mejor protección", y entienden que "la defensa de los derechos humanos como 'derechos situados' no supone, aunque existe el riesgo de que así ocurra, la defensa de una concepción 'corporativa' de los mismos. Tal concepción supondría introducir nuevas formas de discriminación" ⁽⁴⁰⁾. Por eso "pretenden ser una concreción de los derechos constitucionales respecto de aquellas personas que tienen una posición social de desventaja o de marginación respecto de las demás. Se trata de proteger a la persona en la situación social concreta en que se encuentra, y a partir de esa situación social concreta" ⁽⁴¹⁾.

En efecto, ha sido el propio Derecho Internacional de los Derechos Humanos el que ha creado 'distinción' entre 'derechos humanos' y 'derechos de minorías' ⁽⁴²⁾, más propiamente, "derechos en situación". Distinción legislativa técnicamente equívoca que

³⁹ MERTENS, P.: *Egalité et droits de l'homme: De l'homme abstract à l'homme situé* en AA. VV.: *L'égalité*, Vol. IV, Travaux du Centre de Philosophie du Droit de l'Université Libre de Bruxelles, Etudes publiés sous la direction de R. Dekkers, P. Foriers y Ch. Perelman, Bruxelles, 1975, p. 275. Citado por ..

⁴⁰ Enseignement Universitaire des Droits de l'homme dans les Facultés de Droits et de Sciences Economiques. Enquête mondiale menée par l'Institut International des Droits de l'homme, Documento presentado al Congreso Internacional sobre la Enseñanza de los Derechos del Hombre, Viena, 12-16 de Septiembre de 1978, p. 11.

⁴¹ Cfr: Derechos Humanos en Situación. Curso Sistemáticos de Derechos Humanos. En www.iepala.es/DDHH/ddhh. Teoría de los Derechos Humanos.

⁴² "Clásicamente se daba por supuesta una vinculación indisoluble entre los derechos y el hombre. Ahora, no siempre se es titular de los derechos por la naturaleza sino por alguna condición concreta; no siempre se proclaman los derechos del hombre sólo por ser hombre —"como persona humana", según el art. 40 de la Constitución irlandesa—, y ni siquiera por ser ciudadano, sino por tener alguna condición particular —trabajador, mujer, anciano, madre soltera, inmigrante, de color, joven, homosexual enfermo mental— sin que ninguno de tales requerimientos añada más calidad de hombre ni de ciudadano. Ya varias magnas cartas posteriores a 1945 incorporaron tales incorrecciones en su propio tenor literal: derechos de los presos (art. 25.2 de la española), de los jóvenes y de los viejos (*cfr.* constituciones portuguesa y española), etc. Uno de los países donde más se ha tendido a proteger las diversas situaciones y circunstancias con fragmentos de derechos constitucionales (o no siempre constitucionales, a juzgar por la materia) es Canadá después de 1982 (año de su Carta de Derechos). Y las nuevas constituciones posteriores a los años noventa van más allá. El Proyecto de Constitución europea, al contemplar el derecho de los niños a ver a sus padres, da por supuesto que para disfrutarlo es necesario ser niño, hijo de un matrimonio internacional, y que éste haya fracasado. Es un ejemplo de derecho fragmentado y no constitucional por su materia". Cfr: PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos. "Naturaleza Humana y Derechos en la Carta Europea de Derechos". Conferencia en la Facultad de Derecho, Universidad Panamericana. 27 de Abril 2007.

facilita ‘situaciones’ como las aquí analizadas. Sin embargo, y hasta la fecha, esa equívoca distinción refiere la igual dignidad en razón de la igual naturaleza humana, diferenciando las ‘situaciones’ que exigen ‘decisiones’ distintas –por su urgencia, por su gravedad, por las circunstancias de la misma situación- para personas iguales. Circunstancias que perjudican la ‘humanidad’ de las personas que se encuentran en esas situaciones y, consecuentemente, requieren de ‘políticas’ distintas para hacer frente a esas ‘distintas’ situaciones” (43).

Aunque soy contrario a esa “proliferación” de visiones de los derechos humanos, ese “derecho de minorías” no ha “desnaturalizado” a la fecha los derechos y los miembros de esos grupos. Se ha limitado a “puntualizar” la situación deshumanizante en que se encuentran y, con vehemencia han vuelto a recordar los derechos que les son propios, como personas humanas. Son situaciones que no “crean” un derecho sino que “puntualizan” que un derecho humano no ha sido reconocido –y, por ende, protegido y/o garantizado-, o las “circunstancias” en que se encuentran los grupos minoritarios en las cuales ese derecho esta siendo “violado”.

Este planteamiento, con cierta rectitud de intención de los representantes de algunos países parte de la Organización de las Naciones Unidas o de sus Instituciones y/o Comisiones técnicas, no refieren una “opción” hacia un derecho “creado” sino otorgar el derecho que corresponde, por justicia; que de previo ha sido reconocido y protegido por el Derecho Internacional Público –a través de sus Tratados, Declaraciones o Convenciones de Derechos Humanos- y que, en razón de una “particular” situación deshumanizante les esta siendo negado a algún grupo de personas o algunas personas dentro de algún grupo, o han sido discriminados de esos derechos.

Porque ese derecho encuentra fundamento en la dignidad por la igual naturaleza de la persona humana, sólo en estos casos conviene hablar de “derechos de minorías” y, consecuentemente, de “discriminación”. La doctrina referida considera que “los derechos humanos en situación pueden ser clasificados en razón de dos criterios fundamentales: en razón del sujeto titular del derecho o sujeto activo, y en razón de la situación de anormalidad social o excepcionalidad en que se produce la reclamación del derecho (...)”.

“Ateniéndonos al primer criterio podemos considerar como derechos humanos en situación los siguientes:

⁴³ Cfr: HIDALGO MURILLO, José Daniel. “Derecho de Expresión y Libertad de Expresión”. Revista Ars Iuris. Facultad de Derecho, Universidad Panamericana. No. 39. México, D.F., 2008.

Derechos referidos a la persona individual: Los derechos del trabajador; los derechos de la mujer; los derechos del niño; los derechos de los ancianos; los derechos de los incapacitados físicos, psíquicos y sensoriales; los derechos de los reclusos; los derechos de los alumnos; los derechos de los soldados; los derechos de los consumidores y usuarios; los derechos de los extranjeros (...)."

"Derechos referidos a personas colectivas en cuanto sujeto titular del derecho: Los derechos de la familia y los derechos de las minorías étnicas (...)."

"Ateniéndonos al segundo criterio se pueden considerar como derechos humanos en situación los siguientes: Los derechos humanos en situaciones bélicas. Es lo que hace referencia al llamado derecho internacional humanitario en cuanto instrumento de garantía y los derechos humanos en situaciones de desastres naturales" (44).

Sin embargo, ¿cómo debemos proceder con las otras reducidas minorías que "autodiscriminándose" exigen no ser "discriminadas" de esa "autodiscriminación" y que, a la vez, exigen que se les reconozca el derecho a autodiscriminarse?

4. Derechos Humanos de Situación.

Otro sector –no estrictamente de la doctrina- se ha aprovechado del concepto de Derechos Humanos "*en*" situación para "crear" derechos humanos "*de*" situación. Su fundamento parece ser que si alguien se coloca en una situación "discriminada", -aunque por propia voluntad-, esa situación los coloca ante un derecho en situación y, consecuentemente, ese "derecho" debe serle protegido, no sólo como derecho en sí, sino como libertad de optar por ese derecho.

Para lograr estos "derechos" –mas propiamente perspectivas ideológicas de interpretación-, estas personas vienen luchando por conseguir el "reconocimiento" y "positivización" a nivel nacional (45) e internacional (46). Con se objetivo procuran

⁴⁴ Cfr: Derechos Humanos en Situación. Curso Sistemáticos de Derechos Humanos. En www.iepala.es/DDHH/ddhh. Teoría de los Derechos Humanos.

⁴⁵ La Cámara de Diputados brasileña aprobó un proyecto de Ley que transforma en "delito" discriminar homosexuales, travestis o cualquier persona a causa de su opción sexual. Homosexuales, bisexuales y travestis tienen derecho a cualquier empleo, entrar a cualquier local y quien los discrimine por su orientación sexual se expone a pasar hasta cinco años en la cárcel, de acuerdo con un nuevo proyecto de ley. Cfr: Brasil. Aprobado proyecto de Ley: la discriminación por orientación sexual será delito. Viernes, Noviembre 24th, 2006 by [maria pia duran](http://maria.pia.duran). Miami.com.

⁴⁶ "El castigo de cárcel, de dos a cinco años, también podrá ser aplicado a quien prohíba, por discriminación sexual que ciudadanos se besen o se abracen en locales públicos y privados. "Siempre quisimos que se equiparara la homofobia al racismo", dijo Betto de Jesús, director administrativo de la Asociación Brasileña de Gays, uno de los movimientos de defensa de los derechos homosexuales en el país. Cfr: Brasil. Aprobado proyecto de Ley: la discriminación por orientación sexual será delito. Viernes, Noviembre 24th, 2006 by [maria pia duran](http://maria.pia.duran). Miami.com.

ingresar por las puertas que ha abierto, con tantas distinciones, el Derecho Internacional, y por las rendijas que ha permitido las Naciones Unidas para interpretarlos, -después de cincuenta años de reconocimiento y protección de Derechos Humanos-, con una nueva “música de fondo”, compuesta por una orquesta de instrumentos distintos, facilitando nuevas “perspectivas”, complicadas “interpretaciones”, extrañísimas “justificaciones” de gastos, conferencias, proyectos y viajes, que se financian con el presupuesto que esa Organización tiene para la protección de los Derechos Humanos.

En efecto, cuando estudiamos las distintas Conferencias Mundiales sobre distintos temas podemos detectar que, bajo el “amparo” de los derechos humanos, en algunas se ha lanzado una “cascarilla” de banana con la clara intención de permitir que alguno se resbale y caiga. Se procura esto a través de conceptos “ambiguos” que, de inicio procuran “evitar” la discriminación, el racismo, la xenofobia, etc. Sin embargo, han preparado la “mezcla” necesaria para confundir y, permitir luego, esa “proliferación” de “derechos” –más exactamente, interpretaciones de los derechos-hacia minorías “distintas”.

Tal parece que el “derecho” Internacional de los Derechos Humanos se ha extralimitado. Esta realidad resulta “un ‘equivoco’ que ha nacido, en particular, de las Asambleas o Reuniones Internacionales que procuran Tratados –Declaraciones y/o Convenciones- de Derechos Humanos. De ninguna de ellas ha salido un Tratado o Declaración, aún cuando se haya manipulado las distintas “conferencias” para lograrlo. De hecho, cualquier nuevo “tratado” o “declaración” vendría a contradecir los Derechos Humanos ya promulgados. Sin embargo, en éstas Conferencias la “interpretación” del derecho ya no encuentra fundamento en la igual naturaleza de la persona humana que ha facilitado el consenso entre los distintos países o Estados Parte, sino de las situaciones.

La influencia, especialmente de algunas ONG’s Internacionales, ha permitido que los representantes estatales, so capa de las distintas minorías, tengan que analizar si las distintas “situaciones” del comportamiento humano –sea este moral, inmoral o amoral- deba ser considerado o no como Derecho ⁽⁴⁷⁾. Entonces, despojándose de la

⁴⁷ España aprobó el 30 de junio de 2005 una reforma al Código Civil que permite a las personas homosexuales casarse y adoptar criaturas. Esta medida es consecuencia del proceso, tanto jurídico como simbólico, que se ha ido desarrollando en la Unión Europea y que, poco a poco, le ha otorgado a la homosexualidad el mismo estatuto legal que a la heterosexualidad. En los últimos veinticinco años, la presencia cada vez más visible de lesbianas, gays y transexuales, con sus reivindicaciones de igualdad ciudadana, impulsó un debate jurídico sobre la discriminación que las leyes vigentes ejercían según la orientación sexual de las personas. “Orientación sexual, familia y democracia”. Por Marta Lamas. Ciudad de México, 17 de julio del 2005.

antropología ⁽⁴⁸⁾ y, consecuentemente, de aquella visión que relaciona los derechos humanos con la igual naturaleza de la persona humana para comprender, con fundamento en esa naturaleza, el por qué los derechos son inalienables, imprescriptibles, innatos, luego se centró en las “situaciones” sociales, políticas, económicas, ideológicas, más propiamente, de “conveniencia” ético social o moral, para, sobre ellas, procurar “producir” “derechos humanos”. Con ese objetivo han logrado “introducir” en los textos, para luego “manipular” y finalmente “extender”, como una nueva “situación” que igualmente “debe” producir derechos, la “perspectiva de género”⁽⁴⁹⁾.

Tal parece que el slogan a utilizar es “*póngase en situación y te otorgaré el derecho*”. Slogan que se ve “facilitado” por otros ya preconstituidos a través de vocablos especialmente “agresivos”: racismo, xenofobia, clasismo, discriminación. El problema es que se trata de construir un “derecho” haciéndolo “nacer” de las distintas “situaciones” de hecho, no reales, sino inventadas, prefabricadas por grupos que pretenden “socializar” con la propia “intimidad”, de la que ya han perdido hasta el “pudor”⁽⁵⁰⁾. El hábito bueno que se repite y se lucha por repetir conlleva a la virtud. El

⁴⁸ “(...) Esto es lo que nos diferencia de la cultura hetero –dice Kim Pérez-. Esta está basada en el axioma de que “el hombre es un animal racional”. ¡Qué disparate! El ser humano es un animal pasional, sentimental, como todos los otros, con una razón que se limita a intentar poner orden en nuestras pasiones, infinitables, a procurar averiguar a dónde quieren llevarnos, con sus inmensas fuerzas incomprensibles y a inventar, de paso, los interruptores de la luz. Nosotros sabemos esto muy bien. Los heteros, por su cultura dominante, no”. Cfr: “Racionalidad y Gaylesbitransidad”. 12 Marzo, 2002. Kim Pérez es escritora y Presidenta de la Asociación Identidad de Género. “Es esencial entender –dice Marta Lamas- que mujeres y hombres no son un reflejo de una realidad “natural” sino que son un producto de una realidad “construida”. En ese sentido los seres humanos son el resultado de una síntesis en la que participan un proceso biológico, una estructuración psíquica, una producción cultural y un momento histórico. Cfr: “Orientación sexual, familia y democracia”. Por Marta Lamas. Ciudad de México, 17 de julio del 2005.

⁴⁹ La Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. El Cairo, 1994. Esta conferencia “sufrió” una serie de explicaciones de algunos países que procuran aclarar conceptos de “género” “salud sexual”, “salud reproductiva”, etc., de modo que se determine, con claridad, sus alcances. En el Período Extraordinario de Sesiones, Sesión XXI, del 1 de Julio de 1999, tema 8 sobre Examen y Evaluación de la Ejecución del Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo se recuerda la frase perspectiva de género en cuatro ocasiones, con clara intención de “promover” entre los países ese concepto. En el Período Extraordinario de Sesión XXIV del 15 de Diciembre del 2000, Tema 9, se utiliza “perspectiva de género” en tres ocasiones y se insta como necesario para el “desarrollo social”. En la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social. Copenhague, 1995 se introduce la palabra “género” una sola vez. En la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. Beijing, 1995, se introduce el concepto de “perspectiva de género en 43 ocasiones. Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat II). Estambul. 1996. Cumbre Mundial sobre la Alimentación, Roma, 1996. Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Programa de Acción, aprobada el 8 de septiembre de 2001 en Durban, Sudáfrica, U.N. Doc. A/CONF.189/5 (2001), se insta a la “perspectiva de género” en tres ocasiones. El concepto se utiliza concomitantemente con los iguales de “salud sexual y reproductiva” y “planificación sexual” como sinónimo de “salud sexual”.

⁵⁰ Para Michel Bozon (...) “ las principales características de un nuevo régimen normativo de la sexualidad” exige “descartar la idea muy difundida de una gran ‘revolución sexual’ que habría liberado a

malo al vicio. Sin embargo, en esta “plataforma” tendríamos que discutir, de nuevo, que es lo bueno y que es lo malo para defender, lógicamente, la conveniencia de, por ejemplo, el pudor, al que me he referido.

Entonces, cuando el bien común exige reconocer y proteger en la persona sus derechos, el bien particular –entendido ahora como individualismo, relativismo moral o ético-social⁽⁵¹⁾ o egoísmo jurídico⁽⁵²⁾- obligan a optar por el derecho que se quiere, para legislar, luego, por el derecho que les conviene. El absurdo de explicar los “derechos de libertad” requiere, ahora justificar los “derechos de libertad de opción” de los “derechos” producidos⁽⁵³⁾. Más propiamente, “libertades” de optar por “derechos”⁽⁵⁴⁾.

No se trata de un planteamiento fácil de dilucidar. El razonamiento jurídico se procura a través de la lógica, la interpretación del derecho y la argumentación. Sin embargo, actualmente se procura introducir un cuarto componente: la perspectiva, es decir, discutir, de previo, la naturaleza fundamento del derecho mismo. Cuando los pensadores del Derecho Natural han logrado comprender –y convencer- el lógico “matrimonio” entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo; el contenido moral del derecho con fundamento en el ley natural; el fundamento del derecho en la igualdad de naturaleza humana y, por ende, la dignidad de la persona como fuente protectora de sus

la sexualidad y a los individuos de la represión, del silencio, de los constreñimientos y de las normas anteriores". En su lugar (...) propone otra interpretación (...) "es que habríamos transitado de una sexualidad construida a través de controles y de disciplinas externas a los individuos a una organizada por disciplinas internas. Normas y exigencias sociales no desaparecen, son individualizadas. La sociedad se instala en nuestras cabezas". “Los nuevos significados de la práctica sexual” Entrevista con Michel Bozon. Por Alejandro Brito. En <http://www.notiese.org/opinion.shtml?cmd%5B55%5D=x-55-c3941057c2bb56c2afc3b204c38be280>.

⁵¹ Para Jürgen Habermas, por ejemplo, “en la sociedad actual encontramos un pluralismo de proyectos de vida y de concepciones del bien humano. Este hecho nos plantea la siguiente alternativa: o se renuncia a la pretensión clásica de pronunciar juicios de valor sobre las diversas formas de vida que la experiencia nos ofrece; o bien se ha de renunciar a defender el ideal de la tolerancia, para el cual cada concepción de la vida vale tanto como cualquier otra o, por lo menos, tiene el mismo derecho a existir. (Cfr: HABERMAS, J. *Aclaraciones a la Ética del Discurso*. Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 93-94.

⁵² “La falta de sensibilidad hacia la verdad y hacia las cuestiones relativas al sentido del vivir lleva consigo la deformación, cuando no la corrupción, de la experiencia de la libertad” (Cfr: RODRIGUEZ LUÑO, Ángel. “Relativismo, Verdad y Fe”. En *Romana*, Enero-Junio 2006. pp. 157.

⁵³ Si por un lado el hombre sólo alcanza a desarrollar su humanidad en sociedad, por otro, la sociedad sólo es realmente humana cuando respeta la naturaleza del hombre, es decir, cuando encuentra en la naturaleza del hombre su pauta de desarrollo. Pues el auténtico desarrollo humano supone el respeto –nunca la anulación- de una naturaleza que no ha sido otorgada por la sociedad” GONZALEZ, Ana Marta. “La Naturaleza y lo Natural como Límite al Poder”. *Revista Nuestro Tiempo*. Mayo 2005.

⁵⁴ “Se trata de un problema de supervivencia de la libertad, y, precisamente para defenderla, tenemos que encontrar el camino para volver a la intuición aristotélica de algunas verdades y valores de fondo de la existencia humana por sí evidentes, intocables” No se trata de la cuestión de disfrutar de más o menos libertades formales, se trata de la misma supervivencia de la libertad. La cual “sin fundamentos morales” se hace anárquica, y la anarquía conduce al totalitarismo, es más, es ya una manifestación del espíritu totalitario. Cfr: RATZINGER, Joseph. *Una Mirada a Europa*. Editorial Rialp, 1993.

derechos humanos; consecuentemente, el derecho de las minorías y el respeto por parte de las mayorías, “otros” se han dedicado a sustentar, con argumentos falaces, el contenido de “derecho” y, por ende, la necesaria protección de ese “derecho” que “surge” no en razón de la dignidad de la persona en su igual naturaleza humana, sino en la creación de una “desigual” naturaleza humana y por ende, una distinta “dignidad”. Es lo que he denominado los “derechos de situación” (⁵⁵).

Por el momento los representantes estatales han permitido introducir en algunos documentos políticos –no jurídicos- internacionales, “únicamente” el concepto de “perspectiva de género” (⁵⁶), sin aceptar aún sus alcances “ideológicos” y sus respectivos adjetivos (⁵⁷). Las “ideologías que están detrás de este objetivo parten, claro está, de un concepto equívoco de la libertad por el cual “todo lo que ‘quiero’ es derecho” y, consecuentemente, soy “libre” de optar por un “derecho” distinto, que previamente he “construido” colocándome en esa “situación” que ahora hago “derecho” y que los demás “deben” reconocerla, protegerla y respetarla. La situación “de” se convierte en situación “en” con sólo dejar pasar el tiempo y se consolida “como realidad” la propia situación. De ese modo, la “situación” deviene en derechos de “minoría” (⁵⁸).

El problema principal de este “nuevo enfoque”, además de la orquestación de la ignorancia, es la palabra “distinto” porque objetivamente –no así en la realidad natural de la persona- lo distinto discrimina. No es un problema de distinción –pluralidad- desde la igualdad, de la que participamos todos, siendo un hecho de la realidad que todos somos distintos, sino, de una distinción que hacen negando la igualdad de naturaleza. Claro está que el que “distingue” discrimina y, desde la dignidad de la

⁵⁵ Cfr: HIDALGO MURILLO, José Daniel.

⁵⁶ “(...) Los Estados tienen el deber de proteger y promover los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las víctimas, y que deberían aplicar una perspectiva de género que reconozca las múltiples formas de discriminación que pueden afectar a las mujeres, y que el disfrute de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales es indispensable para el desarrollo de las sociedades en todo el mundo (...) Nota: A los efectos de la presente Declaración y del Programa de Acción, queda entendido que el término género se refiere a ambos sexos, varón y mujer, en el contexto de la sociedad. El término "género" no indica ningún otro significado distinto del expuesto. Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia. Declaración.

⁵⁷ Es prueba de ello, las reservas que, por ejemplo, se han hecho en las distintas Conferencias sobre los Derechos de la Mujer, especialmente en la Cuarta Conferencia realizada en Beijing.

⁵⁸ En la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia la frase “perspectiva de género” se utiliza en tres ocasiones. Así en el punto 50 Insta a los Estados a que incorporen una perspectiva de género en todos los programas de acción; en el punto 59 Insta a los Estados a que incorporen una perspectiva de género en la formulación y preparación de medidas de prevención, educación y protección y en el punto 90 establece que la (...) investigaciones cuantitativas y cualitativas en que se incorpore una perspectiva de género”. Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Programa de Acción, aprobada el 8 de septiembre de 2001 en Durban, Sudáfrica, U.N. Doc. A/CONF.189/5 (2001).

persona humana por su igual naturaleza racional y libre, no tenemos “derecho” a hacer discriminación por ningún motivo. Esa “no discriminación” esta implícita en los tratados de derechos humanos. La disyuntiva en estudio es que, el que se auto “distingue”, lo hace desde “lo humano” de los derechos y, consecuentemente se auto discrimina. Aún así exige “derechos” tendientes a “proteger” esa “autodiscriminación”⁽⁵⁹⁾, más propiamente, esa “naturaleza” distinta. Más grave aún, las Conferencias Mundiales les vienen otorgando crédito a su concepto de derechos humanos conforme a esa distinta y discriminadora “interpretación” de sus “derechos”.

Aquellos que quieren “optar” por un derecho que los autodiscrimina, exigen igualmente derechos y libertades de expresión –con todos sus adjetivos- sobre esos “derechos” autodiscriminadores. Consecuentemente consideran que quien opine, piense, crea⁽⁶⁰⁾, eduque⁽⁶¹⁾ o se exprese de modo distinto los discriminan y, por ende, violan su perspectiva, consecuentemente sus derechos de opción y, con él, el de trabajo digno⁽⁶²⁾, de matrimonio, de familia, de adopción, etc. No podemos negar que han empezado por el de expresión, más propiamente, por el exhibicionismo de sus “perspectivas”. Los adjetivos “homofóbico” y “discriminación” son términos comunes

⁵⁹ 1. Todos los seres humanos pertenecen a la misma especie y tienen el mismo origen. Nacen iguales en dignidad y derechos y todos forman parte integrante de la humanidad. 2. Todos los individuos y los grupos tienen derecho a ser diferentes, a considerarse y ser considerados como tales. Sin embargo, la diversidad de las formas de vida y el derecho a la diferencia no pueden en ningún caso servir de pretexto a los prejuicios raciales; no pueden legitimar ni en derecho ni de hecho ninguna práctica discriminatoria, ni fundar la política de *apartheid* que constituye la forma extrema del racismo. 3. La identidad de origen no afecta en modo alguno la facultad que tienen los seres humanos de vivir diferentemente, ni las diferencias fundadas en la diversidad de las culturas, del medio ambiente y de la historia, ni el derecho de conservar la identidad cultural. 4. Todos los pueblos del mundo están dotados de las mismas facultades que les permiten alcanzar la plenitud del desarrollo intelectual, técnico, social, económico, cultural y político. 5. Las diferencias entre las realizaciones de los diferentes pueblos se explican enteramente por factores geográficos, históricos, políticos, económicos, sociales y culturales. Estas diferencias no pueden en ningún caso servir de pretexto a cualquier clasificación jerarquizada de las naciones y los pueblos. Artículo 1. Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales, E/CN.4/Sub.2/1982/2/Add.1, annex V (1982).

⁶⁰ “Se entiende por ‘intolerancia y discriminación basadas en la religión o las convicciones’ toda distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en la religión o en las convicciones y cuyo fin o efecto sea la abolición o el menoscabo del reconocimiento, el goce o el ejercicio en pie de igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales”. Artículo 2. Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones. Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981 (resolución 36/55)

⁶¹ En la Convención relativa a la lucha contra las discriminación en la esfera de la enseñanza “se entiende por ‘discriminación’ toda distinción, exclusión, limitación o preferencia fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza (...). Artículo 1. Convención relativa a la lucha contra las discriminación en la esfera de la enseñanza, 429 U.N.T.S. 93, *entrada en vigor* 22 de mayo de 1962.

⁶² “Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación”. Art. 1, 2. Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) (ILO No. 111), 362 U.N.T.S., *entrada en vigor* 15 de junio de 1960.

a estas minorías que requiere ahora –según sus propios criterios- la protección internacional de sus exclusivos derechos de opción o de perspectiva con la finalidad –igualmente internacional- de no ser discriminados de su auto discriminación.

5. Problemas jurídicos respecto a la perspectiva de género (⁶³).

a. ¿Qué se entiende por "perspectiva de género"?

Desde la perspectiva de género se procura un criterio de análisis de la realidad social y política que se consolida a finales del Siglo XX y procura imperar al dar inicio el Siglo XXI. Se trata de una ideología de contornos difusos y ambiguos. Supone una interpretación antropológica que considera que lo femenino y lo masculino son dimensiones de origen cultural en el ser humano, quitando toda relevancia al dato biológico. De esta forma, la perspectiva de género sería una clave de interpretación de la sociedad que pretende discernir y denunciar los condicionamientos culturales que oprimen a la mujer y a su vez, que promueve iniciativas para liberar a la mujer de esos condicionamientos.

b. ¿Cuáles son las raíces de la "perspectiva de género"?

Visión dialéctica que sostiene que la historia y la sociedad avanzan por la superación de los contrarios. En la actual perspectiva de género, los que se contraponen son: la relación hombre-mujer, la relación naturaleza-cultura, la relación sexo-género.

Un contexto de "revolución cultural" que supone el desprestigio de la tradición, la "decadencia" de la razón, que ha perdido su vinculación con la verdad y ha supuesto el apogeo de la voluntad y la afectividad y la rebelión contra el orden social.

El marco de la globalización que tiende a generar una cultura dominante y homogeneizante. En particular, en numerosas Conferencias Internacionales el feminismo de género sostuvo la necesidad de trasladar el centro de la atención de la mujer al concepto de género, reconociendo que toda la estructura de la sociedad, y todas las relaciones entre los hombres y las mujeres en el interior de esa estructura, tenían que ser reevaluadas.

⁶³ En este apartado copio una síntesis publicada en http://www.movimientofundar.org/servicios_sevi_mujer_genero.htm, relacionado con el encuentro "Perspectiva de Género: raíces y consecuencias" celebrado en Buenos Aires el jueves 4 de noviembre de 2004 organizado por el Programa de Evangelización de la Cultura y el Instituto de Bioética. Elaborado por SEVI.

c. ¿Qué alcances tiene la "perspectiva de género"?

Para esta perspectiva el progreso de la mujer requeriría que se libere a toda la sociedad de las 'construcciones sociales' que puedan significar opresión de la mujer, de modo que el hombre y la mujer sean iguales. Así, la perspectiva de género abarca diversas acciones entre las que podemos mencionar:

Distribución de métodos anticonceptivos en el marco de las políticas de salud reproductiva.

Campañas para garantizar a las mujeres el acceso a un "aborto legal y seguro, sin restricciones".

Legalización de la "esterilización" como método anticonceptivo.

Actividades de capacitación y difusión de la perspectiva de género, incluyendo campañas en los medios masivos de comunicación social.

Acciones enfocadas a grupos considerados de riesgo, entre los que se destacan las personas menores de edad, sin garantizar la intervención de la familia.

Inclusión del "cupos de género" en los distintos niveles de organización social y política.

Legalización de la unión de personas del mismo sexo con pretensión de que sea equiparada al matrimonio y con posibilidad de adopción.

En materia educativa estrategias de intervención en los textos escolares en orden a la eliminación de todas las visiones estereotipadas sobre hombre y mujer.

Transversalidad: Se promueve la integración de las cuestiones de género en la totalidad de los programas sociales, de tal modo que sea esta perspectiva el criterio de análisis y de diseño de las políticas públicas.

d. ¿Cuáles son las consecuencias de la "perspectiva de género"?

d.1. Cambio de eje: de la mujer al género: La lógica asumida por la "perspectiva de género", en tanto supone dar primacía a las dimensiones culturales de lo femenino y lo masculino, ha terminado por mutar el eje de las políticas públicas vinculadas con la mujer. En lugar de dedicar tiempo y esfuerzo en el diseño de políticas que apunten al corazón de las situaciones que las mujeres más están sufriendo, las políticas públicas y sus elaboradores se distraen en consideración de temas que poco importan a la mujer y que resultan extraños a los intereses genuinos de ella. Por ejemplo, en lugar de "cupos femenino" se habla ahora de "cupos de género".

d.2. Difusión de comportamientos contrarios a la vida y a la familia: En el marco de las políticas públicas con perspectiva de género se promueve la distribución de anticonceptivos, inclusive abortivos, la despenalización y legalización del aborto y la esterilización. Se trata de conductas contrarias a la vida y la familia que importan, también, violaciones a derechos humanos fundamentales, como es el caso del derecho a la vida.

d.3. Introducción de dinamismos de conflicto en la sociedad: En lugar de ver a la mujer en el marco amplio de la familia y la sociedad, se acentúan las diferencias y se confrontan sus derechos con los del hombre, en una contraposición desconfiada y a la defensiva.

d.4. Funcionalidad a intereses estratégicos internacionales: La perspectiva de género se financian en su gran mayoría con créditos externos de organismos internacionales que promueven políticas de control poblacional que son presentadas bajo apariencia de protección de los derechos de la mujer y su salud reproductiva y que, sin embargo, avanzan sobre intereses estratégicos de los países y causan el envejecimiento poblacional.

d.5. Daño en la identidad del niño: La introducción de la "perspectiva de género" en materia educativa supone, ante todo, una indebida intromisión del Estado en una materia que es propia de la familia. Por otra parte, se está asumiendo como correcta una visión del ser humano que prescinde de los datos biológicos y que por tanto, no se ajusta a la verdad. Tal antropología no es inocua sino que puede producir graves daños en la identidad de los niños y los jóvenes.

6. La “perspectiva” o la “opción” de “género” como fundamento de los Derechos Humanos.

Del estudio de todos y cada, uno de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos se concluye, que la “libertad de opción” desde la “perspectiva de género” de las “nuevas” minorías que exigen protección de los “derechos de situación” que han creado, no puede ser protegido internacionalmente, entre otras razones porque

contradican los principios de “dignidad”⁽⁶⁴⁾ de la persona humana; “igualdad”⁽⁶⁵⁾ de naturaleza humana y, los mismos conceptos de discriminación⁽⁶⁶⁾, racismo⁽⁶⁷⁾, tolerancia⁽⁶⁸⁾, minorías⁽⁶⁹⁾, etc. De hecho, son contrarios, también, a los conceptos de matrimonio⁽⁷⁰⁾; familia⁽⁷¹⁾, varón; mujer⁽⁷²⁾, hombre y humano contenidos en algunos de estos Tratados Internacionales.

A pesar de las excepciones apuntadas respecto al uso del concepto “minorías” en alguna “legislación” internacional, la “perspectiva de género” no puede ser, nunca,

⁶⁴ Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros. El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad. Los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Preámbulo. OAS Res. XXX, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana (1948). “La libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. Declaración Universal de Derechos Humanos. Preámbulo. ONU, 1948. “La libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables” Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Preámbulo. ONU, 1966.

⁶⁵ “Los Propósitos de las Naciones Unidas son: 3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”. Artículo 1. Cartas de las Naciones Unidas. “El genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad”. Art. 1. Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, UNESCO, aprobada 11 de noviembre de 1997.

⁶⁶ “La expresión ‘discriminación racial’ denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública. Artículo 1.1. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 660 U.N.T.S. 195, *entrada en vigor* 4 de enero de 1969.

⁶⁷ Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación”. Artículo 4. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 660 U.N.T.S. 195, *entrada en vigor* 4 de enero de 1969.

⁶⁸ 1.1 La tolerancia consiste en el respeto, la aceptación y el aprecio de la rica diversidad de las culturas de nuestro mundo, de nuestras formas de expresión y medios de ser humanos. La fomentan el conocimiento, la actitud de apertura, la comunicación y la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. La tolerancia consiste en la armonía en la diferencia. No sólo es un deber moral, sino además una exigencia política y jurídica. La tolerancia, la virtud que hace posible la paz, contribuye a sustituir la cultura de guerra por la cultura de paz. 1.2 Tolerancia no es lo mismo que concesión, condescendencia o indulgencia. Ante todo, la tolerancia es una actitud activa de reconocimiento de los derechos humanos universales y las libertades fundamentales de los demás. En ningún caso puede utilizarse para justificar el quebrantamiento de estos valores fundamentales. La tolerancia han de practicarla los individuos, los grupos y los Estados. (...) 1.4 Conforme al respeto de los derechos humanos, practicar la tolerancia no significa tolerar la injusticia social ni renunciar a las convicciones personales o atemperarlas. Significa que toda persona es libre de adherirse a sus propias convicciones y acepta que los demás se adhieran a las suyas. Significa aceptar el hecho de que los seres humanos, naturalmente caracterizados por la diversidad

fundamento, menos aún premisa normativa y/o fáctica, y/o fuente de interpretación, de los derechos humanos⁽⁷³⁾. Aunque desde el razonamiento jurídico ha sido utilizada como argumento, más deviene en falacia. De hecho, la “perspectiva de género” contradice el fundamento mismo de los derechos que han sido reconocidos y protegidos hasta hoy en los distintos Tratados.

Aún así, vamos a encontrar que en las Conferencias Mundiales las “perspectivistas” han “dominado” el lobby influyendo en representantes estatales que

de su aspecto, su situación, su forma de expresarse, su comportamiento y sus valores, tienen derecho a vivir en paz y a ser como son. También significa que uno no ha de imponer sus opiniones a los demás. Declaración de Principios sobre la Tolerancia. ONU. París. XXVIII reunión de la Conferencia General. 16 de noviembre de 1995.

⁶⁹ 1. Las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas (en lo sucesivo denominadas personas pertenecientes a minorías) tendrán derecho a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión, y a utilizar su propio idioma, en privado y en público, libremente y sin injerencia ni discriminación de ningún tipo. 2. Las personas pertenecientes a minorías tendrán el derecho de participar efectivamente en la vida cultural, religiosa, social, económica y pública. 3. Las personas pertenecientes a minorías tendrán el derecho de participar efectivamente en las decisiones que se adopten a nivel nacional y, cuando proceda, a nivel regional respecto de la minoría a la que pertenezcan o de las regiones en que vivan, de toda manera que no sea incompatible con la legislación nacional. 4. Las personas pertenecientes a minorías tendrán el derecho de establecer y mantener sus propias asociaciones. 5. Las personas pertenecientes a minorías tendrán derecho a establecer y mantener, sin discriminación de ninguno tipo, contactos libres y pacíficos con otros miembros de su grupo y con personas pertenecientes a otras minorías, así como contactos transfronterizos con ciudadanos de otros Estados con los que estén relacionados por vínculos nacionales o étnicos, religiosos o lingüísticos. Artículo 2. Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, A.G. res. 47/135, annex, 47 U.N. GAOR Supp. (No. 49) p. 210, ONU Doc. A/47/49 (1993).

⁷⁰ 1) Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2) Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. Artículo 16. Declaración Universal de Derechos Humanos.

⁷¹ “(...) Ciertas costumbres, antiguas leyes y prácticas referentes al matrimonio y a la familia son incompatibles con los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de Derechos Humanos” Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 843 (IX), de 17 de diciembre de 1954.

⁷² “(...) La violencia contra la mujer constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre (...)”. ONU. Preámbulo. Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer. Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993.

⁷³ Para Marta Lamas “Aunque la riqueza de la investigación, reflexión y debate alrededor del género conduce ineluctablemente a desenzimar la idea de mujer y de hombre, con todas las consecuencias epistemológicas que eso implica, la urgencia, en términos de sufrimiento humano, ubica la prioridad política feminista en el sexismo y la homofobia. Enfrentar esos productos nefastos del género, consecuencia de los procesos culturales mediante los cuales las personas nos convertimos en hombres y mujeres dentro de un esquema que postula la complementariedad de los sexos y la normatividad de la heterosexualidad, es el objetivo compartido de los distintos feminismos”. Esto implica –comenta Jorge Scala– que “según las feministas, no existiría la naturaleza humana, ni los sexos serían complementarios, ni la heterosexualidad sería la norma natural de la conducta humana; porque cada persona construiría culturalmente su propia ‘opción sexual’, a la que identifican como la opción vital fundamental. La ‘homofobia’ sería el rechazo de la aceptación de la igualdad e identidad entre varones y mujeres; se debe

viajan por turismo, sin leer documentos, introduciendo palabras, exigencias, cuestionamientos, que invitan a la “opción” y, con ella, al aborto, las uniones de convivencia, los medios anticonceptivos y, cuanta “forma” corporal se pueda introducir en las conclusiones. Divide y vencerás es el slogan de trabajo. Entre más se pueda dividir, entre más preocupación nos ocupe los derechos de minorías, más aún, “lograr” –tal como se lo han propuesto cuando “procuran” protegerlas- que las minorías sigan siendo minorías, es más posible introducir, entonces, los “derechos” desde la “perspectiva”.

Entonces, como se puede ir leyendo, la “perspectiva de género” crea una “discriminación” que, de ser acogida por el Derecho Internacional –o por el derecho de los países, en sus respectivas legislaciones- deviene en contradictoria con las instituciones jurídicas y los derechos hasta la fecha tutelados⁽⁷⁴⁾. De hecho, la “perspectiva de género” es un tipo de fobia, porque, mientras el derecho de minorías refiere personas o grupos en situación de desventaja, por la precisa razón de tratarse de personas humanas, las “minorías” que se “producen” desde una “perspectiva de género” resultan “normalifóbicas” porque desprecian toda categoría de normalidad colocándose en situación “humano fóbica”.

Desde esta “perspectiva” los derechos no son humanos –englobando la especie humana- sino “de género” –reduciendo el género femenino y el masculino⁽⁷⁵⁾ en

tomar la raíz latina ‘homo’, que significa igual y, por tanto, la ‘homofobia’ es el odio de la igualdad, entendida no como igualdad de derechos, sino como uniformidad total entre ambos sexos”. SCALA, Jorge. *Género y Derechos Humanos*. Editorial Promesa. Página 27.

⁷⁴ “Si los homosexuales mantuvieran sus tendencias íntimas en el estricto ámbito privado –como la gran mayoría de los heterosexuales- no serían objeto de discriminación. No creo que el derecho a satisfacer el deseo sexual propio deba ser algo en que se meta el Estado (...) Sin embargo, en Suecia se acaba de aprobar una ley que prohíbe la discriminación de los homosexuales en la vida laboral. Al mismo tiempo se ha creado un “ombudsman” –defensor del pueblo- especial para los homosexuales, con el cometido de impulsar la aplicación de la ley y con facultades para llevar cualquier caso contencioso ante el Tribunal del Trabajo. Para el cargo de Homo Ombudsman se ha nombrado a un conocido jurista homosexual, directivo de la asociación por la Igualdad de Derechos Sexuales (...) Es paradójico que, mientras se dice que los homosexuales son tan normales como los demás, se tienda a hacer leyes específicas para ellos, lo cual es otra forma de “discriminarlos”, es decir, de darles un trato especial. Ciertamente, es de justicia evitar la discriminación en el trabajo por motivos extra-laborales. Pero eso vale para los homosexuales y para cualquier otra persona. Si se trata de evitar cualquier discriminación por “orientación sexual”, habría que crear un “ombudsman” también para los adúlteros, que es una orientación sexual como cualquier otra. Y si se trata de crear una protección especial contra los más expuestos a sufrir discriminación laboral, ¿por qué no crear también defensores especiales para los inmigrantes, para los trabajadores mayores expuestos a la prejubilación, para las mujeres? Ya se trate de rescribir el pasado o de condicionar las opiniones del futuro, en este tipo de acciones asoma la intolerancia de las nuevas “ligas de decencia”, que intentan imponer su propia ortodoxia...” INDALECIO BARRAZA, Javier. “La Defensoría contra la Discriminación a la inclinación sexual”.

⁷⁵ Referida a las Escuelas, la Convención relativa a la lucha contra las discriminación en la esfera de la enseñanza considera que no son constitutivas de discriminación “a) La creación o el mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para los alumnos de sexo masculino y para los de sexo femenino, siempre que esos sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes de acceso

diversidad de variables posibles según se acomode al gusto y la situación-, no protegen las facultades espirituales de la persona sino, especialmente las corporales y sensitivas y, consecuentemente, todo puede –y debe- admitirse, porque lo que interesa es la “perspectiva” no la verdad, ni la realidad y menos, la igualdad de naturaleza humana⁽⁷⁶⁾. Por eso, el enfoque final será un “derecho” contra la vida misma, contra la misma naturaleza, contra la propia condición biológica, contra la realidad espiritual del hombre que “reprime” y “discrimina” ⁽⁷⁷⁾.

Pienso que el reto del Derecho Internacional es, ahora más que nunca, ahondar en los conceptos y derechos protegidos en los Tratados de Derechos Humanos, para profundizar sobre la persona humana, y evitar la “creación” de nuevas Declaraciones y Convenciones. Caso contrario el Derecho Internacional Público y las Instituciones de Derecho Internacional irán perdiendo credibilidad por “jugar” con los conceptos en esa constante “creación” conceptual y legislativa que les caracteriza.

Es una realidad evidente que el todo contiene la parte. Conviene entonces darle contenido de dignidad al derecho que ha sido reconocido y protegido con fundamento en la igual naturaleza racional de la persona humana, en lugar de “crear” derechos “chiquititos” que contemple los “derechos” de los que quieren justificar “su” conciencia y “su” moral, a través del reconocimiento de sus “derechos de situación”⁽⁷⁸⁾.

a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente calificado, así como de locales escolares y de un equipo de igual calidad y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes”. Artículo 2. Convención relativa a la lucha contra las discriminación en la esfera de la enseñanza, 429 U.N.T.S. 93, *entrada en vigor* 22 de mayo de 1962.

⁷⁶ Cfr: SCALA, Jorge. *Género y Derechos Humanos*. Editorial Promesa, Tercera Edición. San José, Costa Rica, 2005. “(...) Los Estados tienen el deber de proteger y promover los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las víctimas, y que deberían aplicar una perspectiva de género que reconozca las múltiples formas de discriminación que pueden afectar a las mujeres, y que el disfrute de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales es indispensable para el desarrollo de las sociedades en todo el mundo (...) Nota: A los efectos de la presente Declaración y del Programa de Acción, queda entendido que el término género se refiere a ambos sexos, varón y mujer, en el contexto de la sociedad. El término "género" no indica ningún otro significado distinto del expuesto. Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia. Declaración.

⁷⁷ “El sexo –dice Laura Villatorres- no es más que ese conjunto de características bio-fisiológicas que determinan lo que es un macho o una hembra de la especie humana y es sobre el mismo donde se impone una serie de significados y características socioculturales, que conocemos como género. Recalco que el hecho de imponer supone la acción de poner sobre, para que de esta manera quede claro que nuestros cuerpos sirven como la base donde se han construido las nociones de masculinidad y feminidad, entonces podemos decir que no se nace hombre o mujer, si no que estas categorías son construcciones sociales a partir de un hecho biológico, el sexo. Cfr: “La Riqueza de la Diversidad Sexual”. Por Laura Villatorres <http://www.islaternura.com/APLAYA/AdolescenteGay/AdolescenteGay2007/Diversidad%20Sexual.htm>

⁷⁸ La cuestión de fondo –ha dicho Antonio Carlos Pereira- es el tipo de hombre que hoy domina, frente a lo cual no es demasiado lo que puede hacer el Derecho, y menos aun el constitucional. Para decirlo exageradamente, el hombre con todos los atributos ha dejado paso a un yo casi virtual del cual lo que se ve desde fuera es la concreta situación en que se halla o el papel que está jugando. Son esos papeles los que importan a la sociedad (¿y a él mismo?) más que su dimensión profunda de ser humano, que queda

Es cierto que “muchos” se “sienten” contentos con la “aceptación”. Más aún cuando una norma, o el ambiente social, o la propia “tolerancia” les abren una puerta por medio de la cual puedan “explayar” los “sentimientos” que han venido ocultando. Es claro que no han hecho “publico” la virtud, la capacidad de compromiso, la entrega por un ideal, un proyecto sólido de vida, el desarrollo de las instituciones, el prestigio profesional. Menos aún la templanza, el pudor, la castidad, la pureza, la magnanimidad, la humildad, la generosidad, la entrega, virtudes que expresan el señorío de la inteligencia y el control racional de los impulsos. De hecho, han empezado del modo que da más vergüenza: con manifestaciones de orgullo. Por eso van “fundando” alguna religión, una “iglesia”, alguna institución que los acoja, un “dios” a su manera, un “cristo” que los “entienda”, que los comprenda, que les diga que están en lo correcto.

La historia ha aclarado siempre que cuando se quiere justificar la conciencia humana en la ley, ésta más bien complica las situaciones y realidades humanas. La ley únicamente “legítima”, pero es la conciencia la que “juzga”. De nada han servido las leyes del divorcio, de la eutanasia, de legalización de las drogas, o de las uniones de convivencia para la persona humana. Son, por lo general, leyes en desuso. Una persona que tiene clara la razón de su vida no necesita leyes. ¡Simplemente vive, conquista cada día la vida, lucha constantemente por superarse. Admite la vida diaria como un reto. Se perfecciona con sus lucha, cada día! Es cierto que “producir” argumentos facilita, de cierto modo, los actos propios, pero, es cierto también que no libera. De una u otra forma todos necesitamos “justificar” las acciones para creer o hacer creer a otros que estamos en lo cierto. ¡Si esto resolviera el problema! ¡Si fuera así de fácil! ¡Si sólo una ley aclarara la multitud de dudas que tiene el que, en su soledad, en su hastío, en su amarga tristeza, no encuentra más solución que el engaño de sus propias respuestas!

Hay ahora una frase que, al parecer, lo resuelve todo: homofóbico. La Real Academia le otorga un concepto propio, porque traduce “homo” por igual, no por hombre. Sin embargo, para el buen entendedor surge siempre la duda: ¿Por qué homofóbico? ¿Acaso es que tenemos “fobia” al hombre? ¿Cómo podemos tener fobia a lo que es razón diaria de estudio constante, intenso, serio? ¿Cómo podemos tener fobia a lo que es el objeto de estudio del Derecho?

para su esfera personal... en el mejor de los casos, pues en nuestras soledades anónimas pero uniformadas, pobres en relaciones interpersonales, poco lugar hay para profundizar en la humanidad. Si los hombres light de nuestros días son seres que se construyen, o si son un haz de roles y no un hombre de una pieza, los nuevos derechos protegerán más esas mudanzas y esos roles que al ser humano como tal. Cfr: PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos. “Naturaleza Humana y Derechos en la Carta Europea de Derechos”. Conferencia en la Facultad de Derecho, Universidad Panamericana. 27 de Abril 2007.

“Los derechos necesitan como fundamento –dice Antonio Carlos Pereira M.- al hombre y la naturaleza humana. El positivismo jurídico o el relativismo no permiten fundamentar unos derechos previos a la ley positiva o a la convención. Por otra parte, la naturaleza humana como dato autoevidente, la de los *Founding Fathers* y H. Melville, está hoy desvaneciéndose de la opinión pública, al menos en Europa; como si el hombre no fuera una realidad objetiva e indiscutible sino un ser que se construye —o, quizá, en un futuro, a quien construyen—. Y, así como la naturaleza humana, también se desvanecen otros presupuestos con ella conectados, sobre los que se levantó el edificio de los derechos. Todo parece sumarse a otros factores que conducen a la moderna crisis de los derechos, los cuales han experimentado últimamente un desarrollo cuantitativo y procedimental pero no cualitativo, una descomposición a base de pormenorizarse excesivamente y una sustitución por prestaciones del estado, con el cambio que ello conlleva en la posición del individuo frente al poder, que no cesa de crecer. Si desaparece el hombre del centro de la escena los derechos del hombre no pueden dejar de acusarlo” (79).

⁷⁹ PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos. “Naturaleza Humana y Derechos en la Carta Europea de Derechos”. Conferencia en la Facultad de Derecho, Universidad Panamericana. 27 de Abril 2007.