

CAPÍTULO 9

HACIA LA APLICACIÓN MÁS EFECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LA MUJER MEDIANTE LA UTILIZACIÓN DE LAS NORMAS Y PROCEDIMIENTOS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Andrew Byrnes

Introducción

La proliferación de normas de derechos humanos a nivel internacional durante los últimos cincuenta años ha sido una característica sorprendente del desarrollo del derecho internacional en ese período. Aunque antes había existido preocupación internacional por temas que hoy caracterizaríamos como de derechos humanos, el volumen y alcance de los instrumentos internacionales y regionales en el campo de los derechos humanos es hoy día amplio.

Este período también ha visto importantes avances en el reconocimiento por parte de la comunidad internacional de que el sexo y el género constituyen una importante categoría de análisis cuando se trata de examinar el goce de los derechos humanos, reconocimiento que se refleja en particular en la elaboración de una serie de instrumentos importantes que se ocupan de la discriminación contra la mujer.¹

Como resultado, el grado de protección formal a los derechos de la mujer, según las normas generales de derechos humanos y las regulaciones con especificidad de género, es muy extenso (aunque en gran medida desarrollado a través de un marco de no discriminación). Esto no quiere decir que no hay áreas importantes en las que una mayor elaboración o formulación de las normas sustantivas no sea deseable.² Además, como ocurre con otras áreas de los derechos humanos internacionales, la brecha entre las garantías formales y el grado hasta el cual los derechos son disfrutados en la realidad, es con frecuencia amplia.

Además del desarrollo de normas sustantivas, se han establecido muchos órganos y procedimientos para promover la implementación de esas normas. Mientras que en el sistema de la Convención Europea existió un procedimiento para hacer cumplir las normas muy anterior (en la Organización Internacional del Trabajo existió incluso antes), la elaboración de procedimientos dentro de la maquinaria de derechos humanos de la ONU para promover la implementación de las normas sobre derechos humanos constituyó una característica notable de los años setenta y ochenta. Las organizaciones intergubernamentales, no gubernamentales (ONG) y algunos Estados,

dedicaron mucha energía y recursos para lograr que estos mecanismos de aplicación e implementación sean tan efectivos como pueden ser tales mecanismos internacionales, y se ha logrado un avance sustancial en algunos sentidos. En este capítulo estoy adoptando una definición bastante amplia del término "cumplimiento" y no lo restrinjo a los procedimientos (cuasi) judiciales para denunciar que llevan a decisiones obligatorias o cuasibligatorias en los casos de litigios individuales.³

Sin embargo, son muchos los que consideran que la atención que muchos organismos internacionales de derechos humanos le han prestado a los temas que predominante o abrumadoramente afectan a la mujer, o al grado en el que las mujeres pueden ser víctimas de violaciones a sus derechos humanos idénticas o similares a las sufridas por los hombres (aunque también mediadas por el género), ha sido inadecuada. Muchos de estos críticos han pedido el fortalecimiento de los procedimientos y de los órganos que tienen como responsabilidad principal los "temas de la mujer", así como una mayor atención a las violaciones a los derechos humanos de la mujer dentro de los llamados órganos de la "corriente principal". Otros se han preguntado si el sistema internacional puede responder adecuadamente a las denuncias legítimas de las mujeres, debido a sus limitaciones conceptuales e institucionales.⁴

Este capítulo debate si una mayor utilización y una difusión más efectiva de los procedimientos de los derechos humanos internacionales y del derecho sustantivo, podrían ayudar a promover el goce de los derechos humanos por parte de las mujeres. Mi enfoque principal es el uso de procedimientos internacionales para avanzar las reivindicaciones de derechos humanos que son de particular importancia para las mujeres. Mi énfasis primordial está en los órganos de Naciones Unidas, debido principalmente a que tengo alguna familiaridad con ellos. En muchos sentidos el uso de los mecanismos de aplicación regionales bien puede brindar una ruta mucho más efectiva de acción que la de los mecanismos de la ONU.⁵ También consideraré brevemente el uso de normas internacionales en el terreno nacional como mecanismo para avanzar estas reivindicaciones.⁶

El capítulo trata los siguientes temas:

- los diferentes procedimientos disponibles a nivel internacional y regional para recibir denuncias sobre violaciones a los derechos humanos;
- algunas de las limitaciones y desventajas de estos procedimientos;
- los procedimientos que podrían ser utilizados con éxito para presionar las denuncias sobre violaciones a los derechos de las mujeres (que en la actualidad están siendo subutilizados);
- el uso del material internacional a nivel interno.

La Perspectiva Internacional

Generalidades

Tradicionalmente, el papel de los sistemas internacionales en la protección de los derechos humanos ha sido concebido como complemento del de las autoridades nacionales, sobre las cuales recae la responsabilidad principal de implementar las normas internacionales obligatorias. Es deber de las autoridades nacionales, en

primera instancia, prevenir las violaciones a los derechos humanos o proporcionar compensación adecuada cuando los derechos han sido violados. Cuando estas autoridades dejan de garantizar el cumplimiento de las normas aplicables, el sistema internacional puede desempeñar un papel.

Algunos aspectos importantes de esta concepción tradicional deben ser revaluados a la luz de los muchos desarrollos del sistema internacional para la protección de los derechos humanos, aunque esta visión tradicional aún representa el fundamento conceptual de la mayoría de los procedimientos que permiten que las denuncias sobre violaciones a los derechos humanos sean llevadas al nivel internacional. Existen hoy muchos procedimientos mediante los cuales el sistema internacional investiga y se pronuncia sobre la situación de derechos humanos en países concretos, que van desde foros abiertamente políticos, hasta procesos ante órganos de expertos o mecanismos internos de los países, o hasta la consideración de denuncias presentadas por individuos o grupos. Algunos de estos procedimientos pueden involucrar la consideración de presuntas violaciones a los derechos humanos en un país dado, mucho antes de agotar los recursos internos para las presuntas violaciones.

Una de las promesas de los desarrollos recientes de los sistemas internacionales para la protección de los derechos humanos no es únicamente la elaboración de normas para obligar o guiar a las autoridades nacionales respecto a la forma en que deben tratar a las personas bajo su jurisdicción, sino también la perspectiva de que, si el sistema nacional no garantiza el cumplimiento de los derechos humanos, haya algún recurso disponible a través del sistema internacional.

El uso del derecho internacional y del discurso de los derechos: el derecho internacional de los derechos humanos y sus procedimientos como recurso estratégico

Aunque este capítulo se centra en varios aspectos procedimentales y sustantivos de la práctica de los derechos humanos internacionales, no lo hace por creer que el derecho internacional de los derechos humanos y sus procedimientos tengan alguna cualidad de talismán. Las limitaciones generales del derecho internacional cuando se trata de la aplicación de normas obligatorias son bien conocidas, y el derecho internacional de los derechos humanos no es una excepción en este sentido. Incluso los defensores más fuertes del "sistema" de los derechos humanos internacionales y de sus múltiples procedimientos, reconocen las limitaciones del sistema y, aunque existen muchos casos concretos en los que parece haber una diferencia, con frecuencia es difícil evaluar la importancia del papel de la utilización de los procedimientos internacionales. Suponer que el esfuerzo invertido en el nivel internacional es un costo efectivo en términos de uso del tiempo y de los recursos es, hasta cierto punto, cuestión de fe.

Aunque en algunos casos la utilización de un procedimiento internacional puede producir un efecto directo sobre el nivel nacional, quizá el enfoque más realista y apropiado al tema del uso de los mecanismos internacionales de derechos humanos es considerarlos como una de varias formas de presionar a los gobiernos o a otros para alcanzar las metas específicas de promoción del goce de los derechos humanos por parte de las mujeres.

Mi punto de partida es entonces el de que recurrir a los procedimientos internacionales posiblemente tiene un impacto directo muy limitado en términos de proporcionar compensación por las violaciones a los derechos humanos en muchos de los casos que podrían ser presentados ante los órganos internacionales bajo un procedimiento u otro. Más adelante menciono algunas de las razones para sostener dicha posición. Por consiguiente —y quizás es sólo a aquellos con tendencia a convertir la ley en un fetiche, como por ejemplo los activistas de los derechos humanos internacionales, alguna vez descritos como "grandes ilusos", a quienes es necesario recordarles esto— cualquier utilización de los procedimientos internacionales debe formar parte de una estrategia política más amplia. Recurrir a los órganos y procedimientos internacionales podría darle peso adicional a una campaña a nivel nacional, pero muy pocas veces se logra algo más que eso. De hecho, en algunas circunstancias apelar a un foro internacional y a las normas internacionales puede ser contraproducente. Este capítulo se desarrolla, no obstante, sobre la base de que el uso de un foro internacional puede en ocasiones ayudar a producir cambios.

La utilización de los procedimientos internacionales de derechos humanos implica invocar no sólo un discurso sobre el derecho internacional sino también un discurso sobre los derechos. Las diversas críticas a los derechos son bien conocidas, como lo son muchas de las respuestas a esas críticas.⁷ Gran parte de las preocupaciones que surgen cuando se apela a los derechos y que han sido expresadas en contextos nacionales, son igualmente aplicables a nivel internacional. En el contexto internacional es posible hacer uso de una gama mucho más amplia de derechos para sustentar las demandas que la que es posible bajo los sistemas legales nacionales, al menos si se intenta utilizar un procedimiento judicial o cuasijudicial. Toda la gama de derechos económicos, sociales y culturales, así como el catálogo tradicional de los derechos civiles y políticos, pueden ser invocados dependiendo del foro. Dicho esto, sigue siendo cierto que los procedimientos de aplicación más fuertes, desde una perspectiva "judicial", son aquellos que se relacionan con los catálogos privilegiados de derechos civiles y políticos.

Ha habido muchos escritos recientes desde puntos de vista feministas acerca de si la llamada corriente dominante de la estructura de los derechos humanos ha considerado suficientemente las violaciones a los derechos humanos de la mujer y si esta negligencia podría remediarse a través de cambios metodológicos o institucionales, o si refleja un modelo androcéntrico de derechos humanos que simplemente no puede ser adaptado sino que debe ser transformado radicalmente. Aunque no pretendemos afirmar que todas las demandas que las mujeres deseen presentar puedan acomodarse dentro de la "estructura de los derechos humanos", o aun dentro de la de los instrumentos y órganos especializados que se ocupan de los "derechos de la mujer", la premisa operativa de este capítulo es que la estructura de los derechos y la internacionalización de una demanda, como problema de derechos humanos, pueden ser de alguna ayuda en el logro de los objetivos.⁸

Este capítulo aboga por un enfoque básicamente instrumentalista en la utilización del derecho internacional de los derechos humanos y de sus procedimientos. Que esto pueda dar origen a dificultades se desprende claramente de las experiencias de quienes han buscado proseguir estrategias de litigio basadas

en los derechos a nivel nacional.¹⁸ En algunos casos, la doctrina existente puede ser útil para lograr los objetivos, en otros casos parece haber buenas perspectivas para moldear la doctrina en una dirección útil. Sin embargo, probablemente el caso sea que ni la estructura de derechos humanos de la corriente dominante, ni la estructura de los derechos de la mujer, sirvan más allá de cierto punto; en esa etapa es necesario continuar contando con otras fuentes de cambio moral, político u otro cambio normativo.

De igual manera, aunque se acepta que las instituciones internacionales (sin importar qué tan buena pueda ser su jurisprudencia o práctica sustantiva) están sujetas a limitaciones fundamentales en la influencia que pueden ejercer sobre los sucesos a nivel nacional, esencialmente estoy afirmando que no obstante pueden hacerse mejoras a las estructuras y prácticas existentes, las cuales de alguna manera pueden ayudar a optimizar el impacto que tales instituciones pueden tener. Eso no quiere decir que tales cambios vayan a modificar fundamentalmente el impacto a nivel nacional, ni pretende sugerir que el hecho de recurrir a estas instituciones deba verse de manera distinta a una parte dentro de un enfoque estratégico más amplio.

"Derechos humanos de la mujer" o "derechos de la mujer"

Este capítulo se centra en lo que podría llamarse violaciones a "los derechos de la mujer"; este enfoque (y la categorización conceptual en la cual se basa) de por sí da origen a algunas dificultades. Los peligros de construir la categoría de "la mujer" sin tener en cuenta las distintas perspectivas de las mujeres y la forma en la cual no es tan sólo el sexo o el género, sino también la raza, la clase y otras características sociales las que constituyen la subordinación que enfrentan las mujeres en las diferentes sociedades, han sido convincentemente señalados una y otra vez.¹⁹

Las mujeres sufren violaciones a su dignidad humana y a sus derechos humanos de muchas formas diferentes. Aunque puede ser que estas violaciones estén siempre mediadas por el género, en muchos casos la raza, la nacionalidad, la clase o alguna otra característica grupal puede ser el determinante primario; por consiguiente, las violaciones que sufren las mujeres pueden parecer prácticamente indistinguibles de las que sufren los hombres del mismo grupo social. Incluso en estos casos, sin embargo, la forma que toma una violación frecuentemente está influida por el género. Los opositores políticos de cualquier sexo pueden ser encarcelados, pero la violencia sexual infligida a las detenidas es un aspecto sobresaliente de la experiencia de las mujeres en detención. La denegación del derecho a la vivienda o a la alimentación adecuada puede afectar a todos los pobres de una sociedad, pero si, por ejemplo, la división del trabajo en dicha sociedad asigna a la mujer la responsabilidad primaria por labores tales como la recolección de leña, agua y alimentos, entonces la experiencia de la mujer respecto a la denegación de tales derechos será significativamente distinta a la del hombre.

Existen, por supuesto, muchas violaciones a los derechos que parecen afectar abrumadoramente a las mujeres, aunque las mujeres de diferentes razas, clases o naciones puedan experimentarlas de manera diferente. La violencia contra la mujer en el hogar y fuera de él, la negación del control sobre el propio cuerpo y el

tráfico de mujeres son tan sólo algunas pocas de las violaciones con especificidad de género.

Describir algunas o todas estas violaciones a los derechos como violaciones a "los derechos humanos de la mujer" o violaciones a "los derechos de la mujer", ha dado origen a algunas discusiones complejas. Puede ser que la forma "correcta" de clasificar ciertos tipos específicos de violaciones dependa del contexto de la clasificación. En todo caso, sería un error suponer que estas categorías son dicotómicas y que las violaciones pueden asignarse claramente, o siempre, a una determinada categoría.

En este capítulo no me preocupa categorizar tipos específicos de violaciones. La discusión general sobre los procedimientos internacionales tiene relevancia para la mayoría de las clases de violaciones que pueden sufrir las mujeres, ya sean violaciones neutras desde el punto de vista del género (donde las mujeres son víctimas "por casualidad") —si existe tal cosa— o violaciones con especificidad de género. Dicho esto, se hace mayor énfasis en la discusión sobre las violaciones que pueden describirse ampliamente como específicas según el género, y en cómo pueden utilizarse tanto los mecanismos generales de la corriente dominante como los específicos para el género para abordarlas.

Mecanismos internacionales de derechos humanos

En los niveles internacional y regional existe una amplia gama de organismos y procedimientos que ofrecen caminos para plantear denuncias relacionadas con los derechos humanos. Las funciones, la composición de los organismos, los tipos de denuncias que pueden presentarse, los procedimientos y los posibles resultados varían ampliamente. Estos mecanismos han sido descritos y comentados en muchas obras y aquí únicamente se intenta presentar un bosquejo general.¹

Me referiré no sólo a aquellos procedimientos que han sido establecidos con el propósito de manejar las denuncias sobre violaciones a los derechos humanos, sino también a una serie de procedimientos de implementación o vigilancia de los derechos humanos que pueden ser utilizados como parte de una estrategia para vincular el sistema internacional con el sistema nacional. Sin embargo, mi énfasis primordial serán los procedimientos de denuncia y los procedimientos que puedan tener funciones similares.

Al examinar la gama de procedimientos internacionales para vigilar los derechos humanos, se puede distinguir convenientemente entre procedimientos *de denuncia* y *de no denuncia*. Los procedimientos *de denuncia* permiten o contemplan expresamente la presentación de denuncias por parte de individuos o grupos de individuos ante un órgano para su consideración. Según la mayoría de tratados sobre derechos humanos de las Naciones Unidas, y también dentro de los marcos de referencia regionales, existen disposiciones para que un Estado parte formule una denuncia contra otro, alegando el incumplimiento de sus obligaciones bajo el tratado relevante.

¹Nota del Traductor: Juego de palabras en inglés, en donde "rights" se refiere simultáneamente a "lo correcto" y a "los derechos".

Aunque en teoría se trata de un camino al que sería posible recurrir, en la práctica las denuncias entre Estados son extremadamente raras.¹²

El carácter de la consideración de las denuncias varía de acuerdo con el carácter del procedimiento, en particular si el procedimiento es un *recurso de denuncia* o uno de información de denuncia.¹³ Ejemplos de procedimientos de *recurso de denuncia* son los procedimientos de denuncia individuales establecidos en el Primer Protocolo Opcional del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la Convención Europea y la Convención Americana, mientras que los ejemplos de procedimientos de información de denuncia incluyen el procedimiento de la Resolución 1503 establecido por el Consejo Económico y Social y el procedimiento de comunicaciones de la Comisión de la ONU sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer.

Maxime Tardu ha formulado la distinción entre un procedimiento de recurso de denuncia y un procedimiento de información de denuncia:¹⁴

En los procedimientos de recurso de denuncia, el órgano internacional competente está legalmente obligado a tomar una decisión sobre todos y cada uno de los casos que se le planteen, así sea únicamente sobre su admisibilidad. El objetivo del procedimiento es ofrecer compensación frente a denuncias específicas. El actor tiene derecho —en diversos grados— a participar en el proceso. Tales procedimientos pretenden aproximarse —así sea en forma muy general— al modelo judicial del derecho interno...

Los esquemas de información de denuncia no buscan compensar los daños individuales, sino identificar los problemas de derechos humanos que afectan a poblaciones enteras —v.g., el apartheid o las desapariciones forzadas— con el fin de definir estrategias remediales. En tales procedimientos, las peticiones se reciben únicamente como elementos de información. Aun si está bien fundamentada, la denuncia puede ser descartada si no aporta datos nuevos. Las peticiones aceptadas pierden su individualidad, fundiéndose en una masa de datos. El autor no posee ninguno de los derechos correspondientes a "una parte", y con frecuencia ni siquiera el derecho a ser informado acerca de la suerte de su comunicación.

La variedad de procedimientos internacionales disponibles no permite una categorización tan nítida y existe una diversidad de procedimientos de denuncia con componentes tanto de recurso como de información. Estos *procedimientos híbridos* incluyen los Relatores Especiales designados por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, quienes no sólo tienen la responsabilidad de investigar el grado y la naturaleza de problemas específicos (que van desde las ejecuciones sumarias o arbitrarias hasta el tráfico de niños), sino que también pueden plantear casos individuales ante los gobiernos como parte de su trabajo. Esta flexibilidad puede ser particularmente valiosa, ya que es uno de los pocos procedimientos que permite que un caso individual sea presentado ante un gobierno sobre la base de una acción urgente, lo cual puede ser de considerable importancia para evitar una violación inminente o detener una existente.

Los procedimientos de no denuncia son procedimientos ante órganos que no poseen el mandato explícito de considerar denuncias sobre violaciones a los derechos humanos, pero que pueden no obstante en la práctica recibir tales denuncias sobre una base formal o informal. Aunque no tienen competencia para investigar afirma-

ciones de manera (cuasi)judicial, estos órganos pueden no obstante actuar de acuerdo con la información que han recibido. Estos procedimientos incluyen no sólo los procedimientos de información de los principales tratados sobre derechos humanos de la ONU, sino también el trabajo de órganos más politizados –aunque independientes– (tales como la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de Minorías) e incluso los órganos abiertamente políticos (tales como la Comisión de Derechos Humanos), que pueden considerar la situación de derechos humanos en países individuales.

El núcleo de esta sección son los procedimientos de denuncia y los órganos “no políticos”; aunque se hace alguna referencia a los foros “políticos”, no se consideran en detalle.

Procedimientos de denuncia

(a) Procedimientos de denuncia individual

Esta sección contiene una breve descripción de los tipos de procedimientos de denuncia individual disponibles internacionalmente, seguida de la mención de algunos de los problemas que implica su utilización y de una evaluación de su contribución al avance de los derechos de la mujer y su uso potencial con ese fin.

En diversos tratados de las Naciones Unidas sobre derechos humanos y dentro del marco de referencia de la Convención Europea sobre Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se establecen disposiciones relacionadas con el recibo de denuncias individuales por parte del órgano de vigilancia correspondiente. La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) también ha establecido un procedimiento de denuncias individuales para manejar los casos de violaciones a los derechos humanos dentro de sus áreas de competencia.¹⁵ Adicionalmente, la Organización Internacional del Trabajo cuenta con una serie de procedimientos para considerar las denuncias sobre violaciones a los derechos de los trabajadores o a las convenciones de la OIT, aunque estas denuncias no pueden ser presentadas directamente por los individuos, sino a través de una organización de trabajadores (o patronos).¹⁶

A nivel de las Naciones Unidas, la gama de tratados que admiten la presentación de denuncias individuales es limitada.¹⁷ Una omisión de especial importancia para nuestros propósitos es la ausencia de procedimientos para recibir denuncias individuales en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Tampoco existe un procedimiento de denuncias en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o la Convención sobre los Derechos del Niño.

Como asunto formal, aparentemente esto puede no tener mayor importancia, dado que una denuncia de discriminación en el goce de casi cualquier derecho humano por razones de sexo puede presentarse de acuerdo con el Artículo 26 del PIDCP, siempre que el Estado en cuestión sea parte del Primer Protocolo Opcional del Pacto. Sin embargo, en términos prácticos bien podría tener un impacto sustancial sobre el resultado de un caso dado. No solo podría lograrse una mayor receptividad por parte del CEDAW frente a una denuncia sobre violaciones a los derechos humanos de la

mujer, sino que el derecho sustantivo aplicable podría ser algo más favorable según la Convención de la Mujer. Por ejemplo, según la Convención de la Mujer es claro que un Estado parte tiene la obligación de eliminar todas las formas de discriminación, incluyendo los actos privados de discriminación (Artículo 2); esta obligación puede interpretarse como de más largo alcance que las obligaciones según el PIDCP de impedir o castigar las violaciones por parte de actores privados, que han sido poco exploradas en la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos.³⁴

Criterios de Admisibilidad. Para que los méritos de una denuncia puedan ser considerados de acuerdo con uno de los procedimientos internacionales para presentar comunicaciones, se deben satisfacer unos *criterios de admisibilidad*. Estos criterios normalmente establecen los plazos para presentar las denuncias, las personas que pueden presentar una denuncia, los requisitos relacionados con el agotamiento de los recursos internos, y en algunos casos restricciones al estudio de denuncias ya consideradas por algún otro procedimiento internacional o que estén siendo consideradas en el momento. Por supuesto, el alcance sustantivo de los instrumentos individuales es de considerable importancia; los méritos de cualquier denuncia presentada según alguno de estos procedimientos pueden ser considerados únicamente si se alega una violación a uno de los derechos garantizados por el instrumento aplicable.

Los procedimientos para procesar una denuncia varían. Ante los órganos de los tratados de la ONU, la audiencia se hace por escrito, y tanto el demandante como el Estado en cuestión tienen la oportunidad de responder a las afirmaciones del otro. Según la Convención Europea y la Convención Americana, puede haber oportunidades para audiencias verbales en diferentes etapas del proceso. En casi la totalidad de los procedimientos la decisión adoptada por el órgano que examina la denuncia se hace pública (el procedimiento de la UNESCO es una excepción en este sentido).

Las decisiones adoptadas por los diversos órganos varían en cuanto a su efecto legal. Mientras que las decisiones de la Corte Europea y de la Corte Interamericana son obligatorias para los Estados partes en el caso, los puntos de vista adoptados por los órganos de los tratados de la ONU o los informes adoptados por la Comisión Europea no son formalmente obligatorios como asunto de derecho internacional.

(b) Problemas del uso de los procedimientos para presentar comunicaciones individuales: generalidades

La oportunidad de presentar una denuncia individual ante un órgano para que la considere dentro del marco de un modelo cuasijudicial puede ser valiosa en algunos casos, y ofrece un atractivo particular desde el punto de vista legal debido a la posibilidad de un resultado claro.

Sin embargo, los procedimientos que permiten presentar tales denuncias, aunque producen los beneficios de procedimientos cuyos resultados tienen fuerza legal, ya sea formalmente o en la práctica, tienen una serie de inconvenientes. Por ejemplo, Bernard Braefrath ha escrito sobre los procedimientos del Comité de Derechos Humanos: "Pero para proteger al individuo afectado, sin hablar de garantizar sus derechos subjetivos, el procedimiento puede hacer poco. Comienza demasiado tarde, toma demasiado tiempo, no conduce a resultados obligatorios y carece de ejecución efectiva".³⁵ La utilización de estos procedimientos para promover los dere-

chos humanos de la mujer puede enfrentar no sólo los obstáculos que enfrenta prácticamente todo intento de utilización de los mecanismos internacionales, sino también obstáculos adicionales.

(i) *Cómo encontrar un procedimiento al cual esté sometido el Estado involucrado.* Una de las dificultades que se encuentra con frecuencia cuando se busca utilizar los procedimientos de denuncia individuales (en particular a nivel universal) surge de la naturaleza voluntaria de muchos de ellos: los procedimientos o el órgano que parece ofrecer el camino más efectivo para obtener la reparación del daño no tienen jurisdicción sobre el Estado contra el cual se ha de formular la denuncia. En el caso de los tratados sobre derechos humanos de las Naciones Unidas, todos los procedimientos de denuncia individual son opcionales y requieren que el Estado parte del tratado acepte la competencia del organismo de vigilancia para considerar denuncias de individuos o grupos que aleguen violaciones a los derechos protegidos en los tratados. De esta forma, un Estado puede ser parte de un tratado y haber aceptado las obligaciones sustantivas del mismo, mas no necesariamente haber aceptado el procedimiento del tratado que permite entablar denuncias individuales en su contra. Como resultado, con frecuencia puede ocurrir que el procedimiento de elección no esté disponible y que sea necesario aceptar otro procedimiento que puede no ajustarse a la pretensión sustantiva que se esté presentando o proporcionar un foro menos receptivo o recursos menos efectivos para dicha denuncia.²²

El problema es menos pronunciado en el contexto de las Convenciones Europea y Americana. En la Convención Europea casi todos los Estados partes han aceptado la competencia de la Comisión Europea y de la Corte Europea para considerar denuncias individuales, y dentro del sistema Interamericano todos los miembros de la Organización de Estados Americanos están sujetos a la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para recibir denuncias sobre violaciones a la Declaración Americana de Derechos del Hombre. Además, los 23 Estados partes de la Convención Americana están sujetos a una jurisdicción similar en relación con la Convención, y de estos, 14 han aceptado también la jurisdicción de la Corte Interamericana. El procedimiento de denuncia de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos no se ha utilizado aún en forma significativa para proteger los derechos de la mujer, y no existe un tratado regional sobre derechos humanos en la región asiática.

Según el procedimiento para recibir comunicaciones de la UNESCO, pueden presentarse denuncias contra cualquier miembro de la organización. En cuanto se refiere a la OIT, las denuncias sobre libertad de asociación pueden presentarse contra cualquier miembro de la OIT, mientras que las denuncias sobre violaciones a las convenciones específicas de la OIT únicamente pueden presentarse contra los Estados partes de tales convenciones.

(ii) *Lentitud del procedimiento.* Una de las principales desventajas de la utilización de los procedimientos de denuncia individual es que puede pasar un tiempo considerable antes de que se llegue a alguna decisión sobre los méritos de la misma. Cada uno de los procedimientos de denuncia individual (con excepción de los procedimientos de la OIT) se basa en el modelo tradicional de la compensación internacional, es decir, que corresponde al sistema nacional en primera instancia remediar las violaciones a los derechos, y únicamente si el sistema nacional ha dejado o es incapaz de hacerlo, puede presentarse la denuncia ante un organismo internacional.

Por consiguiente, cada procedimiento exige que se agoten los recursos a nivel nacional antes de presentar la denuncia ante el organismo internacional correspondiente. Si es posible argumentar que existen recursos legales o de otro tipo en el sistema nacional, entonces el tiempo que demora interponerlos puede ser considerable: en la mayoría de los casos, probablemente cuestión de varios años.

Incluso cuando se han agotado los recursos nacionales y el asunto puede ser abordado por un organismo internacional, el mismo hecho de que dicho organismo considere un caso puede tomar un tiempo considerable, en algunos casos hasta varios años. Como ocurre con tanta frecuencia en los litigios a nivel nacional, la persona que gana un caso puede no derivar ningún beneficio específico de la victoria; en cierto sentido, el demandante exitoso puede haber ganado el caso para otras personas.

Que la espera valga o no la pena dependerá de la naturaleza del problema que se esté abordando y del marco de referencia temporal dentro del cual estén trabajando quienes busquen cambiar la legislación y la práctica. Puede haber otros procedimientos u órganos ante los cuales se pueda presentar una denuncia de inmediato (aunque el mismo procedimiento cuasijudicial no esté disponible) y puede ser posible intentar diferentes caminos simultáneamente.

(iii) *Composición de los órganos.* Uno de los factores que puede obstaculizar los esfuerzos de utilizar los diversos procedimientos de denuncia individual para promover los derechos de la mujer es la composición de los órganos decisorios. Si bien la composición de estos organismos es generalmente equilibrada para reflejar la diversidad de regiones, sistemas legales o culturales y etapas de desarrollo, sus miembros son predominantemente masculinos. Aunque indudablemente los hombres pueden ser sensibles a los asuntos de género, parece claro que la presencia de mujeres (feministas) en organismos de este tipo generalmente puede significar una diferencia importante.²¹ Cuando se presentan denuncias o argumentos novedosos que se derivan claramente de las experiencias de las mujeres, la dominación masculina en estos órganos puede reducir significativamente las posibilidades de éxito de dicho argumento.

(iv) *El carácter del proceso internacional de toma de decisiones: limitaciones y compromisos institucionales.* Uno de los problemas que tiene llevar ante un órgano internacional un caso que en última instancia no prospere es que es muy fácil que la norma internacional (que debería funcionar como un mínimo por debajo del cual no deberían estar las normas nacionales) funcione a nivel nacional como límite para la protección de los derechos humanos.²² Si las legislaciones, la administración y los tribunales nacionales se resisten al cambio en un área determinada y los intentos de movilizarlos apelando a valores constitucionales nacionales (o incluso a normas internacionales cuando éstas forman parte de la ley nacional) no han tenido éxito, entonces llevar el caso a nivel internacional puede parecer una propuesta atractiva. Sin embargo, por diversas razones, un tribunal internacional puede tener considerablemente menos libertad de movimiento que un tribunal nacional para adoptar un estándar más alto para la protección de los derechos. Perder un caso a nivel internacional puede obstaculizar las perspectivas de cambio político y legal a nivel nacional, puesto que un gobierno podría alegar que los cambios propuestos no son requeridos por el derecho internacional.

Perder incluso un buen caso a nivel internacional puede ser el resultado de las demandas institucionales sobre el sistema y la naturaleza de la composición de los Estados a los que sirve un régimen de tratado específico. En el sistema de la Convención Europea, por ejemplo, el elevado volumen de solicitudes ha significado que un gran número de ellas son excluidas en la etapa de admisión, en muchos casos en forma sumaria o con razonamientos escasos y no informativos. Con frecuencia es difícil entender por qué algunos casos que tienen un fundamento objetivo y legal aparentemente bueno son excluidos sin que verdaderamente se consideren sus méritos, pero quedan excluidos, y sin posibilidad de apelación. Un caso que esté proponiendo una interpretación novedosa de una garantía —y esto podría incluir casos que busquen desarrollar la jurisprudencia para la promoción de los derechos de la mujer— puede ser especialmente vulnerable a este tipo de procedimiento sumario.

En tales casos es muy fácil para un gobierno nacional sostener, cuando el caso ha sido rechazado por razones de admisibilidad, que su posición ha sido avalada por un organismo internacional (y en cierto sentido lo ha sido) y que no es necesario tomar medidas adicionales ya que su posición está de acuerdo con el derecho internacional.

Pueden darse resultados similares incluso cuando los méritos han sido considerados a fondo. En la mayoría de los casos los organismos internacionales de este tipo buscan adoptar decisiones por consenso (aunque existen disposiciones para la expresión de las opiniones individuales). Cuando un organismo consta de miembros de una amplia diversidad de orígenes nacionales que pueden tener puntos de vista diferentes, el resultado fácilmente puede ser un compromiso a nivel del menor denominador común o una decisión con pocos o ningún razonamiento que la sustente.

(v) *Margen de apreciación.* Otra característica del enfoque desarrollado por algunos organismos internacionales al decidir si un Estado ha restringido en forma no permisible el goce de un derecho, es el concepto del *margen de apreciación*. Al decidir si un Estado ha incurrido en una violación de un derecho garantizado, los organismos internacionales con frecuencia se someten al criterio de las autoridades nacionales en los aspectos en que consideran que el Estado dispone de capacidad decisoria y goza de una posición ventajosa para la evaluación del rumbo correcto a seguir. La idea de un margen de apreciación a nivel internacional, si bien hasta cierto punto análoga a las doctrinas nacionales sobre la autoridad de los tribunales frente a las conclusiones de la legislatura, parece darles a las autoridades nacionales una libertad de movimiento mucho mayor que muchas de esas doctrinas.

Esta idea, desarrollada en gran medida por la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, es maleable, y el grado hasta el cual puede otorgársele el beneficio de la doctrina a un gobierno nacional varía considerablemente entre un derecho y otro y entre un caso y otro.²³ Esta noción del margen de apreciación también ha sido adoptada por otros organismos internacionales (el Comité de Derechos Humanos, por ejemplo).²⁴

La Corte Europea les ha otorgado un considerable margen de apreciación a los Estados en las áreas de seguridad nacional, protección de la moral y política económica de expropiación y reglamentación del uso de la propiedad. En el área de la "protección de la moral", los diversos organismos de Estrasburgo han permitido que las autoridades nacionales ejerzan una considerable discreción cuando las actividades

que el Estado busca restringir o castigar son "públicas", tales como la distribución de publicaciones como el *Pequeño Libro Rojo*²⁵ o pinturas "obscenas".²⁶ Sin embargo, la doctrina no se ha aplicado en forma tan generosa en el contexto de la sexualidad (o al menos, en relación con actos homosexuales realizados en privado entre adultos que voluntariamente los practican).

Podría esperarse que al considerar temas polémicos y delicados, caracterizados por los gobiernos como asuntos de "moralidad" o de "identidad cultural nacional o étnica", los organismos internacionales de supervisión estuvieran más dispuestos a someterse al juicio de las autoridades nacionales. Aunque la experiencia europea en este sentido ha sido variada, parece que con el paso del tiempo los organismos de Estrasburgo han estado menos dispuestos a someterse al criterio de los tribunales nacionales, si consideran que están en juego (algunas) temáticas fundamentales relativas a la identidad, la sexualidad y la vida familiar.²⁷ Sin embargo, los desarrollos de la Convención Europea en relación con las temáticas de discriminación y de derechos humanos de la mujer arrojan un resultado ambiguo; en todo caso probablemente sea poco aconsejable generalizar acerca de posibles resultados bajo otros tratados con base en el grupo de Estados relativamente pequeño y homogéneo que forma de parte de la Convención Europea.

De hecho, podría suponerse que una doctrina como la del margen de apreciación tiene una mayor probabilidad de ser invocada cuanto más amplia sea la composición del organismo supervisor. Según un tratado regional como la Convención Europea, donde las autoridades de la Convención están tratando con un grupo razonablemente homogéneo de naciones (al menos hasta hace poco), puede ser más fácil identificar una "norma europea" de nivel "elevado". Según un tratado universal de derechos humanos, por otro lado, del cual formen parte más de 100 Estados con una amplia variedad de culturas, sistemas legales y etapas de desarrollo, un organismo internacional posiblemente no identificaría tan fácilmente una norma internacional efectiva o en evolución, o si pudiera hacerlo, dicha norma podría estar influida fuertemente por el "arrastre" del menor denominador común: la creencia de que cualquier decisión debe lograr un alto grado de aceptación dentro del grupo de Estados relevante. Así, una denuncia entablada ante un organismo regional podría tener éxito, mientras que la misma denuncia entablada ante un organismo internacional podría fracasar, así se invoquen garantías idénticas o redactadas de manera similar. Por ejemplo, la primera denuncia contra Australia basada en el Protocolo Opcional del PIDCP alega que las leyes que penalizan los actos homosexuales realizados en privado entre adultos que han consentido a ellos, violan una serie de artículos del Pacto, incluyendo aquellos relacionados con la discriminación y el derecho a la privacidad. Existe legislación similar sobre la cual que se ha conceptualizado que viola la garantía del derecho al respeto por la vida privada según la Convención Europea (de la cual Australia no es ni puede llegar a ser parte), pero esto no significa que el Comité de Derechos Humanos automáticamente afirmará que la legislación viola el Pacto.²⁸ La posibilidad de que se produzca dicho resultado tiene implicaciones obvias para la selección del foro, suponiendo que exista la posibilidad de escoger.

(vi) *Efecto legal de las determinaciones del organismo decisorio.* El carácter de la decisión que resulta al final de un procedimiento de denuncia individual varía. En el caso de los fallos de la Corte Europea y de la Corte Interamericana, las decisiones son

obligatorias para el Estado que haya sido demandado en el caso. Sin embargo, los puntos de vista expresados por la Comisión Europea de Derechos Humanos en sus informes no son formalmente vinculantes, aunque la decisión sobre el caso tomada por el Comité de Ministros (si el caso no ha sido referido a la Corte Europea) es obligatoria como asunto de derecho internacional.

Según los procedimientos de la ONU, las "opiniones" adoptadas por los comités de los tratados no son formalmente vinculantes como asunto de derecho internacional, aunque se ha dicho acerca del Comité de Derechos Humanos que "Normalmente, puede esperarse que los Estados que hayan ratificado el Protocolo se muestren inclinados a seguir la opinión del Comité, aun cuando vaya en su contra".³³

En general, es válido afirmar que cuando se dictan decisiones en contra de un Estado según estos procedimientos, el Estado tomará medidas para adecuar su legislación y su práctica internas al derecho internacional según la determinación u opinión del órgano de supervisión relevante. Sin embargo, esto no significa que no haya excepciones o que las medidas tomadas por un Estado parte para rectificar las inconsistencias adoptarán un enfoque generoso para remediar los defectos identificados por el organismo internacional.

(vii) *Marco de referencia conceptual de las decisiones sobre derechos humanos.* Las limitaciones del marco conceptual de la(s) estructura(s) de la corriente dominante de derechos humanos han sido planteadas con frecuencia. Es cierto que promover ciertos tipos específicos de demandas en el contexto de la corriente dominante es más difícil que presentar otras demandas que se ajustan más estrictamente al marco conceptual predominante. Por ejemplo, los organismos de la corriente dominante pueden manejar en forma razonablemente apropiada las demandas directas y claras sobre trato diferente por razones de sexo en las leyes o en la práctica de las autoridades públicas. Sin embargo, tienen mucha más dificultad para responder las demandas que cuestionan la distinción entre lo público y lo privado y que buscan atribuirle responsabilidad a un Estado por violaciones cometidas por los particulares que actúan como tales. Dado que son tantas las violaciones a la dignidad humana causadas por particulares, el tema de la responsabilidad del Estado por las violaciones privadas es de fundamental importancia para los derechos de la mujer.

(viii) *¿"Uniestatismo"?* Los procedimientos de denuncia individual son generalmente de naturaleza "uniestatal", enfocándose en los actos de un Estado dentro de su territorio físico o dentro de su jurisdicción en el sentido amplio del término. Esto significa que puede haber problemas al utilizar tales procedimientos para las violaciones en las cuales pueden estar implicados dos o más Estados, como por ejemplo en los casos de tráfico de mujeres y niños a través de las fronteras nacionales, o de turismo sexual. Aunque aparentemente nada impediría entablar demandas contra dos Estados si ambos se han sometido al procedimiento relevante, tales casos son relativamente inusuales.³⁴ Puede ser que sea más fácil tramitar dichos casos según procedimientos distintos a los procedimientos de denuncia individual. En ese caso, recurrir a uno de los foros políticos o a uno de los organismos formuladores de políticas que esté dispuesto a recibir comunicaciones como parte de su trabajo general puede ser la única alternativa disponible.

Esta orientación estatista de los procedimientos de denuncia individual también hace difícil presentar una denuncia cuando la esencia de la presunta violación surge

de desequilibrios y de explotación por parte de los poderes internacionales, como por ejemplo en el papel que pueden desempeñar las compañías multinacionales en las zonas de libre comercio de diversos países del Asia.

(ix) *Posibilidades y peligros.* Existen peligros evidentes cuando se presenta un caso ante un organismo internacional y se pierde. Sin embargo, también existen peligros cuando se presenta un caso y se gana. *Abdulaziz vs. Reino Unido*²⁷ ilustra cómo un éxito obtenido a nivel internacional puede generar efectos imprevistos a nivel nacional si el gobierno acusado de violar las garantías a los derechos busca la interpretación menos generosa de dichas garantías de acuerdo con la decisión del órgano internacional implicado.

En *Abdulaziz*, el cuestionamiento de las disposiciones de la ley de inmigración del Reino Unido que les permitían a los hombres ciudadanos o residentes del Reino Unido traer a sus esposas al país pero que no les confería el mismo derecho a las mujeres en la misma situación, tuvo éxito sobre la base de que ello constituía discriminación contra las mujeres en el goce de su derecho al respeto por la vida familiar. La reacción del gobierno del Reino Unido ante el fallo de la Corte Europea no fue la de extenderles a las mujeres el derecho a traer a sus esposos, sino restringir significativamente este derecho a las categorías de hombres que lo tenían, y aplicar esos derechos a todo el mundo.²⁸

(c) *Mecanismos o procedimientos de información sobre peticiones*

Además de los mecanismos del recurso de denuncia, existe una variedad de procedimientos diferentes para el recibo y consideración de denuncias, no como parte de un proceso que conduzca a una resolución o pronunciamiento sobre las denuncias individuales en sí, sino como fuente de información sobre la situación de derechos humanos en países específicos o para el desarrollo de políticas de acuerdo con líneas temáticas.

En el sistema de la ONU el más conocido de estos es el procedimiento de la Resolución 1503, el primer procedimiento importante para considerar denuncias individuales en entrar en vigencia en la estructura de derechos humanos de la ONU; también es de interés el procedimiento de comunicaciones de la Comisión sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer.

El procedimiento para el recibo de comunicaciones de la Resolución 1503 (XLVIII) del ECOSOC busca identificar situaciones en las que se presenta un patrón sistemático de violaciones graves y comprobadas a los derechos humanos, de manera que la Comisión de Derechos Humanos pueda tomar acción apropiada. El procedimiento tiene tres etapas. Primero, un grupo de trabajo de la Subcomisión sobre Prevención de la Discriminación y Protección de Minorías efectúa un examen inicial de las comunicaciones, para seleccionar las que parezcan revelar un patrón sistemático de violaciones graves. Éstas son entonces referidas a la Subcomisión en pleno, que puede luego remitir las situaciones a la Comisión de Derechos Humanos para su consideración. Las comunicaciones deben satisfacer criterios de admisibilidad, y todo el procedimiento es confidencial a menos que y hasta tanto la Comisión de Derechos Humanos decida hacer recomendaciones al ECOSOC. Quienes presentan comunicaciones no desempeñan ningún papel formal en el proceso después de que éstas han sido presentadas.

Si bien el procedimiento de la Resolución 1503 representó un paso importante al ser adoptado hace más de veinte años, se han formulado muchas críticas a su funcionamiento y a sus limitaciones para proporcionar respuestas oportunas y efectivas a las violaciones graves a los derechos humanos. El desarrollo de la amplia variedad de mecanismos alternativos para manejar denuncias que se ha dado desde la adopción del procedimiento 1503 significa que ahora puede haber procedimientos alternativos más efectivos y más transparentes.

En cuanto al manejo de temas de discriminación sexual o de violaciones a los derechos humanos que poseen una dimensión de género importante, parece que el procedimiento de la Resolución 1503 ha hecho pocos aportes.³⁵

(i) *Procedimiento de comunicaciones de la Comisión sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer.* La Comisión de la ONU sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer (CSW) tiene también facultades para recibir comunicaciones relativas a la condición de la mujer. El procedimiento es relativamente desconocido y poco utilizado.³⁶ Las comunicaciones (jerga de la ONU para "denuncias") son recibidas como fuente de información para la Comisión, que utiliza en la formulación de políticas y recomendaciones al ECOSOC. Las comunicaciones son consideradas por un grupo de trabajo de la Comisión, que informa a la Comisión sobre las tendencias y patrones de discriminación contra la mujer revelados por las comunicaciones. Los procedimientos son confidenciales y las personas que presentan las comunicaciones no tienen ningún papel en su consideración (y hasta hace poco, ni siquiera eran informadas de las recomendaciones que pudiera haber formulado la Comisión en respuesta a las comunicaciones recibidas). No han hecho ningún aporte significativo al trabajo de formulación de políticas de la Comisión y no parecen haber proporcionado como subproducto un camino para ofrecer compensación en casos específicos.

El procedimiento fue recientemente sometido a una revisión integral,³⁶ y en sus sesiones de 1991 y 1992 la Comisión consideró las mejoras que debían hacerse (en caso de haberlas). Sin embargo, la Comisión se mostró renuente a hacerle cambios significativos al procedimiento y éste continúa esencialmente sin modificación.³⁷ Esto no quiere decir, sin embargo, que no sea posible un uso más creativo y más efectivo de este procedimiento.

(ii) *Grupo de Trabajo sobre Desapariciones y Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria.* Además del mecanismo del Relator Especial, la Comisión de Derechos Humanos tiene dos grupos de trabajo temáticos con funciones de recurso de denuncia, así no estén designados formalmente como tales. El Grupo de Trabajo sobre Desapariciones fue establecido en 1979 y de hecho antecedió a cualquiera de los Relatores Especiales temáticos.³⁷ El Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria fue creado tan sólo hasta 1991. Al grupo se le encomendó la labor de investigar los casos de detenciones impuestas en forma arbitraria o inconsistente con las normas del derecho internacional. En el desarrollo de su labor, debe buscar y recibir información de los gobiernos y de personas naturales, sus familias y sus representantes.³⁸ Aunque ninguno de los procedimientos a primera vista parece ofrecer un camino para demandar las violaciones a los derechos humanos con especificidad de género, el nuevo Grupo de Trabajo sobre Detención bien podría brindar algunas oportunidades.

(iii) *Relatores temáticos.* Un suceso importante en la Comisión de Derechos Humanos en los últimos diez años ha sido la adopción del mecanismo del relator temático especial. La Comisión ha designado una serie de relatores especiales con encargos que cubren las ejecuciones sumarias y arbitrarias, la tortura, la intolerancia religiosa, la venta de niños, el racismo y la xenofobia, la libertad de opinión y expresión, los mercenarios, las personas desplazadas internamente y la violencia contra la mujer.³⁹

Las funciones de los Relatores Especiales fueron descritas recientemente en los siguientes términos:

133. Las funciones de cada Relator varían de acuerdo con los diferentes encargos que les asigna la Comisión. Incluyen recoger información acerca del cumplimiento o violación de derechos específicos, recibir y enviar a los Gobiernos comunicaciones recibidas de personas u organizaciones denunciando la violación de los derechos comprendidos en el encargo correspondiente (en algunos casos como asunto de acción urgente), informar sobre la magnitud y práctica de las violaciones de los derechos relevantes, formular recomendaciones sobre políticas y, en algunos casos, visitar países específicos por invitación de esos países.

134. El informe de cada Relator a la Comisión de Derechos Humanos es un documento público que contiene resúmenes de las comunicaciones y de las respuestas de los Gobiernos, así como material más general. Los Relatores no deciden sobre la exactitud de las afirmaciones contenidas en el material que reciben de particulares y organizaciones o de los Gobiernos como respuesta.⁴⁰

Varios de los Relatores podrían constituir un camino útil para presentar denuncias sobre violaciones a los derechos humanos de la mujer. Hasta la fecha se ha hecho relativamente poco uso de estos procedimientos para remediar violaciones contra las mujeres con especificidad de género.

Otros procedimientos

(a) *Procedimientos de informe según los tratados⁴¹*

Los principales tratados sobre derechos humanos de la ONU contemplan un sistema de informes por parte de los Estados partes. Los Estados partes deben informar periódicamente al organismo de supervisión responsable sobre los pasos que hayan tomado para implementar sus obligaciones y las dificultades que hayan experimentado al hacerlo. Estos informes son entonces examinados por el organismo del tratado relevante en presencia de representantes del Estado implicado. Todos los comités reciben información de manera informal, de parte de las organizaciones no gubernamentales, la cual puede ser utilizada en su interrogatorio a los Estados.

El examen del informe de un Estado en cumplimiento de un tratado puede brindar una oportunidad para ejercer presión internacional sobre ese Estado. Si los miembros de un organismo de supervisión critican fuertemente a un Estado, o expresan la opinión de que el Estado no ha cumplido con sus obligaciones según el tratado, ello puede servir para presionar al gobierno, particularmente si el proceso es objeto de publicidad a nivel internacional o nacional.

Puede ser difícil utilizar este procedimiento en forma efectiva. En primer lugar, es probable que no sea ampliamente conocido el hecho mismo de ser un país parte de un instrumento que le exige presentar un informe, y aun quienes lo saben pueden encontrar dificultades al hacerle seguimiento a la presentación de informes gubernamentales y al cronograma para su estudio por el comité respectivo. En segundo lugar, es posible que los grupos nacionales que podrían explotar esta oportunidad sepan poco acerca del procedimiento, el formato apropiado para la presentación de material y la forma más efectiva de cabildear a los miembros del comité o de generar publicidad. Además, el estudio del informe de un Estado por parte del organismo de supervisión generalmente depende de que dicho Estado presente un informe. Muchos Estados se han atrasado considerablemente en el cumplimiento de sus obligaciones de informar (y algunos incluso han dejado de presentar informes exigidos por tratados específicos). También es cuestión de suerte el que un Estado esté programado para comparecer ante el organismo de un tratado que va a considerar los temas de fondo que uno quisiera llevar ante el mismo. Si agregamos a esto el hecho de que las reuniones de dichos organismos se celebran en Ginebra o Nueva York, el costo que implica enviar personas para informar a los miembros puede volverse prohibitivo rápidamente. Aunque muchas ONG internacionales mantienen presencia en estos lugares, parece que tan sólo unas pocas hacen esfuerzos conscientes para mantener informadas a las ONG nacionales sobre la fecha de presentación del próximo informe de un país y establecer un enlace con ellas.

A pesar de estas dificultades, con algo de preparación es posible utilizar los procedimientos ante los organismos de un tratado en forma bastante efectiva. Por ejemplo, luego de la represión del movimiento pro-democracia de China en 1989, hubo ONG en Hong Kong y ONG internacionales que plantearon el tema en una serie de foros de la ONU, incluyendo no sólo la Subcomisión y la Comisión de Derechos Humanos, sino también el Comité contra la Tortura y el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial, ante los cuales por casualidad se consideraron informes sobre China en el período siguiente a la represión de 1989. Hasta la fecha, con excepción del CEDAW, relativamente poco material relacionado con asuntos de género ha sido llevado ante los diferentes organismos de los tratados, aunque esto ha comenzado a cambiar con el mayor interés sobre estos temas demostrado por los órganos de los tratados y las ONG (de "derechos humanos" y de "derechos de la mujer") luego de la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de 1993. Una excepción reciente de un caso ante el Comité de Derechos Humanos fue el de Hong Kong en la audiencia sobre el informe del Reino Unido celebrada en abril de 1991. El Consejo de Mujeres de Hong Kong presentó un informe detallado sobre el carácter de la discriminación contra la mujer en Hong Kong. Desafortunadamente, debido a las restricciones de tiempo del Comité, se hizo un seguimiento relativamente limitado de dicho informe en el interrogatorio por parte del Comité.

(b) Organismos "políticos" y "de políticas"

Además de los procedimientos formalmente designados como procedimientos de denuncia, o en virtud de los cuales se pueden presentar acusaciones sobre violaciones a los derechos humanos ante los órganos de los tratados como parte de la

revisión que deben hacer a los informes de los países, existen otros procedimientos disponibles. Podrían describirse como los organismos "temáticos" y de expertos, por una parte, y los organismos políticos, por otra.

En el sistema de la ONU existen varios organismos que examinan temas específicos y que, aunque pueden no tener la función específica de considerar denuncias sobre violaciones a los derechos humanos, pueden no obstante recibirlas como parte de la recopilación de información que deben realizar. Por ejemplo, el Grupo de Trabajo sobre Formas Contemporáneas de Esclavitud, un grupo de trabajo de la Subcomisión sobre Prevención de la Discriminación y Protección de Minorías, es un organismo que considera, entre otros asuntos, la cuestión del tráfico de mujeres y niños. (Dado que muchas de las principales convenciones que se ocupan de la prostitución y el tráfico de mujeres no prevén ningún mecanismo de supervisión o aplicación,⁴² este organismo ha asumido algo de esa tarea). Al hacerlo, recibe información y denuncias de ONG. Las ONG que se dedican a estos temas han hecho un uso considerable de este foro en años recientes. Aunque llevar un asunto ante este organismo fundamentalmente proporciona tan sólo un foro publicitario, los Estados mencionados en las presentaciones de las ONG con frecuencia asisten y responden a las acusaciones de violaciones a los derechos.⁴³ El Grupo de Trabajo de la Subcomisión sobre Prácticas Tradicionales desempeñó un papel similar en la investigación sobre la existencia y el alcance de diversas prácticas tradicionales que afectan la salud de las mujeres y los niños (incluyendo la circuncisión femenina, la preferencia por los hijos varones y prácticas similares).⁴⁴

La Subcomisión sobre Prevención de la Discriminación y Protección de Minorías también constituye un foro en el cual pueden plantearse acusaciones sobre violaciones a los derechos en países específicos en debate público.⁴⁵

Los organismos "políticos" de la ONU también ofrecen un foro para ventilar denuncias sobre derechos humanos en sesión pública. Pueden proporcionar una oportunidad para destacar abusos en un país determinado, y la publicidad es el principal beneficio que puede derivarse del uso de tales foros. En casos de violaciones bastante graves a los derechos, puede ocurrir que dicho organismo esté dispuesto a ejercer presión adicional sobre un Estado mediante la adopción de una resolución que puede abarcar desde una expresión de preocupación hasta la condena e incluso hasta el establecimiento de un mecanismo especial para investigar la situación en un país.

El principal foro de este tipo dentro de las Naciones Unidas es la Comisión de Derechos Humanos, que se reúne anualmente a principios del año. Su agenda incluye una amplia variedad de temas, y considera acusaciones de violaciones a los derechos humanos por países así como asuntos temáticos.⁴⁶

La Comisión sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer (CSW) también es un foro disponible. Técnicamente tiene el mismo nivel que la Comisión de Derechos Humanos, y se reúne una vez al año durante un período relativamente corto de dos semanas. Lo interesante es que la CSW no ha seguido el camino de la Comisión de Derechos Humanos al debatir supuestas violaciones a los derechos humanos en países específicos (aunque como se mencionó anteriormente, sí las considera a través de su procedimiento de comunicaciones confidenciales, que es más bien ineficaz). Como comenta Laura Reanda,

no ha habido ningún intento concertado para ampliar el papel de la Comisión [sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer] y convertirla en un mecanismo de vigilancia con facultades investigativas, como ocurre con la Comisión de Derechos Humanos.

Es claro que el problema de la implementación de los derechos de la mujer se planteó de manera distinta al de los derechos humanos. Las políticas se dirigieron no hacia un esfuerzo por detectar violaciones y garantizar el respeto a los derechos fundamentales, sino más bien a asistir a los gobiernos en la identificación de necesidades y alentarlos a adoptar políticas sociales iluminadas que impulsarían el "avance" de la mujer.⁴⁷

Las dificultades que implica el uso de tales procedimientos pueden suponerse. El carácter politizado de dichos organismos puede hacer que los méritos de una denuncia parezcan casi irrelevantes, y tomar algún tipo de acción depende en gran medida del éxito obtenido en la creación de coaliciones entre diversos países y grupos regionales. Esto requiere estar presente en esas reuniones y familiarizarse con los procedimientos. No obstante, el uso de un foro político puede ser una forma de llevar un asunto rápidamente al nivel internacional.

¿Qué resultado ha producido hasta ahora la utilización de los procedimientos internacionales?

Los procedimientos internacionales para tramitar denuncias individuales parecen haber producido relativamente pocos resultados en términos de los derechos de la mujer. En términos generales, parece que se han presentado relativamente pocas denuncias de violaciones con especificidad de género con base en los procedimientos. Ha habido, ciertamente, una serie de casos importantes en los cuales se ha defendido firmemente el derecho a la no discriminación⁴⁸ o en los cuales una decisión basada en la violación de un derecho sustancial ha promovido los intereses de la mujer.⁴⁹ Pero también ha habido casos que podrían considerarse como relativamente claros en términos de discriminación sexual y que han tenido resultados desfavorables. Adicionalmente, en el área de los derechos reproductivos los resultados han sido un tanto ambiguos, con decisiones que promueven los derechos de la mujer,⁵⁰ pero también con decisiones menos satisfactorias tanto por su razonamiento como por sus resultados.⁵¹

Ha habido relativamente pocos intentos de llevar una gama amplia de asuntos ante estos organismos, en particular asuntos relacionados con derechos económicos, sociales y culturales o con la responsabilidad de los Estados por violaciones a los derechos por parte de individuos particulares.⁵²

El mismo patrón se ha repetido en los otros procedimientos; los procedimientos de la OIT o la Resolución 1503 se han utilizado relativamente poco para plantear violaciones a los derechos de la mujer. Se han hecho algunos esfuerzos bajo la égida de los Relatores Especiales y dentro del marco de los diferentes grupos de trabajo temáticos. Como parte de una reciente revisión del procedimiento de comunicaciones ante la Comisión de las Naciones Unidas sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer realizada por dicha Comisión, se evaluó la medida hasta la cual las violaciones a los derechos humanos de la mujer o las violaciones a los derechos humanos que atañen especialmente a la mujer han sido abordadas y consideradas dentro de los procedi-

mientos de comunicación de los organismos de derechos humanos de la ONU, la OIT y la UNESCO. Se concluyó que se había prestado relativamente poca atención a las violaciones a los derechos de la mujer dentro del marco de referencia de los procedimientos de la corriente dominante.⁵⁵

Las razones sin duda son muchas. La primordial entre ellas debe ser la falta de conocimientos sobre los procedimientos disponibles y sobre la manera de utilizarlos. Para quienes están familiarizados con ellos, puede también ser evidente una renuencia a utilizar procedimientos según los cuales la compensación del daño puede demorar mucho tiempo en lograrse (si es que se logra) o que son ineficaces, o que (por cualquier motivo) ofrecen limitadas posibilidades de éxito. Dentro del contexto europeo, el derecho de la Comunidad Europea puede ofrecer una ruta más satisfactoria y expedita. La opinión de que la energía estaría mejor empleada en el activismo a nivel nacional así como la posibilidad de un resultado desfavorable o inútil, pueden también disuadir a los grupos de llevar sus casos ante los organismos internacionales.

Las Posibilidades

Este recuento bastante sombrío de las limitaciones de los procedimientos internacionales y los problemas que pueden surgir al intentar utilizarlos no pretende sugerir que no valga la pena considerar su uso. De hecho, mi punto de vista es que es posible una utilización considerablemente más efectiva de algunos de estos procedimientos, con una coordinación apropiada con los grupos a nivel nacional e internacional.

Algunas Sugerencias para la Acción

La siguiente sección contiene una serie de sugerencias de acciones que podrían promover la aplicación e implementación de las normas de derechos humanos en lo que se refiere a la mujer. Se relacionan con la acción que podrían realizar conjuntamente quienes trabajan a nivel internacional y nacional.

(a) Utilización del derecho internacional a nivel internacional y nacional

Los derechos garantizados por los instrumentos internacionales y las prácticas sobre su interpretación e implementación no han sido fijados en concreto, ni tampoco quienes hasta ahora han dominado la exégesis de esos derechos están destinados o facultados para ser los únicos decodificadores del significado de las garantías de los derechos humanos. Las descripciones del discurso de los derechos como "lugar de lucha" o "lugar de diálogo"⁵⁶ son útiles en este contexto, ya que hacen visibles la negociación y el proceso político que constituyen la interpretación de los derechos, aun (o especialmente) en contextos formalizados (cuasi)judiciales. Las críticas sobre las limitaciones del discurso de los derechos internacionales para la mujer han incluido argumentos tales como que quienes "dialogan" sencillamente no están hablando sobre temas de importancia básica para las mujeres. Parte de cualquier estrategia general para utilizar el discurso sobre derechos humanos internacionales en forma más extensa debe ser el esfuerzo combinado de ampliar la gama de participantes en

ese diálogo. Karen Engle sostiene que la historia del desarrollo del derecho de los derechos humanos ha sido una historia de desafíos planteados desde los márgenes por quienes han sido excluidos de participar en el discurso.³⁹ Por consiguiente, existe la necesidad de apropiarse de parte de la capacidad de definir el contenido de los derechos humanos para cuestionar así los modelos androcéntricos estrechos y abordar aspectos de importancia central para las mujeres. Las concepciones corrientes sobre la naturaleza dinámica de la interpretación de las normas y procedimientos de derechos humanos, demuestran la necesidad de responder a las condiciones y preocupaciones sociales cambiantes; la ampliación de la gama de participantes y perspectivas en ese diálogo ciertamente es un comienzo.

(b) Fortalecimiento de los mecanismos de aplicación existentes y desarrollo de mecanismos nuevos para tratar las violaciones a los derechos humanos que atañen específicamente a la mujer

Es importante fortalecer los mecanismos existentes para aplicar las normas en casos de violaciones a los derechos humanos de la mujer y adoptar nuevos procedimientos para ese fin. Existen al menos tres áreas en las cuales podrían adelantarse acciones con este propósito. La primera es ejercer presión para que se hagan mejoras adicionales y sustanciales al procedimiento de comunicaciones de la CSW. Aunque en la actualidad puede parecer que existen pocas perspectivas para una renovación total del procedimiento, vale la pena proseguir con ésta y otras alternativas (tales como el Relator Especial sobre asuntos específicos, como la violencia). Esta es en gran medida una estrategia política, pero el apoyo de las organizaciones no gubernamentales puede desempeñar un papel en la promoción de los avances que ya se han logrado.

En segundo lugar, es mucho lo que se puede decir en favor del establecimiento de procedimientos de denuncia individual en los tratados que aún no los tienen. De especial importancia a este respecto son tanto la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La idea de un procedimiento opcional de denuncias en la Convención de la Mujer recibió apoyo en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de junio de 1993, y recientes iniciativas no gubernamentales condujeron a la presentación de un borrador de protocolo opcional ante el CEDAW en su sesión de 1995. La esencia del borrador fue avalada por el CEDAW y remitida a la CSW, la cual solicitó el establecimiento de un grupo redactor.⁴⁰ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también examinó el asunto,⁴¹ aunque el avance parece más lento con relación a la obtención de apoyo estatal. La perspectiva de un Protocolo Opcional para ambos tratados da origen a problemas similares, particularmente a objeciones relacionadas con la apreciación de que los derechos garantizados deben implementarse en forma progresiva y no son apropiados para procedimientos de ejecución (cuasi)judiciales.

En esta área tanto las ONG y los Estados, como las instituciones (incluyendo los donantes) pueden desempeñar un papel. Una manera de darle impulso serio a un Protocolo Opcional a, digamos, la Convención de la Mujer, sería una conferencia temática en la cual expertos en derechos humanos, grupos de mujeres y otros

(incluyendo representantes de Estados simpatizantes) pudieran discutir el asunto. Por ejemplo, gran parte del ímpetu en la ONU para la elaboración de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer puede atribuírsele al Gobierno de Canadá, que financió una reunión de un grupo de expertos en octubre de 1991 para discutir el desarrollo de un instrumento relacionado con la violencia contra la mujer.

(c) Aumento de la presencia feminista en los organismos de derechos humanos

Un objetivo obvio que requiere trabajo más enérgico es el de aumentar la representación de la mujer en los diversos organismos de derechos humanos. Esta ruta implica una relación estrecha entre las ONG nacionales e internacionales, y el apoyo de los gobiernos simpatizantes.

(d) Utilización de los procedimientos existentes para lograr un mayor efecto

Existen muchas oportunidades dentro de la gama de procedimientos actualmente existentes para aumentar la visibilidad de las violaciones a los derechos humanos de la mujer, desarrollar legislación y prácticas que contribuyan a un mayor conocimiento de las mismas y utilizar los procedimientos internacionales para aumentar el goce de los derechos humanos por parte de las mujeres.

Con relación a los procedimientos estrictamente judiciales, una estrategia que podría explorarse más de lo que ya se ha hecho es la posibilidad de que una organización con interés demostrado en el asunto que es objeto de litigio pueda intervenir ante un órgano de tal naturaleza. La intervención por parte de un *amici curiae* con frecuencia puede ejercer un impacto decisivo sobre el caso, porque pone a disposición de la corte material relevante que probablemente no habría recibido de otro modo. Aunque este tipo de intervención está bien desarrollado en varios sistemas legales nacionales, lo está menos a nivel internacional (aunque se han dado una serie de casos en los cuales las ONG han intervenido en procesos ante la Corte Europea y la Corte Interamericana).³⁰

Entre los procedimientos que parecen estar subutilizados se cuentan los procedimientos de denuncia de la OIT. Según el artículo 24 de la OIT es posible presentar una denuncia contra un Estado miembro de la OIT cuando el Estado ha dejado de garantizar el cumplimiento de una convención de la cual es parte. La OIT ha adoptado una serie de convenciones que tratan asuntos de importancia para la mujer. Las más destacadas son las dos convenciones contra la discriminación que tratan sobre la igualdad en la remuneración y la discriminación en el empleo y el trabajo (OIT Nos. 100 y 111), pero existen muchas otras convenciones que tratan asuntos laborales y sociales que podrían utilizarse como mecanismos de presión para las denuncias relacionadas con los derechos humanos de las mujeres. Aunque las personas naturales no pueden presentar denuncias, existe la posibilidad de encontrar una organización laboral nacional o internacional que esté dispuesta a hacerlo.

Los procedimientos del Comité Contra la Tortura también pueden ofrecer algunas posibilidades de llevar al nivel Internacional los asuntos relacionados con la violencia

contra la mujer. Aunque hasta ahora el Comité ha demostrado una buena dosis de miopía en relación con la tortura a las mujeres (incluso en el contexto de las violaciones tradicionales, donde la tortura es infligida por un agente estatal),⁵⁹ es posible que con el tiempo el Comité pueda ser persuadido de adoptar una visión amplia de la definición de tortura en la Convención y a aplicar la Convención a la violencia privada contra la mujer que es tolerada por el Estado.

El artículo 22 de la Convención Contra la Tortura crea un procedimiento de denuncia individual que debe ser aceptado por un Estado para que pueda entablarse una denuncia en su contra.⁶⁰ El artículo 20 de la Convención establece un procedimiento mediante el cual el Comité puede iniciar una averiguación sobre la situación de un Estado si ha recibido "información confiable que a su juicio contiene indicaciones bien fundamentadas en el sentido de que se está practicando sistemáticamente la tortura en el territorio de un Estado parte".⁶¹ Los Estados están obligados por este procedimiento a menos que opten por retirarse del mismo en el momento de la ratificación de la Convención. De los 71 Estados que eran parte de la Convención al 31 de diciembre de 1992, 65 estaban obligados por el procedimiento del artículo 20.

En la práctica es probable que la información suministrada por las ONG sea la que desencadena el recurso al procedimiento del artículo 20.

El procedimiento de comunicaciones de la CSW continúa siendo subutilizado respecto a su potencial. Aunque el procedimiento presenta fallas en aspectos importantes, es posible darle mayor uso. En la actualidad muchas de las comunicaciones presentadas a la Comisión son relativamente breves y carecen de documentación completa, lo cual permite que los gobiernos las desechen fácilmente. El carácter confidencial del procedimiento también le permite a los gobiernos eludir su responsabilidad.

Sin embargo, no parece haber nada que le impida a una ONG que haya presentado una comunicación, enviar una copia completa de la misma no sólo al gobierno respectivo, sino también a la totalidad de los miembros de la CSW (quienes normalmente reciben únicamente resúmenes). Además, no parece existir ninguna razón para que el organismo que presenta la comunicación no pueda hacer público su contenido, mediante una solicitud al gobierno respectivo, de hacer pública su respuesta a la CSW (algunos gobiernos ya han manifestado estar dispuestos a dar a conocer sus respuestas al demandante, y algunos en efecto lo han hecho). Si se combina un enfoque de este tipo con una relación estrecha con los miembros de la CSW, el procedimiento podría ejercer más influencia sobre los gobiernos de lo que ha logrado hasta la fecha.

También podrían utilizarse más los *procedimientos temáticos* de la Comisión de Derechos Humanos, especialmente los Relatores Especiales temáticos. Como ya se dijo, estos procedimientos pueden proporcionar un mecanismo de acción urgente en los casos que los requieran y lograr que las denuncias y las respuestas gubernamentales se hagan públicas. Lo apropiado del mecanismo a utilizar depende, por supuesto, de la naturaleza de la violación. Sin embargo, el Relator Especial sobre Tortura puede proporcionar un foro importante en el cual se pueden plantear asuntos relacionados con la violencia contra la mujer, tanto infligida como condonada por el Estado.⁶²

El Relator Especial ha aceptado, por ejemplo, que la violación sexual puede constituir "tortura" de acuerdo con la definición de este término en su mandato. Su primer informe incluyó la violación bajo el encabezamiento general de "agresión sexual", como una forma de tortura.⁶³ Al discutir la zona "intermedia" de su mandato (las conductas que se ubican entre la "tortura" y otras formas de maltrato, no incluidas explícitamente en su mandato), se refiere también a otras formas de abuso sexual, aunque su preocupación principal parece ser el abuso sexual de los prisioneros masculinos por parte de otros hombres.⁶⁴ También se refiere en varias ocasiones a prácticas tradicionales que afectan la salud de las mujeres y los niños y anota que el Estado puede tener responsabilidad por tales acciones como resultado de su actitud ante actos de este tipo realizados por personas particulares, y en términos más generales, en relación con las prácticas mismas.⁶⁵ Siendo consecuente con este enfoque, el Relator ha remitido a los gobiernos las acusaciones de violación infligida a mujeres detenidas, o a parientes femeninas de detenidos.⁶⁶

Este procedimiento, que es bastante accesible y poco costoso, puede por consiguiente ofrecer una oportunidad para llevar casos relacionados con la violencia contra la mujer al foro internacional, donde el Estado implicado estaría sujeto a cierto grado de presión.

(e) Utilización efectiva de los procedimientos de informe de acuerdo con los diversos tratados de la ONU sobre derechos humanos

Las oportunidades que presenta la consideración de los informes de los países por parte de los diversos organismos de los tratados pueden ser útiles para ejercer presión adicional sobre los gobiernos nacionales. En la actualidad, con excepción del CEDAW, los grupos nacionales (o incluso los grupos internacionales) hacen relativamente poco uso de estas ocasiones para presentar información acerca de violaciones a los derechos que atañen especialmente a la mujer. Incluso en el caso del CEDAW, si bien el flujo de información y la asistencia de grupos nacionales a sus sesiones ha venido aumentando, la publicidad que se les da a estas sesiones a nivel internacional y nacional y el seguimiento a nivel nacional aún tienen un largo camino por recorrer antes poder agotar todo el potencial del procedimiento de informe.

Todos los organismos de los tratados ofrecen oportunidades para avanzar la perspectiva de género. Mientras que los tratados generales sobre derechos humanos (el PIDCP y el PIDESC) junto con la Convención de la Mujer ofrecen la gama más amplia de derechos sustantivos, los asuntos de discriminación contra mujeres pertenecientes a una minoría racial o étnica pueden plantearse bajo la Convención sobre Discriminación Racial.⁶⁷ Ya se ha hecho mención de algunos de los asuntos que podrían abordarse en el contexto de la Convención sobre Tortura; la Convención sobre los Derechos del Niño también cubre una serie de áreas en las cuales podrían considerarse importantes violaciones relacionadas con el género.

También es importante llevar estos asuntos ante el Comité de Derechos Humanos del PIDCP, dado que dicho organismo ejerce mucha influencia sobre la definición del discurso en la estructura de la ONU. Igual importancia tiene explotar las oportunidades que brinda el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, un organismo que aún se encuentra en las primeras etapas de su trabajo con el Pacto

Económico y que está sediento de información de las ONG y de aportes temáticos para desarrollar su jurisprudencia. Por ejemplo, el Comité ha formulado ya una serie de comentarios generales, incluyendo uno relacionado con la no discriminación en el goce de los derechos garantizados por el Pacto, y recientemente, con el derecho a una vivienda adecuada y los derechos de las personas discapacitadas. Dado que muchas violaciones a los derechos de la mujer ocurren en el área de los derechos económicos, sociales y culturales, y éste es uno de los pocos foros internacionales que se concentran en estos derechos, se trata de un comité importante para el trabajo de quienes deseen promover los derechos de la mujer en el área de los derechos económicos, sociales y culturales. Que se pueda utilizar un organismo de un tratado u otro, dependerá no sólo del asunto fundamental que se desee plantear (al fin y al cabo, se da una superposición considerable entre algunos de los tratados), sino también de si el país en cuestión ha presentado un informe para ser revisado en un momento apropiado.

Para lograr una utilización más efectiva de los procedimientos de informe, hay que dedicar muchos esfuerzos a divulgar información sobre el proceso y su potencial, así como a garantizar que los grupos nacionales tengan conocimiento de la presentación de informes por parte de los gobiernos y del momento en que éstos han de ser examinados por el organismo del tratado relevante. Es posible que se requieran más programas de entrenamiento en los cuales puedan participar las ONG nacionales, con el fin de establecer conexiones entre ellas y las organizaciones que están activas a nivel internacional, y hacerle seguimiento a las actividades diarias de los organismos de los tratados. En algunos casos pueden requerirse mayores esfuerzos por parte del secretariado para poner los documentos a disposición de las ONG en países concretos que no están en las listas normales de distribución y que por consiguiente tienen poca probabilidad de conocer los acontecimientos recientes. También tienen responsabilidad los miembros de los comités asignados para actuar como relatores de país para un informe. En ocasiones poco o ningún esfuerzo se hace para contactar grupos en los países respectivos (y éstos tienen poca probabilidad de ser grupos de mujeres). Depender de estas ONG que normalmente apoyan los comités de la corriente dominante, también puede hacer que no se garantice la presentación de una perspectiva de género ante el comité, ya que muchos de esos grupos no tienen ningún interés especial en ello y pueden no tener buenos contactos a nivel nacional.

(f) Los asuntos de fondo

Las sugerencias anteriores tienen que ver con el uso más efectivo de los procedimientos y no con los asuntos de fondo (salvo en la medida en que únicamente las denuncias que estén dentro del alcance del tratado relevante sean susceptibles de ser mantenidas dentro de los procedimientos respectivos). Sin embargo, puede ocurrir que una estrategia temática de amplio alcance adoptada en toda una gama de organismos y procedimientos sea efectiva. Amnistía Internacional, por ejemplo, fue en extremo efectiva en su campaña contra la tortura, llevando el asunto al centro del escenario de los derechos humanos internacionales a través de una campaña concertada. Otros asuntos adelantados de esta forma incluyeron la cuestión de las desapariciones. Puede ser que un tema importante o una gama escogida de temas

puedan llevarse activamente ante una serie de organismos de derechos humanos, que van desde los organismos políticos hasta los comités de los tratados, tanto en sus papeles de supervisión como de decisión. Colocar la violencia contra la mujer en la agenda de todos los organismos importantes de derechos humanos a nivel internacional y regional, por ejemplo, se ha convertido en una meta en la que recientemente se ha trabajado con algún éxito.

Los derechos fundamentales que tendrán interés especial para quienes están interesados en utilizar el sistema internacional, serán el producto de las experiencias de aquellos cuyos derechos ha sido violados. No obstante, parece haber dos áreas generales en las cuales el derecho sustantivo de los derechos humanos, en la medida en que afecte particularmente a las mujeres, requiere desarrollo teórico y práctico. Dichas áreas son la responsabilidad del Estado derivada de las violaciones a los derechos humanos perpetradas por personas particulares (y quizás también la responsabilidad internacional de las personas particulares mismas) y el goce por parte de las mujeres de los derechos económicos, sociales y culturales. Los dos son temas que, en lo que concierne a los derechos humanos de la mujer (y quizás en general), merecen considerable desarrollo en el derecho sustantivo y en la práctica del régimen internacional de derechos humanos.

(g) Creación de una jurisprudencia propia

Como se sugirió anteriormente, el contenido fundamental de las garantías de los derechos humanos es maleable en muchos sentidos y la lucha por el significado es una lucha política que se adelanta a través del discurso legal. Por consiguiente, existen oportunidades de influir en forma decisiva sobre la dirección en la cual se desarrolla la jurisprudencia internacional relacionada con los derechos humanos de la mujer, y de llevar dicha jurisprudencia internacional al nivel nacional.

Si bien se puede influir sobre el desarrollo de los precedentes presentando casos apropiados y quizás interviniendo en otros, este proceso puede ser algo esporádico, aunque valioso. Sin embargo, otra área en la cual podrían hacerse contribuciones significativas al desarrollo de las normas internacionales es el desarrollo de la *jurisprudencia*, en sentido amplio, de los diversos organismos de los tratados. Los órganos de los tratados de la ONU tienen la facultad de hacer comentarios generales, o recomendaciones generales, facultad que el Comité de Derechos Humanos ha aprovechado para elaborar su interpretación de artículos específicos de la Convención. Ha sido seguido en dicho esfuerzo por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y también por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

Estos comentarios generales detallados pueden ser especialmente útiles para invocar una elaboración minuciosa de las garantías que están planteadas en términos muy amplios en los diversos tratados, y pueden ser particularmente útiles para tal fin en el contexto político nacional e incluso en el judicial. Por ejemplo, los comentarios generales del Comité de Derechos Humanos sobre el PIDCP han sido citados regularmente ante y por las cortes en relación con la interpretación de la Declaración de Derechos de Hong Kong, la cual incorpora el PIDCP como parte del derecho nacional.⁶⁶ Con excepción de las recomendaciones generales del CEDAW, el género ha desempeñado un papel relativamente menor en los comentarios generales de los demás comités.

En el caso del ESCRC y el CEDAW, la formulación de comentarios generales y recomendaciones generales de tipo detallado aún se encuentra en sus etapas iniciales. Los comités agradecen y necesitan los aportes de los expertos de las ONG, lo cual proporciona una excelente oportunidad para que los grupos de mujeres ayuden a moldear la jurisprudencia que surge a través de este proceso. El comentario general más reciente del ESCRC relacionado con el derecho a una vivienda adecuada estuvo fuertemente influido por el aporte de Habitat Internacional, y la recomendación general reciente del CEDAW sobre la violencia (1992) recibió un aporte significativo de parte de las ONG. La Liga Internacional para los Derechos Humanos organizó, conjuntamente con International Women's Rights Action Watch, un seminario previo al congreso sobre violencia contra la mujer en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos y la Convención, al cual asistió un grupo de miembros del CEDAW.¹⁰ El trabajo de todos los órganos de los tratados en este sentido brinda una oportunidad importante que contribuye a moldear la jurisprudencia de los derechos humanos de manera que beneficie a la mujer.

(h) La utilización de los procedimientos internacionales: algunos pasos necesarios

Todo análisis sobre si llevar un caso a nivel internacional o no implica el estudio de un gran número de aspectos.¹¹ Normalmente incluye los siguientes pasos (e orden no es necesariamente lineal):

- Identificación de las violaciones (y sus causas) y conceptualización de las mismas en términos de los instrumentos internacionales de derechos humanos en una etapa inicial (aun si se están iniciando procedimientos a nivel nacional). Conocer los requisitos de admisibilidad del procedimiento internacional de comunicaciones que pueda ser eventualmente utilizado puede ser decisivo en la planificación de un caso a nivel nacional que satisfaga estos criterios. El requisito de agotar los recursos locales, por ejemplo, puede exigir que en los procesos nacionales, formalmente o de manera sustancial, se hayan invocado las normas internacionales aplicables. No hacerlo (incluso si invocarlas probablemente no tenga ningún impacto sobre el resultado del procedimiento nacional) puede significar que los recursos internos no han sido agotados y que la denuncia no puede proceder a nivel internacional.
- Identificación de un organismo o procedimiento apropiado.
- Identificación de los objetivos a lograr mediante la presentación del asunto o caso ante un organismo internacional.
- Evaluación de si el tiempo y la energía requeridos en un caso específico representan una utilización útil y eficiente de un recurso precioso.
- Enlace con una ONG local o internacional experimentada en la relación con el organismo respectivo o en la utilización del procedimiento.
- Preparación y presentación de la denuncia u otra documentación.
- Seguimiento, cabildeo o presentación del material.
- Aplicación de lo internacional al país (publicidad).

Aplicación de lo internacional en el país: utilización del derecho internacional en el foro nacional

He sugerido anteriormente que hay mucho de positivo en las medias que se adopten para promover una mayor utilización de las normas internacionales y del material comparativo a nivel nacional en los contextos legal y político. Hacerlo de manera efectiva requiere de la recopilación y divulgación de información acerca de los desarrollos a nivel internacional y en otros países y el establecimiento de centros de recursos que estén dispuestos a brindar asistencia cuando se requiera. Algo de esto ya está ocurriendo, tanto en relación con asuntos de derechos humanos en general como con los derechos de la mujer en particular.⁷¹ Tal vez sea necesario tener cuidado con la selección de la jurisprudencia apropiada, ya que gran parte de la jurisprudencia nacional que interpreta las garantías internacionales de derechos humanos que se relacionan con la mujer parece contradecir los principios subyacentes incorporados a esas garantías.⁷²

Sin embargo, el Secretariado del "Commonwealth" le ha dado apoyo especial a una serie de coloquios judiciales para dar a conocer las normas y jurisprudencia de los derechos humanos internacionales a los jueces en sus países, una estrategia que parece estar dando algún resultado. Una estrategia similar centrada en los derechos de la mujer bien podría traer beneficios similares. Sin embargo, aunque un coloquio de ese tipo ha sido propuesto ya ante el Secretariado del "Commonwealth", éste aparentemente no lo ha considerado como una prioridad. Aunque desde 1988 ha organizado una serie de coloquios judiciales sobre la aplicación de las normas internacionales de derechos humanos a nivel nacional, ninguno de los cuales trató en detalle los derechos de la mujer, tan sólo hasta 1994 se celebró un coloquio enfocado hacia los derechos humanos internacionales de la mujer.

Obviamente, la eficacia legal que tiene invocar las normas internacionales fluctuará de país a país, al igual que los beneficios o inconvenientes estratégicos y tácticos de apelar a un foro internacional o invocar normas internacionales. Por ejemplo, el Comisionado federal australiano sobre Discriminación Sexual ha intervenido en una serie de casos ante cortes industriales para presentar argumentos basados en la Convención de la Mujer y la legislación que la implementa.⁷³

Las normas internacionales pueden invocarse no sólo en el contexto judicial sino también en los contextos legislativo y administrativo. La invocación de normas internacionales en el contexto judicial está influida por la naturaleza del sistema legal respectivo, por el grado hasta el cual el derecho internacional de los tratados o el derecho consuetudinario formen parte del derecho nacional y por la medida en que las obligaciones específicas de un tratado hayan sido traducidas al derecho nacional.

En los sistemas de derecho consuetudinario ["common law"], fuera de los casos en los que un tratado haya sido incorporado directamente o exista una ley que claramente tenga como objetivo implementar las obligaciones específicas de un tratado, el sistema (sus jueces y abogados) ofrece cierta resistencia a la invocación de las normas legales internacionales. Dejando claramente a un lado las barreras sistémicas y conceptuales, trabajar con materiales internacionales en un contexto donde el derecho positivo "cuenta" puede ser difícil.⁷⁴ Las fuentes del derecho internacional con fre-

cuencia tienen origen y presentación desconocidas, y son de una ambigüedad frustrante debido a su vaguedad o a la manera como plantean sus principios, de tal forma que aplicarlas a los hechos de un caso específico puede dejar perplejo a un juez entrenado en la tradición del derecho consuetudinario. No obstante, es mucho lo que se puede hacer, tanto para sensibilizar a los abogados a nivel nacional sobre las normas internacionales (el proceso probablemente tomará algún tiempo) como para expedir leyes a nivel nacional que contribuyan al desarrollo de las normas internacionales, de manera que puedan ser utilizadas en el contexto de otros sistemas nacionales.

Necesidad de información y acceso

Un denominador común de muchas de las sugerencias hechas arriba es la necesidad de difundir información sobre la existencia y el potencial que tienen los diversos procedimientos internacionales disponibles, y de construir una mejor articulación entre las organizaciones que trabajan a nivel nacional y las que trabajan a nivel internacional. Una sugerencia que he hecho en otras ocasiones es la de un manual que presente, desde una perspectiva específica de género, las formas en que se podrían explotar los procedimientos internacionales como parte de la lucha para promover la posición de la mujer, así como para identificar las formas en las que el derecho internacional y comparado pueden llevarse de nuevo a casa y ser incorporados al sistema legal interno.

Conclusión

La gama de garantías a los derechos humanos y de organismos que tienen la responsabilidad de desarrollar, supervisar el cumplimiento o aplicar estas normas, significa que existen buenas oportunidades para llevar las violaciones a los derechos humanos de la mujer a los foros internacionales, como parte de una campaña para responder a esas violaciones. Los avances que se puedan lograr con el uso de estos procedimientos variarán considerablemente, pero en muchos casos la presión internacional adicional sobre un gobierno puede ser un camino que vale la pena recorrer. Si bien en última instancia es necesario evaluar si el tiempo y los recursos requeridos para llevar los asuntos a nivel internacional constituyen un proceder eficiente, existen muchas posibilidades para promover los derechos humanos de la mujer a corto y largo plazo.

Son muchas las situaciones en las cuales el derecho y la práctica nacionales parecen haber sido incapaces de responder adecuadamente, al menos a corto plazo, a las violaciones a los derechos humanos de la mujer. En última instancia, el interrogante es si cualquiera de los múltiples procedimientos descritos a lo largo de este capítulo ofrece mayores posibilidades de responder a tales violaciones.**

***Con mis agradecimientos a Julian, cuyas molestias de dentición contribuyeron a dar forma y contenido al presente artículo.*

Notas

1. Ver Laura Reanda, "The Commission on the Status of Women" [La Comisión sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer], en *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal* [Las Naciones Unidas y los derechos humanos: una evaluación crítica], ed. por Philip Alston (Oxford: Clarendon Press, 1992), 265, 281-89.

2. El desarrollo reciente de un nuevo instrumento internacional sobre violencia contra la mujer, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, es un ejemplo de esto. Ver Doc. de la ONU G.A. Res. 48/104 (1993).

3. Comparar Bernard Graefrath, "Reporting and Complaint Systems in Universal Human Rights Treaties" [Sistemas de información y denuncia en los tratados universales de derechos humanos], en *Human Rights in a Changing East/West Perspective* [Los Derechos Humanos en una perspectiva de cambio entre oriente y occidente], ed. por Allan Rosas y Jan Helgesen (Londres y Nueva York: Pinter Publishers, 1990), 290-91.

4. Ver en general Karen Engle, "International Human Rights and Feminism: When Discourses Meet" [Derechos humanos internacionales y feminismo: cuando los discursos se encuentran], 13 Mich. J. Int'l L. 517 (1992).

5. Ver en general Chaloka Beyani, "Hacia una manera más efectiva de garantizar los derechos de la mujer en el sistema africano de derechos humanos" y Cecilia Medina, "Hacia una manera más efectiva de garantizar que las mujeres gocen de sus derechos humanos en el sistema interamericano" Capítulos 12 y 11 de este libro.

6. Ver en general Anne Bayefsky, "Aproximaciones generales a la aplicación de los derechos humanos internacionales de la mujer a nivel nacional", capítulo 18 de este libro.

7. Ver, por ejemplo, Radhika Coomaraswamy, "Bramar como una vaca: las mujeres, la etnia y el discurso de los derechos", Capítulo 2 de este libro; Celina Romany, "La responsabilidad del Estado se hace privada: una crítica feminista a la distinción entre lo público y lo privado en el derecho internacional de los derechos humanos", Capítulo 4 de este libro; y Adetoun O. Ilumoka, "Derechos, económicos, sociales y culturales de la mujer africana: hacia una teoría y práctica relevantes", Capítulo 13 de este libro.

8. Ver en general Ratna Kapur, "Feminism, Fundamentalism and Rights Rhetoric in India" [Feminismo, fundamentalismo y retórica de los derechos en la India], en *Women Living Under Muslim Law, Special Bulletin on Fundamentalism and Secularism in South Asia* [Mujeres que viven bajo la ley islámica, boletín especial sobre fundamentalismo y secularismo en el sur de Asia] (Lahore: Shirkat Gah, 1992), 35-6.

9. Ver en general Elizabeth A. Sheehy, "Feminist Argumentation before the Supreme Court of Canada in *R v. Seaboyer*" [Argumentación feminista ante la Corte Suprema de Canadá en *R v. Seaboyer*]; *R v. Gayme*: "The Sound of One Hand Clapping" [El Sonido de una mano que aplaude], Melb. Univ. L. Rev. 18 (1991): 450.

10. Ver en general Chandra Mohanty, "Under Western Eyes: Feminist Scholarship and Colonial Discourses" [Bajo ojos occidentales: sabiduría feminista y discursos coloniales], en *Third World Women and the Politics of Feminism* [Las mujeres del tercer mundo y la política del feminismo], ed. por Chandra Mohanty, Ann Russo y Lourdes Torres, (Bloomington e Indianapolis: Indiana University Press, 1991), 51; Elizabeth V. Spelman, *Inessential Woman: Problems of Exclusion in Feminist Thought* [Mujer prescindible: problemas de exclusión en el pensamiento feminista] (Boston: Beacon Press, 1988).

11. Para una revisión reciente, ver Andrew Byrnes, "International Human Rights Procedures" [Procedimientos de derechos humanos internacionales], Apéndice IV en la *Iniciativa de Derechos Humanos del Commonwealth, Put Our World to Rights* [Pongamos nuestro mundo en orden] (Londres: Secretariado del Commonwealth, 1991). Para discusiones más detalladas, ver Hurst Hannum, ed., *Guide to International*

Human Rights Practice, 2nd ed. [Guía para la Práctica de los Derechos Humanos Internacionales] (Filadelfia: University of Pennsylvania Press, 1992); Leo F. Zwaak, *International Human Rights Procedures: Petitioning the ECHR, CCPR and CERD* [Procedimientos en los derechos humanos internacionales: peticiones ante el ECHR, el CCPR y el CERD] (Nijmegen: Ars Aequi Libri, 1991); Maxine Tardu, "Human Rights Complaint Procedures of the United Nations: Assessment and Prospects" [Procedimientos de denuncia sobre derechos humanos de las Naciones Unidas: evaluaciones y perspectivas] en *Des Menschen recht zwischen Freiheit und Verantwortung: Festschrift für Karl Josef Partsch zum 75. Geburtstag*, ed. por J. Jakewitz, K. Klein, J. Kuehne, H. Petermann & F. Wolfrum, (Berlin: Duncker & Humblot, 1989), 287. Ver también los artículos en *Netherlands Q. Hum. Rts.* 6(2) (1988): 5-102.

12. Ver en general Scott Leckie, "The Inter-State Complaint Procedure in International Human Rights Law: Hopeful Prospects or Wishful Thinking?" [El procedimiento de denuncias entre los Estados en el derecho internacional de los derechos humanos: ¿perspectivas prometedoras o ilusiones?], *Hum. Rts. Q.* 10 (1988): 249.

13. La terminología es la utilizada por Tardu, "Complaint Procedures" [Procedimientos de denuncia], nota 11.

14. Tardu, "Complaint Procedures" [Procedimientos de denuncia], nota 11 en las páginas 291-292.

15. Philip Alston, "UNESCO's Procedures for Dealing with Human Right Violations" [Procedimientos de la UNESCO para tratar violaciones a los derechos humanos], *Santa Clara L. Rev.* 20 (1980): 665; Stephen Marks, "UNESCO and Human Rights: The Implementation of Rights Relating to Education, Science, Culture and Communication Violations" [La UNESCO y los derechos humanos: La implementación de los derechos relacionados con violaciones en el campo de la educación, la ciencia, la cultura y las comunicaciones], *Texas Int'l L. J.* 13 (1977): 35; S. Bastid, "La mise en oeuvre d'un recours concernant les droits de l'homme dans le domaine relevant de la compétence de l'UNESCO", en *Völkerrecht als Rechtsordnung — internationale Gerichtsbarkeit — Menschenrechte: Festschrift für Hermann Mosler* ed. por R. Bernhardt, W. Geck, G. Jaenicke, y H. Steinberger (Berlin: Springer, 1983), 47.

16. Virginia Leary, "Lessons for the Experience of the International Labour Organisation" [Lecciones para la experiencia de la Organización Internacional del Trabajo], en Alston, *A Critical Appraisal* [Una evaluación crítica], nota 1, 580 en las páginas 595-612; E. A. Landy, "The Implementation Procedures of the International Labor Organization" [Los procedimientos de implementación en la Organización Internacional del Trabajo], *Santa Clara L. Rev.* 20 (1980): 633.

17. Convención de 1965 sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, art. 14; (Primer) Protocolo Opcional al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; Convención de 1984 Contra la Tortura y Otras Formas de Trato o Castigo Cruel, Inhumano o Degradante, art. 22. Ver Graefrath, "Complaint Systems" [Sistemas de denuncia], nota 3 en las páginas 317-27; Torkel Opsahl, "The Human Rights Committee" [El Comité de Derechos Humanos], en Alston, "A Critical Appraisal" [Una evaluación crítica], nota 1, 369 en las páginas 420-32; Andrew Byrnes, "The Committee Against Torture" [El comité contra la tortura] en Alston, "A Critical Appraisal" [Una evaluación crítica], 509 en las páginas 534-39.

18. Ver en general Andrew Byrnes, *Austl. Y.B. Int'l L.* 12 (1992): 205. Se ha otorgado mucha más atención a esto en el contexto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ver, e.g., *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ser. C, No. 4 (1988), *Int'l Leg. Mat.* 28 (1989): 291. Ver en general Naomi Roht-Arriaza, "State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law" [La responsabilidad del Estado de investigar y enjuiciar las violaciones graves a los derechos humanos en el derecho internacional] *Cal. L. Rev.* 78 (1990): 449.

19. Graefrath, "Complaint Systems" [Sistemas de denuncia], nota 3 en la página 327.

20. A la fecha del 31 de diciembre de 1994, los siguientes números de Estados partes de los principales tratados de la ONU con mecanismos de denuncia individuales habían aceptado la autoridad del órgano del tratado relevante para considerar denuncias individuales: Primer Protocolo Opcional al PIDCP, 66 (de

115 Estados parte); art. 22 de la Convención Contra la Tortura, 30 (de 71 Estados parte); art. 14 de la Convención sobre Discriminación Racial, 17 (de 133 Estados parte).

21. Ver, por ej., en el contexto de la Corte Suprema de Canadá, Mary Eberts, "Feminist Perspectives on the Canadian Charter of Rights and Freedoms" [Perspectivas feministas sobre la Carta de Derechos y Libertades del Canadá] en *International Human Rights Law: A Comparative Perspective* [Derecho internacional de los derechos humanos: una perspectiva comparada], ed. por Philip Alston (Oxford: Clarendon Press, para publicación en 1995).

22. Un punto señalado por Andrew Clapham, "The European Convention on Human Rights in the British Courts: Problems Associated with the Incorporation of International Human Rights" [La Convención Europea de Derechos Humanos en las cortes Inglesas: problemas relacionados con la incorporación de los derechos humanos internacionales], a ser publicado próximamente en Alston, ed., *International Human Rights Law* [El derecho internacional de los derechos humanos], nota 21, y por Craig Scott, "International Review and European Human Rights and Interpretive Authority" [La revisión internacional y la autoridad europea en la interpretación de los derechos humanos], ponencia presentada en la conferencia, Los Derechos Humanos y Australia: ¿Hacia dónde ahora?, agosto de 1992.

23. Ver en general Pietr van Dijk y Godefridus J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* [Teoría y práctica de la Convención Europea de Derechos Humanos], 2a ed. (Deventer: Kluwer, 1990), 583-606; John G. Merrills, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights* [El desarrollo del derecho internacional por la Corte Europea de Derechos Humanos], (Manchester: Manchester University Press, 1988), 136-59; Walter J. Ganshof van der Meersch, "Le caractère 'autonome' des termes et la 'marge d'appréciation' des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne de Droits de l'Homme" [El carácter autónomo de los términos y el margen de interpretación de los gobiernos en la interpretación de la Convención Europea de los Derechos del Hombre], en *Protecting Human Rights: The European Dimension* [La protección a los derechos humanos: la dimensión europea], ed. por Franz Matscher y Herbert Petzold, 2a ed. (Colonia: Carl Heymann, 1990), 201 en las páginas 206-20.

24. *Hertzberg vs. Finlandia*, Comunicación No. 61/1979, Vol. 1, *Selected Decisions under the Optional Protocol (second to sixteenth sessions)* [Decisiones escogidas según el Protocolo Opcional (sesiones segunda a dieciséisava)] (Nueva York: Naciones Unidas, 1985), 1: 124.

25. *Handyside vs. Reino Unido*, Fallo del 7 de diciembre de 1976, Ser. A, No. 24, 58 I.L.R. 150, Eur. H. R. R. 1 (1976): 737.

26. *Müller v. Suiza*, Fallo del 24 de mayo de 1988, Ser. A, No. 133, Eur. H. R. R. 13 (1988): 212.

27. Ver, por ej., la progresión de la Corte en asuntos relacionados con el reconocimiento para efectos de estado civil del cambio de sexo en los transexuales, culminando en la reciente decisión de la Corte en *B v. Francia*, Fallo del 25 de marzo de 1992, Ser. A, No. 232-C, Hum. Rts. L. J. 13 (1992): 358. Para casos anteriores decididos en sentido contrario, ver *Cossey v. Reino Unido*, Fallo del 27 de septiembre de 1990, Ser. A, No. 184, Eur. H.R.R. 13 (1990): 622; y *Rees v. Reino Unido*, Fallo del 17 de octubre de 1986, Ser. A, No. 106, Eur. H.R.R. 9 (1986): 56.

28. Ver Hilary Charlesworth, "Equality and Non-Discrimination Under the Optional Protocol" [Igualdad y no discriminación según el Protocolo Opcional], en *Internationalising Human Rights: Australia's Accession to the First Optional Protocol* [Internacionalización de los derechos humanos: la adhesión de Australia al Primer Protocolo Opcional] (Melbourne: Centre for Comparative Constitutional Studies, 1992), 51 en las págs. 57-59. De hecho, el Comité de Derechos Humanos concluyó que si tuvo lugar una violación del artículo 17(1) del Pacto: *Toonen v. Australia*, puntos de vista adoptados el 31 de marzo de 1994, Doc. de la ONU CCPR/C/50/D/488/1992 (1994).

29. Torkel Opsahl, "The Human Rights Committee" [El Comité de Derechos Humanos] en Alston, ed., *A Critical Appraisal* [Una evaluación crítica], nota 1 en la pág. 431.

30. Para un ejemplo reciente de un caso entablado contra dos Estados (Francia y España) en relación con acontecimientos ocurridos en Andorra, ver *Drozd y Janousek v. Francia y España*, 240 Eur. Ct. Hum. Rts. (ser. A)(1992), Hum. Rts. L.J. 13 (1992), 445.

31. *Abdulaziz, Balkandali y Cabales v. Reino Unido*, 94 Ct. Eur. H.R. (ser. A)(1985), 81 I.L.R. 139.

32. Ver Andrew Byrnes, "Recent Cases: Abdulaziz et. al. v. U.K.," [Casos Recientes: Abdulaziz et. al. v. R.U.], Austl. L. J. 60 (1986): 182 en las páginas 185-86.

33. Ver Doc. de la ONU E/CN.6/1991/10, para. 131.

34. Para conocer debates sobre el procedimiento de comunicaciones de la Comisión, ver Reanda, "Status of Women" [Condición Jurídica y Social de la Mujer], nota 1 en las págs. 295-97; Sandra Coliver, "United Nations Machinery on Women's Rights: How Might They Better Help Women Whose Rights are Being Violated?" [Maquinarias de Naciones Unidas sobre los derechos de la mujer: ¿cómo podrían ayudar mejor a las mujeres cuyos derechos están siendo violados?] en *New Directions in Human Rights* [Nuevas orientaciones en derechos humanos], ed. por Ellen L. Lutz, Hurst Hannum y Kathryn J. Burke (Filadelfia: University of Pennsylvania Press, 1989), 25; Herta Kaschitz, "The Commission on the Status of Women" [La Comisión sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer] *Netherlands Q. Hum. Rts.* 6(4) (1988), 22; Margaret E. Galey, "International Enforcement of Women's Rights" [Aplicación internacional de los derechos de la mujer], *Hum. Rts. Q.* 6 (1984): 463; Laura Reanda, "Human Rights and Women's Rights: The United Nations Approach" [Derechos humanos y derechos de la mujer: el enfoque de Naciones Unidas], *Hum. Rts. Q.* 3 (1981), 11; Margaret E. Galey, "Promoting Non-discrimination Against Women: The UN Commission on the Status of Women" [Promoción de la no discriminación contra la mujer: Comisión de la ONU sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer], *Int'l Stud. Q.* 23 (1979): 273.

35. Ver en general "Examining Existing Mechanisms for Communications on the Status of Women" [Examen de los mecanismos existentes para las comunicaciones sobre la condición jurídica y social de la mujer], Informe del Secretario General, Doc. de la ONU E/CN.6/1991/10 (Este autor fue el encargado de redactar el borrador de este informe para la División de la ONU para el Avance de la Mujer).

36. Ver ESC Res. 1992/19 e Informe de la Comisión sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer en su trigésima sexta sesión, Doc. de la ONU E/1992/24, en p. 16 (Borrador de la Resolución VI) y 56-60.

37. Ver en general J. Daniel Livermore y Bertie G. Ramcharan, "Enforced or Involuntary Disappearances: An Evaluation of a Decade of United Nations Action" [Desapariciones forzadas o involuntarias: evaluación de una década de acción por parte de las Naciones Unidas] *Canadian Hum. Rts. Y.B.* 6 (1989-1990), 217. Para una actualización reciente, ver Penny Parker y David Weissbrodt, "Major Developments at the UN Commission on Human Rights in 1991" [Principales acontecimientos en la Comisión de la ONU sobre Derechos Humanos en 1991] *Hum. Rts. Q.* 13 (1991), 574 at 594-95.

38. CHR Res. 1991/42, Doc. U.N. E/1991/22 en la página 105; Parker y Weissbrodt, "Major Developments" [Principales acontecimientos], nota 37, en las páginas 599-602. Para una revisión del trabajo del Grupo de Trabajo, ver su cuarto informe anual, Doc. de la ONU E/CN.4/1995/31.

39. La primera Relatora Especial sobre Violencia Contra la Mujer, Radhika Coomaraswamy, fue nombrada en 1994, conforme a la Res. C.D.H. 1994/45. Ver su primer informe en el Doc. de la ONU E/CN.4/1994/2.

40. Doc. de la ONU E/CN.6/1991/10, paras. 133-34.

41. Los procedimientos de reporte según las convenciones de la OIT y según la Carta Social Europea también ofrecen algunas oportunidades, pero no parecen permitir el mismo nivel de participación directa de las ONG que tienen los procedimientos de la ONU.

42. Ver Doc. de la ONU E/CN.4/Sub.2/1989/37.

43. Ver, por ej., Report of the Working Group on Contemporary Forms of Slavery [Informe del Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud], 16ava Sesión, Doc. de la ONU E/CN.4/Sub.2/1991/41, paras. 18-96 (1991).

44. Para el informe final sobre el trabajo del grupo, ver Doc. de la ONU E/CN.4/Sub.2/1991/6.

45. Asbjørn Eide, "The Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities" [La Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías], en Alston, A Critical Appraisal, [Una evaluación crítica], nota 1, 211 en las págs. 248-52; Karen Reierson y David Weissbrodt, "The Forty-Third Session of the UN Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities: The Sub-Commission Under Scrutiny" [La cuadragésima tercera sesión de la Subcomisión de la ONU para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías: la subcomisión bajo escrutinio], Hum. Rts. Q. 14 (1992): 232.

46. Sobre las facultades y actuaciones de la Comisión de Derechos Humanos, ver Philip Alston, "The Commission on Human Rights" [La Comisión de Derechos Humanos], en Alston ed., A Critical Appraisal [Una evaluación crítica], nota 1, 126 en las págs. 155-164.

47. Reanda, "Status of Women" [Condición Jurídica y Social de la Mujer], nota 1, 265 en las págs. 301-302.

48. Abdulaziz, Balkandali y Cabales v. R.U., nota 31 en la 471 (demandas por iguales derechos para los maridos extranjeros según las leyes de inmigración o de nacionalidad que los que gozan los maridos respecto a sus esposas extranjeras); Aumeeruddy-Cziffra v. Mauritius, Comunicación No. 35/1978, Vol. 1, Selected Decisions under the Optional Protocol [Decisiones escogidas bajo el Protocolo Opcional] (sesiones segunda a dieciséisava) (Nueva York: Naciones Unidas, 1985), 67, 67 I.L.R. 285, Hum. Rts. L. J. 2 (1985): 139; Proposed Amendments to the Naturalization Provisions of the Political Constitution of Costa Rica [Modificaciones propuestas a las disposiciones sobre naturalización de la Constitución Política de Costa Rica], Corte Interamericana de Derechos Humanos, Concepto de Asesores OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Ser. A No. 4, 79 I.L.R. 282, Hum. Rts. L. J. 5 (1984): 161. Broeks v. Países Bajos, Comunicación No. 172/1984, Vol. 2, Selected Decisions of the Human Rights Committee under the Optional Protocol [Decisiones escogidas del Comité de Derechos Humanos bajo el Protocolo Opcional], (1990), 196 (iguales derechos a los beneficios del seguro social que los hombres en situación similar); Zwaan de Vries, Selected Decisions [Decisiones escogidas], vol. 2 en la pág. 209; Ato del Alveallanal v. Perú, Comunicación No. 202/1986, Report of the Human Rights Committee in 1989 [Informe del Comité de Derechos Humanos en 1989], Doc. de la ONU A/44/40, Anexo X.C, 196 (iguales derechos legales y formales a la personería jurídica). Schuler-Zgraggen v. Suiza, Eur. Ct. Hum. Rts. Fallo del 24 de junio de 1993, Ser. A, No. 263 (negación de beneficio del seguro social con base en la suposición de que las mujeres abandonaban el trabajo luego de tener un hijo, discriminación por razones de sexo).

49. Por ej., Lovelace v. Canadá, Vol. 1, Selected Decisions [Decisiones escogidas], 83 en los paras. 17-18; 68 I.L.R. 17, Hum. Rts. L. J. 2 (1981): 158.

50. Para conocer resúmenes breves de casos internacionales que consideraron temas de discriminación sexual y otros temas relevantes, ver Rebecca Cook, "International Human Rights Cases Relating to Women: Case Notes and Comments" [Casos de derechos humanos internacionales relacionados con la mujer: notas de casos y comentarios], Vand. J. Transnat'l L. 23 (1990): 779. Ver en general Maud Buquicchio-de Boer, Sexual Equality in the European Convention of Human Rights: A Survey of Case Law [La igualdad sexual en la Convención Europea de Derechos Humanos: una revisión de la jurisprudencia] (Estrasburgo: Consejo de Europa, 1995); Maud Buquicchio-de Boer, "Sexual Discrimination and the European Convention on Human Rights" [La discriminación sexual y la Convención Europea de Derechos Humanos] Hum. Rts. L. J. 6 (1985): 1; Torkel Opsahl, "Equality in Human Rights Law With Particular Reference to Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights" [La igualdad en el derecho de los derechos humanos con referencia específica al artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos], en Fortschritt im Bewusstsein der Menschenrechte: Festschrift für Felix Ermacora, ed. por Manfred Nowak, D. Steurer y H. Tretter (Arlington: N.P. Engel, 1988), 51-67; Anne Bayefsky, "The Principle of Equality of Non-Discrimination in International Law" [El principio de la igualdad de la no discriminación en el derecho internacional], Hum. Rts. L.J. 11 (1990): 1;

Andrew Byrnes, "Equality and Non-discrimination" [Igualdad y no discriminación], en *Human Rights in Hong Kong* [Derechos humanos en Hong Kong], ed. por Raymond Wacks (Hong Kong: Oxford University Press, 1992), 226 en 234-42.

51. Ver, por ej., la permisibilidad del aborto a la luz del derecho a la vida, caso *Baby Boy*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 2141 (Estados Unidos de América), Resolución No 23/81, 6 de marzo de 1981, Hum. Rts. L. J. 2 (1981): 110; presuntos derechos del padre del niño a impedirle a la mujer obtener un aborto: *Paton v. Reino Unido*, Comisión Europea de Derechos Humanos, Solicitud No. 8416/78, Eur. Comm'n H.R. Dec. 8 Rep. 19 (1980): 224, Eur. H.R. Rep. 3 (1980): 408. Ver también *Brüggeman y Scheuten v. República Federal de Alemania*, Solicitud No. 5959/75, Eur. Comm'n H.R. Dec. 8 Rep. 10 (1977): 100, Eur. H.R.R. 2 (1977): 244 (permisibilidad de la restricción del acceso al aborto).

52. Una excepción es *X y Y v. Países Bajos*, Eur. Ct Hum. Rts., (ser. A)(1985), 81 I.L.R. 91. En el caso que implicó una demanda contra la ley irlandesa que prohibía la distribución en Irlanda de información acerca de los servicios de aborto en Inglaterra: *Open Door Counselling Ltd. y Dublin Well Woman Centre Ltd. v. Irlanda*, Hum. Rts L.J. 13 (1992): 378, Eur. H.R.R. 15 (1992): 244, la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que la prohibición constituía una violación de la libertad de expresión que se encuentra en el art. 10, puesto que se trataba de una medida desproporcionada, no obstante los fines legítimos que perseguía.

53. Doc. NU E/CN.6/1991/10, paras. 95-135.

54. Ver Scott, "International Review" [Revisión internacional], nota 22 y las fuentes citadas allí.

55. Engle, "When Discourses Meet" [Cuando los discursos se encuentran], nota 4 en las págs. 519-20.

56. Para conocer una breve descripción de la redacción del borrador del protocolo, ver Cees Flinterman, "Draft Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women" [Borrador del Protocolo Opcional para la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer], (1995) 13(1), *Netherlands Quarterly of Human Rights* 85 (con texto del Protocolo). Para el material de respaldo presentado ante el CEDAW, ver Doc. de la ONU CEDAW/C/1995/WG.1/WP.1.

57. Para un análisis reciente de los puntos y un borrador de protocolo, ver Doc. de la ONU E/C.12/1994/12. Una reunión de expertos celebrada en Utrecht en enero de 1995 adoptó un borrador basado en el documento del Comité.

58. Anthony Lester, "Amici curiae: Third-Party Interventions Before the European Court of Human Rights" [Amici curiae: intervenciones de terceros ante la Corte Europea de Derechos Humanos], en Matscher y Petzold, *Protecting Human Rights* [Protección de los derechos humanos], nota 23 en la pág. 341.

59. Byrnes, "Committee Against Torture" [Comité contra la tortura], nota 17 en 516-520.

60. Byrnes, "Committee Against Torture" [Comité contra la tortura], nota 17 en 534-539.

61. Byrnes, "Committee Against Torture" [Comité contra la tortura], nota 17 en 530-533.

62. Para una discusión del trabajo del Relator Especial desde la perspectiva de la violencia contra la mujer, ver *International Human Rights Law Group* [Grupo sobre el derecho de los derechos humanos internacionales], *Token Gestures: Women's Human Rights and UN Reporting* [Gestos simbólicos: los derechos humanos de la mujer y los informes de la ONU] (Junio).

63. Doc. NU E/CN.4/1986/15, para. 119.

64. Doc. de la ONU E/CN.4/1988/17, párrafos 40-48; Doc. de la ONU E/CN.4/1986/15, párrafo 104.

65. Doc. de la ONU E/CN.4/1986/15, párrafos 38 y 49.

66. Doc. NU E/CN.4/1990/17, párrafos 55 y 56.

67. Ver p. ej., *Yilmaz-Dogan v. Países Bajos*, Comunicación No. 1/1984, *Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination* [Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial] de 1988. Doc. de la ONU A/43/18, Anexo IV.

68. Ver Andrew Byrnes y Johannes Chan, ed., *Bill of Rights Bulletin* (Hong Kong: Facultad de Derecho, Universidad de Hong Kong, 1991).

69. Sobre los resultados del Seminario, ver Donna Sullivan, ed. *Combating Violence against Women* [La lucha contra la violencia perpetrada contra la mujer] (Nueva York: Liga Internacional de Derechos Humanos, 1993).

70. Para una lista de verificación muy útil, ver Hannum, *International Human Rights Practice* [La práctica internacional en derechos humanos], nota 11, Apend. B.

71. Ver, por ej., *Dow v. Fiscal General de Botswana* [1991] L.R.C. (Const.) 623; Corte de Apelaciones de Botswana, en apelación de [1991] L.R.C. (Const.) 574 reproducida en *Hum. Rts. Q.* 13 (1991); 614 (una determinación de que la ley relacionada con la nacionalidad que discriminaba contra la mujer violaba las garantías de igualdad de la Constitución de Botswana).

72. Ver por ej. la experiencia japonesa: Yuji Iwasawa, "The Impact of International Human Rights Law on Japanese Law—The Third Reformation for Japanese Women" [El impacto del derecho de los derechos humanos internacionales sobre la ley japonesa: la tercera reforma para la mujer japonesa], *Japanese Ann. Int'l L.* 21 (1991): 56-61.

73. Quentin Bryce, "The Convention at Work: Submission to the Industrial Relations Commission in Support of the ACTU Test Case on Parental Leave" [La Convención en operación: presentación ante la Comisión de Relaciones Industriales como apoyo al caso de prueba ACTU sobre la licencia de paternidad], en *Ten Years of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women* [Diez años de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer], Ponencia Ocasional del Comisionado sobre Discriminación Sexual, No. 4 (Sydney: Comisión de Derechos Humanos e Igualdad de Oportunidades, 1990).

74. Ver por ej. el estudio de la práctica de las cortes canadienses en Anne Bayefsky, *International Human Rights Law: Use in Canadian Charter of Rights and Freedoms Litigation* [Derecho internacional de los derechos humanos: su uso en pleitos relativos a la Declaración Canadiense de Derechos y Libertades] (Toronto: Butterworths, 1992). Ver también Peter P. Bayne, "Human Rights and Administrative Law" [Derechos humanos y derecho administrativo], *Commonwealth Law Bulletin* (1991): 320; y Andrew Byrnes, *Reseña del libro Developing Human Rights Jurisprudence* [El desarrollo de la jurisprudencia sobre derechos humanos] (Londres: Secretariado de la Mancomunidad, 1988) en *Hong Kong L. J.* 20 (1990): 409, 412-14.

CAPÍTULO 10

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO SEGÚN LA CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER

Rebecca J. Cook

Introducción

Ha llegado el momento de reconocer que la negación de los derechos de los individuos, únicamente sobre la base de que son mujeres, constituye una violación de los derechos humanos, y de exigir que las prácticas estatales que exponen a la mujer a la degradación, indignidad y opresión sobre la base de su sexo sean identificadas independientemente, condenadas, compensadas y, preferiblemente, prevenidas. El propósito de cambiar las prácticas estatales generalizadas podría parecer ambicioso, pero no es demasiado ambicioso para las necesidades de nuestro tiempo. Las violaciones flagrantes y generalizadas a los derechos de la mujer con frecuencia pasan desapercibidas. Además, cuando se las reconoce, no son castigadas ni es compensado el daño, y con demasiada frecuencia se las defiende como parte necesaria de una cultura o una religión, o como una cualidad de la naturaleza humana. Mientras que las violaciones a los derechos de las mujeres varían en las diferentes culturas, todas las víctimas comparten un factor de riesgo común: el ser mujeres.¹

Es posible que los Estados cuestionen no sólo su responsabilidad jurídica ante estas injusticias, sino también la obligación de rendir cuentas o de justificar su conducta.* La responsabilidad jurídica denota responsabilidad por la violación de la ley, pero el concepto general de responsabilidad es más amplio e incluye que el Estado explique una aparente violación y ofrezca algún tipo de disculpa.² Los Estados pueden negar las obligaciones internacionales que los comprometen jurídicamente, o que han violado sus deberes legales, o que existan tribunales específicos que tienen jurisdicción sobre ellos, o que ciertos demandantes tienen legitimidad para interponer

*N. del T.: Los diccionarios traducen los dos términos ingleses usados en este capítulo, *responsibility* y *accountability*, únicamente con la palabra *responsabilidad*. En inglés no tienen exactamente el mismo sentido, sin embargo. Si bien *responsibility* puede traducirse como *responsabilidad*, *accountability* sería más específico, al implicar la obligación de rendir cuentas (ante alguien), de tener que justificar la conducta (ante otros), de tener que responder por ella.

acciones judiciales. Rara vez se responsabiliza a los Estados por ignorar sus obligaciones internacionales respecto a los derechos humanos de la mujer, y más bien se les pide que respondan por la condición de la mujer en su territorio. Un repaso de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos revela que las convenciones internacionales y regionales de derechos humanos han sido aplicadas tan sólo esporádicamente a los casos de violaciones a los derechos de las mujeres.³

La responsabilidad del Estado es un principio fundamental del derecho internacional, según el cual el Estado es legalmente responsable por las violaciones a las obligaciones internacionales que, de acuerdo con el derecho consuetudinario internacional o el derecho de los tratados, son atribuibles o imputables al Estado. El derecho internacional de la responsabilidad del Estado por las violaciones a los derechos humanos ha evolucionado significativamente recientemente.⁴ Se ha desarrollado para exigirles a los gobiernos que tomen medidas preventivas para proteger el ejercicio y el goce de los derechos humanos, para investigar presuntas violaciones, para castigar violaciones comprobadas y para proporcionar recursos efectivos, incluyendo la compensación a las víctimas. Los desarrollos modernos del derecho internacional de los derechos humanos han ampliado la red de obligaciones internacionales a través de la adhesión de los Estados a las convenciones multilaterales de derechos humanos, y por lo tanto han mejorado las perspectivas para hacer cumplir las normas sobre responsabilidad del Estado.⁵

El propósito de este capítulo es explorar cómo los desarrollos del derecho internacional de la responsabilidad del Estado, así como la obligación de que éste justifique su conducta, pueden aplicarse para asegurar una protección más efectiva de los derechos humanos de la mujer. Abordará las posibilidades de aplicar las normas sobre responsabilidad del Estado, principalmente según la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (la Convención de la Mujer).⁶

Se pretende identificar los actos de las ramas ejecutiva, legislativa y judicial de los gobiernos de los Estados partes, que pueden dar lugar a responsabilidad estatal por violaciones a las obligaciones según la Convención de la Mujer. Se analizarán las disposiciones de la Convención que les exigen a los Estados partes garantizar la eliminación de la discriminación contra la mujer y se considerarán casos de adopción y vigencia de legislación, conducta gubernamental y decisiones judiciales que aparentemente son discriminatorias. También se examinará el surgimiento de un criterio internacional sobre el trato que se les debe dar a las mujeres según la Convención de la Mujer, que puede ser distinto a los criterios nacionales de los Estados partes.

El análisis jurídico examinará cuáles actos de violación a los derechos de la mujer son imputables a un Estado parte. Por ejemplo, los actos de las personas privadas que son violentos o discriminatorios respecto a la mujer no necesariamente involucran la responsabilidad del Estado. Si un Estado facilita, condiciona, acomoda, tolera, justifica o excusa las denegaciones privadas de los derechos de la mujer, sin embargo, el Estado es responsable. El Estado es responsable, no directamente por los actos privados, sino por su falta de diligencia para prevenir, controlar, corregir o disciplinar tales actos privados a través de sus propios órganos ejecutivos, legislativos o judiciales.

Al determinar si, según la Convención de la Mujer, los Estados son responsables por las violaciones a los derechos humanos de la mujer, debe examinarse la naturaleza del derecho en cuestión en relación con el texto mismo de la Convención, su objeto general y su propósito, con los antecedentes de cada artículo, con la interpretación que el órgano de vigilancia de la Convención y los tribunales de derechos humanos le hayan dado al derecho, y la práctica estatal respecto a ese derecho. Cuando la obligación frente a un derecho no es clara con base en la interpretación de la Convención o de su aplicación subsiguiente, hay que acudir a los principios generales del derecho internacional que rigen la responsabilidad del Estado.

La Naturaleza de las obligaciones de los Estados partes

La determinación de cuáles actos u omisiones del Estado constituyen violaciones a la Convención de la Mujer depende de la naturaleza de los compromisos asumidos por los Estados cuando se convirtieron en Estados partes. El artículo 2 de la Convención de la Mujer establece que:

Los Estados partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer, y con tal objeto, se comprometen a:

- (a) *Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de este principio;*
- (b) *Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;*
- (c) *Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre, y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;*
- (d) *Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;*
- (e) *Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera persona, organizaciones o empresas;*
- (f) *Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;*
- (g) *Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.*

El artículo 2 es el artículo general de compromiso que se aplica respecto a los derechos reconocidos en los artículos 5 a 16 de la Convención de la Mujer. En general, requiere de los Estados partes "asegurar" que los órganos de gobierno cumplan con la Convención y "adoptar todas las medidas adecuadas" para lograr "la eliminación de la discriminación en todas sus formas" por parte de "cualquiera persona,

organizaciones o empresas", y "modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas". Pueden hacerse analogías con el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y con el artículo 1 (1) de la Convención Americana de Derechos Humanos, que requieren que los Estados partes respeten y garanticen los derechos reconocidos en esas convenciones.

El artículo 2 no ha sido tema de una Recomendación General por parte del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), establecido para verificar el cumplimiento de la Convención de la Mujer por parte de los Estados partes. Tal recomendación general ayudaría a especificar la naturaleza de la obligación de los Estados partes. El Comité de Derechos Humanos establecido para verificar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establecido para verificar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, han expedido Comentarios Generales sobre los respectivos artículos que establecen los compromisos generales de los Estados respecto a cada Pacto. Estos artículos se denominan aquí artículos "de compromiso general".

El Comentario General 3 del Comité de Derechos Humanos hace énfasis en que "la obligación según el Pacto no está confinada al respeto por los derechos humanos, sino que los Estados partes también se han comprometido a *garantizar* el goce de esos derechos por parte de todas las personas que están bajo su jurisdicción. Este aspecto implica el desarrollo de actividades específicas por parte de los Estados partes para permitirles a los individuos gozar de sus derechos" (énfasis añadido). El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales explica que

debe otorgársele su significado pleno y natural a la frase "por todos los medios apropiados". Aunque cada Estado parte debe decidir por cuenta propia cuáles medios son los más apropiados bajo las circunstancias respecto a cada uno de los derechos, lo "apropiado" de los medios escogidos no será siempre evidente. Es por lo tanto deseable que los informes de los Estados partes indiquen no solamente las medidas que han sido adoptadas, sino también la base sobre la cual se las consideró como las más "apropiadas" según las circunstancias.⁸

Estas interpretaciones del término "garantizar" en el Pacto Político y de la frase "por todos los medios apropiados" del Pacto Económico también podrían aplicarse en una recomendación general del CEDAW a las mismas frases utilizadas en el artículo 2 y a los artículos subsiguientes de la Convención de la Mujer.

Obligaciones de resultados y de medios

Tradicionalmente se ha distinguido en el derecho internacional entre obligación de medios y obligación de resultados, esto es, entre la obligación de actuar a través de medios específicos encaminados al logro de determinadas metas⁹, y la obligación de alcanzar ciertos resultados a través de los medios que se consideren apropiados.¹⁰ Según la Convención sobre la Mujer, los Estados partes han asumido obligaciones tanto de resultados como de medios.

La cláusula de compromiso general en la cual "Los Estados partes ... convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada

a eliminar la discriminación contra la mujer" impone una obligación de resultado respecto a "eliminar la discriminación contra la mujer en todas sus formas". La Comisión de Derecho Internacional ha interpretado que el artículo 2(1) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, que tiene un lenguaje casi idéntico¹¹ al de la cláusula de compromiso general de la Convención de la Mujer, impone una obligación de resultado.¹² Los Estados partes de la Convención sobre la Mujer también han asumido obligaciones de medios, señaladas en las 7 subsecciones del artículo 2 y en los artículos subsiguientes. Por ejemplo, las obligaciones según el artículo 2(c) de "seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones", una política encaminada a

establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre, y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación

permiten que los Estados partes hagan una selección de medios, y generan el deber legal de ejercer la selección en forma diligente. Los Estados partes están por lo tanto obligados a considerar como política de Estado las medidas establecidas en las subsecciones y a lograr resultados razonables en cuanto a la eliminación de todas las formas de discriminación.

La Convención sobre la Mujer no crea contravenciones de responsabilidad absoluta con relación a resultados deficientes; únicamente requiere que los Estados partes actúen con la diligencia debida en la ejecución de los medios especificados. Los Estados no pueden garantizar que nunca habrá discriminación contra la mujer, y por lo tanto no pueden responder en forma absoluta por todos o algunos actos de discriminación. Las partes son responsables únicamente por dejar de implementar las medidas establecidas en la Convención, como mecanismos razonables para alcanzar el resultado de eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer.

Normas Internacionales de conducta

Los Estados que se someten al régimen de los tratados internacionales se comprometen a hacer algo más que mantener su derecho doméstico y su práctica consuetudinaria. Respecto al derecho mismo, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone que "Una parte no puede invocar las disposiciones de su derecho interno para justificar su incumplimiento de un tratado".¹³ Lo mismo es válido para las normas de conducta. Históricamente, cuando los nacionales de un país B estaban legalmente en el país A, específicamente detenidos en sus prisiones, el país A aceptaba que no se les otorgarían menos derechos que a los nacionales del país A. El país A estaba obligado por los principios de no discriminación contra los nacionales del país B sobre la base de su nacionalidad, pero el derecho internacional se cumplía aplicando la norma nacional del país A. Si la norma nacional del país A estaba por debajo de "la norma de la civilización", es decir una norma internacional mínima, el país B podía protestar respecto a sus nacionales, y exigir que fueran tratados de acuerdo a la norma internacional mínima más elevada. Por ejemplo, en la demanda *Neer*, la Comisión Estadounidense-Mexicana de Demandas Generales aplicó el criterio de determinar si la respuesta de un Estado a la conducta privada constituía

*un ultraje, mala fe, negligencia intencional del deber, o una insuficiencia de la acción gubernamental tan por debajo de las normas internacionales que cualquier hombre razonable e imparcial fácilmente reconocería tal insuficiencia.*¹⁴

El país B no tendría voz, y el país A no tendría obligaciones internacionales respecto a los nacionales del país A. El derecho internacional de los derechos humanos exige hoy, sin embargo, que todas la personas sean tratadas, incluso en su propios países, de acuerdo con las normas mínimas de respeto por los derechos humanos.

Los Estados partes de la Convención sobre la Mujer aceptan obligaciones tanto de resultados como de medios. Aceptan el deber de actuar "por todos los medios apropiados"¹⁵ y de "adoptar todas las medidas adecuadas"¹⁶ para alcanzar los objetivos especificados. La determinación de lo que es "apropiado" debe hacerse según el ambiente legal, político y social de cada país, pero no está dentro del control exclusivo de cada Estado parte. Éstos aceptan la responsabilidad de actuar de manera apropiada según las normas internacionales. Incluso, aunque muchos Estados partes de la Convención sobre la Mujer han formulado reservas a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia según el artículo 29 (1), respecto a "toda controversia que surja entre entre dos o más Estados partes con respecto a la interpretación o aplicación de la presente Convención",¹⁷ el potencial para la solución internacional de conflictos permanece, y el desempeño de los Estados partes es medido de acuerdo con las normas internacionales. Los tribunales internacionales de derechos humanos pueden aplicar un "margen de apreciación generoso" a favor del método de cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos seleccionado por cada país, y de todas formas considerar que los países son responsables internacionalmente según las normas internacionales.

La interpretación autónoma de los términos de los tratados y su aplicación

Los tribunales internacionales y regionales de derechos humanos han sostenido de manera uniforme que las normas internacionales, y no las de los Estados partes, son las que se utilizan para determinar si ha habido una violación al derecho internacional de derechos humanos. Esto es consistente con la regla general sobre interpretación contenida en el artículo 31 (1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: "Un tratado deberá ser interpretado de buena fe, de acuerdo con el sentido ordinario que se le da a los términos del tratado en su contexto, y a la luz de su objetivo y propósito". El artículo 31 (2) explica que "el contexto para efectos de la interpretación del tratado incluirá... su preámbulo y sus anexos". La subsección (3) añade que puede tenerse en cuenta "cualquier acuerdo subsiguiente entre las partes respecto a la interpretación del tratado o la aplicación de sus disposiciones" y "cualquier práctica subsiguiente en la aplicación del tratado que establezca el acuerdo entre las partes respecto a su interpretación". El artículo 31 (4) dispone que "se le dará un sentido especial a un término si se establece que las partes así lo quisieron". Los términos que tienen un sentido especial son conocidos como términos autónomos.

El Comité de Derechos Humanos, por ejemplo, explicó que *su interpretación y aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos tiene que estar basada en el principio de que los términos y los conceptos del Pacto son independientes de cualquier sistema particular de derecho nacional y de todas las definiciones de los diccionarios. Aunque los términos del Pacto se derivan de largas tradiciones en muchos países, el Comité debe ahora considerarlos con sentido autónomo.*¹⁸

En el caso *Lawless*,¹⁹ la Corte Europea de Derechos Humanos decidió que determinar los criterios para establecer si los hechos que llevaron a la declaración de un estado de emergencia estaban justificados según la Convención Europea de Derechos Humanos.²⁰

El CEDAW le dará un sentido autónomo a los términos de la Convención sobre la Mujer de acuerdo con los términos mismos, el objetivo y el propósito de la Convención y la práctica subsiguiente de los Estados.

La obligación de eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer

"En todas sus formas"

Al convertirse en Estados partes de la Convención de la Mujer, los Estados convienen en "condenar la discriminación en todas sus formas". El Preámbulo de la Convención de la Mujer observa que la Carta de la ONU, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (la Declaración de la Mujer), los dos Pactos internacionales de derechos humanos y las resoluciones, declaraciones y recomendaciones de la ONU y de sus agencias especializadas, promueven la igualdad de derechos del hombre y la mujer. Sin embargo, los redactores expresaron en el Preámbulo su preocupación en el sentido de que "a pesar de estos diversos instrumentos, las mujeres siguen siendo objeto de discriminación generalizada".²¹ El Preámbulo concluye expresando la determinación de "adoptar las medidas necesarias a fin de suprimir esta discriminación en todas sus formas y manifestaciones".²²

Al convenir en "seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer",²³ los Estados partes se obligan a tener en cuenta la naturaleza particular de cada tipo de discriminación. La Convención de la Mujer refuerza claramente la no discriminación sexual, pero su propósito no es simplemente alcanzar la neutralidad de género. En contraste con los tratados de derechos humanos anteriores, la Convención de la Mujer construye la norma legal que exige eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer, como algo distinto a oponerse a la discriminación sexual en sí. Esto es, desarrolla la norma jurídica a partir de una norma de neutralidad sexual que exige trato igual para el hombre y la mujer, el cual es usualmente medido según la forma en que son tratados los hombres, para reconocer que las características distintivas de las mujeres y sus vulnerabilidades a la discriminación ameritan una respuesta jurídica específica.

Para efectos de la Convención de la Mujer, se requería una definición legal de "discriminación contra la mujer". Las discusiones que llevaron a la evolución desde la Declaración de la Mujer hasta la Convención de la Mujer, revelan la intención de definir la discriminación contra la mujer para efectos de la aplicación legal y cumplimiento de la Convención.²⁴ Según el artículo 1,

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

Si una ley hace una distinción que tiene por objeto o por resultado menoscabar en cualquier forma los derechos de la mujer, es discriminatoria de acuerdo con esta definición, viola la Convención y por lo tanto debe ser revisada por el Estado parte.

No todas las leyes o prácticas que sitúan a las mujeres en desventaja constituyen "discriminación contra la mujer" según el sentido del artículo 1. Una ley cuyo lenguaje no hace distinción alguna sobre la base del sexo no puede ser impugnada bajo esta definición, a pesar de tener un efecto discriminatorio. Por ejemplo, los programas de empleo y de capacitación que aparentemente son neutrales, con frecuencia tienen consecuencias discriminatorias porque las jóvenes no cumplen con los requisitos educativos para ser elegidas. Las condiciones familiares pueden exigirles a las niñas en edad escolar permanecer en el hogar, por ejemplo, para cuidar a sus hermanos mientras sus madres trabajan fuera de casa. Es posible que los criterios de admisión para los programas de capacitación no violen el artículo 1 de la Convención sobre la Mujer, porque no discriminan en los términos allí establecidos, pero pueden violar el artículo 3, que hace eco del Preámbulo al exigirles a los Estados partes tomar

todas las medidas ... para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objetivo de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

Además de rechazar las leyes y prácticas que tienen consecuencias nocivas a pesar de ser aparentemente neutrales, el artículo 3 prohíbe las prácticas que son nocivas para las mujeres como tal, incluyendo por ejemplo no ofrecer servicios obstétricos. Por lo tanto, este artículo incluye las prácticas discriminatorias que no caen dentro del alcance de la definición del artículo 1.

La meta del artículo 3 está reforzada por el artículo 4 que especifica que "La adopción ... de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención". Esto permite prácticas específicas y concretas para asegurar la "igualdad de oportunidad y de trato".

La eliminación de la discriminación sobre la base del estado civil es una meta adicional y diferente a la de garantizar la igualdad de oportunidades de desarrollo para mujeres y hombres. Este objetivo está demostrado en la disposición del artículo 1 que define la conducta violatoria como la que distingue sobre la base del sexo y que tiene

por objeto o por resultado negarle a la mujer sus derechos humanos y libertades fundamentales, "independientemente de su estado civil", en "las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra". Por ejemplo, la costumbre de los centros de salud de exigirles a las esposas, y no así a las mujeres no casadas, mostrar la autorización de sus esposos para poder recibir servicios de salud, constituye una discriminación sobre la base del estado civil que viola la Convención y que por lo tanto debería ser cambiada.⁴⁵

"Por cualesquiera personas, organizaciones o empresas"

El artículo 2(e) de la Convención sobre la Mujer compromete a los Estados partes a

Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas.

Según esta disposición, un Estado estaría obligado a prevenir y evitar los actos privados de discriminación, a investigar y neutralizar sus consecuencias dañinas y a proveer compensación o sanciones por la realización de tales actos, por ejemplo mediante penas de carácter civil o penal. A los discriminadores privados, tales como las organizaciones religiosas, también se les puede exigir renunciar a ventajas públicas tales como permisos especiales, exenciones de impuestos y subvenciones o subsidios gubernamentales directos o indirectos.

En principio, los Estados no son responsables por las acciones de las personas privadas, tanto naturales como jurídicas, tales como las corporaciones privadas, que sean incompatibles con las normas de conducta que los mismos Estados están obligados a cumplir según el derecho internacional consuetudinario o los tratados que los Estados han suscrito voluntariamente, incluyendo las convenciones internacionales de derechos humanos.⁴⁶ Aunque las personas naturales han adquirido la condición de sujetos de derecho según el derecho internacional moderno de los derechos humanos, lo han hecho como beneficiarios de derechos y como contrapartes de los Estados que han sido demandados, y no como autores de conductas ilegales.

El derecho penal internacional ha considerado a los piratas, y más recientemente a los criminales internacionales de guerra, como *hostis humani generis* (enemigos de la humanidad) con responsabilidad individual según el derecho internacional, pero estas excepciones confirman la regla general en el sentido de que las personas naturales privadas, las sociedades y las asociaciones sin personería jurídica no están directamente obligadas por las disposiciones del derecho internacional. De la misma forma, los individuos cuyos actos u omisiones sean incompatibles con los términos de la Convención de la Mujer, por ejemplo en la creación o mantenimiento de la discriminación en las normas sobre tenencia o herencia de tierras o de otros bienes por parte de las mujeres, no tienen responsabilidad jurídica alguna sobre esta base según la Convención de la Mujer.

Los Estados son responsables, sin embargo, no sólo por las consecuencias de las actuaciones deliberadas de los distintos órganos del Estado, sino también por no actuar adecuadamente para cumplir con las obligaciones internacionales a las que están obligados según el derecho consuetudinario o el de los tratados, incluso cuando

la violación sustancial se origina en la conducta de personas privadas, naturales o jurídicas. Aunque el Estado no es responsable internacionalmente por un acto privado de discriminación sexual, está obligado a implementar mecanismos para eliminar, reducir o mitigar la incidencia de la discriminación privada, y lograr el resultado de que esa discriminación privada no vuelva a ocurrir.

La responsabilidad del Estado surge cuando no actúa en forma apropiada, según su legislación interna, para castigar o compensar las violaciones al derecho internacional de los derechos humanos. Un Estado tiene una responsabilidad similar cuando no ha actuado para impedir una posible violación a los derechos humanos.²⁷ El Estado no es directamente responsable por el comportamiento de los individuos o las entidades privadas, pero el comportamiento de éstos involucra indirectamente al Estado por su falta de diligencia debida, conociendo el riesgo de violación a los derechos humanos, o por su falta de castigo o compensación a tales violaciones. De hecho se puede considerar que un Estado ha facilitado una injusticia internacional o es cómplice de su comisión cuando la injusticia es de carácter generalizado o persistente.

El derecho de la responsabilidad del Estado ha sido desarrollado por los tribunales de derechos humanos internacionales más allá de sus orígenes clásicos, para ser aplicable a las convenciones internacionales de derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció lo anterior en su importante decisión *Velásquez Rodríguez* de 1988,²⁸ cuando determinó que Honduras era responsable por falta de diligencia debida en la prevención de "desapariciones" no explicadas. La responsabilidad del Estado surgió por su incumplimiento de la obligación de "garantizar" el respeto por los derechos humanos, cuya violación en la forma de "desapariciones" no podía atribuirse ni a los funcionarios del Estado ni a personas privadas.

Por lo tanto, cuando la responsabilidad del Estado no surge directamente, de todas formas puede ser responsable internacionalmente, generalmente a través de la rama ejecutiva del gobierno y potencialmente a través de las ramas judicial y legislativa, por no actuar en forma apropiada para prevenir o sancionar los actos privados. La responsabilidad del Estado es la de actuar en forma apropiada ante la conducta privada, potencial o real y

*organizar el aparato gubernamental y en general todas las estructuras a través de las cuales se ejerce el poder público, de manera que sean capaces de garantizar jurídicamente el goce libre y pleno de los derechos humanos.*²⁹

De igual forma, el Estado debe, entre otros, investigar, corregir, compensar y castigar en forma apropiada las violaciones privadas a los derechos humanos, incluyendo las contenidas en la Convención de la Mujer.

Es posible desarrollar esta jurisprudencia para ampliar la responsabilidad del Estado por las violaciones a los derechos que los Estados se han comprometido "a garantizar" al ratificar la Convención de la Mujer. La similitud del lenguaje de la Convención Americana, que se convirtió en tema de debate en el caso *Velásquez Rodríguez*, y de la Convención de la Mujer, le brinda muchas posibilidades a la aplicación de las obligaciones de los Estados contenidas en la Convención de la Mujer.

La responsabilidad de un Estado es especialmente significativa cuando están involucrados los derechos humanos, porque los principales beneficiarios de los derechos humanos internacionales son las personas naturales privadas, quienes son tan vulnerables a los abusos y la discriminación por parte de sus congéneres, como lo son por parte de los funcionarios del Estado. La responsabilidad de los Estados no es simplemente la de no participar en violaciones a los derechos humanos, sino la de cumplir con las obligaciones internacionales de impedir y condenar tales violaciones cuando son cometidas por personas naturales privadas. La responsabilidad del Estado incluye adelantar las acciones apropiadas para prevenir las violaciones cometidas por actores privados, vigilar los actos privados que constituyan violaciones, por ejemplo a través de personas que hagan seguimiento a los derechos humanos y a la policía, y sancionar y proporcionar indemnización por los actos de violación que sean identificados.

Según el artículo 16 los Estados "...adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares...". La Recomendación General 19 del CEDAW sobre Violencia contra la Mujer establece claramente que "la violencia basada en el género es una forma de discriminación que inhibe seriamente la capacidad de la mujer de gozar los derechos y las libertades sobre una base de igualdad con el hombre".³⁰ Explica que

*La violencia en la familia es una de las formas más insidiosas de la violencia contra la mujer. Existe en todas las sociedades. En las relaciones familiares, se somete a las mujeres de cualquier edad a violencia de todo tipo, incluidas las lesiones, la violación, otras formas de ataque sexual y formas de violencia perpetuadas por las actitudes tradicionales.*³¹

La Recomendación General requiere que los Estados partes tomen "medidas adecuadas y efectivas para superar todas las formas de violencia basada en el género, sea mediante actos privados o públicos". Respecto a la violencia en la familia, la Recomendación obliga a los Estados partes a establecer sanciones penales y compensación civil, a abolir de la legislación la defensa de la protección del honor familiar, y entre otros programas, a brindar servicios de apoyo a las víctimas de la violencia, incluyendo el incesto. Los Estados tienen la responsabilidad internacional no sólo de legislar en contra de tales injusticias, sino de hacer que su legislación sea efectiva a través de sus órganos judiciales, de policía y otros del poder estatal.³²

"Usos y prácticas"

Las Estrategias para el Adelanto de la Mujer adoptadas en la Conferencia sobre la Mujer de la ONU en Nairobi en 1985 (las Estrategias de Nairobi)³³ explican cómo las formas más sutiles de explotación están relacionadas con las condiciones culturales, religiosas y familiares que han restringido el avance de la mujer e intensificado su marginalización y opresión.³⁴ El artículo 2(f) de la Convención sobre la Mujer exige a los Estados partes

Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer.

El artículo 5(a) detalla este deber, al explicar que los Estados convienen en

Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que están basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

En los artículos 2(f) y 5(a), los Estados partes acuerdan reformar las leyes sobre la condición de las personas³⁵ y confrontar las prácticas, por ejemplo de las instituciones religiosas, que aunque probablemente consideren los sexos como distintos pero iguales, de hecho excluyan a las mujeres de los niveles más elevados de autoridad e influencia. Estos artículos refuerzan fuertemente el compromiso de eliminar todas las formas de discriminación, dado que muchas formas generalizadas de discriminación contra la mujer descansan, no en el derecho como tal, sino en costumbres legalmente toleradas y en prácticas de las instituciones nacionales. Estas instituciones pueden gozar de condiciones de respetabilidad y privilegio en la vida nacional, tales como las organizaciones que reconocen el sacrificio de los excombatientes y la inviolabilidad de la fe religiosa.

Las obligaciones que los Estados partes han asumido directa e indirectamente según la Convención de la Mujer, también surgen cuando las mujeres son víctimas de la aplicación del derecho consuetudinario respecto a la propiedad, la ejecución de testamentos discriminatorios por parte de los miembros de la familia, o del hecho de que los bancos obstruyan la igualdad de oportunidades de la mujer frente a iniciativas comerciales mediante la denegación de hipotecas y préstamos en condiciones equitativas.³⁶ Los Estados están obligados según el artículo 13(b) a adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las esferas de la vida económica y social, y en particular respecto al "derecho a obtener préstamos bancarios, hipotecas y otras formas de crédito financiero".

El significado especial de los derechos a la tierra para las mujeres rurales se encuentra reconocido en el artículo 14, en el cual los Estados partes "...tendrán en cuenta los problemas especiales a que hace frente la mujer rural y el importante papel que desempeña en la supervivencia económica de su familia..." El artículo 14(2)(g) pide que se adopten medidas apropiadas para garantizar la igualdad de derechos de la mujer respecto al hombre para

obtener acceso a los créditos y préstamos agrícolas, a los servicios de comercialización y a las tecnologías apropiadas, y recibir un trato igual en los planes de reforma agraria y de reasentamiento.

Los Estados partes, por consiguiente, tienen la responsabilidad de adoptar "medidas apropiadas" para eliminar la discriminación en los "usos y prácticas" relevantes.

En el artículo 4 de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de 1993, propuesto por la Comisión de la ONU sobre la Condición de la Mujer y adoptado por la Asamblea General, se evidencia la voluntad de excluir las tradiciones religiosas que subordinan a la mujer.

Los Estados deben condenar la violencia contra la mujer, y no deben

*invocar ninguna costumbre, tradición o religión, ni cualquier otra consideración, para evadir su obligación respecto a su eliminación.*³¹

Un rechazo similar a las costumbres y prácticas de ciertas religiones que ponen en desventaja a la mujer podría lograrse suspendiendo o eliminando los privilegios que los Estados otorgan a esas instituciones religiosas. El respeto a la libertad de culto necesariamente impide que los Estados instruyan a las autoridades religiosas en asuntos de doctrina, ritual y práctica. La libertad de culto es un derecho negativo, sin embargo, que no depende de otros privilegios. Cuando las instituciones religiosas discriminan contra la mujer en la práctica, no necesariamente deben ser censuradas por los gobiernos, sino que pueden perder su derecho a privilegios legales tales como la exención de impuestos por su condición de entidades benéficas.

La denegación por parte del Estado de privilegios tributarios sobre la renta y la tierra a instituciones cuyas costumbres y prácticas pongan en desventaja a la mujer no inhibe la libertad de las instituciones religiosas más de lo que lo hace con las instituciones laicas no benéficas. Las obligaciones de los Estados partes de aplicar la diligencia debida en la adopción de todas las medidas apropiadas para prohibir todas las formas de discriminación contra la mujer, y la responsabilidad del Estado por las omisiones en la aplicación de las normas de derechos humanos sobre no discriminación, pueden obligarlos a tratar a las instituciones religiosas cuyas prácticas incumplan las normas internacionales de derechos humanos, como organizaciones laicas, que no son benéficas.

La identificación de otras formas de discriminación

Los Estados están obligados a identificar y eliminar "todas las formas" de discriminación contra la mujer. Ello requiere comprender las percepciones de la mujer en todos los ámbitos de la vida, incluyendo las leyes, políticas y prácticas que le resultan discriminatorias. Un tema común en el discurso feminista es que las experiencias de las mujeres y su capacidad de comprender de manera diferente y proponer soluciones para su situación de desventaja, que está basada en el sexo y el género, deben ser escuchadas. El desarrollo de los estudios feministas ha añadido dimensiones al significado de la experiencia, revelando contrastes, por ejemplo entre la situación social de la mujer en diversas comunidades raciales y de otro tipo.³² El análisis feminista del derecho ha generado una gran diversidad de enfoques y escuelas de doctrina.

En el derecho internacional, este desarrollo sirve para demostrar que la comprensión y aplicación de principios uniformes de respeto a los derechos humanos deben estar inspiradas por las experiencias de las mujeres en sus propios países y

culturas.³⁹ Por ejemplo, lo que parece opresivo desde afuera de una cultura puede ser considerado como tolerable e incluso ventajoso por las mujeres que están en su interior, y lo que ellas encuentran discriminatorio y subordinador puede no ser aparente desde afuera. La doctrina feminista hace énfasis en enfoques que les otorgan voz, visibilidad y poder a las mujeres dentro de sus comunidades. A nivel internacional, el feminismo y las teorías jurídicas internacionales pueden nutrirse mutuamente de sus fortalezas y limitaciones, generando un intercambio autocrítico que reduzca las limitaciones y aplique las fortalezas al mejoramiento de ambos, en su lucha común por el avance de los derechos humanos internacionales de la mujer.

En el análisis jurídico feminista, uno de los métodos para determinar las necesidades de las mujeres se conoce como "formular la pregunta de la mujer".⁴⁰ La pregunta surge del reconocimiento de que muchas definiciones de normas en el derecho se derivan de criterios ostensiblemente objetivos, concebidos, de acuerdo con la historia y la cultura jurídica, a través del género masculino. Los criterios de una persona razonable, frecuentemente descritos como los criterios del "hombre razonable", están centrados en los hombres con los que se han identificado los abogados, jueces y legisladores de más amplia trayectoria. En el pasado, estos funcionarios han pertenecido a las élites socioeconómicas, con conocimientos sobre la vida de las mujeres, las minorías raciales y las personas con bajos niveles de ingresos e influencia, formados únicamente a través de estereotipos. Sus actitudes hacia la mujer eran condescendientes y pretendían protegerla de la vulnerabilidad en el mundo de los hombres excluyéndolas de él. Nunca respondieron verdaderamente, porque nunca se lo preguntaron realmente, cuál fue el impacto sobre la mujer de las leyes e instituciones sociales que crearon. Las respuestas se estimulan si se "formula la pregunta de la mujer".

El reto al que responde la "pregunta de la mujer" es el de aplicar los métodos feministas de análisis jurídico, ético y otros relacionados, a las circunstancias de las vidas de las mujeres, para poder eliminar su invisibilidad y compensar la injusticia en mejor forma. Una analista del derecho explica:

En derecho, formular la pregunta de la mujer significa examinar como el derecho no toma en cuenta las experiencias y valores que, por la razón que sea, parecen ser más típicos de la mujer que del hombre, o cómo las normas y conceptos jurídicos existentes pueden poner en desventaja a la mujer. La pregunta supone que algunas de las características del derecho no sólo pueden no ser neutras en un sentido general, sino incluso "masculinas" en un sentido específico. El propósito de la pregunta de la mujer es el de exponer estas características y la forma en que operan, y sugerir la manera de corregirlas."

Al plantear este interrogante en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos de la mujer así como en otros contextos jurídicos, se cuestionan los supuestos de la neutralidad del derecho frente al género:

Sin la pregunta de la mujer, las diferencias que están asociadas a las mujeres se dan por hechas y, al no ser examinadas, pueden servir como justificación para las leyes que ponen en desventaja a la mujer... Al revelar el efecto oculto de las leyes que no discriminan explícitamente sobre la base del sexo, la pregunta de la mujer ayuda a demostrar cómo las estructuras sociales contienen normas que implícitamente clasifican a las mujeres como diferentes y por lo tanto subordinadas."

Un resultado de responder a la "pregunta de la mujer" en los sistemas jurídicos internos es el desarrollo de nuevas teorías que exigen la igualdad en el acceso de las mujeres a las instituciones del sector público, y la intervención compensatoria del derecho en las relaciones maritales y familiares que explotan la vulnerabilidad y falta de poder de las mujeres.⁴⁵

De manera similar, las doctrinas del derecho internacional de los derechos humanos pueden desarrollarse mediante el análisis de su no reconocimiento de la opresión de la mujer a lo largo de la historia y mediante la toma de conciencia de su potencial de aplicación a las experiencias de las mujeres.⁴⁶ Las aplicaciones de la doctrina jurídica internacional a los derechos humanos de la mujer, por ejemplo a través de las Recomendaciones Generales del CEDAW, afectan la responsabilidad del Estado por las omisiones de sus órganos en el cumplimiento de los compromisos internacionales. Por ejemplo, los Estados que tienen leyes contra los matrimonios no consensuales de los jóvenes, la violencia y la violación marital, y el maltrato a las viudas y ancianos, la mayoría de los cuales tienden a ser mujeres, con frecuencia incumplen dichas leyes o no recopilan estadísticas adecuadas sobre los casos de violación cuando las víctimas son mujeres. Sea que estos incumplimientos estén o no condicionados por un prejuicio sexual de género contra la mujer como víctima de la conducta ilegal, el efecto de la negligencia por parte de los Estados en el registro de tales casos de victimización es el de negar la aplicación de los recursos preventivos y compensatorios, y aumentar y perpetuar la vulnerabilidad de las mujeres. Las teorías jurídicas que establecen relaciones entre las omisiones de los órganos Estatales en cuanto al desarrollo de estrategias y la asignación de recursos para reducir la victimización de las mujeres, permiten establecer la responsabilidad de los Estados ante el derecho internacional de los derechos humanos.

Actos ilegales según el Derecho Internacional

En el derecho internacional, los Estados son responsables por las conductas ilegales en que incurrir y por las que les son atribuibles legalmente derivadas de omisiones culposas. Los artículos del Borrador sobre la Responsabilidad del Estado de la Comisión de Derecho Internacional disponen:

Artículo 1. Responsabilidad del Estado por actos ilegales según el derecho internacional. Todo acto de un Estado que viole el derecho internacional, implica la responsabilidad internacional de ese Estado.

Artículo 2. Posibilidad de que todos los Estados sean responsables por la comisión de actos ilegales según el derecho internacional.

Todo Estado está sujeto a la posibilidad de ser considerado responsable de haber cometido un acto ilegal que implica su responsabilidad internacional.

Artículo 3. Elementos de un acto estatal ilegal según el derecho internacional.

Existe un acto ilegal según el derecho internacional por parte de un Estado cuando:

- (a) Una conducta consistente en una acción u omisión es atribuible al Estado según el derecho internacional; y*
- (b) Esa conducta constituye una violación de una obligación internacional del Estado.*

Los Estados son responsables por los actos de sus diferentes organismos, y por los actos autorizados por o atribuibles a éstos. Los organismos del Estado generalmente están dirigidos por la rama ejecutiva del gobierno, lo que significa no solamente los funcionarios políticos y los departamentos del gobierno, sino también el Jefe de Estado y los estamentos de policía, militares y diplomáticos del Estado, sea que actúen política o apolíticamente. La rama legislativa del gobierno también es un órgano del Estado, como lo es la rama judicial, incluyendo tanto los tribunales como los tribunales cuasi judiciales, como por ejemplo los que reciben las demandas de inmigración y de refugiados. El Estado es responsable jurídicamente según el derecho internacional por los actos ilegales cometidos directa o indirectamente por cualquiera de los órganos con autoridad estatal.

Las políticas de los Estados generalmente las fija la rama ejecutiva del gobierno, frecuentemente denominada simplemente "el gobierno", y son implementadas por la policía, el estamento militar, diplomático, consular u otros funcionarios. La relación de la rama ejecutiva del gobierno con la legislativa es asunto de derecho constitucional nacional, y es irrelevante para efectos de la responsabilidad del Estado. Por ejemplo, cuando el Estado incumple su obligación de expedir legislación, es el Estado mismo el que incumple con su obligación, así la falta se origine en omisión del ejecutivo al no proponer legislación ante el Congreso, en omisión del legislativo al no promulgar la medida, o en veto del ejecutivo sobre una medida aprobada por el legislativo.

De manera similar, los actos y omisiones de la rama judicial, a pesar de que constitucionalmente sea independiente, pueden hacer que el Estado sea responsable por incumplir un compromiso internacional. Antes de que una queja interna pueda ser escuchada a nivel internacional, generalmente deben haberse agotado los recursos internos. Habiéndose agotado los recursos internos hasta el tribunal más alto del Estado, un tribunal internacional puede encontrar que existe un acto ilegal, según el derecho internacional, que aún no ha sido reparado. No tiene consecuencias jurídicas internacionales el que la rama judicial afirme que simplemente está aplicando la intención del legislador nacional al aprobar la norma en cuestión.

El concepto constitucional de la separación de poderes, que distingue las autoridades ejecutiva, legislativa y judicial, es conveniente para efectos del análisis. Ian Brownlie ha observado, sin embargo, que el énfasis debería recaer en

*[decidir] si, en el caso particular, el sistema administrativo ha producido un resultado compatible con el principio o norma pertinente del derecho internacional. En muchas ocasiones, la fuente de la violación será un funcionario específico o un organismo específico tal como el poder judicial. Sin embargo, en un número importante de casos la violación del derecho internacional es producto de una combinación de factores... En tales casos es el sistema o la política general, y la implementación de la misma, los que están siendo cuestionados, y no la responsabilidad por actos de funcionarios específicos o de tipos específicos de organismos.*⁴⁵

Actas del ejecutivo

Dado que los gobiernos son los agentes principales del ejercicio del poder estatal, las acciones y omisiones del ejecutivo son las que con mayor frecuencia suscitan interrogantes respecto a la responsabilidad del Estado. El derecho constitucional

nacional es el que determina si una acción puede corregirse, anularse o repararse a través del sistema judicial nacional. El requisito para que sea viable la solución de controversias a nivel internacional de haber agotado los recursos internos antes de elevar el asunto al nivel de una violación internacional, puede proporcionarle al Estado medios para prevenir un cuestionamiento legal internacional. Sin embargo, el Estado no puede invocar la defensa de que la acción de un organismo o funcionario del ejecutivo no es atribuible al Estado simplemente porque la acción es ilegal o *ultra vires* según el derecho interno.⁴⁶

Según el artículo 2(d) de la Convención de la Mujer, los Estados partes se comprometen a

Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación.

Esta abstención no depende de la legislación, aunque frente a la no abstención de realizar determinadas conductas se pueden interponer recursos o buscar indemnización a través del sistema judicial nacional. Sin embargo, la disposición establece claramente que la rama ejecutiva del gobierno debe cumplir con la no discriminación.

La responsabilidad del poder ejecutivo de un Estado por las violaciones al derecho internacional de los derechos humanos surge cuando su personal militar participa en actos inhumanos, así sea contra extranjeros fuera de su territorio o contra sus propios ciudadanos dentro de su territorio. La tortura y las "desapariciones" involucran la responsabilidad del Estado.⁴⁷ La violación de mujeres también constituye un ultraje a los derechos humanos internacionales,⁴⁸ pero ha tendido a pasar desapercibida porque ha sido considerada como un elemento ineludible en la subyugación de una población. La situación de las mujeres violadas se agrava cuando su posición se ve afectada a los ojos de sus familias, esposos y comunidades debido a esta victimización. Una forma de tortura que igualmente no es reconocida consiste en violar a las esposas o hijas en presencia de sus esposos o padres, o amenazar con hacerlo, para forzar la confesión de los hombres o para inducirlos a dar información.

Los tipos de responsabilidad del Estado derivados de las faltas de conducta del ejecutivo son numerosos,⁴⁹ y actualmente van más allá de los ultrajes e incluyen los incumplimientos pasivos de las obligaciones positivas. En el caso *Airey v. Irlanda*,⁵⁰ por ejemplo, la Corte Europea de Derechos Humanos encontró que Irlanda era culpable por no haber proporcionado asistencia legal adecuada o procedimientos simplificados para tener acceso a recursos judiciales a través de sus tribunales. La señora Airey, ciudadana irlandesa, sostuvo que el Estado incumplió con su deber de protegerla debido a que el costo excesivamente alto de los abogados le impidió obtener una separación judicial de su esposo alcohólico, quien había abusado de ella. La Corte sostuvo que el derecho de la señora Airey bajo el artículo 6(1) "a una audiencia justa y pública dentro de un plazo razonable y por un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley" había sido violado.

La Corte encontró que el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Convención Europea "requiere de acciones positivas por parte del Estado; en dichas

circunstancias el Estado no puede simplemente permanecer pasivo".⁵¹ La Corte afirmó que proporcionarle un abogado a tales individuos es

*indispensable para el acceso efectivo a la justicia, bien sea porque la representación legal es obligatoria, como ocurre en la legislación interna de algunos Estados contratantes para cierto tipo de litigios, o en virtud de la complejidad del procedimiento o del caso.*⁵²

La Corte también sostuvo que el Estado había violado el derecho de la señora Airey, establecido en el artículo 8, al respeto de la vida privada y familiar. Observando que el artículo 8 no obliga al Estado simplemente a abstenerse de interferir sino que le exige desempeñar funciones positivas para proteger el respeto debido a la vida privada y familiar, la Corte sostuvo que el derecho a una decisión judicial de separación implica el reconocimiento de que la protección de la vida privada o familiar puede, según la ley irlandesa, incluir el caso de un esposo y una esposa que sean relevados de la obligación de convivir.⁵³ La Corte concluyó:

*El respeto efectivo a la vida privada o familiar obliga a Irlanda a hacer que este medio de protección sea realmente accesible, cuando sea apropiado, para cualquiera que desee utilizar este recurso.*⁵⁴

Actos del legislativo

Cuando los Estados suscriben las convenciones internacionales de derechos humanos, aceptan hacer efectivas en sus sistemas legales internos las obligaciones establecidas en los tratados frente a las personas naturales, principalmente, aunque no exclusivamente, frente a sus propios ciudadanos. Estas responsabilidades originadas en los tratados existen para todos los Estados partes, sin que importe si su legislación está codificada, como por ejemplo en la tradición del derecho civil, o si se trata de Estados del así llamado derecho común cuyo derecho es consuetudinario por estar basado en las decisiones judiciales, pero que es susceptible de ser modificado por la legislación. Es probable que los Estados que no pertenecen a ninguna de estas tradiciones europeas no diferencien entre derecho laico y religioso, pero gran parte de su derecho se deriva de las interpretaciones de los textos sagrados.

La incompatibilidad legislativa con la Convención de la Mujer se da cuando un Estado incumple con su obligación de "Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer".⁵⁵ En contraste con este deber negativo de revocación está la obligación positiva de los Estados de

*Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer.*⁵⁶

La Convención sobre la Mujer hace explícita la expectativa legal de que se cumpla con sus obligaciones a través de la adopción de medidas nacionales, entre las cuales las leyes son con frecuencia las más obvias y directas. El artículo 24 dispone que:

Los Estados partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias en el ámbito nacional para conseguir la plena realización de los derechos reconocidos en la presente Convención.

La Convención de la Mujer pretende ser integral, pero reconoce que algunas leyes nacionales y otros acuerdos internacionales pueden contribuir mejor a la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. El artículo 23 dispone que:

Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará disposición alguna que sea más conducente al logro de la igualdad entre hombres y mujeres y que pueda formar parte de

- (a) *La legislación de un Estado parte; o*
- (b) *Cualquier otra convención, tratado o acuerdo internacional vigente en ese Estado.*

Más significativa para la igualdad sexual de jure y de facto, sin embargo, es la obligación del artículo 24 de introducir las medidas nacionales que sean necesarias.

El artículo 24 permite que los Estados ejerzan discrecionalidad para adoptar métodos que se ajusten a las tradiciones políticas, las convenciones constitucionales y las idiosincrasias de sus órdenes jurídicos y políticos, con el fin de avanzar en el logro de las metas de igualdad de la Convención de la Mujer. Por ejemplo, en lugar de iniciar una revisión pormenorizada de su legislación nacional, un Estado podría adoptar una Carta de Derechos o un Estatuto de Derechos y Libertades, quizás un instrumento constitucional, que inspiraría la aplicación de toda legislación subsiguiente. De manera más modesta, un Estado podría adoptar una Ley de Interpretación que disponga que toda la legislación deberá ser entendida en el sentido de buscar la igualdad de derechos de las mujeres con los de los hombres hasta donde lo permita el contexto particular, o que todas las leyes deberán ser interpretadas como aplicables en igualdad de condiciones a los dos sexos en la medida en que sea practicable.³⁷

En el caso de *X y Y v. Holanda*³⁸, se encontró que la legislación de un Estado no le brindaba protección efectiva a la vida privada y familiar, según el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Se encontró que el Estado acusado incumplió su obligación de "respetar" la vida privada al no disponer de un mecanismo de derecho penal que permitiera procesar al presunto violador de una niña con discapacidad mental. La Corte observó que, aunque el artículo 8 se ocupa principalmente de la protección a las personas naturales de una interferencia agresiva por parte de las autoridades públicas, exigiéndoles abstenerse de actuar,

puede haber obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida privada y familiar. Estas obligaciones pueden incluir la adopción de medidas diseñadas para asegurar el respeto por la vida privada, aun en la esfera de las relaciones entre los individuos.³⁹

La Corte reconoció que la selección que se haga de los medios para cumplir con el artículo 8 es un asunto que está dentro del margen de apreciación del Estado

contratante. Aunque existen diferentes medios para garantizar el "respeto por la vida privada y familiar", de tal forma que no necesariamente es obligatorio que existan recursos penales, en este caso las alternativas existentes en el derecho civil resultaron insuficientes.⁶⁰ El efecto disuasivo era crucial, porque el presunto delito en el caso X y Y tocaba valores fundamentales y aspectos esenciales de la vida privada. Se encontró que el Estado era capaz de lograr esa disuasión únicamente mediante disposiciones de naturaleza penal.⁶¹ Esta aseveración está subrayada por el hecho de que otros Estados generalmente protegen la privacidad personal mediante normas penales. Así, la Corte sostuvo en forma unánime que debido a que el Código Penal de Holanda no le brindó a la Señorita Y protección práctica o efectiva frente a esta clase de delito, el Estado había violado el artículo 8 de la Convención Europea. La Corte le reconoció a la Señorita Y una compensación de 3.000 florines holandeses.⁶²

Constituye una falta atribuirle al órgano ejecutivo de un Estado el hecho de que el legislador sea ineficaz en la derogación de legislación violatoria o en la aprobación de legislación obligatoria, debido a que un funcionario del ejecutivo puede vetar lo que el legislativo haya aprobado, o, cuando existe un ejecutivo parlamentario, debido a que un ministro influyente no proponga proyectos de ley. La falta es particularmente notoria cuando un Estado parte de una convención mantiene una ley similar a la de otro Estado parte que ha sido considerada como violatoria de la convención. Un Estado parte no debe esperar hasta que su propia legislación sea demandada, sino que debe actuar prontamente para cambiarla. Así la legislación esté sujeta a un veto del ejecutivo o sea de iniciativa del ejecutivo, un Estado sigue siendo responsable por el contenido de la misma, y no puede invocar los términos de su propia constitución como defensa frente a su responsabilidad internacional.

Existen incumplimientos de parte del legislativo cuando, por ejemplo, la legislación discrimina contra la mujer al concederles la nacionalidad del marido a las esposas extranjeras y a los hijos de la unión, y no permitirles a las mujeres nacionales el reconocimiento de la nacionalidad para sus esposos extranjeros y sus hijos.⁶³ Además, la legislación que les da prioridad a todos los hombres sobre las mujeres en la sucesión intestada de tierras, o cualquier otra ventaja, es abiertamente discriminatoria y violatoria de la Convención de la Mujer.

Cuando las leyes o la costumbres contienen disposiciones discriminatorias contra la mujer, por ejemplo respecto a la herencia, propiedad o uso de la tierra, los Estados partes de la Convención de la Mujer han aceptado una obligación de resultado de reformar o derogar esas leyes o costumbres.⁶⁴

La obligación del Estado de reformar el derecho consuetudinario que sea discriminatorio se extiende a la obligación de introducir legislación o disposiciones constitucionales para reformar el derecho consuetudinario no codificado. Según el artículo 2(a) de la Convención de la Mujer, los Estados partes han acordado

Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de este principio.

Se presenta una dificultad particular, sin embargo, cuando un Estado tiene una constitución como la de Kenya, que dispone explícitamente que la prohibición de discriminación no es aplicable a los asuntos regulados por el derecho de las

personas, los asuntos que incluyen la propiedad, y los asuntos regulados por el derecho consuetudinario.⁶⁶ Es un principio general de derecho internacional que los Estados no pueden invocar las disposiciones de sus propias constituciones para justificar o excusar la derogación de sus compromisos jurídicos internacionales obligatorios.⁶⁷ En consecuencia, Kenya enfrenta el dilema de verse obligada a enmendar su Constitución de manera compatible con las obligaciones que ha adquirido como Estado parte de la Convención de la Mujer, o estar en perpetua violación de sus obligaciones mientras su derecho consuetudinario sea discriminatorio.

Actos judiciales

En el artículo 2 (c) de la Convención sobre la Mujer, los Estados partes acuerdan adoptar "todas las medidas apropiadas" para

Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre, y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación.

El artículo permite a los Estados partes escoger los medios y crea la obligación legal de ejercer la elección de manera diligente.

En el derecho interno existen relativamente pocas instancias de responsabilidad legal derivada de la conducta oficial de los jueces, debido a las doctrinas sobre inmunidad judicial. A nivel internacional, la responsabilidad de un Estado por la conducta de su rama judicial con frecuencia queda encubierta porque los actos judiciales de carácter administrativo aparecen como actos del ejecutivo y las decisiones judiciales pueden interpretar la legislación o determinar la legalidad de la acción del ejecutivo, de manera que la atención se desvía de la rama judicial hacia la legislativa o ejecutiva.

La rama judicial tiene la responsabilidad de definir a nivel nacional la aplicación de los principios del derecho internacional de derechos humanos, incluyendo las convenciones relevantes. Si las Cortes de última instancia se consideran obligadas por la legislación nacional o las doctrinas jurídicas en formas que obstruyan la aplicación de los derechos humanos, los recursos judiciales nacionales se habrán agotado, y la demanda adquirirá carácter internacional:

si ... los tribunales cometen errores en esa tarea [de interpretar los tratados], o se abstienen de darle efectividad al tratado, o son incapaces de hacerlo porque no se ha realizado el cambio o la adición necesaria en la legislación nacional, sus sentencias comprometen al Estado en el incumplimiento del tratado.⁶⁸

Por ejemplo, la Corte Europea de Derechos Humanos decidió que el Reino Unido estaba violando la Convención Europea de Derechos Humanos debido a un fallo de su más alto tribunal, que denegó la garantía de libertad de expresión de la Convención.⁶⁹

La rama judicial cuenta con importantes poderes y responsabilidades para hacer efectivos los derechos de la mujer. En muchos sistemas jurídicos no codificados, el desarrollo del derecho a la herencia, tenencia y transferencia de tierras es de origen

consuetudinario y susceptible de ser desarrollado a través de los tribunales. Los jueces tienen el poder de respetar las reivindicaciones de las mujeres, tales como a la herencia justa, la posesión y el uso de la tierra, y pueden invocar las convenciones internacionales de derechos humanos para condicionar la evolución de la ley. El incumplimiento o la negativa por parte de los jueces de aplicar los principios de derechos humanos en este sentido, implicará la responsabilidad del Estado, aunque el organismo del Estado que aparentemente haya incurrido en la falta sea el legislativo que no reformó la ley, o el ejecutivo que no urgió su revisión.

El poder judicial de los tribunales tanto laicos como religiosos⁶⁹ puede servir como instrumento primario para que los Estados partes de la Convención de la Mujer descarguen su responsabilidad de "modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres ... que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos, o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres".⁷⁰ Dado que los jueces de más antigüedad tienden a ser personas mayores en sus comunidades, entrenados en las tradiciones y valores de tiempos pasados, y que favorecen lo predecible de los roles estables frente a los resultados impredecibles de la innovación, los jueces frecuentemente se demoran en modificar los patrones de conducta social y cultural. Sus percepciones en ocasiones están moldeadas por un pensamiento estereotipado sobre el papel social del hombre y la mujer, y aceptan como verdades manifiestas, por ejemplo, que la mujer no puede competir en el duro y agitado mundo de la industria o del mercado, y que los hombres que viven solos no pueden criar niños pequeños.

De Tanzania proviene un ejemplo del poder judicial que desempeña un papel de liderazgo en la eliminación de formas de pensar estereotipadas sobre la mujer. En *Ephraim v. Pastory*,⁷¹ la Corte Suprema de Tanzania enfrentó un conflicto inherente entre el derecho consuetudinario *haya* y la Carta de Derechos Humanos de Tanzania. La Corte Suprema invocó las disposiciones sobre no discriminación sexual de la Carta de Derechos Humanos de Tanzania y las convenciones de derechos humanos, incluyendo la Convención de la Mujer, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, todos ratificados por Tanzania, para concluir que el derecho consuetudinario había sido modificado para otorgarles al hombre y a la mujer iguales derechos para heredar, poseer y vender la tierra.⁷² El caso involucraba el cuestionamiento del derecho de una mujer a disponer de la tierra en lugar de heredarla, pero la Corte decidió que en todos los casos de propiedad de la tierra, la Carta de Derechos operaba para igualar los derechos de la mujer con los del hombre.

Por lo tanto, no sería acertado ni justo suponer que los jueces son la fuente de la desigualdad que las mujeres frecuentemente enfrentan en los tribunales.⁷³ Existen instancias en las cuales los jueces nacionales han logrado que los sistemas jurídicos cumplan con las normas establecidas por las convenciones de derechos humanos. Tampoco se podría suponer, sin embargo, que se puede confiar en que los poderes judiciales nacionales harán uso de las iniciativas que están a su disposición, ni en que los abogados que comparecen ante ellos están unánimemente inspirados por los valores de los derechos humanos internacionales. El precio que implica garantizar el goce de los derechos humanos y libertades de la mujer continua siendo la eterna vigilancia de los poderes judiciales nacionales.

El camino a seguir: cómo mejorar la práctica del Estado

El desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos a través de tratados tales como la Convención de la Mujer, y el reconocimiento del derecho internacional consuetudinario respecto a los derechos humanos, son pasos necesarios pero no suficientes en sí mismos para el logro de los derechos humanos de la mujer a través del derecho internacional. El fundamento jurídico de los derechos sirve únicamente como base para construir estructuras que protejan la seguridad e integridad de las mujeres y que les brinden igualdad de oportunidades para el desarrollo individual y colectivo. Los tratados ofrecen una arquitectura de los derechos, pero alcanzar las metas de los mismos requiere mayores esfuerzos de construcción. Los tratados deben ser seguidos de un método efectivo de verificación y vigilancia del cumplimiento por parte de los Estados de las obligaciones a las cuales se han comprometido, y de los mecanismos nacionales e internacionales para mantener la vigencia de los tratados vigentes y para hacer valer la responsabilidad de los Estados por violaciones a los derechos consagrados en sus disposiciones.

No se debe minimizar la enorme tarea que enfrenta la Convención de la Mujer. La Convención sobre la Raza también tiene que ver con la forma en que algunas razas tratan a las otras, pero refleja la concepción popular de que los "derechos humanos" tienen que ver con el trato de las minorías. El origen del derecho moderno de los derechos humanos está en la preocupación por los individuos vulnerables en los márgenes de sus sociedades, tales como las minorías étnicas y religiosas, los activistas políticos y, por ejemplo, los prisioneros. La Convención de la Mujer está diseñada para cambiar la forma en que la mitad de la humanidad trata a la otra mitad, y para obligar a la mitad dominante a elevar a la mitad subordinada a la condición funcional de igual.

El poder efectivo en los Estados está en las manos de los hombres cuyo interés personal parece estar del lado del mantenimiento del status quo. Su definición de lo normal, de la naturaleza o de la voluntad divina está centrada en la superioridad masculina y el servilismo femenino. No les parece opresivo o injusto para la mujer que el hombre sea el cazador, proveedor y protector, ni que la mujer deba cuidar del hogar y de los niños. Los valores de sus culturas, religiones y hogares con frecuencia parecen idealizar unas relaciones entre hombres y mujeres que perpetúan un imaginario conservador en el que los hombres son activos y visibles, y las mujeres pasivas e invisibles. La Convención de la Mujer no pide que se invierta este esquema, sino que se iguale. Sin embargo, el cambio exigido en la Convención obliga al liderazgo masculino de los Estados a reconsiderar y cambiar las estructuras políticas, sociales, económicas y religiosas más importantes, y a modificar la cultura a través de la cual los pueblos se definen y comprenden a sí mismos.

El derecho internacional es el producto de la visión y práctica colectiva de los Estados. Es posible que avance con mayor rapidez con el efecto acumulado de los cambios pequeños, que con el impacto revolucionario de una doctrina nueva. La Convención de la Mujer es entendible como una etapa en la evolución de los derechos humanos, con origen en tratados adoptados desde principios de siglo y reforzados en su período intermedio. Tiene la deficiencia de que su fuerza, efectiva a nivel retórico, es todavía ineficaz para inspirar o comprometer la práctica Estatal. Ni las órdenes nacionales ni las internacionales han sido eficaces en el cumplimiento de

la promesa de la Convención de avanzar las fronteras de la igualdad de facto de la mujer respecto al hombre. Muchos Estados partes de la Convención han estructurado su resistencia a través de reservas en derecho, y muchos más manifiestan su resistencia a través de reservas en la práctica. Pocos Estados han objetado las reservas legales de los demás, y menos aún han objetado las demoras de los demás en la práctica, temiendo quizás exponer sus propios patrones de conducta.

Las estrategias legales se requieren no sólo para verificar sino también para hacer realidad la práctica Estatal de implementar disposiciones concretas de la Convención de la Mujer.⁷⁴ La obligación de presentar informes ante el CEDAW hace que los Estados partes estén conscientes de su responsabilidad legal por las violaciones a la Convención de la Mujer, y de su obligación legal de eliminar las conductas discriminatorias privadas. El CEDAW puede facilitar el deber de los Estados partes de rendir informes mediante el desarrollo de una Recomendación General sobre el Artículo 2, similar a su Recomendación General sobre Violencia Contra la Mujer y al Comentario General desarrollado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el Artículo 2 del Pacto Económico.

Una Recomendación General sobre el Artículo 2 de la Convención sobre la Mujer podría aclarar que el CEDAW va a aplicar normas de conducta internacionales a la práctica Estatal respecto a las mujeres. Además, la Recomendación General podría explicar que el CEDAW le dará interpretación autónoma a los términos de la Convención de la Mujer, como por ejemplo, "en todas sus formas", y a su aplicación.

Mejora mucho la efectividad del CEDAW en la verificación del cumplimiento de los Estados, con la intervención de las organizaciones no gubernamentales, que le brindan información e informes alternativos sobre violaciones a los derechos de la mujer en los países que presentan sus informes.⁷⁵ Estos informes hacen visibles violaciones que frecuentemente pasan desapercibidas y muestran cómo se habrían podido prevenir o al menos compensar por parte del Estado. Además, los informes alternativos son mucho menos tolerantes que los informes de los Estados con las justificaciones y excusas de las violaciones a los derechos de la mujer presentadas por los Estados con el argumento de que la negación de tales derechos humanos es compatible con la preservación de las tradiciones sociales, culturales y religiosas autóctonas.

La disonancia entre las críticas de las organizaciones de mujeres sobre la inadecuada protección a los derechos de la mujer, y las explicaciones de los Estados en el sentido de que esos derechos están sujetos a imperativos culturales y tradicionales más amplios, plantea el interrogante de si se puede confiar en que los Estados exijan el respeto a los derechos humanos de la mujer, y si éstos son parte o cómplices de su violación. La doctrina de la responsabilidad del Estado eleva este interrogante a preocupación internacional susceptible de ser investigada y quizás resuelta ante los tribunales internacionales. La doctrina tiene el mérito de conceder a los Estados el derecho a cuestionar la jurisdicción internacional sobre la base de que sus recursos internos están disponibles y son adecuados, y de proporcionar a la comunidad internacional los medios para hacer que los Estados respondan cuando no tienen recursos disponibles o los tienen pero son ineficaces, y cuando sus prácticas le niegan a la mujer la protección del derecho internacional de los derechos humanos.

Notas

1. Charlotte Bunch, "Women's Rights as Human Rights: Toward a Re-Vision of Human Rights" [Los derechos de la mujer como derechos humanos: hacía una re-visión de los derechos humanos], en *Hum. Rts Q.* 12 (1990): 486.
2. Menno T. Kamminga, *Inter-State Accountability for Violations of Human Rights* [La responsabilidad interestatal por las violaciones a los derechos humanos] (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1992), 4-5.
3. Rebecca Cook, "International Human Rights Law Concerning Women: Case Notes and Comments" [El derecho internacional de los derechos humanos respecto a la mujer: casos y comentarios], en *Vand. J. of Transnat'l L.* 23 (1990): 779.
4. Kamminga, *Inter-State Accountability*, nota 2; Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice* [El derecho internacional en la teoría y la práctica] (Nueva York: Kluwer Academic Publishers, 1991).
5. Ver, en general, Philip Alston y Gerard Quinn, "The Nature and Scope of States Parties' Obligations Under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights" [El carácter y alcance de las obligaciones de los Estados partes según el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales], en *Hum. Rts Q.* 9 (1987): 156; Ahcene Boulesbaa, "The Nature of the Obligations Incurred by States Under Article 2 Of the UN Convention Against Torture" [El carácter de las obligaciones asumidas por los Estados según el Artículo 2 de la Convención de la ONU contra la Tortura], en *Hum. Rts Q.* 12 (1990): 53; Thomas Buergenthal, "To Respect and To Ensure: State Obligations and Permissible Derogations" [Respetar y garantizar: las obligaciones de los Estados y las derogaciones permisibles], en *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights* [La Carta Internacional de Derechos: el Pacto de Derechos Civiles y Políticos], ed. por Luis Henkin (Nueva York: Columbia University Press, 1981), 72; Dominic McGoldrick, *The Human Rights Committee: Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights* [El Comité de Derechos Humanos: su papel en el desarrollo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos] (Oxford: Clarendon Press, 1991), Cap. 6; Manfred Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary* [Pacto de la ONU sobre Derechos Civiles y Políticos: Comentario del CCPR] (Strasbourg: N.P. Engel, 1993), parte 2.
6. 18 de dic. de 1979, 34 ONU GAOR Supp. (no. 21) (A/34/46) en la pág. 193; Doc. de la ONU A/RES/34/180 (en vigencia a partir del 3 de sep. de 1981), para enero de 1994, 131 países son Estados partes.
7. Comentario General 3 del Comité de Derechos Humanos [13] CCPR/C/21/Rev.1 (1989).
8. ONU, GAOR, 5 sess. Supp. No. 3, Doc. de la ONU E/1991/23 en el párrafo 4.
9. Artículos del Borrador de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad del Estado, art. 20.
10. Borrador de la CDI, nota 9, art. 21.
11. Disponé que "Los Estados partes condenan la discriminación racial y se proponen adelantar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política de eliminación de la discriminación racial en todas sus formas".
12. 1 L Y.B. Int'l Comm'n Pt. II, en la pág. 27 (1977).
13. 23 de mayo de 1969, 1155 U.N.T.S. 331, art. 27.
14. E.U.A. vs. México, 4 R.I.A.A. iv, 60, párrafo 4 (1926).
15. Ver, por ejemplo, la Convención de la Mujer, art. 2.
16. Ver, por ejemplo, la Convención de la Mujer, art. 2(e), (f).
17. Rebecca Cook, "Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women" [Reservas a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer], *Va. J. Int'l L.* 30 (1990): 643, 713.

18. En el caso de Van Duzen v. Canada, Comunicación No. R. 12/50, Puntos de Vista del Comité de Derechos Humanos, 7 de abril de 1982, Doc. de la ONU CCPR/C/DR (xv)/R.12/50 párrafo 10.2.
19. Y.B. of the Eur. Convention on Hum. Rts., 4, (1961): 438.
20. Y.B. Eur. Convention, nota 19 en la pág. 474.
21. Convención de la Mujer, Preámbulo párrafo 6.
22. Convención de la Mujer, Preámbulo, párrafo 15.
23. art. 2.
24. ONU ESCOR Supp. (No. 5) en la pág. 54, en los párrafos 9 y 23; Doc. de la ONU E/CN.6/573 (1973).
25. Rebecca Cook, "International Protection of Women's Reproductive Rights" [La protección internacional de los derechos reproductivos de la mujer], en N.Y.U. J. Int'l L. and Pol., 24 (1992): 645, 682-83, 697-98.
26. M. Forde, "Non-governmental Interferences with Human Rights" [Interferencias no gubernamentales en los derechos humanos], en Brit. Y.B. of Int'l L. 56 (1985): 253.
27. Caso Plattform Artze fur das Leben, 139 Eur. Ct. H.R. (ser. A) (1988).
28. Informe Anual, Inter-Am. Ct. H.R. [Corte Interamericana de Derechos Humanos] 35, OEA/ser.L/V/III.19, doc. 13 (1988).
29. Tribunal Interamericano, Velázquez Rodríguez, nota 28 en la pág. 70, párrafo 166.
30. Naciones Unidas, Report of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women [Informe del Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer], Doc. de la ONU A/47/38 (1992) en la pág. 5.
31. Doc. de la ONU, nota 30 en la pág. 6.
32. En general, ver Kenneth Roth, La violencia doméstica como problema de derechos humanos internacionales, Capítulo 14 de este libro.
33. Estrategias de Nairobi, Doc. de la ONU A/Conf.116/28/Rev.1 1985.
34. Estrategias de Nairobi, nota 33 en el párrafo 4.
35. Ver Asma Mohamed Abdel Halim, "Desafíos a la aplicación de los derechos humanos internacionales de la mujer en Sudán", Capítulo 20 de este libro; Sara Hossain "La igualdad en el hogar: derechos de la mujer y derechos de las personas en Asia del Sur", Capítulo 23; y Kirti Singh, "Obstáculos a los derechos humanos de la mujer en la India", Capítulo 19 de este libro.
36. Ver Florence Butegwa, "Cómo utilizar la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos para garantizar el acceso de la mujer a la tierra en África", Capítulo 24 de este libro.
37. Res. 104 A.G., ONU. GAOR 48ava. ses. (1993).
38. Marianne Hirsch y Evelyn Fox Keller, eds. Conflicts In Feminism [Conflictos en el feminismo] (Nueva York: Routledge, 1990).
39. Marnia Lazreg, "Feminism and Difference: The Perils of Writing as a Woman on Women in Algeria" [Feminismo y diferencia: los peligros de escribir como mujer sobre las mujeres en Argelia], en Hirsch y Keller, Conflicts in Feminism, nota 38 en la pág. 326.
40. K.T. Bartlett, "Feminist Legal Methods," [Métodos legales feministas] Harv. L. Rev. 103: 829-88 (1990).
41. Bartlett, "Feminist Legal Methods," nota 40 en la pág. 837.
42. Bartlett, "Feminist Legal Methods," nota 40 en la pág. 843.
43. Carrie Menkel-Meadow, "Mainstreaming Feminist Theory," [Teoría Feminista y corriente dominante] 23 Pac. L. J. 1493 (1992).
44. Hilary Charlesworth, "¿Qué son los 'Derechos Humanos internacionales de la Mujer'?", Capítulo 3 de este libro; Radhika Coomaraswamy, "Bramar como una vaca: las mujeres, la etnia y el discurso de los derechos", Capítulo 2 de este libro; Celina Romany, "La responsabilidad del Estado se hace privada: una

crítica feminista a la distinción entre lo público y lo privado en el derecho internacional de los derechos humanos", Capítulo 4 de este libro.

45. Ian Brownlie, *System of the Law of Nations, State Responsibility* [Sistema de la Ley de Naciones, responsabilidad del Estado], Parte I (Oxford: Clarendon Press, 1983), 150.

46. Brownlie, *Law of Nations*, nota 45 en la pág. 145.

47. Corte Interamericana, Velásquez Rodríguez, nota 28.

48. Ver en general Rhonda Copelon, "Terror Intimo: la violencia doméstica entendida como tortura", Capítulo 5 de este libro; y Joan Fitzpatrick, "Utilización de las normas internacionales sobre derechos humanos para combatir la violencia contra la mujer", Capítulo 26 de este libro.

49. Brownlie, *Law of Nations*, nota 45 en las págs. 132-42.

50. Airey v. Ireland, 32 Corte Europea de Ders. Hums. (Ser. A) (1979)

51. Airey v. Ireland, nota 50, párrafo 25.

52. Airey v. Ireland, nota 50, párrafo 26.

53. Airey v. Ireland, nota 50, párrafo 33.

54. Airey v. Ireland, nota 50.

55. Convención de la Mujer, art. 2 (g).

56. Convención de la Mujer, art. 2 (b).

57. Ver, por ej., The United Kingdom Interpretation Act 1978 [La Ley de 1978 del Reino Unido sobre Interpretación], sec. 6 que afirma que "En cualquier Ley, a menos que aparezca la intención contraria, (a) las palabras que connoten el género masculino incluyen el femenino; y (b) las palabras que connoten el género femenino incluyen el masculino...."

58. X y Y v. Holanda, H.R. (ser. A) (1985).

59. X y Y v. Holanda, nota 58, párrafo 23.

60. X y Y v. Holanda, nota 58, párrafos 24-25.

61. X y Y v. Holanda, nota 58, párrafo 27.

62. X y Y v. Holanda, nota 58, párrafo 40.

63. Al menos nueve Estados partes de la Convención de la Mujer le han formulado reservas a la disposición sobre nacionalidad del artículo 9. Cook, "Reservas", nota 17 en las págs. 693-96, 714-15.

64. Convención de la Mujer, art. 2 (f), ver sección de arriba sobre "Usos y prácticas".

65. Constitución de Kenya, Sec. 82 (4) (b) y (c); en general, ver Perpetua W. Karanja, "Women's Land Ownership Rights in Kenya" [Los derechos de propiedad sobre la tierra de las mujeres en Kenya], en *Third World Legal Stud.* (1991): 109.

66. Convención de Viena, art. 27, nota 13.

67. Arnold D. McNair, *Law of Treaties* [Derecho de los tratados] (Oxford: Clarendon Press, 1961), 346.

68. The Sunday Times case [El caso del Sunday Times], 30 Eur. Ct. H. R. (ser. A) (1979).

69. Ver en general Donna Sullivan, "Gender Equality and Religious Freedom: Toward a Framework for Conflict Resolution" [La igualdad de género y la libertad de culto: hacia un marco para la resolución de conflictos], en *N.Y.U. J. of Int'l L. and Pol.* 24 (1992): 795, 848-54.

70. Convención de la Mujer, art. 5 (a).

71. (PC) Apelación Civil No. 70 de 1989 (no reportada).

72. Apelación Civil, nota 71 en la pág. 4.

73. Ver en general Kathleen E. Mahoney, "Enfoques canadienses a la igualdad de derechos y a la equidad de género en los estrados judiciales", Capítulo 22 de este libro.

74. Ver Abdullahi Ahmed An-Na'im, "La responsabilidad del Estado según el derecho internacional de los derechos humanos frente al cambio del derecho religioso y consuetudinario", Capítulo 8 de este libro; Andrew Byrnes, "Hacia la aplicación más efectiva de los derechos humanos de la mujer mediante

utilización de las normas y precedimientos del derecho internacional de derechos humanos", Capítulo 9 de este libro; Chaloka Beyani, "Hacia una manera más efectiva de garantizar los derechos de la mujer en el sistema africano de derechos humanos", Capítulo 12 de este libro; Cecilia Medina, "Hacia una manera más efectiva de garantizar que las mujeres gocen de sus derechos humanos en el sistema interamericano", Capítulo 11 de este libro; y Anne F. Bayefsky, "Aproximaciones generales a la aplicación de los derechos humanos internacionales de la mujer a nivel nacional", Capítulo 18 de este libro para la discusión de estas estrategias.

75. Ver, por ej., Association of Development Agencies in Bangladesh [Asociación de Agencias para el Desarrollo en Bangladesh], *Alternative Report on Implementation of United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women in Bangladesh* [Informe alterno sobre la implementación de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer en Bangladesh] (Dhaka, Bangladesh: 1992); Sharon Ladín, "IWRRAW to CEDAW: Country Reports" [Del IWRRAW al CEDAW: informes de países], en *International Women's Rights Action Watch* [Alerta activa sobre los derechos internacionales de la mujer] (Minneapolis: Humphrey Institute, University of Minnesota, 1992).

CAPÍTULO 11

HACIA UNA MANERA MÁS EFECTIVA DE GARANTIZAR QUE LAS MUJERES GOZEN DE SUS DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

Cecilia Medina

Introducción

Antes de entrar en materia, considero útil aclarar mi posición acerca de algunos puntos. Primero, he modificado en forma consciente el título de mi capítulo y me he abstenido de utilizar la expresión "derechos de la mujer". Mi punto de partida es que los derechos humanos son aquellos que cada ser humano tiene por el solo mérito de ser humano; por lo tanto, no parece lógico utilizar una expresión que sugiera la idea de que algunos seres humanos, las mujeres, tienen derechos diferentes a los demás seres humanos, los hombres. Una primera consecuencia de esta posición es que encuentro en la existencia de los derechos humanos la justificación moral para luchar en favor de las mujeres. No puedo pensar en otra razón que me autorice a interceder por el mejoramiento de la condición de la mujer en la vida. En consecuencia, mi enfoque es que la lucha por la mujer forma parte de la lucha general para lograr el respeto por la dignidad de todos los seres humanos, y es de estos últimos de donde esa lucha obtiene la fuerza y la legitimidad necesarias que, en última instancia, garantizarán su éxito.

Una segunda consecuencia de este enfoque es que, con el fin de justificar el goce de los derechos por parte de la mujer, no trato de sugerir que algunas características inherentes a las mujeres son mejores que las de los hombres para el funcionamiento adecuado de la sociedad, o de argumentar que las mujeres tienen un nivel moral más alto o un intelecto superior al de los hombres y que cuando prestan sus servicios en posiciones de liderazgo dentro de la sociedad, ello redundará en una mejor vida comunitaria. Desde mi punto de vista, las mujeres no tienen que "ganarse" los derechos humanos; deben ser estimuladas y no disuadidas para lograr posiciones de liderazgo en la sociedad y tener su justa cuota de poder, educación, recursos financieros, etc., sólo por el hecho de ser seres humanos y la discriminación con base en cualquier premisa no puede ser tolerada por el derecho internacional. Independientemente de lo anterior, en la lucha por mejorar la situación de cualquier sector de la sociedad, que haya sido postergada en términos de derechos humanos, es legítimo y útil crear nuevas formulaciones para los derechos humanos existentes y adelantar acciones tendientes a combatir violaciones específicas a los derechos humanos, aun si éstas pueden ser subsumidas por las normas generales. De esta forma, las mujeres podrán adquirir instrumentos útiles para lograr la finalidad que persiguen, especialmente la no discriminación en cuanto al goce de los derechos

humanos. Por lo tanto, en este momento de la historia, se percibe la necesidad de un derecho internacional de derechos humanos más fuerte, especialmente para las mujeres, y es una necesidad sentida que las mujeres deben lograr este objetivo.

Esta aseveración puede parecer redundante, pero aún provoca controversia. Sin ir más lejos, las mujeres no han gozado realmente de sus derechos humanos y, quizás influidas por este hecho, algunos sectores de los movimientos femeninos cuestionan la validez o la utilidad de acudir a los derechos humanos para proseguir su lucha. A este respecto, y como un segundo punto, creo útil explicitar brevemente mi percepción del derecho internacional sobre derechos humanos, con el fin de explicar por qué estimo erróneo considerar el cuerpo de la ley como el campo principal en el que debe plantearse la lucha para mejorar la cuota de la mujer en la sociedad y, sobre todo, la equidad en cuanto a su tratamiento. Usualmente las sociedades tratan de incluir en sus disposiciones legales los valores que les son caros y concibo el derecho internacional sobre derechos humanos como una respuesta de la comunidad a la violación o a la amenaza, siempre presente, de la dignidad de los seres humanos en todo el mundo. Por lo tanto, considero que los catálogos sobre derechos humanos son determinados históricamente y contienen lo que en cierto momento de la historia aparece como una amenaza de este núcleo que es la dignidad humana. El carácter histórico del catálogo hace que el derecho internacional sobre derechos humanos sea esencialmente evolutivo: por una parte, nuevos grupos de individuos pueden tener acceso a la categoría de seres humanos a los ojos de la comunidad (lo cual, finalmente, los negros y las mujeres están logrando); por otra parte, la comunidad puede percibir nuevas amenazas o más bajos umbrales de tolerancia hacia intromisiones u omisiones del Estado con relación a la dignidad humana. Un perfecto ejemplo es el desarrollo del concepto de intimididad a través de la interpretación progresiva del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, por parte de la Corte Europea de Derechos Humanos.²

Por lo anterior, la situación negativa de la mujer frente al derecho internacional sobre derechos humanos -ampliamente imputable a la ausencia de participación de la mujer en su creación o interpretación- sólo puede ser contrarrestada si la mujer comienza a utilizar consistentemente la legislación internacional sobre derechos humanos para su propio beneficio. Esto parece más indicado si se considera que el derecho internacional sobre derechos humanos ha sido creado y desarrollado en varias instancias, no solamente en los foros intergubernamentales, y por varios actores, que van desde las organizaciones no gubernamentales (ONG), pasando por las cortes y los parlamentos nacionales, y por los individuos. Estos actores se influyen mutuamente y el contenido y la aplicación del derecho internacional sobre derechos humanos es el resultado de una síntesis de todas estas actividades. Al involucrarse en la creación y el funcionamiento del derecho internacional sobre derechos humanos, las mujeres pueden lograr este objetivo.

Un último punto que debo aclarar es que parto de la premisa de que la finalidad del derecho de los derechos humanos es garantizar que los individuos ejerzan sus derechos humanos a cabalidad y no tengan que acudir constantemente a recursos judiciales. A causa de la naturaleza de los derechos humanos, esto puede lograrse mejor a nivel nacional. Por lo tanto, comprendo que el objetivo último del derecho internacional sobre derechos humanos es fortalecer el derecho nacional

tanto como sea posible, ya que el derecho internacional por sí mismo debe constituirse en un instrumento subsidiario para reconocer y proteger los derechos humanos y en el principal instrumento para apoyar y legitimar los cambios necesarios a nivel nacional.

En este capítulo trabajaré desde la perspectiva del derecho internacional sobre derechos humanos, distinguiendo cuatro áreas en las cuales este derecho opera. La primera es la fijación de normas, es decir, la creación de normas legales que establezcan el catálogo de derechos humanos que los Estados deben promover y proteger. La segunda es la promoción, entendida como el esfuerzo por desarrollar la conciencia de la comunidad internacional acerca de la existencia de las normas y adelantar campañas para su aceptación. La tercera es la implementación de los derechos a nivel nacional, un área en la cual el derecho internacional tiene el papel de obligar o persuadir a los Estados para que tomen las medidas necesarias con el fin de que los derechos humanos sean disfrutados por todos. La cuarta es la protección, gracias a la cual el derecho internacional otorga a los órganos internacionales la competencia de investigar y, eventualmente, condenar y ordenar la compensación de la violación de los derechos humanos.

Intento, primero, tan sólo señalar los problemas que las mujeres enfrentan en el área de los derechos humanos, bien sea de *jure* o de *facto*, y la importancia del contexto político, social y económico para la solución de estos problemas.³ No pretendo dar una lista exhaustiva de los problemas ni referirme a las diferencias que existen entre los países del continente, ni sustentar mi percepción con referencias a datos estadísticos. Segundo, me propongo describir las principales características del sistema interamericano para la promoción y protección de los derechos humanos, seleccionando aquellas que considero adecuadas para coadyuvar a la situación particular de la mujer. Tercero, a la luz de lo que precede, me propongo ofrecer algunos ejemplos de lo que las mujeres pueden hacer dentro del sistema tal como está planteado actualmente. Cuarto, indicaré algunas acciones que, en mi opinión, deben adelantarse para lograr los objetivos perseguidos por las mujeres.

Soy consciente, y creo que es importante que el lector también lo sea, de que la lucha por el goce real de los derechos humanos por parte de la mujer es multidimensional y heterogénea y, por lo tanto, mi contribución se refiere únicamente a una de las muchas formas que puede tomar la lucha con el objeto de lograr sus fines.⁴

Los problemas que enfrenta la mujer en América Latina

La posición de la mujer en América Latina no constituye una excepción. Las estadísticas demuestran en general, las mismas debilidades de otras partes del mundo. La posición de la mujer en la sociedad se refleja claramente en el orden legal de sus países, en los cuales aún es posible encontrar disposiciones discriminatorias, aunque la mayoría de los Estados han ratificado los tratados internacionales que establecen la obligación de eliminar, entre otras cosas, la discriminación legal. La situación mejora a un ritmo muy lento,⁵ y aún es posible encontrar disposiciones discriminatorias en la legislación civil, especialmente en lo que respecta a las mujeres casadas y su capacidad para administrar la propiedad conyugal o aun sus propios bienes, o en la legislación penal, donde las diferencias entre hombres y mujeres o entre mujeres "honestas"

o "puras" y mujeres "deshonestas" constituyen una flagrante discriminación.⁶ Por ejemplo, un sólo acto sexual de una mujer casada con un hombre que no sea su esposo, constituye un delito penal llamado adulterio, mientras que los hombres casados sólo pueden ser castigados por concubinato, es decir, si sostienen relaciones con otra mujer durante un cierto período de tiempo. La penalización por violación no depende de la gravedad de la ofensa sino de las calidades de la víctima, ya que la legislación distingue entre mujeres casadas y solteras (la pena es mayor si la víctima es casada), "honestas" y "no honestas" (naturalmente la pena es mayor si la víctima es "honesta"). Debe recordarse que en casi todos los países latinoamericanos el aborto es un delito, aun en casos de violación.

Si bien es cierto que en algunos países la discriminación legal ha disminuido, la mujer continúa siendo tratada -en casa, en el trabajo, en la escuela y en la vida social- como subordinada y sigue comportándose como subordinada, agregando a la discriminación legal la de facto.⁷ Si observamos la participación política, aunque la mujer comenzó a adquirir derechos políticos a finales de la tercera década⁸ del presente siglo y ahora goza de estos derechos en toda América, el porcentaje de mujeres en cargos públicos es mínimo. En Chile, por ejemplo, hay más mujeres registradas para votar que hombres (51.5% contra 48.5%) y casi todas las mujeres registradas votan;⁹ sin embargo, escasamente encontramos una Ministra en el Gabinete (Asuntos de la Mujer), 3 Subsecretarias, ninguna gobernadora y 63 alcaldesas, de 325; en el Congreso hay 7 mujeres de 120 representantes, y 3 senadoras de 47; en la rama judicial no hay mujeres en la Corte Suprema y únicamente hay 25 de 120 en las Cortes de Apelación, a pesar del hecho de que las mujeres constituyen el 43.6% del poder judicial.¹⁰ En América Central y Panamá la representación de las mujeres no es mayor.¹¹

En cuanto a la situación económica, la enorme brecha entre ricos y pobres afecta particularmente a la mujer. Aunque ha habido algún progreso, la mujer, que constituye la mitad o más de la población de cada Estado del continente americano, tan sólo representa un tercio de la población económicamente activa y es significativamente más pobre que el hombre. Ocupa cargos menos calificados, tiene dificultad para acceder a posiciones más altas, obtiene inferior remuneración que el hombre y enfrenta mayor riesgo de perder su empleo.¹² El bajo nivel de educación constituye una desventaja significativa para contrarrestar esta situación. En ciertos países de América Latina, como Nicaragua, Guatemala y Honduras, la tasa de analfabetismo de la mujer se sitúa entre 25% y 40%.¹³

La integridad personal de la mujer se ve a menudo expuesta a la violencia hogareña. El problema de la violencia doméstica tan sólo ha empezado a ser reconocido; no solamente las cifras sirven de ejemplo, sino también la forma como la ley y la sociedad reaccionan ante la misma.¹⁴ La libertad personal de la mujer está severamente restringida. Por ejemplo, un estudio efectuado para toda América Central sugiere que el 50% (Costa Rica) y el 85% (El Salvador) de las mujeres que viven con un hombre, casadas o no casadas, no desean tener más de dos o tres hijos; sin embargo el acceso a los anticonceptivos es, como asunto de política, extremadamente difícil. Como resultado, las tasas de fertilidad en esos países entre 1985 y 1990 fueron las siguientes: Honduras, Guatemala y Nicaragua, alrededor de seis hijos; El Salvador, alrededor de cinco hijos.¹⁵

El asunto de la subordinación de la mujer es un problema de poder, hondamente enraizado en la cultura de América Latina. Para poner fin a la subordinación, es necesario modificar la cultura. Esta no es una labor fácil y exige un conocimiento profundo del contexto político, social, económico y racial de América Latina. De otra forma, las estrategias para mejorar la situación no serán efectivas. Dos factores que deben ser considerados son el aún imperante "Marianismo" en la cultura de América Latina, que es el complemento del "machismo", y la manera como se formó la población del continente. En un estudio muy interesante, tres autores analizan la influencia del "mestizaje" en la identidad del hombre y la mujer latinoamericanos. Sugieren que la mezcla de los hombres europeos con las mujeres indígenas, resultado de la violencia y dentro del contexto de la guerra, así como la combinación de las creencias religiosas indígenas (donde la mujer representaba la dadora de vida, el mundo), con el Catolicismo Europeo y su veneración por la Virgen María, colocaron a la mujer frente a un doble compromiso. Por una parte, la mujer encuentra su justificación en la maternidad; por la otra, se identifica a sí misma con la Virgen María, y por lo tanto, lucha por ser tan pura y abnegada como "Ella" lo fue.¹⁶

En lo referente a la esfera política, en muchos países latinoamericanos la democracia aún no se ha implantado y tanto los hombres como las mujeres viven en un contexto de autoritarismo que no es el vehículo apropiado para lograr la igualdad. La represión o la subordinación son hechos de la vida diaria con los que muchas deben convivir. La polarización política también es un factor restrictivo: la ideología de derecha considera a la mujer como madre y esposa; la izquierda pregona la igualdad y considera que la subordinación de la mujer se debe al capitalismo pero se niega a luchar por la liberación de la mujer so pretexto de que esto debilitaría la lucha para cambiar a la sociedad como un todo.¹⁷ Las mujeres progresistas no han tenido éxito o no han logrado encontrar argumentos válidos para contrarrestar este hecho. Como resultado, hay sectores significativos de mujeres latinoamericanas progresistas que no tienen una reacción positiva frente al "feminismo".¹⁸ No se describen a sí mismas como "feministas", aun cuando se comporten como tales. Parece que muchas mujeres temen al término puesto que tiene connotaciones radicales para la cultura que han compartido por tan largo tiempo; en este sentido, al declararse a sí mismas "feministas", creen estar empeñadas en una guerra abierta contra sus familias y las relaciones sociales.

Más aún, en América Latina el movimiento feminista tiende a ser percibido negativamente como "petit bourgeois"; aunque los movimientos femeninos de clase media y baja persigan los mismos cambios culturales que las feministas, no son asimilados al feminismo sino a lo que se llama "movimientos populares".¹⁹ Una posible explicación es que el feminismo ha sido promovido especialmente por mujeres intelectuales y de las clases media alta y alta, es decir, por quienes tienen acceso a los adelantos del "primer mundo" y tratan el tema del progreso de la mujer desde una perspectiva individualista que demanda actitudes por parte de la mujer que las mujeres pertenecientes a los estratos más pobres no están en condición psicológica, mental o física de adoptar puesto que la lucha por la supervivencia demanda todo su esfuerzo. La importancia del contexto en el cual vive la mujer fue explicitada por Haydee Birgin, quien se cuestiona acerca de la posibilidad de implantar los postulados del feminismo en medio de la muy severa crisis en

Argentina.²⁶ Sus reflexiones se basan en el libro de Ludolfo Paramio "La libertad, la igualdad y el derecho a la infelicidad",²⁷ en donde plantea que las mujeres trabajadoras no calificadas y que por tanto no tienen ninguna ventaja para competir en el mercado laboral, pueden verse enfrentadas con un dilema si se ven urgidas a trabajar fuera del hogar. Se les dice que si permanecen en el hogar serán esclavas de sus esposos, pero si trabajan fuera del hogar muchas veces llevan una vida más dura y no necesariamente logran mejores condiciones de vida. Si se les da a escoger entre el diablo y el fondo del mar azul, Paramio cree que es probable que las mujeres prefieran enfrentar al demonio y negar la evidencia de su infelicidad o de su opresión.²⁸ Reflexiones como éstas, tomadas de la realidad de la mayoría de las mujeres latinoamericanas, permiten una cuidadosa consideración del contexto que rodea a la mujer antes de decidir cualquier acción. En sociedades como las de América Latina, que se caracterizan por una fuerte brecha entre clases, éste es un punto importante que debe ser tomado en cuenta cuando hay que decidir cómo, dónde y cuándo actuar.

El Sistema Interamericano para la promoción y protección de los derechos humanos

Normas sustantivas

El sistema interamericano²⁹ para la promoción y protección de los derechos humanos opera para todos los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA).³⁰ Veinticinco de ellos³¹ son evaluados frente al catálogo de derechos humanos aprobado por la Convención Americana de Derechos Humanos,³² que son vigilados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (de aquí en adelante la Comisión) que actúa como órgano de la Convención y, si se cumplen ciertas condiciones, también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos³³ (de aquí en adelante la Corte), otro órgano de la Convención. Los restantes Estados miembros de la OEA son evaluados frente a las normas estipuladas en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre,³⁴ y vigilados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, esta vez actuando como órgano de la Carta de la OEA.

Tanto la Declaración Americana (a pesar de su título y preámbulo) como la Convención Americana, consagran como principio fundamental la no discriminación, entre otros factores, con base en el sexo. El Artículo II de la Declaración estipula que:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta Declaración, sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.

Todos los demás derechos son reconocidos para "cualquier ser humano" o para "cualquier persona", con excepción del Artículo VII, que reconoce el derecho a la protección, el cuidado y la ayuda especial para los niños y para las mujeres durante el embarazo y el período de lactancia. La Convención Americana, a su vez, estipula en su Artículo 1:

1. Los Estados Partes en esta Convención 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.

2. Para los efectos de esta Convención, "persona" es todo ser humano.

La Declaración incluye no solamente los derechos civiles y políticos, sino también los derechos sociales, económicos y culturales.²⁹ La Convención Americana incluye únicamente derechos civiles y políticos. Con relación a los derechos económicos, sociales y culturales, el Artículo 26 estipula que los Estados miembros

se comprometen a adoptar medidas... para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires...

El 17 de noviembre de 1988 se aprobó en San Salvador un Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (el Protocolo de San Salvador) dentro del marco de la OEA, el cual se encuentra abierto para firma y ratificación.³⁰

Además de estos tratados de alcance general, existe también el Protocolo a la Convención Americana sobre la Abolición de la Pena de Muerte, aprobado en Paraguay el 8 de junio de 1990,³¹ y la Convención Interamericana para Prevenir y Castigar la Tortura, aprobada en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985.³² Específicamente para la mujer existen las Convenciones Interamericanas sobre la Concesión de Derechos Políticos y sobre Derechos de Civiles de la Mujer, aprobadas durante la Novena Conferencia Internacional de Estados Americanos que se llevó a cabo en Bogotá, Colombia, del 30 de marzo al 2 de mayo de 1948.³³

Una norma que también debe ser mencionada es el Artículo 29 de la Convención Americana, que brinda el marco para que los Estados interpreten la Convención:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a. *permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;*
- b. *limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados;*
- c. *excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno;*
- d. *excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.*

Los órganos de supervisión y sus funciones

El Sistema Interamericano posee dos órganos para vigilar el cumplimiento por parte de los Estados del Derecho Internacional de derechos humanos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la Comisión) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte).

(a) *La Comisión Interamericana de Derechos Humanos*

La Comisión,³⁶ órgano compuesto por siete expertos independientes, ejerce actividades relacionadas con los Estados miembros de la OEA y que no son partes de la Convención, de acuerdo con las facultades de la Carta de la OEA y del Estatuto de la Comisión, así como actividades relacionadas con los Estados Partes de la Convención Americana, de acuerdo con las facultades de dicha Convención. Estos últimos Estados también están sujetos a la supervisión de la Comisión bajo la autoridad de la Carta en aquellos aspectos que no están incluidos en la Convención.³⁸

La Comisión tiene múltiples funciones. El Artículo 41 de la Convención establece, entre otras funciones y facultades:

- Desarrollar la conciencia sobre la importancia de los derechos humanos entre los pueblos de América
- Prestar servicios de asesoría a los Estados Miembros de la OEA en el campo de los derechos humanos
- Hacer recomendaciones a los Estados para la adopción de medidas progresistas en favor de los derechos humanos; y
- Investigar y opinar acerca de las denuncias por violaciones de derechos humanos.

Más aún, a través de su práctica, la Comisión ha dado un espectro más amplio a sus facultades ya que ha jugado un papel importante en el campo de los buenos oficios y de la mediación.³⁹ Por lo tanto, la Comisión ejerce labores promocionales y de protección.

Como resultado de su función promocional, la Comisión prepara estudios e informes, asesora a los Estados, desempeña un modesto papel educativo organizando seminarios y conferencias y ejecuta actividades cuasi legislativas al redactar convenciones sobre derechos humanos.³⁷ Tal como se especificó anteriormente, esta función la presta a todos los Estados Miembros de la OEA.

En ejercicio de su función protectora, la Comisión ha diseñado dos procedimientos. El primero consiste en examinar las denuncias relativas a casos específicos de violación de derechos humanos. Este procedimiento puede ser activado por cualquier persona, grupos de personas, entidades no gubernamentales legalmente reconocidas por uno o más Estados Miembros de la OEA (Artículo 44 de la Convención), o por un Estado, si se cumplen las condiciones estipuladas en el Artículo 45 de la misma. Las regulaciones de la Comisión establecen normas diferentes para tratar las denuncias contra los Estados partes de la Convención y contra aquellos que no forman parte de la misma.⁴⁰ Finalmente, de conformidad con el Artículo 26(2) de dichas regulaciones, la Comisión puede estudiar un caso por su propia iniciativa. El segundo procedimiento está diseñado para examinar la situación general de los derechos huma-

nos en determinado país. Aunque no siempre es así, la Comisión usualmente pone en marcha este segundo procedimiento cuando el Estado está comprometido en violaciones de derechos humanos flagrantes y sistemáticas. Más aún, algunas veces la Comisión hace un escrutinio de los derechos económicos, sociales y culturales a la luz de este procedimiento, según las facultades que le otorga la Declaración Americana.³⁹

Ampliando sus facultades frente a otros órganos de derechos humanos y como un asunto rutinario, la Comisión Interamericana vigila la conducta de los Estados no sólo en lo que toca a las obligaciones internacionales establecidas en la Convención Americana o en la Declaración Americana, sino también todas aquellas obligaciones en el campo de los derechos humanos.⁴⁰ La Comisión es competente para supervisar el cumplimiento por parte de los Estados de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer u otros tratados internacionales en favor de los derechos humanos de la mujer.

El procedimiento para procesar los informes sobre casos específicos de violación de derechos humanos termina con un concepto de la Comisión, y el caso puede pasar a la Corte si se cumplen determinadas condiciones. Antes de que la Corte se ocupe de un caso es necesario, primero, que el procedimiento ante la Comisión haya finalizado; segundo, que la Comisión o un Estado parte someta el caso a la Corte; y tercero, que los Estados partes del caso reconozcan o hayan reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte.⁴¹ El procedimiento para examinar la situación general de los derechos humanos en un país, usualmente termina con un "Informe del país", que casi siempre es publicado y analizado en el foro público de la Asamblea General de la OEA.

Para cumplir con su función protectora, la Comisión cuenta con varios mecanismos legales para investigar la conducta de los Estados respecto a los derechos humanos. Puede solicitar información al Estado, utilizar informes como fuente de información, llevar a cabo audiencias y practicar observaciones locales. Una vez que la situación es investigada o, en algunas ocasiones, mientras la situación está siendo investigada, la Comisión puede emprender acciones tales como hacer recomendaciones, ofrecer sus buenos oficios o su mediación y utilizar publicidad.

Por último, parece necesario mencionar el hecho de que, puesto que la Comisión ha operado durante casi veinte años con base en sus propias regulaciones, sus normas de procedimiento son muy flexibles y se adaptan a cualquier situación de derechos humanos en un continente en donde muchas veces la norma legal no prevalece.

(b) Corte Interamericana de Derechos Humanos

Constituida por siete miembros, "juristas de la más alta solvencia moral y reconocida competencia en el campo de los derechos humanos", la Corte ejerce dos tipos de jurisdicción: contenciosa y consultiva. La Corte puede ejercer la primera únicamente en lo que respecta a los Estados partes de dicha Convención, mientras que puede ejercer la segunda a solicitud de cualquier Estado miembro de la OEA o, dentro de su esfera de competencia, de cualquiera de los órganos de la OEA mencionados en el Capítulo 10 de la Carta de la OEA.⁴²

La jurisdicción consultiva faculta a la Corte para interpretar el Artículo 64(1) de la Convención Americana u "otros tratados relativos a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos". La Corte Interamericana interpretó la expresión "otros tratados" en el Artículo 64(1) estipulando que:

la Corte puede ejercer la jurisdicción consultiva, en general, con respecto a cualquier disposición que trate de la protección a los derechos humanos estipulada en cualquier tratado internacional, aplicable en los Estados Americanos, independientemente de que sea bilateral o multilateral, cualquiera que sea el objeto principal de dicho tratado, bien sea o no que los Estados no miembros del Sistema Interamericano sean o tengan derecho a formar parte del mismo.⁴³

También permite a la Corte, a solicitud de un Estado miembro de la organización, dar su concepto en cuanto a la compatibilidad de cualquiera de sus leyes internas con las obligaciones internacionales de dicho Estado en el campo de los derechos humanos. La Corte ha interpretado la expresión "legislación interna" como aquella que incluye "toda la legislación nacional y las normas legales de cualquier naturaleza, incluyendo las disposiciones de la constitución nacional", así como también las propuestas legislativas que aún no han sido aprobadas como leyes.⁴⁴

La Corte ha presentado doce opiniones consultivas, de las cuales una está directamente relacionada con la discriminación con base en el sexo.⁴⁵ La opinión consultiva No. 4 fue solicitada por Costa Rica, de conformidad con el Artículo 64(2) de la Convención Americana, con el fin de obtener un concepto acerca de la compatibilidad de la enmienda constitucional sobre naturalización que estaba siendo discutida en el Congreso. La Corte opinó que la modificación propuesta en el Artículo 14.4 de la ley, que establece condiciones preferenciales para la naturalización de los cónyuges de los hombres frente a los de las mujeres, constituía discriminación incompatible con los Artículos 17.4 y 24 de la Convención Americana.

La jurisdicción contenciosa faculta a la Corte para transar controversias acerca de la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana. Los casos pueden ser presentados ante la Corte por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o por los Estados. Un caso puede terminar con una decisión según la cual la Corte puede "determinar que a la parte lesionada se le garantice el goce de su derecho a la libertad que le fue violado" y que "las consecuencias de la medida o de la situación que constituye la violación de dicho derecho o libertad sean compensadas y se pague una indemnización justa a la parte lesionada" (Artículo 63). El Artículo 68 estipula que "los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes"; establece además que cuando el fallo incluye indemnización por daños, éste puede ser ejecutado en el país respectivo.

Hasta el momento, ocho casos han sido presentados ante la Corte; tres de ellos culminaron en fallo de la Corte, uno está próximo a ser fallado debido a que el Estado aceptó su responsabilidad, y cuatro más se encuentran pendientes. Los primeros tres casos versaban sobre desapariciones y fueron presentados contra Honduras. En dos de ellos⁴⁶ la Corte encontró violación por parte de Honduras del derecho a la vida (Artículo 4), del derecho a un trato humanitario (Artículo 5) y del derecho a la libertad

personal (Artículo 7) de la Convención Americana. En el tercero, el caso Fairén Garbí,⁴⁷ la Corte no ha podido establecer con certeza que la víctima haya desaparecido dentro del territorio de Honduras y por lo tanto no encuentra que la responsabilidad de dicho Estado haya sido probada.

Hay dos casos contra Surinam que afectan los derechos consagrados en los Artículos 4 y 7. En uno de ellos la Corte obtuvo la confesión de responsabilidad por parte de Surinam y dejó pendiente la decisión sobre reparación.⁴⁸ Los últimos tres casos pendientes son contra Perú y tienen que ver con violaciones de los derechos consagrados en los Artículos 4, 5 y 7, más el derecho al debido proceso (Artículo 8), el derecho a la propiedad (Artículo 21) y el derecho a la protección judicial (Artículo 25), con respecto a varios ciudadanos peruanos residentes en Ayacucho.

Breve evaluación del sistema

(a) Fijación de normas

En cuanto a la fijación de normas, la legislación sobre derechos humanos nos proporciona básicamente los medios para luchar contra la violación privada o pública de los derechos humanos de la mujer. La base es, ciertamente, el principio de no discriminación estipulado en los Artículos 1, 17, 24 y 27 de la Convención Americana y en el Artículo 2 de la Declaración Americana. Desde mi punto de vista, la no discriminación con base en el sexo -así como con base en raza o religión- es no solamente otro derecho humano sino es un principio fundamental, que subyace en el derecho de los derechos humanos en general y el derecho interamericano de derechos humanos en particular, en la medida en que negarlos sería negar la existencia misma de este derecho. Esta condición se refleja en la Convención Americana de Derechos Humanos, que impide a los Estados partes suspenderla aun en tiempos de emergencia.⁴⁹ Ello me lleva a concluir que las reservas a la Convención Americana pueden afectar derechos específicos pero no el principio general de no discriminación con base en el sexo; de otra manera, serían incompatibles con el objeto y la finalidad de la Convención, y por lo tanto una infracción a la Convención de Viena sobre la Ley de los Tratados, que rige la creación de reservas a la Convención Americana.⁵⁰

Los Estados que son medidos frente a la Declaración Americana también están obligados a respetar el principio, postulado en su Artículo 2 y en la formulación de los derechos que están reconocidos para "todo ser humano" o para "toda persona". Una interpretación diferente implicaría excluir a las mujeres y a otros individuos de la categoría de "ser humano" y sería difícil encontrar actualmente a alguien que sostuviera dicho argumento.

Puede argumentarse que hay una diferencia significativa en el tratamiento, por parte del derecho internacional, de la discriminación racial frente a la discriminación sexual, con desventaja para esta última. Es cierto que actualmente parece haber un consenso en cuanto a que el principio de no discriminación con base en la raza se ha convertido en *jus cogens*, mientras que no puede decirse lo mismo acerca de la no discriminación con base en el sexo. Sin embargo, si se analizan los elementos del *jus cogens*, no es posible encontrar ninguna razón lógica para dife-

renciar entre discriminación racial y sexual. A esta conclusión se ha llegado, por lo visto, a partir de los prejuicios que han permeado el razonamiento jurídico y no de una lectura imparcial de la ley. Aunque crítica en cuanto a la existencia del *jus cogens*, ésta parece ser la posición de Brownlie, quien coloca el principio de discriminación racial entre los ejemplos menos controversiales de la clase, agregando en una nota de pie de página:

*El principio de no discriminación religiosa debe estar en la misma situación del principio bastante descuidado de la no discriminación en cuanto al sexo.*²⁴

Para regresar a lo que dije en la introducción, el sistema podría mejorar en cuanto a la fijación de normas mediante una cuidadosa revisión de las normas Internacionales con el fin de (i) hallar la mejor formulación posible para evitar su mala interpretación en detrimento de las mujeres, y (ii) especificar en forma detallada las obligaciones internacionales de los Estados con el fin de permitir a las mujeres el goce pleno de los derechos humanos, por ejemplo, incluyendo una formulación legal internacional para la violación de los derechos perpetrada contra la mujer como asunto rutinario.

(b) Promoción, implementación y protección

La promoción de los derechos humanos de la mujer no se ha dado a nivel del órgano general de derechos humanos, es decir de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En general, la Comisión no ha desempeñado adecuadamente su función promocional, pero la promoción está casi totalmente ausente en cuanto al disfrute de los derechos humanos por parte de la mujer. Lo mismo puede decirse con relación a la labor de persuadir a los Estados para que incluyan el principio de no discriminación con base en el sexo dentro del marco legal nacional, lo cual no ha sido intentado por la Comisión. Es cierto que hay un órgano especializado para adelantar esta labor, la Comisión Interamericana de la Mujer, pero esto no sería obstáculo para que la Comisión hiciera su parte, especialmente por que cuenta con la ventaja de un profundo conocimiento de la situación general de los derechos humanos en los territorios de los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos.

La labor de proteger los derechos humanos de la mujer es- a diferencia de los otros dos mencionados anteriormente- estrictamente asunto de la Comisión y de la Corte y tampoco se ha llevado a cabo. La Comisión no ha investigado situaciones discriminatorias obvias que afectan a la mujer ni ha declarado que por permitir la existencia de estas situaciones los Estados están violando el derecho Interamericano de derechos humanos. La Corte no puede utilizar sus facultades a menos que se le solicite hacerlo y por lo tanto no es sorprendente que no haya tenido hasta el presente un caso contencioso sobre discriminación contra la mujer. Por lo tanto, la Comisión ha omitido ejercer sus facultades con relación a la protección de los derechos humanos de la mujer y la Corte no ha tenido la ocasión de pronunciarse acerca de los asuntos de la mujer.

Hacia una garantía más efectiva del goce de los derechos humanos por parte de la mujer en el Sistema Interamericano

En mi opinión, el fracaso de los órganos Interamericanos de supervisión en enfrentar la violación de los derechos humanos de la mujer no es a menudo resultado de una carencia de disposiciones legales, sino más bien de su reticencia para aplicarlos y del hecho de que las mujeres no acuden a los mismos. Para cambiar esta situación, las mujeres deben efectuar un esfuerzo consistente.

Parece esencial que las mujeres empiecen a apropiarse de los órganos internacionales; para lograrlo, deben ser conscientes de que el derecho internacional de derechos humanos existe, que los Estados han contraído obligaciones internacionales en este campo y que hay órganos con la facultad de hacerle seguimiento al comportamiento de los Estados con respecto al tema de los derechos humanos. Posteriormente, tienen que comenzar a utilizar el sistema llevando sus problemas ante los órganos de supervisión y logrando que éstos eliminen sus sesgos, con el fin de persuadir a quienes aplican la ley de que se desprendan de sus prejuicios y apliquen la norma en todas aquellas situaciones que encuadran dentro de la misma, sin tener en cuenta prácticas pasadas. Más aún, debieran mostrar un mayor interés en controlar la pertenencia a dichos órganos, aplicando presiones para que las mujeres con una "conciencia de género" sean elegidas para los cargos. Debe también ponerse especial atención al seguimiento del desempeño de los miembros de los órganos internacionales con el fin de que asuman su responsabilidad y tratar a toda costa de evitar su reelección.

Los órganos internacionales de por sí tienen una responsabilidad significativa a este respecto. Parece increíble que aunque son nuestros, muchas mujeres ni siquiera conocen su existencia. Es deber de dichos órganos desarrollar mecanismos para llegar a quienes son los principales sujetos de las facultades de protección y difundir su labor de tal manera que pueda iniciarse una dinámica positiva que los relacione con los individuos a los cuales se supone que deben servir.

Cómo utilizar las normas internacionales: algunos ejemplos

(a) Ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Comunicaciones individuales. El principio general de no discriminación y las disposiciones específicas relativas a la discriminación sexual son suficientes para cuestionar las disposiciones legales locales que discriminen contra la mujer, tales como la incapacidad jurídica, la exclusión de la administración de la propiedad marital, la exclusión de la representación legal de los hijos o de otros individuos. Esto podría lograrse mediante una denuncia enviada a la Comisión Interamericana que eventualmente podría remitirse a la Corte.

Se ha argumentado que el principio de no discriminación en el derecho internacional de derechos humanos no protege a la mujer contra la discriminación *de facto*. En mi opinión esto no es así. El Artículo 1 de la Convención Americana establece que los Estados partes tienen la obligación de "respetar" y "garantizar a todas las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de" los derechos y las libertades

reconocidos en la Convención. El Artículo 2 estipula que los Estados partes deben aprobar aquellas medidas legislativas o de otro tipo "que sean necesarias para lograr que dichos derechos o libertades sean efectivos". Las obligaciones estatales que se desprenden de la Convención Americana, incluyen, por lo tanto no sólo el compromiso por parte del Estado respectivo de no violar los derechos humanos, sino también una acción positiva para garantizar el "pleno y total ejercicio" de estos derechos.

La Corte Interamericana desarrolló estas disposiciones legales en su primer fallo.⁵² El caso en controversia fue la desaparición del señor Velásquez Rodríguez en el territorio de Honduras y la eventual responsabilidad del Estado por este delito. El caso se basó, primero, en tratar de probar que durante un cierto período de tiempo muchos individuos que compartían ciertas características, tales como ideas políticas, desaparecieron en Honduras bajo circunstancias similares y, segundo, en probar que Velásquez Rodríguez desapareció durante el mismo período y en circunstancias similares. Aunque el caso versaba sobre una desaparición, la importancia del fallo de la Corte con relación a violaciones no estatales amerita relatar algunas de las afirmaciones contenidas en el mismo. El Artículo 1.1, parágrafo 166 del fallo, dice que:

La segunda obligación de los Estados Partes es "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos... Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de reorganizar el aparato gubernamental y, en general, toda la estructura a través de la cual se ejerce el poder público, de tal forma que pueda garantizar jurídicamente el libre y pleno goce de los derechos humanos. En consecuencia... los Estados deben evitar, investigar y castigar cualquier violación de los derechos reconocidos por la Convención.

El parágrafo 167 continúa:

La obligación de garantizar... no se satisface por el solo hecho de aprobar un sistema legal para cumplir con esta obligación, sino que requiere también que el gobierno actúe en forma tal que garantice efectivamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Finalmente, acerca de la responsabilidad del Estado, el parágrafo 172 estipula:

Por lo tanto, en principio, cualquier violación de los derechos... resultante de un acto de autoridad pública o de personas que utilizan su posición de autoridad, es imputable al Estado. Sin embargo, esto no define todas las circunstancias en las cuales un Estado se ve obligado a evitar, investigar y castigar las violaciones de los derechos humanos, ni todos los casos en los cuales el Estado pueda ser encontrado responsable por infracción de dichos derechos. Un acto ilegal que viole los derechos humanos y que inicialmente no sea directamente imputable al Estado (por ejemplo, debido a un acto de una persona privada o debido a que la persona responsable no ha sido identificada), puede llevar a la responsabilidad internacional del Estado, no en virtud del acto mismo, sino por causa de la falta de diligencia para evitar la violación o responder a la misma, tal como lo exige la Convención.

No parece haber un argumento válido para impedir la aplicación de las consideraciones de la Corte en el caso *Velásquez* a situaciones tales, como por ejemplo, la

violencia doméstica contra la mujer o la discriminación de facto en la ley laboral, si pudiera probarse que existe una práctica consuetudinaria que no castiga la violencia doméstica o que el Estado no hace esfuerzos suficientes para evitar el fenómeno. Sería importante poner a prueba la capacidad de la Corte para ser consistente e iniciar una denuncia individual ante la Comisión Interamericana con la solicitud especial de que sea remitida a la Corte una vez haya finalizado el procedimiento ante la Comisión.

Informes del país e informes anuales. Con el fin de efectuar la labor de seguimiento en cuanto al cumplimiento general del principio de no discriminación por parte de los Estados, la Comisión Interamericana tiene la facultad de examinar la situación de los derechos humanos de la mujer en un Estado específico. Esta es una función protectora y, en este sentido, es de exclusiva responsabilidad de la Comisión. Hasta el momento, los informes de los países jamás han mencionado un caso de discriminación legal contra la mujer y tal vez no es realista esperar que la Comisión lo haga por su propia iniciativa (aunque en el pasado ha habido mujeres miembros dentro de la Comisión). Las asociaciones nacionales de mujeres pueden ponerse en contacto con la Comisión y suministrarle la información pertinente acerca de la situación de los derechos humanos de la mujer en cualquier Estado en el cual la Comisión esté adelantando una investigación. Pueden también solicitar a la Comisión, por ejemplo, que inicie una investigación general seguida por un informe del país sobre el problema de la violencia doméstica, teniendo en cuenta especialmente que el precedente *Velásquez* podría ser utilizado para identificar este tipo de situaciones como "violaciones de los derechos humanos evidentes y sistemáticas". En el derecho internacional de derechos humanos vigente, la expresión "violaciones de los derechos humanos evidentes y sistemáticas", que demanda la acción internacional, es identificada como tal cuando el derecho a la vida o el derecho a no sufrir torturas, o el derecho a no estar sometido a arresto prolongado y arbitrario, es violado masiva y sistemáticamente.⁵³

No debemos olvidar que la Comisión tiene la facultad de hacer recomendaciones a los Estados para que aprueben medidas progresivas en favor de los derechos humanos, y debe señalarse que no ha sido tímida en el ejercicio de esta facultad. En su informe anual de 1979-1980, por ejemplo, la Comisión recomendó al gobierno de El Salvador aprobar las siguientes medidas:

- (a) dar pasos efectivos y reales para desarmar a los individuos y para prevenir el ingreso de armas provenientes del exterior;
- (b) adelantar una campaña masiva contra la violencia en las escuelas y en los medios de comunicación;
- (c) reiniciar un diálogo con todos los sectores de la sociedad salvadoreña, sin excepción alguna, incluyendo, por lo tanto, a las fuerzas disidentes de la izquierda y de la derecha, con el fin de restablecer las condiciones que hagan posible a corto plazo realizar elecciones que revelen el verdadero deseo de la población y legitimen al gobierno que resulte victorioso en dicha contienda. Para lograr este fin se requiere una nueva ley electoral y la reorganización del Consejo Electoral Central.⁵⁴

Si no hay informes pendientes del país, sería posible que la Comisión ejerciera sus funciones de supervisión mediante su informe anual, puesto que informa una vez al año, incluyendo, entre otras cosas, "aquellas áreas en las cuales es necesario

tomar medidas para un respeto total de los derechos humanos estipulados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana de Derechos Humanos". La Comisión trata tópicos variados de interés general en esa sección de sus informes anuales, tales como la situación de los indígenas (aunque existe un Instituto Indígena Interamericano), la situación de los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos de los menores y la independencia de la rama judicial.⁵⁵

Utilizando estos mismos procedimientos, la Comisión Interamericana podría iniciar el seguimiento de la situación *de facto* de las mujeres en el campo de los derechos económicos, sociales y culturales. La Comisión ha hecho un ingente esfuerzo en este sentido,⁵⁶ y nada le impide agregar el género como una categoría de su análisis. Más aún, aplicando el precedente de *Broeks vs. Holanda* (en donde el Comité de Derechos Humanos, un órgano del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, declaró que Holanda había violado el Artículo 26 del Pacto cuando otorgó beneficios de desempleo desiguales a las mujeres casadas en comparación con aquellos de los hombres casados al estipular que, aunque el derecho a la seguridad social no estaba cubierto por el Pacto una vez que un Estado establece la seguridad social, debe suministrar beneficios en forma igualitaria),⁵⁷ e invocando el Artículo 24 de la Convención Americana —similar al Artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos— cualesquiera diferencias legales establecidas sobre la base de sexo en el goce de los derechos sociales, económicos o culturales podrían ser cuestionadas en un procedimiento tendiente a denunciar las violaciones a los derechos civiles y políticos establecidos en el Artículo 44 y los Artículos siguientes de la Convención.

Cooperación entre la Comisión y la Comisión Interamericana de la Mujer. La Comisión Interamericana de la Mujer, cuyo mandato es identificar los problemas de derechos humanos de la mujer y promover el avance del derecho internacional sobre derechos humanos en esta área, podría también aportar su cuota para proteger los derechos humanos cooperando estrechamente con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Esta última puede iniciar casos por cuenta propia, o puede a hacerlo por la intervención de la Comisión de la Mujer, que informa siempre que se detecten violaciones masivas en un país. Parece obvia la importancia que puede tener para la promoción de los derechos humanos de la mujer una fuerte participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al hacer un escrutinio de la situación de la mujer en este campo.

(b) Ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Jurisdicción consultiva de la Corte. Otra posibilidad para utilizar el sistema sería el cabildeo a nivel gubernamental o legislativo, con el fin de persuadir al Estado de presentar una solicitud formal de una opinión consultiva de la Corte acerca de la compatibilidad de las disposiciones legales con las obligaciones internacionales de dicho Estado en el campo de los derechos humanos. Debemos recordar que la Corte puede examinar las disposiciones legales internas a la luz de otras obligaciones de derechos humanos en el campo internacional, tales como las que han sido establecidas en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.

La Comisión Interamericana de la Mujer está también facultada para consultar a la Corte con relación a la interpretación de las disposiciones estipuladas en cualquier tratado que contenga normas de derechos humanos que comprometan legalmente a los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos. Sin embargo, no puede perderse de vista el hecho de que la Comisión está constituida por representantes del gobierno y por lo tanto no puede esperarse que sea muy efectiva si ello significa exponer a los Estados miembros de la OEA a lo que podría llamarse adecuadamente "la movilización de la vergüenza". No obstante utilizando el precedente de la solicitud de una opinión consultiva sobre las restricciones a la pena de muerte,³⁹ donde la Corte aceptó dar su opinión frente a un asunto que estaba siendo discutido ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de la Mujer podría utilizar las disposiciones legales de varios Estados para que la Corte aclarara, por ejemplo, el significado del Artículo 11.(2) relativo a la intimidad, el Artículo 17.(4) relativo a la igualdad en el matrimonio, o el Artículo 24 relativo a la igual protección frente a la ley. Una opinión favorable de la Corte acerca de la posición de la mujer con relación a estos artículos, sería un respaldo oportuno a los esfuerzos de la mujer para modificar el derecho nacional.

Algunos propósitos para el futuro

(a) Primer propósito: la investigación

Latinoamérica enfrenta una carencia de recursos financieros para investigación, particularmente si sus resultados no son evidentes a corto plazo. Por lo tanto, es necesario promover la cooperación entre los organismos internacionales y los investigadores locales. Creo que las organizaciones nacionales de mujeres deben trabajar en estrecho contacto con la Comisión Interamericana de la Mujer con el fin de establecer un vasto plan de investigación en aspectos identificados como importantes por las mujeres mismas. Estas investigaciones, adelantadas en forma similar en diferentes países, podrían facilitar una acción más fructífera. La lucha para mejorar la posición de la mujer en la sociedad ha llegado a un punto tal que ni el diletantismo ni la investigación sesgada pueden hacer aportes positivos. Algunas áreas de posible investigación se sugieren posteriormente.

Al inicio de este capítulo dije que la falta del goce de los derechos humanos por parte de la mujer es un problema de cultura. Es importante tomar en cuenta que la cultura es compartida por hombres y mujeres y que hay un número significativo de mujeres que se oponen al cambio. Muchos investigadores señalan el hecho de que las mujeres sienten desprecio por el "feminismo" y que tienen muy poca "conciencia de género". Otros dicen que las mujeres tienen una actitud conservadora y se ven a sí mismas como depositarias del *status quo*.⁴⁰ Estoy de acuerdo con la afirmación de Susana Bianchi, de que la "cultura dominante/masculina" no es impuesta a una "masa inerte conformada por la mitad de la humanidad, sino a sujetos que aceptan la hegemonía y encuentran en ella algo útil para sus propios fines".⁴¹ Si aceptamos esto, creo que debemos olvidar las expresiones declaratorias y las opiniones voluntaristas para dedicarnos a la labor de investigar cuál es el sentimiento

femenino que impide a las mujeres tratar de cambiar una cultura que las coloca en una posición subordinada, con el fin de poder disipar sus temores o su reticencia. En este proceso, debemos proceder con una mente abierta y sin preconcepciones, revisando cuidadosamente los postulados del feminismo para descubrir las adaptaciones que deben efectuarse para llegar al fin último, que es mejorar la posición de la mujer en la vida.

En esta misma línea de pensamiento, creo que debemos investigar y debatir con las mujeres implicadas acerca de las formas de enfrentar el período de transición inherente a cualquier cambio notable de la sociedad. Antes de que llegue el momento en que hombres y mujeres compartan por igual el cuidado de los hijos, y de que la sociedad se organice en forma tal que reconozca que el cuidado de la familia es responsabilidad de todos los miembros de la comunidad (estoy pensando aquí en la organización del trabajo en términos de empleos de tiempo parcial para los padres, guarderías en fábricas y oficinas y cosas por el estilo), habrá de transcurrir un largo período durante el cual las mujeres tendrán que asumir solas toda la carga. Si no somos capaces de diseñar soluciones para el período de transición, existe el riesgo de que las mujeres permanezcan reacias al cambio. Las mujeres latinoamericanas aceptarán con dificultad su propia emancipación si la perciben como un logro que va en contra de sus hijos.

Otra área que requiere investigación es el alcance de la subordinación de la mujer al hombre en las sociedades latinoamericanas y las diferentes formas que toma dicha subordinación. Esta es una labor que no ha sido totalmente desarrollada en el continente. Al respecto, un importante tema de investigación es la reacción del aparato público frente a la discriminación contra la mujer, incluyendo las normas legales, la actitud de la justicia y la actitud de la administración.

También se requiere que la investigación encuentre apoyo -fuera de la justificación ética y la existencia de un derecho internacional que prohíba la discriminación- para demostrar que la igualdad efectiva tiene sus ventajas. Un campo muy importante es el desarrollo. En esta casi frenética carrera hacia la modernización, la incorporación de mujeres preparadas, imaginativas y librepensadoras es una necesidad inaplazable. No puede concebirse que un país llegue muy lejos si la mitad de su población trata de mantener a la otra mitad en una situación de parálisis, bien sea porque no está intelectualmente preparada, o bien porque no puede tomar sus propias decisiones sin consultar o solicitar la aprobación de otros. Asumamos que se puede demostrar con datos estadísticos y argumentar que con el fin de incorporar a la mujer es necesario, primero, educarla y, segundo, ofrecerle la compensación que merece, que no tiene por qué consistir en un trabajo aburrido ni pobremente remunerado, ni dos tiempos completos (trabajo fuera y dentro del hogar). Estoy segura de que los políticos, los empresarios y demás estamentos verían con claridad y cederían más rápidamente frente a las demandas de la mujer.

Por razones similares, sería útil poder demostrar que la forma como la sociedad ha sido manejada hasta ahora puede mejorar si se encuentran nuevos enfoques para resolver los conflictos, enfoques que los individuos en una posición subordinada han optado como un instrumento necesario para su propio progreso.

(b) Publicidad y cabildeo

La investigación debe llevar a una acción posterior. Un objetivo primordial de la lucha de la mujer es el cambio de la cultura que comparte la sociedad en general. Para ello es esencial la presentación de la situación real de la mujer, lo cual puede lograrse con una amplia difusión de la investigación. La investigación también debe convertirse en una base firme para el cabildeo con el fin de lograr cambios en la legislación. En este sentido debe utilizarse en conjunción con todo lo que el derecho internacional sobre derechos humanos ofrece: normas internacionales, precedentes de órganos de derechos humanos internacionales que interpretan y aplican el derecho internacional de derechos humanos y los recursos internacionales. La legitimidad de los derechos humanos hoy en día es tal, que los gobiernos y los legisladores se verán en serios problemas si intentan detener los cambios necesarios para armonizar la ley nacional con la legislación internacional de derechos humanos. Las modificaciones a la legislación nacional podrían introducirse más fácilmente y el derecho serviría entonces para impulsar el cambio cultural.

(b) Educación en derechos humanos

La investigación ayudaría a promover el segundo tipo de propósito necesario para mejorar la posición de la mujer en la sociedad: educación en derechos humanos. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos puede jugar un papel decisivo para este fin. Su mandato incluye desarrollar una conciencia de los derechos humanos entre las pueblos de América, y las mujeres deben sacar provecho y solicitar a la Comisión que responda por su poca actividad en este aspecto.

Las mujeres y los hombres deben recibir educación en derechos humanos.⁶⁷ Es relativamente realista asumir que un buen número de personas estarían dispuestas al cambio si pudieran comprender las implicaciones de sus acciones y declaraciones. Los seres humanos son proclives a repetir palabras y actitudes discriminatorias en forma automática y por ende, hacerlos conscientes de las connotaciones negativas que esta repetición tiene para los derechos humanos podría promover un cambio. También es relativamente viable asumir que si un grupo significativo cambia, quienes no cambian tendrán dificultades para continuar como antes. Es claro que si una mayoría sustancial de mujeres cambia, habremos recorrido más de la mitad del camino hacia el éxito.

La educación en derechos humanos exige un conocimiento muy preciso de las características de quienes recibirán la instrucción. El tema de los derechos humanos toca aspectos íntimos de nuestra individualidad y, por tanto, hay que esperar un rechazo natural por parte del estudiante para abrirse a nuevas formas de enfocar la vida, rechazo que puede ser más fácilmente contrarrestado si se utilizan el lenguaje y los ejemplos adecuados con el fin de transmitir el mensaje. Yo recomendaría muy particularmente la preparación de entrenadores locales, quienes posteriormente desempeñarían la misma labor en sus propios países. Son ellos quienes habrán desarrollado la necesaria sensibilidad para evitar situaciones embarazosas que pueden conducir a que los estudiantes modifiquen su intención real de escuchar y tratar de comprender y sentir. Esta es una labor que requiere tiempo, paciencia y buen juicio, so pena de que los resultados logrados sean precisamente los opuestos a los deseados.

Los grupos objetivo para este tipo de educación deben ser seleccionados con miras a aumentar el efecto multiplicador. Evidentemente la comunidad legal debe ser educada en los derechos humanos; los abogados y los jueces tienen que estudiar el derecho internacional de derechos humanos y su desarrollo en otros continentes. Los maestros en la escuela primaria y secundaria son un objetivo inevitable, al igual que los periodistas. La educación informal a nivel de la comunidad también debe iniciarse; una secuencia de cursos, unos solamente para mujeres, otros solamente para hombres, y algunos mixtos, puede ser una idea digna de consideración.

Para llegar a todos los grupos objetivo, pero particularmente a aquellos a nivel de la comunidad, debe estudiarse cuidadosamente la metodología adecuada para la enseñanza de los derechos humanos; la metodología es vital para lograr modificar rezagos culturales, y a menudo determina la diferencia entre fracaso y éxito. El lugar y la ocasión en que se enseñen los derechos humanos son especialmente importantes para llegar a los individuos. Con relación a las mujeres, sería interesante explorar la posibilidad de impartir la enseñanza de los derechos humanos no en una clase sino como parte de las actividades que las mujeres deben desempeñar diariamente. En varias regiones de América Latina parece evidente que un gran número de mujeres tiende a militar en "movimientos populares" cuyo propósito primario no es el progreso de la mujer en términos feministas ortodoxos sino la solución de problemas de supervivencia y de bienestar mínimo, como obtener el sustento, un techo y servicios médicos, o capacitación para adquirir las habilidades necesarias con el fin de hallar empleo. Ejemplos concretos, extractados de las actividades de estos movimientos, servirán para explicar los derechos humanos, desarrollar la "conciencia de género" entre las mujeres, hacerlas comprender que las habilidades que utilizan en el marco limitado de su grupo son las mismas que pueden utilizar fuera del grupo y que, ante todo, no existe una brecha entre el mundo privado y el público y que el conquistar uno facilita la conquista del otro.

Una anotación final

Al inicio del presente capítulo expresé mi convicción de que el objetivo último del derecho sobre derechos humanos es reforzar el derecho nacional tanto como sea posible, dejando el derecho internacional como un instrumento subsidiario para reconocer y proteger los derechos humanos. Luego analicé las posibilidades ofrecidas por el sistema interamericano, tal como existe, para el logro de este objetivo. Es necesario ser conscientes de que éstas son tan sólo posibilidades. Para convertirlas en certezas es necesario superar varios obstáculos entre los cuales uno de los más importantes es el cultural, puesto que en cuanto a la mujer, la comunidad internacional no es ostensiblemente más progresista que las comunidades nacionales. Esto no debe disuadirnos para tratar de lograr cambios en la interpretación. La experiencia en el campo de los derechos humanos demuestra que el camino está sembrado de abrojos, pero que con tesón e ingenio pueden ser minimizados y, quizás, eliminados.

Notas

1. Ver la descripción de Hilary Charlesworth de las críticas feministas a los derechos, "¿Qué son los derechos humanos internacionales de la mujer?". Capítulo 3 de este libro.

2. Ver Peter van Dijk y Godefridus J.H. van Hoof. *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, (Teoría y práctica de la Convención Europea de Derechos Humanos) 2d. ed. (Dordrecht: Kluwer, 1990), 368-97, 530-31.

3. Aunque el sistema interamericano opera para la totalidad del continente Americano, incluyendo a los Estados Unidos, Canadá y las Islas del Caribe, en este documento me refiero a los problemas de la mujer en América Latina.

4. Ver en este aspecto V. Vargas Valente, "Movimiento de mujeres en América Latina: un reto para el análisis y para la acción", *Revista Paraguaya de Sociología*, 77 (1990): 53-69. Este Artículo fue publicado en Inglés en la *Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe* (1990).

5. En Chile, por ejemplo, hay una propuesta de ley con el fin de disminuir la subordinación de las mujeres casadas frente a sus esposos. Costa Rica, Honduras y Nicaragua han modificado los aspectos más discriminatorios de su ley civil. Ver Ana Isabel García, "Situación general de la mujer en Centro América y Panamá" en *Las juezas en Centro América y Panamá: un enfoque ampliado con los casos de Chile y Estados Unidos*, ed. T. Rivera Bustamante (San José, Costa Rica: Center for the Administration of Justice, Florida International University, 1991), 15-40.

6. Ver Cecilia Medina, "Women's Rights as Human Rights: Latin American Countries and the Organization of American States", in *Women, Feminist Identity and Society in the 1980s*, (Mujer, identidad feminista y sociedad en los 80) ed. Myriam Díaz-Diocaretz e Iris M. Zavala (Amsterdam/Philadelphia: John Benjamins, 1985), 63-79.

7. Ver James Russell, "Reproductive Health: The United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women as a Catalyst for Change in Colombia", (Salud reproductiva: la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer como catalizador para el cambio en Colombia), *U. Toronto Fac. L. Rev.* 49(2) (1991): 106-45. Ver también Medina, "Women's Rights" (Derechos de la Mujer), nota 5.

8. En Chile, por ejemplo, las mujeres obtuvieron el derecho al voto para elecciones municipales en 1931, y el derecho al voto para elecciones del congreso y presidenciales en 1949. Ver FLACSO, *Mujeres Latinoamericanas en cifras: Avances de Investigación: Chile, Documento VI. Situación Jurídica de la Mujer* (Santiago: FLACSO, 1991), 3. En los países de América Central el derecho al voto fue otorgado en los años 50. Ver García, "Situación general", nota 5 en la pág. 34.

9. En el referéndum que tuvo lugar en 1988 con el fin de decidir si el General Pinochet continuaba en el cargo, el 97.7% de las mujeres registradas votaron. Un porcentaje similar votó en las elecciones presidenciales que siguieron en 1989. Ver UNICEF/SERNAM, *Perfil de la mujer, argumentos para un cambio* (Santiago: UNICEF, 1991). Ver también García, "Situación general", nota 5 en las págs. 22-27.

10. Nancy de la Fuente, "Situación y desempeño de la jueza en Chile" en *Las Juezas*, ed. Bustamante, nota 5, 125-40 en la pág. 130.

11. La proporción de mujeres en los órganos legislativos de toda América Latina y de las Islas del Caribe es de 10%; en la rama ejecutiva a nivel ministerial es 4%. Ver Ana Cecilia Escalante, "Las mujeres y los procesos de toma de decisiones en Centroamérica y Panamá", *Las Juezas*, ed. Bustamante, nota 5 en la pág.49.

12. García, "Situación General", nota 5 en las págs.22-27; y UNICEF/SERNAM, *Perfil de la Mujer*, nota 9.

13. García, "Situación General", nota 5 en la pág.27.

14. Para Chile ver Gloria Guerra. *Muestreo sobre violencia doméstica en postas y comisarías de la comuna de Santiago* (SERNAM, Documentos de Trabajo, Santiago, Diciembre 1990). Para Brasil, ver Human Rights Watch/Americas Watch, *Criminal Injustice: Violence Against Women in Brazil* (Injusticia penal: violencia contra la mujer en Brasil), (New York: Human Rights Watch, 1991). Para Colombia, ver Profamilia, *La violencia y los derechos humanos de la mujer*, (Bogotá: Printex Impresores Ltda., 1992).

15. Ver García, "Situación General", nota 5 en las págs.21 y 33.

16. Ver Sonia Montecino, Mariluz Dussuel, y Angélica Wilson, "Identidad femenina y modelo mariano en Chile", en *Mundo de Mujer: continuidad y cambio*, Centro de Estudios de la Mujer (Santiago: Ediciones CEM, 1988), 501-22.

17. Medina, "Women's Rights as Human Rights" (Derechos de la mujer como derechos humanos), nota 6 en las págs.63-65.

18. Ver Nancy de la Fuente, "Situación y desempeño de la Jueza en Chile", en *Las juezas*, ed. Bustamante, nota 5 en la pág.137. Ver también Valente, "Movimiento", nota 4 en las págs.53-69.

19. Ver Valente "Movimiento", nota 4 en la pág.56. Ver también Actas del V Encuentro Feminista Latinoamericano y del Caribe, San Bernardo, Argentina, Noviembre 1990, en las págs.35-36, donde el movimiento feminista reconoce la diferencia entre éste y los movimientos de mujeres y admite la necesidad de reconocer que el primero es tan sólo una parte de los muchos movimientos que luchan para mejorar la condición de la mujer, especificando que es mucho más importante emprender acciones en áreas específicas dentro del movimiento de la mujer, utilizando un enfoque feminista que afirmar sus acciones como "feministas".

20. Haydee Birgin, "Repensando nuestras categorías de análisis", en *Argentina: Varones y mujeres en crisis*, ed. Virginia Haurie, Blanca Ibarlucía, y Norma Sanchis (Buenos Aires: Edición Lola Moras, Ediciones Imago Mundi, 1990), 28-36.

21. Citado en Birgin, "Repensando", nota 20 en la pág.31.

22. Citado en Birgin, "Repensando", nota 20 en la pág.31.

23. En este documento solamente me ocuparé de los órganos cuyas funciones son promover y proteger los derechos humanos en general. Al hacer esta escogencia no quiero proyectar la impresión de que el órgano interamericano específico para los problemas de la mujer, la Comisión Interamericana de la Mujer es obsoleto, sino que creo que las posibilidades de que los órganos generales disponan en favor de la mujer no son bien conocidas entre ellas.

24. Los Estados miembros son Argentina, Barbados, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay, y Venezuela (todos ellos también hacen parte de la Convención Americana de Derechos Humanos); y Antigua y Barbados, Bahamas, Belize, Brasil, Canadá, Dominica, Guyana, San Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Grenadinas y los Estados Unidos (no hacen parte de la Convención Americana). Aunque la OEA considera a Cuba como un Estado miembro, excluye este país puesto que el gobierno de Cuba ha

sido expulsado de la organización y, por lo tanto, Cuba no puede operar dentro del sistema, lo que hace que los esfuerzos por parte del sistema para hacer el seguimiento de la situación de derechos humanos en ese país sean infructuosos.

25. Ver Apéndice A.

26. La Convención Americana de Derechos Humanos fue aprobada en la Conferencia Especializada que tuvo lugar en San José de Costa Rica en 1969. Entró en vigor el 17 de julio de 1978. Texto reproducido en OEA, *Documentos básicos relativos a los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, OEA, 1988, en las págs.25-55.

27. Convención Americana, art. 62.

28. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue aprobada en Bogotá, Colombia, en 1948, como un conjunto no obligatorio de normas sobre derechos humanos. Actualmente, sin embargo, es casi imposible sostener que la Declaración no es fuente de obligaciones legales para los Estados miembros de la OEA. Ver a este respecto P. Nikken, *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo* (Madrid: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Editorial Civitas S.A., 1987), 284-308. Texto de la Declaración en *Basic Documents*, nota 26 en las págs.17-24.

29. Ver arts. VII (derecho a la protección para las madres y los niños), XI (derecho a la preservación de la salud y el bienestar), XII (derecho a la educación), XIII (derecho a los beneficios de la cultura), XIV (derecho al trabajo y a una justa remuneración), XV (derecho al tiempo libre y al uso del mismo) y XVI (derecho a la seguridad social).

30. Hasta ahora, 15 Estados han firmado el Protocolo, pero solamente Surinam lo ha ratificado.

31. Este Protocolo ha sido firmado por seis Estados y ratificado por uno, Panamá.

32. La Convención ha sido firmada por veinte Estados y ratificada por once Estados, y entró en vigencia el 28 de febrero de 1987.

33. De conformidad con la Res. AG/RES.1128 (XXI-0/91), la Comisión Interamericana de la Mujer redactó un proyecto de Convención Interamericana contra la Violencia Doméstica que fue aprobado por la Asamblea General de la OEA el 9 de Junio de 1994 en Belem do Pará (Brasil).

34. Un profundo análisis de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos puede hallarse en Cecilia Medina, *The Battle of Human Rights: Gross, Systematic Violations and the Inter-American System* (La batalla por los derechos humanos: violaciones flagrantes y sistemáticas y el sistema interamericano), (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1988), cap. 4 en las págs.67-92, cap. 6 en las págs.113-59.

35. Ver Cecilia Medina, "Procedures in the Inter-American System for the Promotion and Protection of Human Rights: An overview", (*Procedimientos en el sistema interamericano para la promoción y protección de los derechos humanos: panorama general*), SIM, Newsletter 6(2) en las págs.83-102.

36. Ver a este respecto, Medina, Battle, nota 34 en las págs.139-43.

37. Ver a este respecto, Medina, Battle, nota 34 en las págs.122-26.

38. Ver para el primero, art. 31 a 50, y para el segundo, art. 51 al 53 de las Regulaciones.

39. Ver a este respecto, Medina, Battle, nota 34 en la pág.125.

40. Ver Medina, Battle; nota 34 en las págs.126-27, 154.

41. Ver artículos 61 y 62 de la Convención. Esto significa que únicamente los casos contra los Estados partes de la Convención pueden llegar a la Corte. A diciembre de 1991, catorce Estados habían reconocido la jurisdicción de la Corte: Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

42. Estos órganos son la Asamblea General, la Reunión de Consulta de los Ministros de Relaciones

Exteriores, los tres Consejos, el Comité Jurídico Interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Secretariado General, las Conferencias Especializadas y las Organizaciones Especializadas. Estas últimas son, entre otras, la Organización Panamericana de Salud, el Instituto Interamericano del Niño y la Comisión Interamericana de la Mujer.

43. Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Otros Tratados", sujeto a la jurisdicción consultiva de la Corte: art. 64, Convención Americana de Derechos Humanos. Opinión consultiva, OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, Ser. A. No. 1, primera conclusión, en la pág.43.

44. Convención Americana, art. 64. Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Modificaciones propuestas a las disposiciones de naturalización de la Constitución de Costa Rica*, Opinión consultiva, OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Ser. A No. 4, parágrafo 14 en la pág.87 y párrafo 28 en la pág.92.

45. *Modificaciones propuestas*, nota 44.

46. Velásquez Rodríguez, (Corte Interamericana de Derechos Humanos), Fallo del 29 de julio de 1988, Ser. C. No. 4), y Godínez Cruz (Corte Interamericana de Derechos Humanos), Fallo del 20 de enero de 1989, Ser. C No. 5).

47. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fallo del 15 de marzo de 1989, Ser. C. No. 6.

48. Aloboetoe et al. v. Surinam, Fallo del 4 de diciembre de 1991, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1991, OEA/Ser.L/V/III.25, doc. 7, 15 de enero de 1992, Original: Español en las págs.58-64.

49. Ver Convención Americana, arts. 1, 27.

50. Ver Convención Americana, Art. 75.

51. Ver Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (Principios de Derecho Público Internacional), 3d, ed. (Oxford: Clarendon Press, 1979), 513. Ver también Warwick McKean, *Equality and Discrimination under International Law* (Igualdad y discriminación en el derecho internacional), (Oxford: Clarendon Press, 1985), 264-84. Finalmente, ver *La Modificación Americana a la Ley de Relaciones Exteriores: "Freedom from gender discrimination as state policy, in many matters, may already be a principle of customary international law"* (la no discriminación de género como política de Estado, en muchos asuntos, puede ya ser un principio de derecho consuetudinario internacional, (citado en Anne F. Bayefsky, "The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law" (El principio de igualdad o de no discriminación en el derecho internacional), *Hum. Rts. L.J.* 11(1990): 1-34[22]).

52. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez, Fallo del 29 de julio de 1988, Ser. C. No. 4, párrafos 169-73.

53. Ver Medina, Battle, nota 34 en las págs.7-19. Para el uso del concepto con relación a la mujer, ver Celina Romany, "La responsabilidad del Estado se hace privada: una crítica feminista a la distinción entre lo público y lo privado en el derecho internacional de los derechos humanos, Capítulo 4 de este libro.

54. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.50 Doc. 13 Rev. 1, 2 octubre de 1980, original: español en la pág.147. Para un examen más profundo de las facultades de la Comisión y particularmente de las recomendaciones, ver Medina, Battle, nota 34 en las págs.135-38.

55. Ver como ejemplo Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1991,(OEA/Ser.L/V/II.81 rev. 1, Doc. 6, 14 de febrero de 1992), Capítulo 6, en las págs. 282-321.

56. Ver nota 39.

57. Comunicación 172/1964, 42 U.N. GAOR Supp. No. 40. U.N. Doc. A/42/40 (1987).

58. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Restricciones a la pena de muerte*, arts. 4(2), 4(4),

Convención Americana de Derechos Humanos, Opinión consultiva, OC-3/83 de septiembre 8 de 1983, Ser. A, No. 3.

59. Ver de la Fuente, "Situación y desempeño", en *Las Juezas*, ed. Bustamante, nota 5 en las págs.137-38. Ver M. del Rocío Carro et al. "Las Administradoras de justicia en Costa Rica", en *Las Juezas*, ed. Bustamante, 143-66 en las págs.164-66.

60. Susana Biachi, "Femenino/masculino o acerca de la cultura como campo de tensión", en *Argentina*, ed. Hauzie, Irbalucía y Sanchís, nota 20, 13-23 en la pág.19.

61. Miguel Murnis, "El feminismo: tarea conjunta de varones y mujeres", en *Argentina*, ed. Hauzie, Irbalucía y Sanchís, nota 20, 317-40.

CAPÍTULO 12

HACIA UNA MANERA MÁS EFECTIVA DE GARANTIZAR LOS DERECHOS DE LA MUJER EN EL SISTEMA AFRICANO DE DERECHOS HUMANOS

Chaloka Beyani

Introducción

El presente capítulo pretende hacer una modesta contribución a la protección efectiva de los derechos de la mujer bajo la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 (la Carta Africana).¹ Esta Carta fue aprobada con el auspicio de la Organización de la Unidad Africana en 1981 y entró en vigor en 1986. Establece las normas de derechos humanos de aplicación regional y una maquinaria para la protección de los derechos humanos en África.

La trascendencia de la aprobación de la Carta por parte de los Estados africanos radica en que el concepto de derechos humanos no es extraño en África. Más aún, como instrumento de derechos humanos, la Carta contiene normas de conducta regionales de los Estados africanos sobre el tema de los derechos humanos. Al establecer las normas de derechos humanos en relación con el desempeño de los sistemas legales nacionales en África, la esencia de la Carta yace en que la relación entre los Estados africanos y las poblaciones africanas dentro de sus territorios, no es una función exclusiva de la jurisdicción interna. Este último es un concepto relativo restringido por las normas internacionales de derechos humanos, con alcance tanto regional como internacional.

Algunos aspectos de la Carta dan evidencia de la aceptación de las normas generales de derechos humanos en África. Esto es válido, puesto que la Carta incluye normas² que están contenidas también en otros instrumentos de derechos humanos, especialmente aquellos de alcance internacional general. El hecho de que dichas normas estén incluidas en varios instrumentos denota que son generalmente aceptadas y pueden ocupar una posición particular dentro del derecho internacional general. En el contexto de los derechos de la mujer, dichas normas incluyen la no discriminación, los derechos y libertades fundamentales. Sin embargo, al examinar la protección de los derechos de la mujer en general, debe aceptarse que las reivindicaciones de la mujer para adecuar la protección de sus intereses y recibir igualdad de trato se centran en los derechos humanos y son un verdadero reto para la aplicación de las normas de derechos humanos como categoría específica.

El enfoque seleccionado para este capítulo es tratar de descifrar el contenido de las normas de la Carta Africana que directamente se refieren a la situación de la mujer y, en particular, ciertos aspectos de la Carta que reflejan concepciones de normas de

derechos humanos que pretenden ser exclusivas de África. Dichas normas supuestamente apoyan lo que se ha identificado como diversidad cultural en la concepción de los derechos humanos. Pero, en la medida en que dichas normas son relevantes para la situación de la mujer en África, la Carta plantea el delicado tema de una relativa diversidad frente a la universalidad de la protección de los derechos humanos de la mujer. Por lo tanto, las disposiciones de la Carta relacionadas con los valores tradicionales conllevarán consecuencias adversas para la situación y la protección de los derechos de la mujer si se aplican *prima facie*. El argumento de la relatividad cultural o de la diversidad cultural no puede ser utilizado para socavar o evadir las obligaciones respecto a los derechos humanos. Las normas que rigen la responsabilidad del Estado en el derecho internacional exigen que los actos gubernamentales que responden a las obligaciones internacionales satisfagan normas internacionales, incluyendo aquellas sobre derechos humanos, independientemente de las deficiencias internas de determinado Estado. En cuanto tiene que ver con el derecho internacional, no importa si los resultados deficientes provienen del sistema legal interno o de la cultura, o de ambos. En consecuencia, ciertas normas de la Carta Africana pertenecientes a la cultura y a los valores tradicionales deben interpretarse y aplicarse de conformidad con la obligación fundamental de respetar y cumplir los derechos humanos para todos.

Este es el marco dentro del cual este capítulo pretende discutir la protección efectiva de los derechos de la mujer en el sistema de derechos humanos africano. El capítulo coloca primero las normas relevantes de la Carta Africana en el contexto de aquellas de aplicación general para la mujer. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (la Convención de la Mujer), se utiliza para dar evidencia de las normas de derechos humanos que son aplicables específicamente a la mujer en forma general. Debe prestarse particular atención al efecto de los derechos humanos sobre los valores tradicionales y las costumbres en África, con el fin de resaltar la protección de los derechos humanos en la Carta Africana. El capítulo examinará luego la correspondencia entre el derecho interno y las normas internacionales de derechos humanos relativos a la mujer en África. Finalmente, explorará el papel que la Comisión Africana puede desempeñar en la protección de los derechos de la mujer de acuerdo con la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

La Carta Africana y los derechos de la mujer en el derecho internacional

En términos generales, la Carta Africana como instrumento regional de derechos humanos debe ser analizada a la luz del sistema internacional de derechos humanos como un todo. El concepto de protección universal de los derechos humanos es una característica esencial subyacente al sistema de protección internacional de los derechos humanos en el derecho internacional contemporáneo. Un aspecto importante es determinar si las denuncias relativas a la protección de los derechos de la mujer han sido tratadas adecuadamente como un tema de derechos humanos, de acuerdo con el concepto de protección universal de los derechos humanos.

Cuando la Carta de las Naciones Unidas⁴ estableció la obligación de promover y estimular el respeto por los derechos humanos y por las libertades fundamentales para todos, sin distinción de raza, sexo, lengua o religión, asumió que los derechos

humanos de todos los seres humanos serían disfrutados y protegidos a nivel universal. El Artículo 56 de la Carta compromete a todos los Estados miembros a tomar medidas conjunta o separadamente en cooperación con las Naciones Unidas para el logro, entre otras cosas, del "respeto universal a los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión y la efectividad de tales derechos y libertades".⁴

La elaboración posterior de las obligaciones de la Carta de las Naciones Unidas por medio de instrumentos de aplicación general en el campo de los derechos humanos confirma la integridad del supuesto que subyace a la norma de protección universal de derechos humanos. El objetivo es garantizar que los derechos humanos sean disfrutados y protegidos por todos, sin discriminación injustificada con base en raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, propiedad, nacimiento o cualquier otra condición.⁵ Por lo tanto, la Corte Europea de Derechos Humanos ha decidido correctamente que la disposición que da derecho al goce de los derechos humanos sin discriminación sobre base específica, incluyendo el sexo, se aplica a cada disposición de la Convención Europea de Derechos Humanos.⁶ Este razonamiento se extiende *mutatis mutandis* a los instrumentos de derechos humanos que contienen disposiciones sobre no discriminación que subyacen la titularidad de los derechos consagrados en ellos.

Pero además de la formulación general contemplada en la norma de protección universal, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos va más allá y establece un principio expreso de igualdad entre hombres y mujeres en el Artículo 3:

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.

El Artículo 3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos apoya la existencia del principio de igualdad entre hombres y mujeres en el derecho internacional general.⁷ Pero independientemente de la existencia del principio general de igualdad entre hombres y mujeres y de la inclusión del sexo como una categoría sobre la cual se prohíbe la discriminación en el ejercicio y el goce de los derechos humanos, los principios de derechos humanos no han sido aplicados en forma adecuada para mejorar la condición y el bienestar general de la mujer en África y en el resto de los países. Esto hace que el problema de la situación y el tratamiento de la mujer sea de vital importancia para los derechos humanos en el derecho internacional moderno.

Sin embargo, es un tema que no ha merecido la suficiente atención desde la perspectiva de los derechos humanos. La razón para ello es obvia. La pretensión de la mujer de recibir trato igualitario y de que se le garantice el ejercicio de sus derechos humanos, sobre una base de igualdad con los hombres, amenaza el dominio masculino sobre la mujer que viene de muy atrás. Las actitudes masculinas frente al tratamiento de la mujer han dominado la concepción de los derechos humanos y permeado su aplicación a las mujeres en una forma sesgada. La subordinación de la mujer al hombre en todas las comunidades es un hecho que ha llevado a la mujer a concluir que "esos ideales abstractos" de los derechos humanos nunca han sido concebidos para que sean aplicables a ella.⁸

El desequilibrio en la aplicación de los derechos humanos ha llevado a la mujer a urgir la adopción de normas internacionales de aplicación general diseñadas para la protección de sus derechos, tal como lo señaló la conclusión de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en 1979. Los desarrollos contemporáneos del derecho internacional y de las relaciones internacionales marcados por dicha Convención, indican que el tema del tratamiento de la mujer sobre la base de los derechos humanos es una medida de la norma internacional de civilización que debe interesar al sistema internacional.

Sin embargo, el sistema internacional de protección de los derechos humanos no es ni totalizante ni homogéneo. Se extiende a normas de aplicación general contenidas en instrumentos regionales que establecen una maquinaria regional para la protección de los derechos humanos. Es necesario aceptar que los sistemas regionales de protección de los derechos humanos son parte esencial del sistema internacional y no deben ser vistos como regímenes autocontenidos. Y que algunas normas de derechos humanos, tales como la no discriminación en contextos específicos, son de aplicación general con base en el derecho internacional consuetudinario. Por lo tanto, los sistemas regionales de protección de los derechos humanos no pueden tener como punto de partida principios de derechos humanos generalmente aceptados.

Por esta razón, y como una garantía contra el desarrollo de normas regionales que socaven los principios generales de derechos humanos, las normas de la Carta Africana deben ser examinadas a la luz del marco internacional para la protección de los derechos humanos. Esta es una estrategia legal efectiva para fortalecer la protección de los derechos de la mujer y los derechos humanos en general en África.

La posición de la Carta Africana en el sistema internacional de protección de los derechos humanos se basa en lazos institucionales y normativos. Institucional y legalmente, la maquinaria de la Carta Africana existe en el marco de la Organización de la Unidad Africana (OAU). Con relación a los derechos humanos, la Carta de la OAU de 1963 postula la libertad, la igualdad, la justicia y la dignidad, como objetivos esenciales para lograr las aspiraciones legítimas de los pueblos africanos. Dentro de este marco, la Carta Africana de Derechos Humanos debe ser vista como un vehículo para el logro de dichas aspiraciones. Las mujeres constituyen la mayoría de los habitantes de África y su reivindicación de libertad, igualdad, justicia y dignidad tiene un respaldo inequívoco en los objetivos de la OAU misma.

Como ente regional, la Organización de la Unidad Africana está vinculada con las Naciones Unidas. La existencia de la OAU como entidad regional en los términos de la Carta de las Naciones Unidas, está consagrada en el preámbulo que postula la adhesión a la Carta de las Naciones Unidas y a la Declaración Universal de los Derechos Humanos como un fundamento sólido de cooperación pacífica y positiva entre los Estados. Estos considerandos del preámbulo son parte constitutiva del texto de la Carta de la OAU para fines de su interpretación.⁸

Según la Carta de las Naciones Unidas, las organizaciones regionales del tipo de la OAU y su maquinaria para proteger los derechos humanos están permitidas siempre y cuando sean consistentes con los fines y principios de las Naciones Unidas.¹⁴ Más aún, en caso de conflicto entre las obligaciones de los miembros de las Naciones Unidas establecidas en la Carta y sus obligaciones establecidas en cualquier otro acuerdo internacional, las obligaciones de la Carta prevalecen.¹⁵ Estas disposiciones

colocan en perspectiva el tema de los acuerdos regionales para la protección de los derechos humanos. Su efecto es que los organismos regionales y los sistemas de derechos humanos establecidos dentro de su marco no son regímenes exclusivos aislados de los objetivos y fines de las Naciones Unidas, incluyendo la protección de los derechos humanos. Muchos Estados africanos hacen parte de varios instrumentos de derechos humanos, así como de la Carta Africana. Sin embargo, no pueden ser exonerados del cumplimiento de las obligaciones internacionales de derechos humanos derivadas de dichos instrumentos, sobre la base de que son Estados partes de la Carta Africana.

Varias consecuencias normativas importantes se desprenden de la relación entre los sistemas regionales de derechos humanos y las obligaciones relativas a los derechos humanos establecidas en la Carta de las Naciones Unidas. Las normas internacionales modernas de derechos humanos y la maquinaria internacional establecida para su protección tienen sus raíces en la obligación establecida por la Carta de las Naciones Unidas de promover el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales para todos sin distinción de raza, sexo, idioma o religión.

Al reafirmar su fe en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y en el valor de la persona humana, la Carta proclama la igualdad de derechos para hombres y mujeres y para las naciones grandes o pequeñas. Las declaraciones preambulares de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos invocan, entre otras, la promoción de la cooperación internacional con el debido respeto a la Carta de las Naciones Unidas y a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

Los instrumentos que definen normas, así como los instrumentos regionales en el campo de los derechos humanos, tienen su génesis en las obligaciones sobre derechos humanos de la Carta de las Naciones Unidas. La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer claramente elabora el contenido de la no discriminación en el contexto específico de proteger los derechos de la mujer. Puede ser vista como una ampliación directa de la obligación establecida en la Carta de las Naciones Unidas de promover la protección universal de los derechos humanos por igual, sin discriminación en cuanto al sexo y en relación con la mujer.

Con referencia a la protección de los derechos de la mujer en África, la Carta Africana incluye los principios contenidos en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. El Artículo 18(3) de la Carta estipula que:

El Estado garantizará la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, y también garantizará la protección de todos los derechos de la mujer y del niño, consagrados en las declaraciones y Convenciones internacionales.

Es posible formular cuatro observaciones relativas al contenido de esta disposición. Primero, establece una obligación con especificidad de género para los Estados de África con el fin de que eliminen todas las formas de discriminación contra la mujer y no únicamente la discriminación con base en el sexo como tal. Segundo, el lenguaje empleado no admite excepción alguna al exigir a los Estados que eliminen toda discriminación contra la mujer. Tercero, en forma distintiva, reconoce la existencia de los

derechos de la mujer y del niño y reconoce la necesidad de protección de dichos derechos por parte del Estado. Cuarto, incorpora la aplicación, dentro de la Carta Africana, de las normas internacionales que protegen los derechos de la mujer y del niño, tal como han sido adoptados en convenciones y declaraciones internacionales.

El Artículo 18(3) de la Carta es particularmente importante para la protección de los derechos de la mujer, debido a que no sólo hace pertinente la aplicación de las convenciones internacionales sino que convierte en aplicables ciertas declaraciones relevantes que normalmente no tienen fuerza de ley. Puesto que la Carta Africana establece obligaciones que comprometen a los Estados partes, la consecuencia del Artículo 18(3) es transformar el carácter no obligatorio de dichas declaraciones en instrumentos legalmente obligatorios. En su texto la Carta Africana incorpora como ley el valor usualmente persuasivo de las declaraciones internacionales relacionadas con los derechos de la mujer.

Dichas declaraciones incluyen la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la declaración de que ciertas costumbres, leyes antiguas y prácticas relacionadas con el matrimonio y la familia son inconsistentes con los principios de la Carta de las Naciones Unidas y de la Declaración Universal de Derechos Humanos,¹² la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de 1967,¹³ y posiblemente la Proclamación de Teherán de 1968 y la Declaración de Viena de 1993. Podría haber otras. En forma similar, podrían incluirse una serie de convenciones relativas a los derechos de la mujer.¹⁴ La más relevante de éstas es la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

A la vez que obliga a los Estados partes de África a garantizar la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y exige que dichos Estados protejan los derechos de la mujer de conformidad con las normas internacionalmente aceptadas, la Carta introduce nociones de valores africanos. En el Artículo 18(2) de la Carta se hace referencia a la familia como la protectora de la moral y de los valores tradicionales reconocidos por la comunidad. Además, la Carta Africana establece la obligación de preservar el desarrollo armonioso de la familia y de propender por la cohesión y el respeto a la familia.¹⁵

Estas disposiciones reflejan la importancia que se otorga a la familia en África y deben interpretarse a la luz de las disposiciones en los Pactos que definen la familia como la unidad grupal natural y fundamental de la sociedad.¹⁶ En efecto, la familia, es descrita y considerada como una unidad en la cual los derechos individuales y colectivos de sus miembros coexisten irreductiblemente. Los derechos colectivos son inherentes al concepto de derechos humanos en general y los derechos relativos a la familia son reconocidos como colectivos.¹⁷ Dentro de este contexto, la relación entre derechos individuales y colectivos es que los derechos individuales dentro de la familia regulan las relaciones internas de la familia y sirven de base para la constitución de la familia como una unidad colectiva.

Con el fin de preservar la familia como una unidad y en la medida en que continúa existiendo como tal, los derechos individuales de los miembros de la familia¹⁸ se ejercen generalmente dentro de los parámetros de los intereses colectivos de la familia. Si los intereses de los miembros individuales de la familia (por ejemplo las partes de un matrimonio) no coinciden o dejan de coincidir con aquellos de la familia como colectividad, los derechos individuales pueden ejercerse como una opción en aque-

llos casos en que una forma como el matrimonio o la convivencia o la familia han fracasado. La tensión entre lo colectivo y lo individual puede por tanto ser inevitable en las relaciones familiares.

Los derechos colectivos relativos a la familia circunscriben su perfil y regulan sus relaciones externas en la comunidad. Su finalidad es proteger los intereses que preservan al sujeto de derechos de la exclusión de otros intereses. Por ejemplo, el Artículo 17 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos prohíbe la interferencia arbitraria o ilegal con la familia y por lo tanto refuerza los derechos colectivos de la familia, tales como los derechos a la vida en familia y a la unión familiar.

Sin embargo, el concepto de familia está cambiando rápidamente y varía de lugar a lugar.¹⁹ Las relaciones de familia en África son amplias y el concepto de familia, en consecuencia, también es amplio. Tal como se anotó en otro lugar,²⁰ la familia está concebida generalmente como el núcleo que reúne los valores tradicionales y la cultura. Sin embargo, a menudo es dentro de la familia que las actitudes estereotipadas y las relaciones de poder han tenido un peso sustancial contra la mujer durante siglos.

Al definir las normas sobre la base de la igualdad del hombre y de la mujer, así como de la igualdad de trato para la mujer en el ejercicio los derechos humanos, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer evidencia la aceptación internacional del principio que modifica el desequilibrio actual en las relaciones de poder entre hombres y mujeres y elimina las actitudes masculinas estereotipadas que perjudican a la mujer.²¹ El Artículo 16 de la Convención confiere igualdad de derechos a la mujer y al hombre dentro de la familia y en los asuntos relacionados con la familia. El efecto combinado de las normas en la Carta Africana y las de la Convención es tal, que el significado que debe darse a "valores morales y culturales" en la Carta debe ser consistente con las normas de derechos humanos.

Lo anterior significa que, cualquiera que sea su naturaleza, los valores morales o culturales en cuestión no deben discriminar a la mujer ni impedirle el goce de los derechos humanos sobre una base de igualdad con el hombre y además deben ser consistentes con las normas de derechos humanos. Respecto al efecto de las normas sobre derechos humanos en la costumbre tradicional, la Corte Suprema de Tanzania llegó a una conclusión similar en el caso de *Ephrahim v. Pastory and Kaizingele*.²² El apelante era sobrino de la primera demandada. Cuestionó el derecho de ésta para vender la tierra del clan que había heredado de su padre, de conformidad con un testamento válido. La mujer vendió la tierra a la segunda demandada y el apelante solicitó que se declarara que la venta era nula puesto que, según el derecho consuetudinario de *Haya* de la primera demandada, el derecho a vender tierra del clan solamente lo tenía el hombre y no la mujer.

En primera instancia el Tribunal decretó que la venta era nula y ordenó a la primera demandada devolver los dineros recibidos por la compra de la tierra en cuestión. Mediante apelación ante la Corte de Distrito se revocó el fallo del Tribunal con fundamento en la Declaración de Derechos de Tanzania que prohíbe la discriminación con base en el sexo, y por tanto los miembros masculinos y femeninos del clan tienen las mismas prerrogativas para disponer de la tierra del clan.

El apelante trató de revocar el fallo ante la Corte Suprema, instancia en la cual la apelación fue rechazada y se confirmó la decisión de la Corte de Distrito. Al determinar que la venta de la tierra era válida, la Corte expresó el concepto de que tanto

la Constitución de Tanzania que incorporó la Carta de Derechos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, prohíben la discriminación con base en el sexo. La Corte Suprema también tomó en consideración el efecto de varias convenciones internacionales relativas a los derechos humanos y la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, las cuales habían sido ratificadas por Tanzania.

La Corte declaró que era evidente que el derecho consuetudinario de Haya entraaba en conflicto con la Constitución de Tanzania y con sus obligaciones internacionales frente a los derechos humanos. En particular, declaró que la prohibición a la mujer de vender tierra del clan era discriminatoria y contraria a los derechos humanos y decidió que la mujer estaba investida de los mismos derechos que el hombre con relación a la herencia del clan y al derecho a vender la tierra.

El razonamiento subyacente a la decisión de la Corte fue que el derecho consuetudinario que sea inconsistente con la Declaración de Derechos debe ser considerado como modificado o calificado por la Declaración de Derechos. La modificación del derecho consuetudinario de Haya efectuada por la Corte significa que cualquier miembro del clan, masculino o femenino, puede enajenar tierra del clan a extraños sin el consentimiento de los hombres del clan y puede rescatar dicha tierra para el clan mediante el pago del precio de compra al comprador.

Aunque la Corte puede ser criticada por este enfoque circular, debe ser felicitada por no mantener el carácter esencial del derecho consuetudinario en este aspecto. Calificó la naturaleza de la costumbre aplicando la norma de no discriminación entre el hombre y la mujer respecto a la disposición de la tierra del clan sobre la base de las normas de derechos humanos.²³ Con ello, la decisión de la Corte reflejó la preocupación expresada por la obligación contenida en el Artículo 5(1) de la Convención de la Mujer. Ésta exige la adopción de medidas con el fin de modificar los patrones sociales y culturales de conducta, tanto del hombre como de la mujer, para lograr la eliminación de los prejuicios y hábitos y todas las demás prácticas basadas en la idea de inferioridad o superioridad de los sexos o de los roles estereotipados del hombre y de la mujer. En el caso que nos ocupa, el Juez Mwalusanya declaró:

De ahora en adelante todas las mujeres de Tanzania pueden al menos sostener su cabeza en alto y reclamar que son iguales a los hombres en cuanto tiene que ver con la herencia de la tierra del clan y la tierra adquirida por sus padres. Esto hace parte del largo camino de la liberación de la mujer. Pero no es motivo de euforia pues aún hay mucho por hacer en muchas otras esferas.²⁴

Sin duda alguna una precaución necesaria, pero la decisión tiene cierto valor ante el derecho internacional puesto que versa sobre la aplicación del principio de la no discriminación como una norma internacional en el contexto específico de los derechos de la mujer. También demuestra la posición adoptada por Tanzania con respecto al efecto de las normas de derechos humanos o al derecho que tiene la mujer de poseer, heredar y disponer de la tierra del clan.

Un factor importante para la protección de los derechos de la mujer en África contra las prácticas opresivas sociales y tradicionales, tiene que ver con el aspecto de la interacción entre las normas de la Carta y las de la Convención. Al explicitar en su texto que los Estados deben garantizar la eliminación de cualquier forma de discriminación contra la mujer y la protección de sus derechos tal como se estipula en

las declaraciones y convenciones internacionales, la Carta presupone que sus propias normas deben aplicarse de conformidad con las normas de dichas convenciones y declaraciones.

Sin embargo, además de los derechos, la Carta Africana establece ciertos deberes para los individuos. Las disposiciones²⁵ de la Carta Africana con relación a los deberes de los individuos reflejan aspectos de los valores africanos de conformidad con los cuales los individuos dentro de la comunidad tienen, además de derechos, ciertos deberes. Pero estos valores no son independientes de los derechos humanos. Este es el significado de la inclusión de la noción de valores culturales en la Carta como un instrumento de los derechos humanos.

En consecuencia, un concepto amplio de lo que significa "valores" en la Carta Africana debe incluir aquellos valores basados en principios de derechos humanos. En el caso *Attorney General v. Unity Dow*,²⁶ la Corte de Apelaciones de Botswana aplicó los valores consagrados en la Declaración de Derechos de la Constitución de Botswana para contrarrestar la tradición relativa al tratamiento de la mujer en dicho país.

El caso *Unity Dow* surgió como consecuencia de ciertas disposiciones de la ley de ciudadanía de 1984 que impuso una delicada diferenciación en cuanto a la situación de ciudadanía de los hijos de la demandada. La demandada era una ciudadana de Botswana nacida en Botswana de padres indígenas. En 1979 la mujer dio a luz un niño cuyo padre era Peter Nathan Dow, ciudadano norteamericano que vivió en Botswana durante casi 14 años. En términos de la ley vigente, el niño era ciudadano de Botswana.

El 7 de marzo de 1984, Unity contrajo matrimonio con Peter Nathan Dow y de este matrimonio nacieron dos hijos, uno en 1985 y otro en 1987. Sin embargo, en 1984 Botswana aprobó una ley de ciudadanía según la cual, los niños nacidos de la demandada después de 1984 no podían obtener la ciudadanía de Botswana puesto que su padre era ciudadano extranjero.²⁷ Esto significaba que el primer hijo de Unity era ciudadano de Botswana, mientras que los dos hijos nacidos después de 1984, cuando la ley de ciudadanía entró en vigor, no eran ciudadanos de Botswana. Ante la Corte Suprema de Botswana la demandada demostró exitosamente que las disposiciones en cuestión infringían algunos de sus derechos y libertades fundamentales según la Constitución de Botswana. Su solicitud fue aceptada y el Fiscal General apeló la decisión.

El principal argumento del apelante se basaba en la premisa de que si bien es cierto que la S.3 de la Constitución de Botswana confiere derechos y libertades independientemente del sexo, la palabra "sexo" no se menciona como una categoría en relación con la cual se prohíbe la discriminación en S.15, disposición de la Constitución de Botswana que define el término "discriminación". Sobre esta base se argumentó que la omisión de la categoría sexo en la definición de discriminación era intencional con el fin de permitir la discriminación con base en el sexo en Botswana, puesto que la sociedad de Botswana es patrilineal y, por lo tanto, orientada hacia lo masculino. El apelante trató de justificar la validez constitucional de la Ley de Ciudadanía con base en la necesidad de preservar la orientación masculina de la sociedad de Botswana y que, como parte de la legislación basada en la descendencia, el objetivo real de la ley era promover la orientación masculina de la sociedad y evitar la doble ciudadanía.

Al referirse a estos argumentos, la Corte profirió una instructiva e importante respuesta con base en el efecto de la Declaración de Derechos según la Constitución:

Se ha llamado nuestra atención en cuanto a las costumbres y tradiciones patrilineales del pueblo de Botswana con el fin de demostrar, creo ya, que es propio que el Parlamento legisle para preservar dichas costumbres y tradiciones. Las costumbres y las tradiciones jamás han sido estáticas. Pero aún así, siempre han tratado de expresar la legislación. Las costumbres y las tradiciones deben a fortiori, y como ya lo he dicho acerca de la supremacía de la Constitución, ceñirse a la Constitución de Botswana. Una garantía constitucional no puede verse anulada por la costumbre. Naturalmente, la costumbre debe interpretarse de tal forma que respete la Constitución. Pero si esto es imposible, entonces la costumbre y no la Constitución, debe modificarse.²⁸

La Corte rechazó los argumentos de la costumbre tradicional y el argumento de la doble nacionalidad como justificación para permitir que la legislación discrimine los "sexos" de los padres en asuntos de ciudadanía de los hijos. Su opinión fue que si el legislador se ve confrontado a aprobar una ley sobre ciudadanía, su única salida es aprobar una fórmula que concilie los imperativos de la Constitución, especialmente aquellos que confieren derechos fundamentales a los individuos dentro del Estado.

Al referirse al tema de la omisión de la categoría de sexo en las disposiciones relativas a la discriminación, la Corte optó por un enfoque literal, pero consideró la Constitución como un "todo constitutivo". Analizó la relación de S.15(3) de la Constitución, que omitió el término "sexo" en su definición de discriminación, con S.3 de la Constitución que dispuso el derecho del individuo a igual protección ante la ley, independientemente del sexo. La Corte declinó aceptar que el precepto de igual protección ante la ley como un derecho fundamental conferido por la Constitución, podía verse afectado por la disposición que define la discriminación.

Con el voto de 3 a 2, sostuvo que las disposiciones de la Ley de Ciudadanía en cuestión discriminaban a la demandada. El Presidente de la Corte, el Magistrado Amisshah, dijo al respecto:

Si quienes redactaron la Constitución hubiesen contemplado que el trato igual a hombres y mujeres debía exceptuarse de la aplicación de las subsecciones 15(1) o (2), considero que, luego de examinar dichas disposiciones, hubiesen adoptado una de las formas de redacción expresas que utilizaron en esta misma sección y en la sección concordante mencionada. Tal como estipula la sección 3, toda persona tiene derecho a la protección de la ley independientemente del sexo, es decir, a la garantía de igual protección; así mismo, la sección 15 en alguna parte hubiera debido decir, expresamente, que con el fin de mantener la estructura patrilineal de la sociedad o por cualquier otra razón, los redactores de la Constitución consideraban necesario que las leyes o el trato discriminatorios fueran aprobados para hombres y mujeres. Pero en ninguna parte de la Constitución se encuentra este principio. En ninguna parte se menciona que el objetivo sea preservar la estructura patrilineal de la sociedad.²⁹

La Corte hizo referencia al efecto de la Carta Africana sobre la protección de los derechos humanos según la Constitución de Botswana. Aunque Botswana es un Estado parte de la Carta Africana, como muchos otros Estados africanos, no ha aprobado una legislación que apruebe o incorpore las disposiciones de la Carta. A este

respecto, la decisión mayoritaria aprobó una decisión progresista y consideró que la Carta constituía una ayuda para la construcción e interpretación de la Constitución y coincidía con la determinación de la Corte Suprema de que la legislación interna debe ser interpretada, en cuanto sea posible, sin entrar en conflicto con las obligaciones de Botswana de acuerdo con la Carta u otras obligaciones internacionales. De acuerdo con la Corte, dichas obligaciones han reforzado su posición de que la intención de quienes redactaron el marco de la Constitución no podía ser la de permitir la discriminación con base en el sexo.

La Corte se basó principalmente en las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos relativos a los derechos y libertades para todos, independientemente, entre otras cosas, del sexo,³¹ protección igual ante la ley³² y la eliminación de la discriminación contra la mujer.³³ El Juez Aguda expresó la opinión de que el Artículo 18(3) de la Carta constituía una obligación enfática por parte de Botswana y de todos los demás Estados africanos de garantizar la eliminación de cualquier forma de discriminación contra la mujer.

Pero la Corte omitió examinar otras disposiciones de la Carta que son importantes para la protección de los derechos de la mujer. La Carta consigna la obligación de respetar y considerar a los seres humanos sin discriminación, así como de mantener relaciones que promuevan, salvaguarden y refuercen el respeto y la tolerancia mutuos. Con referencia especial a la protección de los derechos de la mujer, esta obligación compromete a los individuos masculinos para que no discriminen a la mujer, como ser humano, y para que los hombres se comporten con un sentido de respeto mutuo hacia la mujer.

Cuando se interpreta en forma positiva, este deber establece la base para no subordinar a la mujer al hombre, así como para rechazar la violencia contra la mujer. Los valores de respeto y tolerancia mutuos son, en consecuencia, guiados por el principio de derechos humanos de no discriminación contra la mujer y de no obstaculizar el goce de los derechos humanos por parte de la mujer.

En el Artículo 29 la Carta establece, entre otros, el deber de preservar y fortalecer los valores culturales positivos africanos en las relaciones con otros miembros de la sociedad dentro del espíritu de tolerancia, diálogo y consulta y, en general, contribuir a la promoción del bienestar moral de la sociedad. Debe prestarse especial atención a la inclusión del término valores culturales "positivos" africanos en la Carta Africana.

La alusión a los "valores positivos" indica una conciencia de la necesidad, si no de la intención, de descartar aspectos culturales o tradicionales que son vistos como negativos y regresivos en África. Hay un reconocimiento implícito en la Carta del hecho de que los valores culturales en África no pueden permanecer estáticos. Tal como lo observó el Juez Aguda,

*me parece que, ahora más que nunca, el mundo entero se ha dado cuenta de que la discriminación con base en el sexo, tal como aquella institución de tiempos pasados permitida por la mayoría de las religiones y por la conciencia del hombre de entonces, en otras palabras, la esclavitud, no puede seguir siendo permitida o aun tolerada, y menos por la ley.*³⁴

Los principios de derechos humanos, tal como se demostró en los casos *Ephraim v. Pastory and Kaizengele* y *Attorney General v. Unify Dow*, sirven de base para rechazar las tradiciones y costumbres retrógradas que se oponen a la posición de la

mujer en la sociedad y al goce de sus derechos humanos. Otra técnica de significativo potencial es la cláusula de incompatibilidad que, en los países anglófonos, ha sido utilizada para verificar el ejercicio de la costumbre frente a la ley escrita. Esta posición recientemente encontró respaldo entre los jueces de las jurisdicciones del Commonwealth en un Coloquio Judicial que tuvo lugar en el Balliol College de Oxford entre el 21 y el 23 de septiembre de 1992.

El carácter de la cláusula de incompatibilidad esencialmente sigue siendo el mismo en los países africanos del Commonwealth, pero su alcance varía de país a país. En Zambia, se aplica a las cortes locales que rutinariamente fallan sobre asuntos relativos al derecho consuetudinario. Por lo tanto, la sección 12(1) de la Ley de Cortes Locales, Capítulo 54, faculta a las cortes locales para aplicar el derecho consuetudinario africano relativo a cualquier asunto en la medida en que dicho derecho no sea contrario a la justicia natural o a la moral, o incompatible con las disposiciones de cualquier ley escrita. En Kenia la cláusula de incompatibilidad puede aplicarse a asuntos ante la Corte Suprema, la Corte de Apelaciones y todas las cortes subordinadas y su alcance es más amplio. La Sección 3(2) de la Ley de la Judicatura dispone que éstas cortes se guiarán por el derecho consuetudinario africano en los casos civiles en los cuales una o más partes se encuentran sujetas al mismo o se vean afectadas por éste, en la medida en que tenga aplicación y no sea incompatible con la justicia o la moral o inconsistente con una ley escrita.

Los avances que se han hecho hasta el presente en el campo de los derechos humanos, tales como las normas de conducta, la creciente participación de la mujer en la vida pública, así como su compromiso frente a la vida económica, no dejan duda de que las prácticas usuales y tradicionales que subordinan a la mujer al hombre son incompatibles con la justicia y la moral. La cláusula de incompatibilidad puede ser utilizada con base en las normas de derechos humanos para impulsar un proceso de cambio con el fin de garantizar la adecuada protección de los derechos de la mujer en África. Un ejemplo específico de una legislación específica cuyo efecto es más amplio que la cláusula de incompatibilidad y que pretende lograr la armonización entre la costumbre y los derechos humanos, es la Ley Constitucional de 1984 de Tanzania (Disposiciones Consecuenciales, Transitorias y Temporales). La Sección 5(1) de dicha ley faculta a las cortes, a partir de marzo de 1988, para interpretar la ley existente y el derecho consuetudinario de acuerdo con las modificaciones, adopciones, calificaciones y excepciones que sean necesarias para hacerla compatible con las disposiciones de la Declaración de Derechos. Esta legislación demuestra que el derecho consuetudinario puede ser modificado; la presencia de las normas de derechos humanos es la meta hacia la cual debe dirigirse el cambio.

El cambio o la modificación de la costumbre es deseable puesto que el derecho consuetudinario es el terreno "infértil" donde la mujer está sometida a discriminación perversa en el goce de sus derechos humanos, así como en su vida individual y colectiva. No es sorprendente que en algunos países, incluyendo Kenia, Tanzania y Zambia, se haya utilizado la legislación para intervenir en asuntos de derecho consuetudinario con el fin de aliviar la carga de la mujer en áreas tales como la sucesión y la herencia.

Naturalmente se requieren medidas adicionales basadas en los derechos humanos para modificar la costumbre tradicional; una vez que dichas medidas son aprobadas, las cortes han demostrado su voluntad de aplicarlas con el fin de mejorar la

condición de la mujer. Así en *Ephraim v. Pastory*, el Juez Mwalusan ya expresó su posición con relación a la legislación de Tanzania:

No cabe duda de que el Parlamento deseaba eliminar cualquier ley opresiva e injusta del pasado. Quería que todas las leyes (tal como existían en 1984) que fueran inconsistentes con la Declaración de Derechos dejaran de aplicarse en la nueva era o fueran consideradas como modificadas de tal manera que armonizara con la Declaración de Derechos. Su deseo era el de que las Cortes modificaran mediante la Interpretación, aquellas leyes existentes que fueran inconsistentes con la Declaración de Derechos de tal manera que fueran compatibles con la nueva era. Tenemos una nueva "grundnorm" desde 1984, y por lo tanto el Parlamento deseaba que el país iniciara una etapa sana. Esto es claro por la redacción expresa de la Sección 5(1) de la Ley 16 de 1984. El ultra-je que pretende remediar es todo lo que hay de injusto en las leyes existentes, como el derecho consuetudinario discriminatorio en discusión. Creo que el mensaje que el Parlamento hacer llegar a las cortes es explícito y claro y no requiere interpolaciones.³⁴

Si no se recurre a las normas de derechos humanos como una guía para modificar la costumbre, el peligro inherente sigue siendo que el proceso general de modificación de la costumbre dependerá en gran medida de las relaciones de poder que constituyen una desventaja para la mujer en las sociedades africanas. Esto se debe al hecho de que la costumbre ha reflejado tradicionalmente los intereses masculinos y el dominio sobre la mujer. Garantizar el pleno goce de los derechos humanos a la mujer significa facultarla para superar la dominación masculina y para corregir los abusos que se le han infringido en virtud de su género. Por ende, todas las medidas adoptadas por los Estados africanos para modificar la costumbre en línea con los derechos humanos tienen que ser claras y sin ambigüedades de ningún tipo.

Concordancia entre las normas constitucionales y las regionales

La concordancia entre las normas de derechos humanos constitucionales y regionales relativas a los derechos de la mujer es importante con el fin de regir y regular la conducta civilizada hacia la mujer y de garantizar la protección de los derechos de la mujer por parte del Estado de acuerdo con las normas de derechos humanos generalmente aceptadas en todo el mundo. En los países dotados de mecanismos regionales o internacionales efectivos para la protección de los derechos humanos, la conformidad de las normas locales como tal no es un requisito esencial puesto que los mecanismos regionales o internacionales verifican el desempeño de los sistemas legales internos implicados. Es un principio evidente de derecho internacional que un Estado es responsable si no cumple con sus obligaciones internacionales debido a las deficiencias de su sistema legal. Por lo tanto, las cortes locales deben interpretar la legislación local de tal manera que sea consistente con las obligaciones de derechos humanos regionales e internacionales. Afortunadamente éste es el objetivo perseguido por la Corte de Apelaciones de Botswana en el caso que examinamos anteriormente.

En África la maquinaria para la protección de los derechos humanos es relativamente nueva y quizás, en ciertos aspectos, tímida. Por lo tanto, el cumplimiento interno de las normas internacionales relativas a los derechos de la mujer es vital. La Carta

Africana obliga a los Estados miembros de la OUA y a los Estados partes a que reconozcan las normas consagradas en ella y aprueben medidas legislativas y de otro tipo para hacer efectivas las normas de la Carta.

Muy pocos países africanos, si acaso hay algunos, han cumplido con esta obligación. Aunque los Estados africanos no carecen de entusiasmo para ratificar los instrumentos internacionales de derechos humanos, usualmente no adoptan legislación para incorporar las obligaciones de derechos humanos en sus sistemas legales internos. Sea como sea, los países africanos no pueden eludir sus obligaciones frente a los derechos humanos al dejar de incorporarlos en sus sistemas legales internos. De hecho, muchas cortes locales, tal como puede evidenciarse en la Corte de Apelaciones de Botswana, han asumido una posición clara ante dichas situaciones. Naturalmente las obligaciones internacionales pueden ser utilizadas como una ayuda para la interpretación de las disposiciones relativas a la Declaración de Derechos Constitucional. La posición adoptada por los tribunales internacionales en circunstancias similares es que las obligaciones internacionales son un factor que debe tomarse en consideración para la aplicación de la legislación interna.³⁵ Aún cuando los derechos humanos incluidos en los instrumentos internacionales deben aplicarse de conformidad con la legislación de un Estado parte, vale la pena anotar que hay una norma internacional aplicable con relación a la calidad de la legislación en cuestión.³⁶

Puesto que los Estados africanos luchan por encaminarse hacia la democracia constitucional, ha llegado el momento oportuno para formular sistemas constitucionales que cumplan con la obligación de implementar las normas de la Carta y de otros instrumentos internacionales de tal manera que avancen hacia la protección de los derechos humanos, incluyendo los de la mujer. La mayoría de las constituciones en África discriminan formalmente a la mujer y por ende le asignan una condición de inferioridad ya que en forma deliberada omiten mencionar el sexo como causal con relación a la cual debe prohibirse la discriminación.³⁷

El objetivo de esto, tal como lo argumentó el Fiscal General de Botswana en el caso *Unity Dow*, es negarle formalmente a la mujer la igualdad de derechos con el hombre, así como el trato igualitario en el ejercicio de los derechos humanos. Las opiniones minoritarias disidentes en el caso *Unity Dow*³⁸ demuestran que la omisión del sexo en la definición de discriminación puede prestarse a una interpretación conservadora para negar a la mujer la protección jurídica de las reivindicaciones que resalten su dignidad y su posición.³⁹ Por esta razón, *Unity Dow* constituye un importante fallo persuasivo para aquellas jurisdicciones locales cuyo marco constitucional omite el sexo como una categoría respecto de la cual se prohíbe la discriminación. También es significativo en el derecho internacional puesto que trata de asuntos de derecho internacional relacionados con los derechos humanos.

Más aún, la evidente superioridad numérica de la mujer en África, manifestada en su poder de voto, significa que la mujer está en posición de influir sobre el cambio constitucional democrático en forma tal que se protejan sus derechos en la transición a la democracia constitucional. Como ejemplo puede citarse la lucha desarrollada por la mujer en Zambia para lograr la prohibición de discriminación con base en el sexo y en la situación marital en la nueva constitución.⁴⁰ Pero aún así, es necesario garantizar la adecuada representación de la mujer en el gobierno y en las instituciones

públicas como tema de participación y facilitar una mayor protección de sus derechos. Debe prestarse mucha atención al papel de la Comisión Africana para la protección de los derechos de la mujer en África.

La Comisión Africana y los derechos de la mujer

La Comisión Africana fue creada en 1987 de acuerdo con la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos. Su mandato incluye adelantar estudios sobre asuntos de derechos humanos en África y formular principios y normas que tengan por objeto solucionar los problemas legales relativos a los derechos humanos y a las libertades fundamentales.⁴¹ El ejercicio de los derechos humanos por parte de la mujer sobre una base de igualdad con el hombre es una prioridad que debe ser investigada por la Comisión Africana. La Comisión debe prestar especial atención a las categorías particulares de mujeres, incluyendo la mujer rural, la mujer atrapada en conflictos internos, la mujer refugiada, y el problema de la prostitución forzada.

Los derechos de la mujer en África pueden verse resaltados mediante técnicas de interpretación sustentadas en las disposiciones de la Carta. La Comisión Africana puede tener una experiencia limitada en este aspecto dada su corta historia. Sin embargo, existe una gran riqueza de experiencia legal que emana de otros sistemas regionales sobre los cuales puede basarse para salvaguardar los derechos humanos en África.

La experiencia lograda por el sistema interamericano de derechos humanos es particularmente útil para la Comisión Africana debido a la similitud de los problemas de derechos humanos que enfrenta el sistema interamericano. La Comisión también puede basarse en información de las investigaciones adelantadas por las organizaciones no gubernamentales (ONG) y en sus informes sobre violación de derechos humanos en África. Es una de las funciones explícitas de la Comisión según la Carta Africana cooperar con las demás instituciones africanas e internacionales interesadas en la promoción y protección de los derechos humanos y de los pueblos.⁴²

Más aún, la Carta Africana estimula a la Comisión para que derive inspiración del derecho internacional de derechos humanos y de otros instrumentos internacionales de derechos humanos. Cuando son invocadas conjuntamente, estas disposiciones amplían considerablemente la jurisdicción legal de la Comisión y le permiten establecer una relación de trabajo y de colaboración con el Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) para salvaguardar los derechos de la mujer.

La colaboración funcional entre la Comisión Africana y el CEDAW, para la protección de los derechos de la mujer es indispensable porque:

- (a) las normas de la Convención son o bien incorporadas o bien de aplicación forzosa dentro de la Carta en virtud de su Artículo 18(3);
- (b) algunos de los Estados partes de la Carta Africana son también Estados partes de la Convención; y
- (c) algunos Estados partes de la Carta Africana no son Estados Partes de la Convención.

Sin embargo, el Artículo 18(3) de la Carta Africana obliga a esta última categoría de Estados africanos a eliminar cualquier discriminación contra la mujer y a garantizar la protección de sus derechos tal como lo estipula la Convención. Sobre la base del efecto combinado de los Artículos 18(3), 45 y 62, la Comisión Africana puede garantizar la obligación de los Estados partes de la Carta Africana de informar acerca de sus propias medidas para eliminar la discriminación contra la mujer y proteger sus derechos tal como lo estipula la Convención.

Desde el punto de la vista práctico, la Comisión puede recibir comunicaciones de los Estados⁴⁵ y de individuos⁴⁶ denunciando abusos contra los derechos humanos. Como asunto de procedimiento, las denuncias están sujetas a la norma de agotamiento previo de las instancias locales y otras condiciones estipuladas en el Artículo 56 de la Carta Africana. El procedimiento de denuncia puede ser utilizado efectivamente por la Comisión para proteger los derechos de la mujer contra los abusos para los casos en que las mujeres hayan desbordado la jurisdicción de la Comisión. Si la Comisión demuestra objetividad al examinar las denuncias presentadas por violaciones a los derechos de la mujer, inspira confianza a la mujer para que denuncie dichas violaciones. Por esta razón, los miembros de la Comisión deben ser personas de reconocida probidad y que se abstengan de aplicar las normas de derechos humanos a la mujer dentro de una "óptica masculina". Más aún, para la adecuada protección de los derechos de la mujer es importante garantizar la participación equilibrada de hombres y mujeres en la Comisión. Por último, es necesario elegir mujeres calificadas conscientes de los temas que afectan el bienestar de la mujer.

La Comisión Africana posee facultades para investigar violaciones a los derechos humanos por su propia iniciativa.⁴⁷ También puede investigar casos especiales que revelen la existencia de una serie de violaciones serias o masivas, a solicitud de la Asamblea de Directores de la OUA.⁴⁸ Además de las denuncias y de los procedimientos investigativos, la Comisión Africana puede hacer uso de ciertas facultades para solicitar a los Estados que rindan informes acerca del cumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos según la Carta.

El Artículo 62 de la Carta obliga a cada Estado parte a presentar cada dos años, a partir de la fecha de ingreso a la Carta, un informe acerca de las medidas legislativas y de otro tipo que haya tomado para poder hacer efectivos los derechos garantizados en la Carta. Un punto que debe señalarse es que la efectividad de la Comisión Africana para proteger los derechos garantizados en la Carta está a punto de ser minada por las relaciones verticales y burocráticas con la Asamblea de Jefes de Estado de la OUA.

Es difícil hacer una evaluación del funcionamiento de la Carta Africana debido al relativo corto tiempo de su existencia y al hecho de que muy pocas de sus actividades son conocidas o publicadas. Generalmente la efectividad de un tribunal internacional depende de su estructura, jurisdicción y método de operación. La estructura de la Comisión, particularmente el Secretariado, la composición y las relaciones con la Asamblea de Jefes de Estado de la Organización de la Unidad Africana, son todos factores que plantean problemas significativos para el ejercicio de su jurisdicción.

Las Normas de Procedimiento aprobadas por la Comisión Africana autorizan a los individuos a presentar sus denuncias ante la Comisión en relación con supuestas violaciones de los derechos humanos. Sin embargo, la Comisión ha demostrado alguna

flexibilidad puesto que no ha insistido en que las denuncias individuales se basen en violaciones severas o masivas de los derechos humanos.

Hasta el momento, se estima que la Comisión ha recibido alrededor de 35 denuncias individuales, pero el procedimiento para evacuarlas es confidencial y todavía no es clara la forma como ha manejado estos casos. Puede ser prudente para la Comisión, a la luz de una Carta restrictiva, utilizar las Normas de Procedimiento para interpretar la Carta liberalmente y establecer una práctica basada en dichas Normas. Ante todo, la técnica de exponer las violaciones de derechos humanos pone en aprietos a los Estados y ha probado ser efectiva en la experiencia del sistema interamericano de derechos humanos.

Las ONG han logrado la posición de observadores y pueden presentar temas adicionales a la agenda de la Comisión, así como participar en sus sesiones públicas. La presencia de las ONG significa que pueden ejercer presión sobre la Comisión y también seguir su desarrollo. Sin embargo, debe ponerse especial cuidado al tratar con las ONG porque usualmente tienen sus "agendas privadas" que cumplir.

La ausencia de Comisionados de sexo femenino es un pobre reflejo de la incapacidad de la Comisión para inspirar confianza en cuanto a su idoneidad para proteger los derechos de la mujer y promover igual trato para la misma. El problema no es tan sólo lograr la representatividad de la mujer en la Comisión como un elemento decorativo. De hecho, hay mujeres en África que merecen ser nombradas en la Comisión por sus méritos, calificaciones y por su comprensión de los temas que afectan los derechos de la mujer.

Conclusión

El problema de la protección de los derechos de la mujer ha ganado importancia en la última década y será aún más urgente en el curso de la presente década. Dado el actual avance de las normas sobre derechos humanos es sencillamente inaceptable que la mujer siga sometida a un trato que la subordine al hombre. Los derechos humanos tienen que ver con un comportamiento regulado y civilizado y con una conducta frente a todos los seres humanos. No es un beneficio que pueda ser monopolizado por el hombre. En África, la subordinación de la mujer al hombre se ve reforzada por ciertas prácticas tradicionales que no pueden continuar siendo intocables por las normas de derechos humanos. De conformidad con lo anterior, el impacto de las normas de la Carta Africana y de la Convención de la Mujer requieren una evaluación cuidadosa. El efecto claro de estas normas es que, como mínimo, la mujer no puede estar subordinada al hombre y debe tener la capacidad de ejercer sus propios derechos sin ser discriminada y sin que se le impida el goce de los derechos humanos por el hecho de ser mujer. La obligación de cumplir con estas normas de acuerdo con la Carta Africana es una prioridad de los Estados africanos.

Es indudable que la principal responsabilidad de los sistemas legales internos en África radica en garantizar que los Estados africanos cumplan con sus obligaciones respecto a los derechos humanos, incluyendo aquellos relativos a la mujer. Algunas decisiones locales han tomado el liderazgo en este campo; no es más que una coincidencia circunstancial que este liderazgo haya surgido de casos iniciados por mujeres y que los casos hayan involucrado la aplicación de las obligaciones de derechos

humanos internacionales contenidas en la Carta y en otros instrumentos. Las normas legales locales en África generalmente son fuertemente discriminatorias en contra la mujer.

En dichos sistemas las normas internacionales de derechos humanos son de vital importancia para la formación de una base legal que sirva para interpretar las normas locales con el fin de facilitar el trato igualitario. Si las normas se aplican intencionalmente y se interpretan progresivamente, la Carta Africana se convertirá en un sistema regional importante para medir el desempeño de los sistemas legales internos en asuntos de derechos humanos en África. Algunas cortes locales han tomado la iniciativa de reconocer la importancia de proteger los derechos de la mujer. La Comisión Africana debe destinar un lugar preferencial para la protección de los derechos de la mujer de acuerdo con la Carta Africana.

Notas

1. Ver 21 I.L.M. 1982 para el texto y, de manera general, Emmanuel G. Bello, "The African Charter on Human and Peoples' Rights: A Legal Analysis" (La Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos: un análisis legal), *Hague Recueil* 5 (1985):70.
2. Ver por ejemplo, arts 2-16 de la Carta Africana.
3. Carta de las Naciones Unidas, art. 1(3).
4. Carta de las Naciones Unidas, art. 55(c).
5. Ver especialmente el art. 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948; el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el art. 2(2) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
6. Caso de Lingüística Belga, (Merits), Corte Europea de Derechos Humanos Fallo del 23 de julio de 1968. Caso Abdulaziz, Corte Europea de Derechos Humanos 94, H.R. (ser. A) (1985).
7. Ver, por ejemplo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 3; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Convención de la Mujer); Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer.
8. Susan G. Bell y Karen M. Offen, edit, *Women, the Family, and Freedom: The Debate in Documents* (Mujer, familia y libertad: el debate en documentos), vol. 1, 1750 - 1880 (Stanford, CA: Stanford University Press, 1983), 1, 3.
9. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969, art. 31(2).
10. Convención de Viena, Art. 52.
11. Convención de Viena, Art. 103. Con relación al significado de esta disposición, ver Theodor Meron, "On a Hierarchy of International Human Rights" (Sobre la jerarquía de los derechos humanos internacionales), *Am. J. Int'l L.* 80 (1986): 3.
12. G.A. Res. 843 (IX) del 17 de diciembre de 1954.
13. G.A. Res. 2263.
14. Ver Natalie K. Hevener, *International Law and the Status of Women* (El derecho internacional y la condición de la mujer), (Boulder, CO: Westview Press, 1983).
15. Esta obligación se extiende a respetar a los padres en todo momento y a sostenerlos en caso de necesidad.
16. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 23; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 10.

17. Ian Brownlie, "The Rights of Peoples in Modern International Law" (Los derechos de los pueblos en el derecho internacional moderno), en *The Rights of Peoples*, ed. James Crawford (Oxford: Oxford University Press, 1988), 1-5.
18. Ver, por ejemplo, Convención de la Mujer, art. 16.
19. Ver Thandabantu Nhlapo, "The African Family and Women's Rights: Friends or Foes" (La familia africana y los derechos de la mujer: amigos o enemigos), *Acta Juridica* (1991): 135.
20. Alice Armstrong et al., "Uncovering Reality: Excavating Women's Rights in African Family Law" (Descubriendo la realidad: excavando los derechos de la mujer en el derecho de familia en África), *Int'l J. Fam. L.* (1993): 314.
21. Ver el Preámbulo y el art. 5 de la Convención de la Mujer.
22. Fallo de la Corte Suprema de Tanzania, del 22 de febrero de 1990, 87 I.L.R. 106.
23. Tanzania, nota 22 en la pág. 118-19.
24. Tanzania, nota 22 en la pág. 119.
25. Ver arts. 27-29.
26. *Attorney General v. Unity Dow*, C.A. Apelación Civil No. 4/91 Botswana (no informado).
27. Secciones 4 y 5 de la Ley de Ciudadanía de Botswana (1984).
28. Por el Juez Amissah, *El Fiscal General v. Unity Dow*, nota 26 en la pág. 24.
29. Por el Juez Amissah, *El Fiscal General v. Unity Dow*, nota 26.
30. Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 2, Carta Africana, art. 2.
31. Carta Africana, art. 3.
32. Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer; Carta Africana, art. 18(3).
33. Amissah, *Unity Dow*, nota 28 en la pág. 79.
34. Ephraim, nota 22 en la pág. 115.
35. Por ejemplo, Abdulaziz, nota 6 en la pág. 471.
36. "The Word 'Laws' in Article 30 of the American Convention on Human Rights" ("La palabra 'Leyes' en el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos"), Opinión Consultiva OC-6/86 de mayo 9, 1986; *Sunday Times v. United Kingdom*, 2 H.R. R. 245.
37. Ver por ejemplo, Alice Armstrong y Welsham Ncube, eds., *Women and Law in Southern Africa* (Mujer y derecho en África del sur), (Harare: Zimbabwe Publishing House, 1987); Alice Armstrong y Julie Stewart, eds. *The Legal Situation of Women in Southern Africa* (La situación legal de la mujer en África del sur), (Harare: University of Zimbabwe Publications, 1990).
38. Ver las opiniones de J.A. Schreiner, y J.A. Puckrin, *Fiscal General v. Unity Dow*, nota 26 en las págs. 108, 132, respectivamente.
39. Chaloka Beyani, "Constitutional Reform, Human Rights and Democracy in Zambia" ("Reforma constitucional, derechos humanos y democracia en Zambia"), tra presentado ante la Comisión para la Reforma Constitucional de Zambia (Lusaka, 1990), 17.
40. Ley de la Constitución de Zambia, (1991), s. 23(3)
41. Carta Africana, art. 45.
42. Carta Africana, art. 45.
43. Carta Africana, art. 47.
44. Carta Africana, art. 55.
45. Carta Africana, art. 46.
46. Carta Africana, art. 58.

CAPÍTULO 13

DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LA MUJER AFRICANA: HACIA UNA TEORÍA Y PRÁCTICA RELEVANTES

Adetoun O. Ilumoka

Introducción

La afirmación de los derechos presume su violación presente o probable y un deseo de remediar o impedir esta violación. Se ha argumentado que muchas de las normas incorporadas hoy en día en los instrumentos de derechos humanos han sido reconocidas por la mayoría de las sociedades en algún momento de la historia.¹ Están articuladas como derechos en gran parte otorgados a los individuos y reclamados contra el Estado u otros individuos, y su expresión en instrumentos legales y de políticas internacionales o nacionales es específica para ciertos periodos históricos y formaciones sociales. La aceptación difundida de principios generales vagos, tales como el derecho a la vida, la salud y el trabajo, ¿es razón suficiente para sostener que el concepto de derechos humanos es universal?

El predominio de un discurso sobre derechos humanos internacionales dominado por el pensamiento liberal occidental, con énfasis en los derechos individuales, civiles y políticos ha dado lugar a cierta controversia con respecto a la relevancia de los conceptos existentes sobre derechos humanos en África.² Sin embargo, la contribución de las sociedades no occidentales a la ampliación del contenido de los derechos humanos desde los años 40 ha sido significativa, y ha resultado en el pronunciamiento de los así llamados derechos de segunda y tercera generación tales como los contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y la Carta Africana de Derechos Humanos y de las Personas (CADHP). Un énfasis considerable ha sido puesto por los países no occidentales, incluyendo los del bloque socialista, en los derechos económicos, sociales y culturales. Las diferencias en el énfasis constituyen un desafío significativo para la universalidad del discurso sobre derechos humanos. Los grupos de mujeres también han cuestionado la universalidad de los derechos humanos. Al hacerlo, han hecho contribuciones significativas para la ampliación del contenido de los derechos humanos internacionales, culminando sus esfuerzos con las disposiciones muy avanzadas de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CETFDM). ¿Significan los derechos humanos diferentes cosas para diferentes personas? ¿Está el concepto entorpecido por su historia y orígenes, o puede continuar ampliándose sin rebatir la forma?

Obviamente, el cumplimiento forzoso de los derechos humanos enunciados en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales en general, tiene implicaciones de gran alcance para la organización social y el equilibrio del poder nacional e internacional. Los esfuerzos realizados desde la década de los 40 para elaborar instrumentos legales o cartas de derechos a niveles nacional e internacional es una indicación del esfuerzo para lograr que el cumplimiento de los derechos sea exigible judicialmente, y para impedir su violación. Sin embargo, a pesar de las décadas de enunciación de los derechos humanos en diferentes instrumentos legales internacionales y nacionales, la violación sistemática parece ser más la regla que la excepción en la mayor parte del mundo. Esto suscita inquietudes en cuanto a la naturaleza del consenso internacional sobre los derechos humanos.

Este capítulo está enfocado hacia la importancia del discurso sobre derechos humanos para la mujer africana y los problemas que ésta enfrenta para promover y hacer cumplir los derechos económicos, sociales y culturales existentes internacionalmente reconocidos. Examinaré brevemente la naturaleza de estos derechos y la práctica estatal en relación con los mismos, tomando como ejemplo a Nigeria. A la luz de este análisis, la relevancia de los derechos humanos internacionales y las tareas ante el "movimiento internacional de derechos humanos" también serán revisadas. Puede decirse que la situación de la mujer africana como un grupo en desventaja dentro del sistema mundial actual tiene un gran potencial para proporcionar una base conceptual más firme con miras a una mejor práctica y a enfoques más equilibrados que conduzcan hacia un respeto verdaderamente universal de la dignidad y el bienestar del ser humano.

El concepto de los derechos humanos internacionales

La afirmación de los derechos conlleva declaraciones tanto de lo que "es" como de lo que "debería ser". Proclama lo que "debería ser" mediante referencia a lo que "es". El argumento en relación con los derechos humanos internacionales es que son inherentes a todos los seres humanos y por lo tanto deberían ser respetados. No sorprende saber que el crecimiento del movimiento de derechos humanos haya sido descrito como el "renacimiento del derecho natural". Esta noción tiene sus antecedentes en teorías europeas anteriores sobre el derecho natural y en las libertades civiles y políticas incorporadas en las constituciones de algunas naciones europeas y de los Estados Unidos de América en los siglos XVII a XIX, especialmente la Carta de Derechos de Inglaterra de 1689, y la Carta de Derechos de los Estados Unidos que en 1791 reformó la Constitución de los Estados Unidos de 1789, y la Declaración Francesa de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano, de 1789.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) de 1948 se refiere en su Prólogo a la "dignidad inherente y a los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana" como "la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo", y a la necesidad de proteger los derechos humanos mediante disposiciones legales, con el fin de evitar la tiranía y la opresión que conducen a la rebelión. Proclama una norma como meta común para todos los pueblos y todas las

naciones en sus 30 artículos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) ampliaron las disposiciones de la DUDH para proporcionar mayores detalles sobre normas de derechos humanos y para hacerlas legalmente obligatorias para los Estados.

El proceso para llegar a estas normas se prolongó en gran parte debido a las diferencias ideológicas entre los Estados. La referencia al "Estado de derecho" en el prólogo de la DUDH y la importancia dada a la propiedad privada y a las libertades civiles y políticas por encima de los derechos económicos, sociales y culturales, aun en ese primer y más general de los documentos sobre derechos humanos internacionales, refleja la tradición liberal occidental dominante en el discurso de los derechos humanos internacionales. Otros ejemplos sobre la forma en la cual la enunciación de las normas sobre derechos humanos internacionales refleja una forma de vida y una modalidad de organización social particulares se encuentran en todos los tres instrumentos.⁵

El debate sobre la universalidad de las normas de derechos humanos ha estado pues candente desde los años 50 cuando fueron elaborados los Pactos. Un aspecto de este debate se ha concentrado en la relación entre el PIDCP y el PIDESC y en la jerarquía de los derechos contenidos en cada uno de estos pactos. El énfasis se ha puesto en las tradiciones occidentales de derechos civiles y políticos, mientras que los países socialistas y del tercer mundo han insistido en la importancia de los derechos económicos, sociales y culturales como la base sobre la cual se fundan los derechos civiles y políticos.

La definición de derechos económicos, sociales y culturales como derechos más que metas de las políticas ha sido cuestionada. Estos derechos son contrastados con los derechos civiles y políticos, los cuales, se sostiene, pueden ser alcanzados y hechos efectivos inmediatamente.⁶ Los derechos económicos, sociales y culturales están entre los derechos más desatendidos en todo el mundo. Las obligaciones de los Estados de hacerlos cumplir "progresivamente" y no inmediatamente y las consecuentes implicaciones para su condición y cumplimiento, continúan generando controversia.

En respuesta a la afirmación de que el concepto de derechos humanos tiene origen occidental y por lo tanto no es universalmente aplicable, varios académicos han tratado de demostrar la universalidad de los derechos humanos a través de estudios de sistemas de valores y de organización social en sociedades occidentales.⁷ No es de sorprenderse que la meta haya influido en el análisis y gran parte de los académicos que encajan en esta categoría proceden a partir de una definición del respeto a la dignidad humana como la esencia de los derechos humanos, pero no ofrecen respuesta a la pregunta de qué constituye la dignidad humana. La ausencia de normas universales para medir la adhesión resulta de la afirmación de los derechos humanos una mera tautología. La enunciación de los derechos humanos internacionales en la actualidad es un esfuerzo por establecer normas y procedimientos universales para hacer cumplir estos derechos. Es el proceso mediante el cual se establecen y se hacen cumplir estas normas y las prioridades implícitas en las mismas, que hayan sido amenazadas.

El problema con los derechos

El lenguaje de los derechos ha sido el lenguaje de grupos que buscan establecer una nueva legitimación. En la Europa medieval, el lenguaje era utilizado para justificar el ejercicio del poder por parte de una aristocracia que reclamaba un derecho a regir divino o dado por Dios. Entre los siglos XVII y XIX en Europa y en los Estados Unidos, fue utilizado por una naciente clase capitalista para establecer su hegemonía. Fue en este período cuando se popularizaron las ideas de los derechos inherentes a todos los seres humanos, de la igualdad ante la ley y del "Estado de derecho" como parte de la ideología de una burguesía emergente que se confrontaba con un Estado autoritario.

Esta concepción de los derechos, con énfasis en las libertades individuales civiles y políticas, derecho a la propiedad y el Estado de derecho, que en la actualidad ha sido internacionalizada, se basa en la premisa de una noción de sociedad como una colectividad de individuos aislados, autónomos, libres e iguales, que interactúan en un mercado. Defiende la igualdad formal ante la ley, formulando reglas generales aplicables universalmente, aunque con frecuencia ignorando en lugar de eliminando las desigualdades reales existentes entre las personas (y de hecho algunas veces intensificándolas). Las implicaciones y limitaciones de esta búsqueda por una igualdad formal se han manifestado en la lucha de la mujer, expresada en términos de igualdad de derechos, como una tensión entre "igualdad" y "diferencia".⁸ El discurso de los derechos también busca establecer los parámetros para el cambio instituyendo un debido proceso legal mediante el cual las partes ofendidas puedan buscar resarcimiento. Otros procesos para obtener el resarcimiento son entonces con frecuencia ilegítimos. El prólogo de la DUDH, que se refiere a la necesidad de evitar la rebelión contra la tiranía y la opresión,⁹ es un ejemplo de esta meta. En la búsqueda de una definición de cambio aceptable y del proceso para efectuarlo, el concepto de derechos humanos puede ser una herramienta poderosa para la legitimación de las instituciones existentes y la concentración de poder en manos de los grupos poderosos.

El discurso sobre los derechos es el discurso de una sociedad guiada por el conflicto. Con frecuencia presume la existencia de un conflicto inmanejable, que la sociedad busca manejar colocando intereses opuestos en una lucha por la supremacía conducida en los tribunales judiciales o en tribunales similares.

La afirmación de los derechos también presume aspirar a la capacidad de prevenir la violación y una conciencia de ésta. Entonces, los derechos no pueden ser dados a la gente en forma significativa; más bien, la gente debe exigirlos. El intento de exigir los derechos para imponer una nueva legitimidad y para objetar el monopolio de una definición de moralidad puede ser revolucionario. Sin embargo, con frecuencia sólo cuestiona las definiciones existentes de moralidad y el monopolio por parte de un grupo en particular que busca suplantarlo con su propia versión alternativa. El intento pocas veces cuestiona el hecho en sí del monopolio y por lo tanto está abierto a objeciones adicionales para una mayor democratización.¹⁰ El discurso de los derechos está por lo tanto, en su análisis final, abierto al uso por parte de cualquier grupo de personas. Pero el discurso no resuelve los asuntos básicos de política y la necesidad de priorizar, de los cuales ha surgido.

Derechos humanos internacionales de la mujer: el reto feminista

Las preocupaciones de la mujer, reflejadas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, han cambiado de un énfasis sobre el principio negativo de no discriminación hacia la erradicación más sustancial de la discriminación dando a la mujer derechos positivos, y ahora a una insistencia sobre la mayor prioridad que se está dando a la prevención de violaciones y al cumplimiento de todos los derechos de la mujer. Estas preocupaciones están reflejadas en forma más amplia en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. La Convención trata sobre el derecho a la no discriminación en cuanto afecta a la mujer. Detalla las condiciones económicas y sociales necesarias para la eliminación de la discriminación contra la mujer, estableciendo normas en forma de derechos positivos y por ende reconociendo la importancia de los derechos económicos, sociales y culturales en la lucha de la mujer.

Desde 1990, las denuncias de la mujer ante el movimiento internacional de derechos humanos han pasado de llamados en favor de la igualdad o la no discriminación y los derechos positivos de garantía, a un llamado para que el sistema internacional vaya más allá del sólo reconocimiento de los derechos de la mujer y se ocupe de las violaciones de esos derechos mediante una acción preventiva y haciendo cumplir las leyes. Los derechos humanos de la mujer han sido descritos tanto como derechos que las mujeres tienen en virtud de ser humanas, y como derechos específicos de la mujer. Por lo tanto, se ha señalado que en algunas situaciones, las mujeres sufren abusos a los derechos humanos en una forma específica relacionada con el hecho de ser mujeres.¹¹ También se ha argumentado que el abuso sexual, la violencia contra la mujer y otros intentos por controlar el cuerpo de la mujer, que constituyen violaciones de los derechos humanos, no son reconocidos como violaciones de derechos humanos y no generan el mismo clamor público que otras violaciones de derechos humanos.

Como resultado de este descuido o parcialidad en el sistema internacional de derechos humanos, se defiende un enfoque sobre los derechos humanos de la mujer. Una vez más, se está haciendo un intento por universalizar esta agenda. Sin embargo, para hablar de los derechos universales de la mujer, se requiere un grupo coherente y consciente de personas con capacidad para superar las diferencias culturales y de clases y que tenga identidad de intereses. Además, existe la presunción subyacente de la existencia de un conflicto permanente entre los intereses monolíticos de hombres y mujeres. Estas presunciones han sido cuestionadas un sinnúmero de veces.¹² ¿Ha sido suficiente el contexto de la lucha de la mujer por convertirse en un ser humano pleno e igual en las sociedades de todo el mundo, para que las mujeres constituyan un grupo coherente y consciente de sí mismo? ¿Cuáles han sido las luchas de la mujer en África en el ámbito económico, social y cultural?

Derechos económicos, sociales y culturales de la mujer africana

Tratados internacionales y regionales

Los derechos económicos, sociales y culturales de la mujer en África son enunciados en tres tratados legales internacionales principales: el Pacto Internacional de

Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

Los derechos generales reconocidos en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales incluyen el derecho al trabajo; a salarios y condiciones de servicio justos; a un nivel de vida adecuado y a no padecer hambre; a salud mental y física; a educación y a no ser discriminada; a establecer sindicatos industriales y a pertenecer a los mismos; a la huelga; y a tener seguridad social y seguro.

Al iniciar su lucha las feministas reconocieron la importancia de las condiciones y prácticas económicas y sociales en el establecimiento y mantenimiento de la subordinación de la mujer. Los derechos positivos para la mujer contenidos en la CETFDM incluyen iguales derechos a la propiedad; a crédito y asistencia financieros; a entrenamiento; a escoger el compañero para el matrimonio; a beneficios familiares; a iguales derechos sobre la disolución del matrimonio; a atención de salud en el embarazo y parto; y a licencia y prestaciones de maternidad, entre muchos otros.

A nivel regional en África, las garantías de derechos humanos están contenidas en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Esta Carta, aprobada en 1981, refrenda la Declaración de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y los Pactos de Derechos Humanos.¹⁴ Dispone la igualdad ante la ley y la no discriminación y reconoce derechos económicos, sociales y culturales similares a los garantizados en el PIDESC. Los deberes de los Estados incluyen el deber de promover y proteger la moral y los valores tradicionales reconocidos por la comunidad y garantizar "la eliminación de toda discriminación contra la mujer... y... la protección de los derechos de la mujer...según lo estipulado en las declaraciones y convenciones internacionales".¹⁵ El Capítulo 1 señala los derechos de los "pueblos", incluyendo su derecho al desarrollo económico, social y cultural.¹⁷ Las obligaciones de los individuos con sus familias, la comunidad, el Estado y la comunidad internacional también están estipuladas,¹⁶ lo que constituye uno de los aspectos novedosos de la Carta.

El marco de las disposiciones de la Carta representa un cambio significativo en cuanto a la preocupación occidental por los derechos individuales, y en un sentido resalta la tensión entre los derechos individuales y las obligaciones sociales. Varios comentaristas han expresado temor de que la Carta no ofrezca suficiente protección a la mujer.¹⁸ Muy pocas de sus disposiciones se relacionan específicamente con la mujer y se ha argumentado que la obligación del Estado de promocionar y proteger la moral y los valores tradicionales reconocidos por la comunidad, y la obligación del individuo de preservar y fortalecer los valores africanos culturales positivos en las relaciones con otros miembros de la sociedad, expresados en el Artículo 29(7), representan áreas de conflicto potencial con los derechos de la mujer. Desde el punto de vista de esta escritora, ese conflicto dependerá enteramente de la forma como se interpreten las disposiciones de la Carta.

Según estos tres instrumentos internacionales de derechos humanos, parecería que la mujer en África (como la mujer en las demás partes del mundo) puede demandar el derecho de igualdad ante la ley, la no discriminación, y ciertos beneficios y libertades económicos, sociales y culturales. Además, como resultado de los amplios términos en los cuales están expresadas las disposiciones de estos tres instrumentos, varias prácticas en diferentes partes del mundo pueden medirse según estas normas,

y los derechos de la mujer pueden inferirse de ellas. En ese sentido, el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales de la mujer parecería tener una capacidad infinita de expansión pero, como todas las normas y aspiraciones, la importancia de estos derechos depende en últimas de la capacidad para hacerlos efectivos.

La debilidad de los mecanismos para hacer efectivos los derechos a nivel internacional ha sido anotada un sinnúmero de veces. Esto se aplica aún más en relación con los instrumentos de derechos humanos, porque éstos con frecuencia se refieren a las demandas de los individuos y grupos contra los Estados, en un sistema que continúa centrándose en el Estado. Como se anotó anteriormente,²⁰ existen diferencias significativas en la expresión de las obligaciones que surgen de las diferentes convenciones, así como en los mecanismos para hacer efectivos los derechos que dichas convenciones disponen. Puede argumentarse que hay un énfasis continuo en el sistema internacional para hacer efectivos los derechos civiles y políticos, mientras que se considera que los derechos económicos, sociales y culturales no pueden hacerse efectivos a corto plazo. Esto se hace evidente en los debates en el sistema de las Naciones Unidas sobre el derecho al desarrollo y en los debates dentro de la Comisión de Derechos Humanos sobre la obtención de derechos económicos, sociales y culturales. Esto es especialmente cierto en relación con el aspecto de la deuda externa y de los programas de ajuste estructural en África, Asia y América Latina.²¹ Los mecanismos para hacer cumplir los derechos garantizados en la Carta Africana han generado aún más pesimismo.²²

De las disposiciones de estos instrumentos internacionales podemos inferir que anticipan que una de las formas más significativas en que los Estados pueden poner en vigencia los artículos enunciados en los Pactos y en la Carta es con la adopción de medidas legislativas.²³ ¿Reflejan actualmente la política, la ley y la práctica dentro de los diferentes países de África estas normas reconocidas internacionalmente?

Constituciones nacionales, legislación y derecho consuetudinario y religioso

Las constituciones de la mayoría de los países africanos consagran el derecho a la no discriminación sobre la base del sexo. Otros principios de derecho y legislaciones pueden, sin embargo, discriminar a la mujer en ciertos casos. Aun en los casos en que las disposiciones legales no son abiertamente discriminatorias, su aplicación a la mujer puede dar resultados discriminatorios debido a la posición económica y social de la mujer en la sociedad. En Nigeria, por ejemplo, las garantías de los derechos económicos, sociales y culturales para la mujer son consideradas brevemente.

El Capítulo 4 de la Constitución de la República Federal de Nigeria de 1989 (cuyas disposiciones son casi idénticas a la Constitución de 1979) establece los derechos humanos fundamentales a los cuales tienen derecho todas las personas. Estos son un catálogo de los derechos civiles y políticos comunes contenidos en la mayoría de las constituciones modernas de hoy. El Capítulo 2 de la Constitución, descrito como "Objetivos y Principios Directivos Fundamentales de la Política Estatal", contiene principios de derechos económicos, sociales y culturales relacionados con el acceso igual a los recursos; satisfacción de necesidades básicas y medios de vida adecuados; y provisión de instalaciones de salud adecuadas para todos y educación gratuita. El Estado tiene la obligación de cumplir, observar y aplicar estos principios y disposiciones, pero no pueden hacerse efectivos por la vía judicial.

Aunque el reconocimiento de algunos derechos económicos, sociales y culturales internacionalmente aceptados señalados anteriormente puede ser inferido de estos principios, la distinción hecha entre ellos y los derechos humanos fundamentales en la Constitución de Nigeria indica claramente que no hubo ninguna intención de hacerlos cumplir. Esta distinción recuerda las diferencias en las disposiciones de los pactos internacionales de derechos humanos y la actitud predominante con respecto al cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales.²⁴ De acuerdo con un comentarista,

*La Constitución de Nigeria ha incorporado los derechos fundamentales y los ha hecho exigibles judicialmente, pero los derechos económicos y sociales han sido relegados a la mera declaración de esperanzas piadosas porque se cree que solamente pueden ser alcanzados progresivamente de acuerdo con los recursos disponibles de la Nación y las políticas perseguidas por el Gobierno.*²⁵

La Sección 18(2a) de los Objetivos y Principios Directivos Fundamentales de la Política Estatal expresa que "todo ciudadano tendrá igualdad de derechos, obligaciones y oportunidades ante la ley." Estos principios son expresados nuevamente como un derecho humano fundamental en la Sección 41 y proporcionan una garantía contra la discriminación sobre la base del sexo y otras características, que puede hacerse cumplir legalmente en estos términos:

Un ciudadano de Nigeria de un ...sexo...en particular no podrá, solamente a causa de ser dicha persona:

- (a) *ser sometido, ya sea expresamente o por la aplicación práctica de cualquier ley en vigencia en Nigeria o por cualquier otra acción ejecutiva o administrativa del gobierno, a inhabilidades o restricciones a las cuales los ciudadanos de Nigeria de otro...sexo...no están sometidos; u*
- (b) *obtener, ya sea expresamente o por la aplicación práctica de cualquier ley en vigencia en Nigeria o por cualquier otra acción ejecutiva o administrativa del gobierno, un privilegio o ventaja que no sea otorgada a los ciudadanos de Nigeria de otro...sexo...*

Aunque Nigeria ha ratificado la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, algunos juristas opinan que la Sección 41 tiene un amplio alcance, pues declara inconstitucional cualquier forma de "acción afirmativa" o de privilegios especiales (tales como los relacionados con las condiciones de trabajo para las madres que están en período de lactancia) para las mujeres.²⁶ Esto depende naturalmente de si consideraciones o medidas específicas que reconocen la situación peculiar de la mujer o su posición desventajosa pueden ser definidas como un privilegio o ventaja. Si la Sección 41 de la Constitución es interpretada a la luz de las obligaciones de Nigeria según el Artículo 18 de la Carta Africana, la cual este país ha ratificado, entonces la acción afirmativa por parte del Estado hacia "la eliminación de toda discriminación contra la mujer...y...la protección de los derechos de la mujer" no solo es deseable sino requerida.

La Sección 41 declara inconstitucionales, nulas y no válidas todas las leyes, incluyendo el derecho consuetudinario/religioso, la legislación subsidiaria, las regulaciones y prácticas gubernamentales oficiales que permiten la discriminación

de la mujer, con la excepción estipulada en la subsección 3 relacionada con el nombramiento en el servicio público, las fuerzas armadas y la fuerza policial. La sección no sólo cubre las leyes y regulaciones vigentes, sino su "aplicación práctica". También es significativa la exclusión de la Sección 41 de la cláusula general de la Sección 43, que restringe y limita el ámbito de los derechos humanos fundamentales a favor de la defensa, el interés público, el orden público, la moralidad pública o la salud pública.

En efecto, la mujer en Nigeria, por consiguiente, tiene todos los derechos humanos estipulados en la Constitución incluyendo el derecho a la no discriminación sobre la base del sexo, pero ningún derecho positivo dirigido específicamente a sus necesidades o vulnerabilidades particulares, ni el reconocimiento de la necesidad de esos derechos.

Los derechos específicos de la mujer están expresados en algunas leyes, especialmente las leyes sobre empleo que ofrecen protección especial a la mujer durante el embarazo, garantías de licencia de maternidad remunerada, y seguridad en el trabajo durante y después del parto.²⁷ Podría argumentarse que las disposiciones legales específicas tales como las relacionadas con el aborto en Nigeria,²⁸ niegan a la mujer el acceso legal al mejor estado de salud que pueda obtenerse. La aplicación de ciertas leyes también resulta en la discriminación de la mujer. Por ejemplo, la mujer nigeriana ha denunciado las leyes tributarias del país como discriminatorias. Las mujeres casadas que desean reclamar una exención tributaria por los gastos relacionados con el mantenimiento de los hijos están obligadas a allegar pruebas documentales de esos gastos y de que el padre de los niños no es responsable de su sostenimiento. Los hombres no tienen obligación de presentar esos documentos.

Varias áreas de conflicto actual y potencial entre las disposiciones constitucionales y la ley Islámica en términos de la igualdad de hombres y mujeres han sido señaladas por diferentes comentaristas.²⁹ Entre éstas sobresalen las normas relacionadas con el sostenimiento de la mujer durante el matrimonio y la disolución de matrimonios; normas sobre herencias que disponen cuotas menores para la mujer que para el hombre en las sucesiones familiares; y el derecho del hombre de golpear a su esposa.

Los ejemplos frecuentemente citados de derecho consuetudinario que viola las disposiciones de igualdad ante la ley y no discriminación en Nigeria, son aquellos relacionados con la herencia y la propiedad de tierras, y con la custodia de los hijos. En algunas partes del país, las mujeres no tienen los mismos derechos de herencia que los hombres, ni el derecho a poseer y disponer de la tierra familiar o comunal, ni tienen los mismos derechos para ser consideradas cabeza de familia.

Los sistemas legales colonial/moderno y consuetudinario/religioso coexisten dentro de los sistemas legales de la mayoría de países africanos. Las normas legales examinadas anteriormente que conllevan alguna discriminación de la mujer no han sido demandadas ante los tribunales por inconstitucionales y violatorias de los derechos humanos, de manera que es difícil hacer un pronunciamiento categórico en cuanto al probable resultado de dichas denuncias. No se han hecho denuncias por varias razones, incluyendo la irrelevancia del discurso jurídico moderno para una amplia mayoría de personas en estos países, así como el problema de acceso a los procesos e instituciones legales modernos.

El contexto de la lucha por los derechos humanos de la mujer africana

Hoy en día, la mayoría de la gente en África vive bajo condiciones extremadamente difíciles, y su capacidad para subsistir se ve amenazada por las políticas y prácticas internacionales y nacionales. La mujer sufre particularmente como resultado de los patrones de división del trabajo y la propagación de relaciones capitalistas modernas de producción en el período colonial y post-colonial, lo que redundó en la devaluación de su trabajo. Las políticas coloniales de educación y empleo, el desarrollo de una distinción entre las esferas públicas y privadas, la relegación del trabajo en el hogar a esta última esfera y su redefinición como trabajo de mujeres, han tenido todos graves implicaciones para la condición de la mujer con respecto al hombre.

Bajo muchos sistemas precoloniales de organización social, la división del trabajo por sexos no necesariamente implicaba una opresión patriarcal. El trabajo de ambos sexos y de todos los grupos era valorado como necesario para el funcionamiento de la sociedad y el papel reproductor de la mujer algunas veces era considerada como importante. En las sociedades capitalistas modernas, donde las empresas son cada vez más mecanizadas y buscan, por encima de todo, maximizar las utilidades, el valor es medido en términos de utilidades y el embarazo y el parto se convierten en una incapacidad de la mujer trabajadora. La propiedad se ha convertido en alienable por individuos y grupos, y la posición de la familia con frecuencia está relacionada con el control efectivo de la propiedad con exclusión de otros. La mujer en algunas partes de África ha perdido ahora su derecho al uso de la tierra y no existe ninguna responsabilidad para el hombre de proporcionarle un medio de vida. Las prácticas sociales que garantizaban que una viuda seguía siendo parte de una familia y era cuidada a la muerte de su marido fueron alteradas y no se pusieron limitaciones en las nuevas disposiciones sobre las reclamaciones de la familia del marido a todas las pertenencias de éste, dejando a la esposa y a sus hijos en la miseria.

Diferentes prácticas relacionadas con la reproducción continúan colocando a la mujer en una situación de riesgo de enfermedad y muerte a pesar de los adelantos en conocimientos y tecnología médicos. Nuevas formas de organización social y política han erosionado los sistemas de apoyo comunal, colocando una inmensa carga sobre la mujer para sostener la familia extendida en muchas áreas.

El impacto de los cambios económicos y sociales en el período colonial y post-colonial, combinados con vestigios de la "tradición", fuera de contexto y proclamada como derecho consuetudinario,²⁷ y aplicados a las vidas de la mayoría de las mujeres africanas por parte de nuevos tribunales llamados "consuetudinarios", ha sido muy grande.

Desde los 80, la crisis de la deuda y la imposición de programas de ajuste estructural (PAE) inspirados por el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional (FMI) han empobrecido adicionalmente a la mayoría de los pueblos africanos. Los pilares de los programas de ajuste estructural han sido la devaluación de las monedas locales; la racionalización de la industria, incluyendo la privatización de las empresas públicas; y la reducción del gasto gubernamental en servicios sociales. Los resultados han sido una inflación en espiral, despido masivo de trabajadores, y acceso seriamente restringido a la educación y a las instalaciones de salud.

La mujer, que ya ha trabajado con serias desventajas, se ha visto gravemente afectada por los PAE. Las oportunidades de empleo se han reducido, el acceso a la educación se ha tornado más difícil, y a la doble carga de trabajo que soporta como administradora del hogar se ha agregado un papel mayor como proveedora de seguridad social, incluyendo la atención de salud para los enfermos y ancianos. Bajo estas circunstancias económicas gravemente restringidas, la violencia contra la mujer y su explotación sexual han aumentado a niveles alarmantes.

La capacidad de la mujer para cambiar su vida se ha restringido en este proceso por su limitado acceso a otras alternativas y por su posición económica. El efecto de su posición política y económica es una dependencia estructural del hombre para tener acceso a los recursos que somete a mujeres relativamente privilegiadas a cierta inseguridad. Los aspectos de justicia social y de capacidad social para producir el cambio de la mujer están intrincadamente ligados al poder económico, y al control de los procesos que otorgan el poder económico en una sociedad.

Es dentro de este contexto que los derechos de la mujer a un nivel de vida adecuado, a no padecer hambre, a trabajar con salarios justos y en condiciones de servicio justas, a la salud mental y física incluyendo atención de salud en el embarazo y parto, y a la educación y entrenamiento, entre muchos otros derechos señalados en el PIDESC y en la CETFDM, son *sistemática y cotidianamente* violados.

En vista de todos estos obstáculos y de todas las condiciones incapacitadoras, las mujeres africanas se han organizado a diferentes niveles para tratar de cambiar las prácticas, políticas y leyes que consideran discriminatorias, injustas o perjudiciales, ya sea que se consideren prácticas, políticas o leyes consuetudinarias o modernas.³¹ Se han organizado tanto como seres humanos interesados, y como mujeres sometidas a una opresión específica, para promocionar sus intereses. Sus metas y patrones de organización varían considerablemente dependiendo de si funcionan en áreas rurales o urbanas y de la clase o antecedentes culturales de las mujeres involucradas. Algunas de sus luchas más importantes en tiempos modernos se han centrado en los impuestos y gravámenes, educación, mejores condiciones de empleo, prácticas tradicionales, derecho a la propiedad y herencias.

Vale la pena observar que en muchas de sus luchas, aun cuando se han organizado en contra de las prácticas discriminatorias perpetradas por el hombre, la mujer africana no necesariamente ha actuado en oposición al hombre como grupo. Estas luchas por lo general no han tomado la forma de una afirmación de derechos adelantada por los grupos de mujeres más afectados, o por otros actuando en su nombre. Los llamamientos a la justicia y a mejores condiciones de salud con frecuencia han servido de base para exigir el cambio. El cambio ha llegado con la organización y movilización de la mujer, en muchos casos como resultado de una acción conjunta de hombres y mujeres.

Hacia una teoría y práctica relevantes

Hoy en día en África, el discurso de los derechos se ha tornado relevante por los cambios en la organización política basados en nuevos arreglos socioeconómicos. Las antiguas formas de organización con las cuales la mujer estaba familiarizada han cambiado y continúan cambiando. Las nuevas formas se utilizan en algunos casos para oprimir a la mujer y como reacción requieren nuevas formas de resistencia.

Existen varias formas de lucha que se desarrollan en respuesta a una situación de opresión. El discurso de los derechos ha tenido poca resonancia para la mayor parte de las mujeres africanas y las normas y procedimientos nacionales e internacionales para hacer cumplir los derechos pocas veces han sido su campo de batalla. El lenguaje de libertad, justicia y juego limpio²² ha tenido una mayor resonancia entre las "masas" en África²³ que la que ha tenido el lenguaje de los "derechos", especialmente en relación con las luchas contra las prácticas sociales y culturales. Esto puede deberse en parte a que la mujer por lo general no se ha visto a sí misma organizándose *en contra* del hombre, sino *a favor* de la justicia social. En este sentido, aunque muchas mujeres ven sus derechos como incuestionablemente humanos, no se definen a sí mismas únicamente en relación con el hombre.

El discurso de los derechos ha sido más popular en las luchas de algunos sectores de la élite política por las libertades políticas y civiles contra los gobiernos represivos en África. Esto no es sorprendente, ya que la afirmación de derechos ha sido tradicionalmente un clamor por espacio político dentro del cual se pueda maniobrar.²⁴ Los derechos económicos, sociales y culturales están ligados a relaciones sociales complejas y algunas veces son negados por la gran hostilidad institucional y sistémica hacia las condiciones necesarias para la dignidad y el bienestar humanos.

Las declaraciones existentes sobre los derechos humanos universales se han tornado tan amplias y abarcan tanto, que son difíciles de criticar aun a nivel nacional. Como se mostró anteriormente, mucho depende de la interpretación y cumplimiento de los principios y normas, lo que a su vez depende de los desafíos dentro del sistema.²⁵ La falla frecuentemente observada en los mecanismos para hacer cumplir los derechos humanos internacionales puede describirse con más exactitud como un problema de cumplimiento selectivo. La selección refleja las prioridades de los grupos poderosos en el sistema internacional, y la debilidad de las partes denunciante pertinentes.

Actualmente el movimiento de derechos humanos ha ido más allá de la búsqueda de una igualdad formal para enunciar como derechos algunas de las condiciones necesarias para establecer una igualdad real. Al retener el lenguaje de los derechos universales, pero sin relacionar estos derechos con el contexto social total en el cual surge el problema de violación de la dignidad humana, el movimiento moderno de derechos humanos es vulnerable a las acusaciones de promover intereses seccionales. Los Estados africanos, socialistas y otros Estados del "tercer mundo", han forzado una confrontación del aspecto de la definición selectiva y del cumplimiento de los derechos humanos en el sistema internacional, insistiendo en una mayor atención a los derechos económicos, sociales y culturales. Paradójicamente, a nivel nacional, muchos de estos Estados hacen exactamente aquello de lo que se quejan a nivel internacional, es decir relegan los derechos económicos y sociales a un segundo plano,²⁶ aun cuando de dientes para afuera dicen ocuparse de los derechos civiles y políticos.

El movimiento internacional de derechos de la mujer, así como el movimiento internacional de derechos humanos, en gran parte proyecta las inquietudes de las mujeres privilegiadas que tienen capacidad para hacerse escuchar. Las voces de las mujeres europeas y americanas de clase media, debido a su afinidad cultural con los centros de poder y su acceso a los mismos, de donde emana el discurso dominante,

son con frecuencia las más que más se escuchan. El ataque por parte de las feministas occidentales a los privilegios de los hombres blancos dentro del sistema internacional de derechos humanos puede convertirse en la búsqueda de privilegios de hombres y mujeres blancos dentro del sistema, o simplemente de privilegios de hombres y mujeres en el sistema.

Como se observó anteriormente, el discurso de los derechos puede otorgar privilegios a ciertos grupos relativamente poderosos dentro de un contexto específico, mientras que opera para neutralizar o ilegítimar otras formas de lucha por la dignidad y el bienestar del ser humano. Por otra parte, podría ser una forma de denominar una reivindicación legal y de adquirir espacio político para lograr ciertas metas, y de esta forma adquiere poder para la lucha por la justicia social. Las metas de la lucha dentro de una sociedad específica, sin embargo, deben ser definidas y servir de punto de referencia para la definición y afirmación de los derechos.

Los derechos nunca han sido absolutos y universalmente aplicables. A lo sumo, han sido declaraciones de aspiraciones o ideales. La promulgación de las Declaraciones de Derechos o Constituciones en varias sociedades puede verse como un esfuerzo por instituir un nuevo orden. El nuevo orden está construido sobre el viejo orden; nunca hay un vacío. Lo inadecuado que sea el viejo orden o la insatisfacción que produzca, expresados en diferentes términos incluyendo la lucha armada, es lo que conduce al llamamiento a un nuevo orden. Sin embargo, ignorar el viejo orden, o hacer declaraciones piadosas que no tienen una base real, puede acabar con los esfuerzos para lograr un cambio social. Ejemplos de este tipo de situaciones abundan en África. Cuando se sostiene que el "constitucionalismo" ha fracasado en la mayor parte de África porque las constituciones escritas no han funcionado de conformidad con sus textos, puede argumentarse que lo que ha sucedido es que la constitución *real* (las relaciones sociales y una distribución de poder existente) no ha sufrido modificaciones y ha hecho que el nuevo texto escrito que la ignoró, sea irrelevante y no pueda hacerse cumplir. Un punto de vista similar ha sido expresado por Albie Sachs, cuando escribe sobre las tareas que están por hacerse para elaborar una declaración de derechos para la Nueva Suráfrica. El autor presenta la idea de un concepto progresivo de una declaración de derechos que sea "una verdadera consolidadora del terreno ganado por la gente en lucha" y continúa diciendo que "Una Declaración de Derechos puede ser un producto duradero de la historia organizado por juristas, o un producto transitorio de juristas impuesto a la historia",³⁷ el punto es que los derechos no pueden ser vistos fuera del contexto de un movimiento o de la lucha para alcanzar metas específicas.

Las luchas de la mujer africana por la dignidad y el bienestar humanos se han dado dentro del contexto de la dominación política, económica y cultural en un sistema internacional injusto de asignación de recursos. Para la gran mayoría de las mujeres de África y de otras partes del mundo, cuya lucha por las necesidades básicas y la subsistencia al lado del hombre les impide cambiar sus vidas para mejorar, abordar el problema de la pobreza es un aspecto prioritario de los derechos humanos. En su situación, las políticas económicas internacionales como las expresadas en los programas de ajuste estructural, son una fuente principal de violación de sus derechos humanos. Sin embargo, dichos programas son expuestos y respaldados por las agencias de la ONU y de los países del norte, los cuales, sin embargo, se han erigi-

do en vigilantes de la violación de las libertades civiles y políticas. Es a este nivel que la violación de los derechos económicos, sociales y culturales de la mujer africana es más directa, y que el lenguaje de los derechos es más adecuado para prevenir dicha violación. No obstante, es también a este nivel que la mujer africana tiene menos poder para emprender alguna acción. Sus alianzas estratégicas con grupos que denuncian este tipo de violación se tornan, por lo tanto, imperativas.

A nivel regional, el énfasis en la conservación de la tradición podría muy bien ser utilizado contra la mujer.³⁵ El desafío es para la mujer que busca utilizar la Carta Africana e impugnar la constitucionalidad de las disposiciones del derecho consuetudinario y religioso, presentar interpretaciones que promuevan la justicia con base en el contexto en el cual se aplican las leyes.

A nivel nacional, la mujer africana se enfrenta a prácticas sociales con implicaciones peculiares para la mujer que ahora operan dentro de contextos diferentes a aquellos en que se originaron. La mujer africana necesita tener poder para desarrollar modalidades apropiadas de resistencia a los resultados injustos y opresivos de dichas prácticas.

Conclusión

El impacto sobre la vida de la gente en todo el mundo de la expansión económica capitalista y el desarrollo de una nueva división internacional del trabajo en los siglos XIX y XX ha sido grande. El nuevo orden económico ha traído consigo una cierta uniformidad de modalidades y fuentes de opresión, y ha inspirado a diferentes grupos para tratar de conformar movimientos internacionales de solidaridad como reacción. En efecto, el crecimiento y la significación de la elaboración de políticas transnacionales en el mundo actual hace imperativa la organización transnacional por parte de grupos de interés si realmente quieren influir en las políticas.

Este capítulo ha buscado examinar las actuales reivindicaciones sobre la existencia de derechos humanos y derechos de la mujer universalmente aplicables y la relevancia y significación de dichas reivindicaciones para la mujer africana. Se ha argumentado que el discurso de los derechos, aunque relevante para luchas específicas, es solamente una de las muchas formas de resistencia a la opresión. El sistema internacional ha sido el espacio de las luchas para lograr el fin de la opresión. También se ha argumentado que las tendencias para "hacer efectivo un consenso" o para universalizar intereses o prioridades específicos, que son evidentes tanto en el movimiento internacional de derechos humanos como en el movimiento de los derechos de la mujer, invalidan las metas generales laudables de alcanzar el respeto por la dignidad y el bienestar humanos.

El desafío para las mujeres africanas, especialmente para aquellas que tienen un relativo poder para lograr el cambio, es cómo utilizar el lenguaje de los derechos para adelantar las demandas de justicia social a nivel internacional y local. Sin embargo, necesitamos ser cuidadosas con respecto a la forma en que usamos el lenguaje de los derechos, aun a medida que desarrollamos enfoques innovadores y tal vez un lenguaje diferente, menos alienador y más apropiado para la búsqueda de soluciones duraderas para nuestros problemas. En esta empresa, la facilitación de una más amplia participación en la definición de las normas que reflejen nuestras aspiraciones

de una mejor sociedad es vital. La proclamación de los derechos es una estrategia en el proceso de legitimar las violaciones existentes, pero el foro para dicha proclamación debe ser cuidadosamente considerado y seleccionado.

El desafío que tiene ante sí el movimiento internacional de derechos de la mujer es reconocer y aprovechar las diferentes experiencias dentro del propio movimiento en lugar de suprimirlas, y unir las manos para oponerse a la dominación de cualquier forma y avanzar en la democratización; como seres humanos, presentar una alternativa utilizando el punto de vista del movimiento en cada forma específica de dominación y sus conexiones con otras formas de dominación. Para avanzar en las metas comunes, la mujer necesita organizarse para alcanzar el poder. La mujer debe colaborar en las luchas localizadas compartiendo experiencias, información y otros recursos; mediante la oposición a la violación de sus intereses; y confrontando un reconocimiento selectivo y exigiendo el cumplimiento de las demandas de dignidad y bienestar humanos, a todos los niveles. ¿Podrá el movimiento internacional de derechos de la mujer cumplir con el reto? Y, de ser así, ¿lo hará?

Notas

1. Paul Sieghart, *An Introduction to the International Covenants on Human Rights* (Introducción a los Pactos Internacionales de Derechos Humanos) (Londres: Commonwealth Secretariat, 1988), 1.

2. Ver, en general, de Abdullahi A. An-Na'im y Francis M. Deng, editores, *Human Rights in Africa: Cross-Cultural Perspectives* (Derechos humanos en África: perspectivas interculturales) (Washington D.C.: Brookings Institution, 1990).

3. Carl J. Friedrich, *The Philosophy of Law in Historical Perspective* (La filosofía del derecho en perspectiva histórica) (Chicago: University of Chicago Press, 1963), pág. 178.

4. Ver artículo 17 de la Declaración Universal, que expresa que todo el mundo puede poseer propiedades por sí solo, a pesar del hecho de que dicha propiedad no sea reconocida en ciertas comunidades. El artículo 22 dispone que el derecho a la seguridad social y a la realización de derechos económicos, sociales y culturales indispensables para la dignidad y libre desarrollo de la personalidad, están limitados de conformidad con la organización y recursos de cada Estado; sin embargo ninguna de estas limitaciones es reconocida con respecto a la propiedad privada.

5. Por ejemplo, el derecho a formar sindicatos y a la huelga. Esto no es un intento por argumentar que la forma de organización que se presume es europea o americana, sino únicamente para resaltar los orígenes y la especificidad histórica de las tradiciones reflejadas.

6. Ver, por ejemplo, los comentarios de Oji Umozurike, "The African Charter on Human and Peoples Rights" (La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos) estudio presentado ante el Colloquium Judicial sobre el Desarrollo de Jurisprudencia en Derechos Humanos: La Aplicación Doméstica de las Normas de Derechos Humanos, Banjul, Noviembre 1990, págs. 24-25. Ver también de Sieghart, *International Covenants*, (Pactos Internacionales) nota 1 en las págs. 4-7, comentarios sobre las supuestas diferencias entre los dos pactos.

7. Ver, por ejemplo, de Kwasi Wiredu, "An Akan Perspective on Human Rights" (La perspectiva Akan sobre derechos humanos) y de Francis Deng, "A Cultural Approach to Human Rights Among the Dinka" (Enfoque cultural de los derechos humanos entre los Dinka), en la obra de An-Na'im y Deng, *Human Rights in Africa* (Derechos humanos en África). Nota 2 en la Parte IV. Ver también de Lakshman Marasinghe,

Traditional Conceptions of Human Rights in Africa" (Concepciones tradicionales de derechos humanos en África), en *Human Rights and Development in Africa* (Derechos humanos y desarrollo en África), ed. Claude Welch y Ronald Meltzer (Albany: State University of New York Press, 1984).

8. Ver Introducción a Anne Phillips, ed., *Feminism and Equality* (Feminismo e igualdad) (Oxford: Basil Blackwell, 1987) para un resumen de algunas inquietudes surgidas en este debate.

9. Phillips, *Feminism and Equality* (Feminismo e igualdad), nota 8 en la pág. 3.

10. Una expansión significativa del concepto dominante de los derechos ha tenido lugar con la enunciación de los derechos de los grupos y de los pueblos (incluyendo el derecho al desarrollo), con definiciones de grupos todavía en expansión y sujetos a mucha controversia.

11. Ver de Charlotte Bunch, "Women's Rights as Human Rights: Towards a Re-Vision of Human Rights" (Derechos de la mujer como derechos humanos: hacia una re-visión de los derechos humanos), *Hum. Rts. Q.* 12 (1990): 486-98 en las págs. 486-89.

12. Bunch, "Re-Vision" (Re-Visión), nota 11 en la pág. 489.

13. Marie Angélique Savane, "Another Development with Women" (Otro desarrollo de la mujer), *Dev. Dialogue* 1 (2) en las págs. 8-16; Anne Marie Goetz, "Feminism and the Claim to Know: Contradictions in Feminist Approaches to Women in Development" (Feminismo y la reivindicación del saber: contradicciones en los enfoques feministas de la mujer en el desarrollo), en *Gender and International Relations* (Género y relaciones internacionales), ed. Rebecca Grant y Kathleen Newland (Bloomington: Indiana University Press, 1991); Hilary Charlesworth, Christine Chinkin y Shelly Wright, "Feminist Approaches to International Law" (Enfoques feministas al derecho internacional), *Am. J. Int'l L.* 85 (1991): 613-45.

14. Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 1981, art. 18 (1).

15. Carta Africana, arts. 14-17.

16. Carta Africana, arts. 17 y 18.

17. Carta Africana, art. 22.

18. Carta Africana, Capítulo II de la Parte I.

19. Deborah Wean, "Real Protection for African Women? The African Charter on Human and Peoples' Rights" (¿Protección real para la mujer africana? La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos), *J. of Int'l Disp. Resolución 2* (Primavera 1988): 425-28.

20. Wean, "Real Protection" (Protección real), nota 19.

21. "Realisation of Economic, Social and Cultural Rights (Realización de los Derechos Económicos, sociales y culturales), Informe del Relator Especial de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1991.

22. Ver, por ejemplo, de Osita Eze, "The Organisation of African Unity and Human Rights: Twenty-Five Years After" (La Organización de la Unidad Africana y los Derechos Humanos: veinticinco años después), *Nigerian J. Int'l Aff.* 14 (1) (1988): 154-88.

23. El Art. 4 del PIDESC también estipula que los Estados solamente pueden someter los derechos a las limitaciones que sean determinadas por la ley, con el fin de promover el bienestar general en una sociedad democrática, y que sean compatibles con la naturaleza de los derechos.

24. Ver de Umozurike, "The African Charter" (La Carta Africana), nota 6 en las págs. 24-25.

25. Jadesola O. Akande, "A Decade of Human Rights in Nigeria" (Una década de derechos humanos en Nigeria) en *New Dimensions in Nigerian Law* (Nuevas dimensiones del derecho en Nigeria), ed. M.A. Ajomo (Lagos: Instituto Nigeriano de Estudios Legales Avanzados, Serie Legal No. 3 1989), 123.

26. B.O. Nwabueze, "Equality Before the Law" (Igualdad ante la ley) en *Fundamentals of Nigerian Law* (Fundamentos de derecho nigeriano), ed. Ayo Ajomo (Lagos: Instituto Nigeriano de Estudios Legales Avanzados, Serie Legal No. 2, 1989), 54.

27. Ver secciones 53-55 del Decreto Laboral No. 21 de 1974.

28. Secciones 228, 229 y 297 del Código Penal y secciones 232 y 235 del Código Penal. Estas disposiciones de la ley hacen que el aborto sea ilegal a menos que sea realizado para salvar o preservar la vida de la madre. Disposiciones similares se encuentran en las leyes de otros países africanos incluyendo Sudán, Senegal, Botswana y Malawi.

29. Ver ensayo por Bassam Tibi en *Human Rights in Africa* (Derechos humanos en África), ed. An Na'im y Deng Nota 2 en la pag. 104.

30. Existe abundante literatura sobre la "creación" del derecho consuetudinario en África. Ver, por ejemplo, de Ajayi, "The Judicial Development of Customary Law in Nigeria" (El desarrollo judicial del derecho consuetudinario en Nigeria), en *Integration of Customary and Modern Legal Systems in Africa* (Integración de los sistemas de derecho consuetudinario y derecho moderno en África) (Ile-Ife: Universidad de Ife, 1981); Francis Snyder, "Colonialism and Legal Form: The Creation of Customary Law in the Senegal" (Colonialismo y forma legal: la creación del derecho consuetudinario en Senegal), *J. Leg. Pluralism* 13 (1981): 49.

31. La lucha de la mujer contra los ritos de la viudez y las costumbres relacionadas con la herencia en Nigeria es un caso al respecto.

32. Esto se refleja hasta en la dificultad de traducir el término "derechos" a algunos idiomas.

33. Ver de Adetoun O. Ilumoka, "The Marginalisation of the Legal Profession in Nigeria 1984-1985: A Sign of Things to Come?" (La marginalización de la profesión legal en Nigeria 1984-1985: ¿una señal de los sucesos por venir?) estudio presentado en la Conferencia de Estudios Legales Críticos Europeos, Universidad de Kent, 1986. Yo he sostenido, en relación con las reacciones del pueblo nigeriano al golpe militar que llevó al poder al General Buhari, y la oposición de los abogados a ese régimen, que la "justicia" en lugar del "Estado de derecho" fue lo que generó el respaldo inicial del pueblo a un régimen militar que le usurpó el poder a un régimen civil. Esto también es verdad en mayor grado sobre el régimen de Rawlings en Ghana.

34. Ilumoka, "Marginalisation" (Marginalización), nota 33 en la pag. 7.

35. Ilumoka, "Marginalisation" (Marginalización), nota 33 en las págs. 13, 17 y 19.

36. Ver los comentarios de Akande sobre la situación bajo la Constitución nigeriana, "Decade", nota 25 en la pag. 13.

37. Albie Sachs, *Protecting Human Rights in a New South Africa* (Protección de los derechos humanos en una nueva Suráfrica) (Cape Town: Oxford University Press, 1990), 13-14.

38. Para una discusión sobre la Carta Africana, ver texto en las págs. 312-14 de este capítulo.

CAPÍTULO 14

LA VIOLENCIA DOMÉSTICA COMO PROBLEMA DE DERECHOS HUMANOS INTERNACIONALES

Kenneth Roth

Introducción

En este capítulo discutiremos algunos de los problemas metodológicos que el Proyecto sobre Derechos de la Mujer del Human Rights Watch ha encontrado al ocuparse de la violencia doméstica contra la mujer. He escogido hacer énfasis en la violencia doméstica debido, tanto a la gravedad del problema, como a las complejidades de los aspectos legales y conceptuales que surgen al tratarla como una violación de los derechos humanos. Al resaltar estas complejidades espero ilustrar la forma como el derecho internacional de los derechos humanos puede ser utilizado más eficazmente para combatir la violencia doméstica. La discusión también tendrá una relevancia obvia para otros esfuerzos encaminados a ocuparse de la discriminación de hecho en la aplicación de las leyes penales, aparentemente neutras, a actores privados.

Comenzaré por remontarme a la evolución del movimiento tradicional de derechos humanos con el fin de demostrar, por un lado, por qué ese movimiento ha desconocido el problema de la violencia doméstica y, por otro lado, por qué dicho desconocimiento ya no puede justificarse a la luz de aspectos comparables de los cuales se ocupa ahora el movimiento. Luego reseñaré el tipo de evidencias o pruebas que desde mi punto de vista son necesarias para tratar el problema de la violencia doméstica como un aspecto de los derechos humanos, indicando al mismo tiempo las formas en las cuales estas pruebas con frecuencia son significativamente distintas a las requeridas para las investigaciones de derechos humanos más tradicionales.

Finalmente, discutiré la experiencia del Proyecto sobre Derechos de la Mujer del Human Rights Watch en la recopilación de estas evidencias. Al hacerlo, mostraré un vacío inquietante que hemos observado en el trabajo de los derechos humanos locales y en las organizaciones de derechos humanos. Al destacar este vacío, espero ayudar a propagar las investigaciones de los hechos que son necesarias para abordar el problema de la violencia doméstica en forma mas efectiva como un aspecto de los derechos humanos.

Una interpretación estrecha del derecho internacional de los derechos humanos

Hasta hace muy poco, las organizaciones internacionales de derechos humanos, incluyendo Human Rights Watch, han desconocido el problema de la violencia doméstica contra la mujer. Al abordar las organizaciones internacionales de derechos humanos me limitaré a dos: Human Rights Watch, porque es la organización con la cual estoy más familiarizado, y Amnistía Internacional, por su papel de definición en este campo. Una de las causas de este desconocimiento fue la interpretación estrecha del amplio lenguaje del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (el Pacto). Limitaré mi discusión legal al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, porque este tratado es el más influyente dentro del movimiento de derechos humanos tradicionales, y porque se ocupa de problemas de violencia en forma más directa que la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. El Pacto contiene frases enérgicas, amplias, con obvia relevancia potencial para la lucha contra la violencia doméstica, especialmente aquella violencia que se traduce en asesinato y presumiblemente también en agresiones menos graves. Por ejemplo, el Artículo 6(1) dispone: "El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente". El Artículo 7 dispone que "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes". El Artículo 9(1) dispone que "Todo individuo tiene derecho a... la seguridad personal". Es lícito sostener que todas estas garantías se ven amenazadas en la violencia doméstica.

Motivación política

A pesar del amplio alcance potencial de las garantías del Pacto, las organizaciones internacionales de derechos humanos, particularmente en sus comienzos, trataron estas disposiciones como si solamente pudiesen aplicarse a las víctimas de abusos motivados políticamente (y aun en este caso solamente si el abuso era cometido por un agente gubernamental). Pareciera que el lenguaje arrollador de estas disposiciones –"La persona humana", "Todo individuo"– fuese reemplazado por el concepto más estrecho de "todo disidente".

Parte de la razón para esta interpretación estrecha del Pacto es un accidente histórico: las grandes organizaciones de derechos humanos nacieron a raíz de la preocupación por el abuso de carácter político. Amnistía Internacional fue fundada para proteger a quienes habían sido encarcelados por sus credos políticos pacíficos. El clásico prisionero de conciencia era un hombre o una mujer que había sido detenido o detenida debido a su oposición política no violenta al gobierno. Human Rights Watch, originalmente Helsinki Watch, se originó como un esfuerzo para proteger a los monitores de derechos humanos que habían comenzado a surgir en la antigua Unión Soviética y en Europa Oriental luego de la firma de los Acuerdos de Helsinki en 1975. Estos "monitores de Helsinki" surgieron en respuesta al Principio VII de la Carta Final de la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa, que proclamó "el derecho del individuo a conocer y actuar de acuerdo con sus derechos". En cada caso, los disidentes eran el principal objeto de preocupación.

Pudo haber muy buenas razones para este enfoque, dados los limitados recursos disponibles en ese entonces para el trabajo de derechos humanos y la necesidad de crear una conciencia pública (y de solidaridad) acerca de los derechos humanos. Pero la justificación de esta interpretación estrecha de la causa de los derechos humanos no puede encontrarse en el texto del Pacto.

Aunque tanto Amnistía Internacional como Human Rights Watch han ampliado gradualmente sus mandatos más allá del clásico prisionero de conciencia, el paradigma de un gobierno que busca acallar a los disidentes todavía sigue siendo fuerte. Por ejemplo, aunque la lucha contra la tortura y la ejecución extrajudicial abarca a aquellos detenidos por delitos comunes y políticos, el prisionero político sigue siendo la principal preocupación. Las campañas emprendidas contra las violaciones a la integridad física todavía tienden a tener como protagonistas a los disidentes y no a los sospechosos de delitos comunes.

Sin embargo, en años recientes las organizaciones internacionales de derechos humanos han comenzado a ir más allá de un enfoque exclusivo sobre los prisioneros de conciencia. Por ejemplo, Human Rights Watch ha documentado ejecuciones sumarias por parte de la policía de sospechosos de delitos comunes, con informes sustanciales dedicados a este tema en Argentina, Brasil y Jamaica. Amnistía Internacional se ha dedicado a un trabajo similar. El tema de las torturas en países como Turquía e India, que afectan a un amplio número de sospechosos de delitos comunes, también ha recibido una atención destacada. Además, Human Rights Watch lanzó un Proyecto de Derechos de los Prisioneros, que examina las condiciones de las cárceles en las que son detenidos los acusados de delitos comunes así como de delitos políticos, y ha informado sobre las condiciones de estas cárceles en una docena de países de todo el mundo.

Naturalmente, con frecuencia existe una dimensión política con respecto a los abusos contra supuestos delincuentes comunes, y es que las víctimas por lo general son pobres y los abusos tienden a servir como un método de control social. Pero las víctimas casi siempre son perseguidas no por sus ideas políticas -en realidad, éstas muchas veces no son conocidas- sino debido a su condición social y sus presuntas aspiraciones. Sin embargo el lenguaje del Pacto abarca claramente estos abusos gubernamentales y cada vez es más aceptado el hecho de que deben ser parte de un mandato internacional de derechos humanos.

De la misma manera, la falta de motivación política tradicional detrás de la violencia doméstica contra la mujer ya no puede dejar de ser considerada por las organizaciones de derechos humanos. Lo mismo que la violencia contra los presuntos delincuentes comunes, puede decirse que la violencia contra la mujer tiene una dimensión política en cuanto puede servir como una forma de control social al reforzar la subyugación de la mujer. Pero aun esa dimensión política no debería ser necesaria para ocuparse del asunto. Si las organizaciones internacionales de derechos humanos ya no preguntan las ideas políticas de una víctima de ejecución, tortura o condiciones inhumanas de encarcelamiento, ¿por qué debería importarles que la violencia doméstica tenga poco o nada que ver con las ideas políticas de las víctimas? Una mujer a quien su esposo mata por una supuesta ofensa a su "honor" es privada de su vida en una forma tan "arbitraria" (para utilizar el lenguaje

del artículo 6(1) del Pacto) como un sospechoso de un delito que es ejecutado sumariamente por la policía.

Acción estatal versus inacción

Un segundo obstáculo conceptual para el tratamiento de la violencia doméstica contra la mujer ha sido el enfoque del movimiento de derechos humanos y del derecho de los derechos humanos, sobre las violaciones por parte del Estado. Cualquiera puede cometer un delito común, pero solamente el Estado y sus agentes pueden cometer una violación a los derechos humanos bajo el derecho internacional. Puesto que los perpetradores de la violencia doméstica son por definición agentes privados, no pueden ser tratados como sujetos apropiados del derecho internacional de los derechos humanos, a menos que el Estado pueda ser responsabilizado de alguna forma.

La teoría necesaria de responsabilidad puede encontrarse en la aceptación gradual por parte del movimiento tradicional de derechos humanos del argumento de que el Estado puede ser responsabilizado de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos por acción o inacción. La tendencia hacia una aceptación más amplia de este enfoque analítico fue generada en forma significativa por el esfuerzo por luchar contra el fenómeno de los escuadrones de la muerte. Aunque en lugares tales como El Salvador y Guatemala había muchas pruebas que relacionaban a los escuadrones de la muerte con las fuerzas gubernamentales, el movimiento internacional de derechos humanos no se basó exclusivamente en una teoría de acción gubernamental. También utilizó el argumento de la complicidad, sosteniendo que el gobierno debía ser responsabilizado simplemente debido a su falla sistemática en tratar de detener a los escuadrones de la muerte.

Human Rights Watch utilizó una teoría similar de complicidad gubernamental con respecto a la violencia privada contra los campesinos que no poseían tierras en el curso de los litigios por terrenos rurales en países tales como Brasil y Paraguay. Aunque algunas veces la violencia es cometida por agentes estatales, con frecuencia ocurre a manos de milicias privadas que trabajan para terratenientes sin ninguna relación directa con el Estado. Al responsabilizar al Estado por esta violencia privada, hemos señalado su falla sistemática en hacer efectivas las leyes penales contra esta clase de violencia. La abdicación del Estado de su obligación de proteger a sus ciudadanos de la violencia significa una aprobación tácita de esa violencia. Esa complicidad proporciona la dimensión gubernamental requerida para considerar la violencia como un asunto de derechos humanos.

La misma teoría de responsabilidad estatal por omisión, en lugar de por acción, puede verse en el tratamiento dado por Human Rights Watch a una amplia gama de abusos, incluyendo violencia sectaria, violencia contra activistas laborales, violencia contra opositores políticos, esclavitud, y trabajos forzados. Cuando el gobierno egipcio cierra los ojos ante la violencia privada contra los coptos, o cuando el gobierno rumano hace lo mismo con respecto a la violencia privada contra los gitanos, Human Rights Watch no ha dudado en responsabilizar al gobierno de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos. De igual forma, hemos considerado lo siguiente como violaciones a los derechos humanos:

- la falla sistemática del gobierno en Miami para enjuiciar a los responsables de los ataques violentos a las voces moderadas de la comunidad cubano-americana sobre asuntos relacionados con el gobierno cubano;
- la falla sistemática de los gobiernos de Guatemala, El Salvador y Corea del Sur para perseguir a quienes, a instancias de los grandes patronos privados, han atacado a los organizadores de sindicatos y a los activistas laborales;
- la falla sistemática del gobierno mauritano para actuar contra los ciudadanos que continúan esclavizando a los negros;
- la falla sistemática del gobierno de Brasil para tomar medidas contra los grandes terratenientes que someten a sus trabajadores a trabajos forzados.

En este enfoque está implícito el hecho de que un Estado tiene obligación de proteger a aquellos dentro de su territorio contra actos privados de violencia y fuerza ilícita. Cuando el Estado hace pocos esfuerzos o no hace ninguno para detener una forma de violencia privada, tácitamente está condonando esa violencia. Esta complicidad transforma lo que de otra manera sería una conducta totalmente privada, en un acto implícito del Estado.

Aunque el Pacto no establece en forma explícita la obligación de un Estado de combatir la violencia privada, su amplio lenguaje es totalmente compatible con esta obligación. Por ejemplo, el derecho a no ser "arbitrariamente privado de la [propia] vida" podría ser interpretado como una imposición de una obligación al Estado de ocuparse tanto de la violencia oficial como de la privada. Debido a que el movimiento internacional de derechos humanos ha estado dispuesto a responsabilizar al Estado, de acuerdo con el Pacto, por su complicidad en varias otras formas de violencia privada, no existe ninguna razón para que se abstenga de usar el mismo enfoque analítico para abordar la violencia doméstica. Lo mismo que la falla sistemática del Estado para actuar contra la violencia privada dirigida a los campesinos sin tierra, a los activistas laborales o a las minorías religiosas o étnicas desfavorecidas puede dar lugar a la violación de derechos humanos, esta teoría de responsabilidad por omisión puede ser utilizada para tratar la falla sistemática del Estado para confrontar la violencia doméstica contra la mujer como un asunto de derechos humanos.

Por ejemplo, al estudiar la violencia doméstica en el Brasil, el Proyecto de Derechos de la Mujer de Human Rights Watch dedicó mucha atención a la persistente aceptación por parte de los tribunales y los fiscales de la defensa del "honor"; la pretensión ilegal pero ampliamente usada de que los casos de violencia doméstica pueden ser justificados o excusados porque los actos de la esposa o amante de un hombre supuestamente ofendieron su honor. La continua existencia de esta defensa ha hecho al Estado cómplice del fenómeno de asesinatos por "honor" debido a que ha dado una señal de aceptación tácita de esta práctica.

Los límites de la responsabilidad del Estado por omisión

Aun si se acepta que un Estado puede ser responsable según el derecho internacional de los derechos humanos por no ocuparse de ciertas categorías de violencia, los límites de dicha responsabilidad deben ser definidos. ¿En qué casos la falla de un Estado para detener la violencia privada constituye una violación de los derechos humanos y no una simple falla de política?

Teóricamente, se podría tratar cada acto de violencia privada como una violación de los derechos humanos, en cuanto el Estado ha fallado al no detenerla. Pero ese enfoque absolutista al intrincado problema de la violencia privada volvería trivial el estigma especial que conlleva el rótulo de "violador de derechos humanos".

En lugar de ello, según mi punto de vista, los límites de la responsabilidad del Estado por la violencia privada deben encontrarse en la misma noción de complicidad que hizo en primer lugar que dicha violencia fuese un asunto de derechos humanos. Entre más vigorosos sean los esfuerzos de un Estado para enjuiciar a los delincuentes violentos, menos podrá decirse que condona o que es cómplice de esos delitos. Una vez se haya roto este vínculo de complicidad, la violencia privada dejará de ser un asunto de derechos humanos.

En este sentido, la teoría de la complicidad utilizada para transformar la violencia privada en un tema de responsabilidad estatal, es relativa. A diferencia de la obligación absoluta impuesta al Estado de prevenir actos de violencia ilegal por parte de sus propios agentes, la obligación de un Estado según el derecho internacional de los derechos humanos de impedir la violencia privada se extiende solamente hasta el punto en que pueda decirse que efectivamente un actor privado se ha convertido en un actor estatal. Por ejemplo, es una violación de los derechos humanos por parte de un Estado cometer siquiera un solo acto de tortura. Pero un solo acto de violencia doméstica no es una violación de los derechos humanos a menos que pueda decirse que el Estado, a través de su falta de acción sistemática, ha condonado la violencia.

Insatisfechas con esta noción limitada de responsabilidad estatal, algunas activistas de los derechos de la mujer han sugerido una teoría alternativa. Estas activistas argumentan que, a diferencia de los delitos comunes, la violencia doméstica es inherentemente una cuestión del derecho internacional de los derechos humanos porque sistemáticamente subordina a la mujer. Las víctimas de las agresiones comunes se encuentran en todos los segmentos de la sociedad, continúa el argumento, pero la violencia doméstica está dirigida principalmente a la mujer, con el objeto de mantener la supremacía masculina y privarla de una gama de beneficios políticos, sociales y económicos. Debido a esta subordinación sistemática, sostienen estas defensoras, la violencia doméstica constituye una violación del derecho internacional de los derechos humanos por sí misma. Esto es, el Estado tiene la obligación de erradicar la violencia doméstica, no simplemente en la misma forma en que está obligado a atacar los delitos comunes, sino de acuerdo con su obligación absoluta de erradicar la tortura o la ejecución sumaria por parte de agentes gubernamentales. O, dicho de otra forma, argumentan que el Estado debe ir más allá de simplemente no condonar la violencia doméstica (la norma con respecto a la mayor parte de la violencia privada) sino acabar con ella (la norma para la violencia por parte de agentes estatales).

Existen dos problemas principales con respecto a este enfoque. Primero, no distingue la violencia doméstica de una variedad de otras formas de violencia que también subordinan sistemáticamente a una clase de personas. La violencia en el contexto de los litigios sobre tierras, sistemáticamente subordina a los campesinos sin tierra. La violencia contra los activistas laborales, sistemáticamente subordina a los trabajadores. Los trabajos forzados y la esclavitud sistemáticamente subordinan a otra categoría más de personas. La lista podría continuar. A medida que crece el número de clases de víctimas que pueden reclamar una subordinación sistemática,

manos de actores privados violentos, crecen también las formas de violencia que deben ser consideradas en sí mismas violaciones al derecho internacional de los derechos humanos y por lo tanto deben dar lugar a la obligación del Estado de erradicarlas (contraria a la obligación menor de simplemente no condonarlas). En el proceso, la defensa de los derechos humanos bajo el derecho internacional es tradicionalmente transformada en un ejercicio de control de delitos.

Esta transformación tendría consecuencias desastrosas para la causa del derecho de los derechos humanos ya que devaluaría el estigma especial que conlleva una violación a ese derecho. Si la violación por parte de un Estado del derecho internacional de los derechos humanos no tuviera un efecto estigmatizante superior a la falla de la policía de evitar un delito común, los derechos humanos pasarían de ser una serie de garantías legales fundamentales que limitan el alcance del gobierno, para convertirse en meras disposiciones de política.

Segundo, el esfuerzo para distinguir a una clase de personas que merece especial protección por parte del Estado —ya sea debido a su subordinación sistemática o a cualquier otra característica— debe cesar porque viola la universalidad que sustenta el derecho internacional de los derechos humanos. Una importante fortaleza de la mayor parte, si no de todo el derecho internacional de los derechos humanos, es que sus garantías son de aplicación universal. Los derechos por lo general existen en pie de igualdad para todos. Cualquier teoría que cree derechos especiales para una clase de personas socava esta universalidad y tiene el peligro de sentar un precedente para eximir a ciertas clases de personas de la plena protección de los instrumentos internacionales de los derechos humanos, del cual se puede fácilmente abusar. Dada la larga y continua historia de sufrimiento de la mujer bajo sistemas de los derechos no universales, los partidarios de los derechos de la mujer deben rechazar especialmente la violación de este principio de universalidad.

No niego que la retórica de los derechos humanos puede ser una herramienta política útil para aquellos que buscan protecciones especiales para la mujer. Hablar en términos de los derechos humanos puede ser altamente efectivo para obtener respaldo político para la causa de alguien. Pero el uso retórico del discurso de los derechos humanos para imponer obligaciones especiales al Estado con respecto a las mujeres es muy diferente al significado universal que los conceptos de los derechos humanos deben tener en el derecho internacional. Una cosa es que una organización dedicada exclusivamente a la protección de la mujer use dicha retórica para fines políticos. Pero otra cosa muy distinta es que una organización internacional de los derechos humanos que debe estar dedicada a proteger los derechos de todas las personas, abandone el principio de la universalidad, particularmente cuando, como demostraré, existe un enfoque alternativo para definir los límites de la teoría de la complicidad estatal en casos de violencia privada.

No discriminación

Si las disposiciones del Pacto no son absolutas con respecto a la violencia doméstica, ¿qué exigen? Las disposiciones sustantivas del Pacto no dan una respuesta clara. ¿Qué pasos debe tomar un gobierno contra la violencia doméstica para evitar convertirse en cómplice, y de esta forma transformar el problema de un delito

común en un asunto de derechos humanos? ¿Es suficiente simplemente prohibir la práctica? ¿Es suficiente hacer un arresto ocasional, lanzar una acusación periódica u obtener una condena esporádica? Los defensores de los derechos humanos argumentarían que esos esfuerzos dispersos no son suficientes para que un Estado impida que se le considere cómplice de violencia doméstica, pero las disposiciones del Pacto que protegen la integridad física de la persona no disponen de una directriz textual sobre este asunto.

Las disposiciones sobre no discriminación del Pacto son más útiles a este respecto. Imponen una obligación independiente por parte del Estado de no discriminar sobre un número específico de bases, incluyendo el sexo, en la protección de diferentes derechos. El incumplimiento de esta obligación constituye una violación de los derechos humanos independiente de los derechos sustantivos que están en juego.

La ventaja de adicionar este argumento a la teoría de la responsabilidad del Estado por total indiferencia, es que permite evaluar los esfuerzos de un Estado para erradicar la violencia doméstica mucho más allá de la etapa en la que no está haciendo nada. Aunque una teoría de responsabilidad estatal basada en la discriminación no define el nivel exacto de esfuerzo que debe dedicarse para combatir la violencia doméstica, sí proporciona normas complementarias importantes en términos comparativos. Esto es en el caso de un Estado que está haciendo lo mínimo para combatir la violencia doméstica con el fin de evitar cargos de complicidad, una teoría de discriminación permite insistir sobre una mayor diligencia como asunto de derecho internacional de los derechos humanos. Proporciona una justificación para la exigencia de que los esfuerzos del Estado para combatir la violencia doméstica estén por lo menos a la par con los esfuerzos para luchar contra formas similares de delitos violentos.

Naturalmente, si la inacción por parte de un Estado para enfrentar la violencia es casi completa, no hay necesidad de presentar un argumento en términos de discriminación. La complicidad del Estado por sí misma permite que la violencia doméstica sea tratada como un asunto de los derechos humanos. Pero una vez que un Estado sobrepasa la etapa de la complicidad obvia, la teoría de la responsabilidad del Estado basada en la discriminación permite un argumento adicional: se puede decir que un Estado condona una forma particular de violencia porque no presta debida atención para evitarla, tal como sí lo hace con formas similares de violencia.

La base textual para una teoría de la responsabilidad basada en la discriminación puede encontrarse en varias disposiciones del Pacto:

- Artículo 2(1): "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".
- Artículo 3: "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto".
- Artículo 26: "Todas las personas son iguales ante la ley, y tienen derecho sin discriminación a igual protección ante la ley. A este respecto, la ley

prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

Estas disposiciones exigen, en esencia, que para cualquier esfuerzo que un Estado haga para combatir la violencia privada, debe proceder en forma no discriminatoria. O, en términos más directamente aplicables al problema de la violencia doméstica, cualquiera que sea el nivel de recursos que un Estado decida dedicar para hacer cumplir las leyes penales contra actos de violencia privada, debe garantizar que los delitos contra la mujer reciban por lo menos una investigación tan exhaustiva y un proceso tan enérgico como los delitos contra el hombre. Una menor atención no solamente constituye una violación de las disposiciones del Pacto contra la discriminación, sino también evidencia de la complicidad necesaria para tipificar una violación sustancial.

Hay una ventaja adicional en el hecho de basarse en el Artículo 26 del Pacto, en particular como teoría alterna de la responsabilidad del Estado, en cuanto permite hacer a un lado el aspecto potencialmente espinoso de si el Pacto es aplicable a la violencia doméstica que no llega al asesinato. Algunas de las garantías del Pacto con relevancia potencial para la violencia doméstica están contenidas en disposiciones que no tienen relevancia para la conducta privada. Por ejemplo, la garantía de "seguridad de la persona" que se encuentra en el Artículo 9 del Pacto está incorporada en una sección que, por lo demás, sólo se ocupa del arresto y de la detención.

El enfoque sobre la discriminación evita las dificultades potenciales de argumentar que estas disposiciones también son aplicables a los actores privados. Aun si no comprenden las agresiones privadas, la disposición contra la discriminación del Artículo 26 (a diferencia de similares disposiciones de los Artículos 2(1) y 3) no está relacionada con derechos particulares garantizados por el Pacto, sino que ordena la "igual protección ante la ley" en todos los aspectos. De esta forma, el Artículo 26 puede ser usado para abordar no solamente la aplicación discriminatoria de otras garantías de los derechos humanos, sino también la aplicación discriminatoria de cualquier ley penal. Entonces la aplicación discriminatoria de las leyes que se refieren a la violencia doméstica constituiría una violación a los derechos humanos –debido a la protección desigual ante la ley– aun si se considera que la violencia doméstica no viola las garantías de integridad física del Pacto.

Documentación de la discriminación

Desafortunadamente, el tipo de investigación de los hechos que se requiere para comprobar un caso de discriminación puede ser considerablemente más complejo que las investigaciones que adelantan tradicionalmente las organizaciones internacionales de los derechos humanos (aunque debe decirse que mucho menos complejo que probar empíricamente que una forma particular de violencia es responsable de la subordinación de una clase de personas). Para la mayor parte de las indagaciones de los hechos realizadas por organizaciones de los derechos humanos, el caso habla por sí mismo. Como se observó, es suficiente documentar una instancia de tortura por parte de un agente estatal para establecer que ha

ocurrido una violación de los derechos humanos. En caso de complicidad manifiesta en la violencia privada –como la autorización del Estado para la defensa del honor en el caso de Brasil– esto sigue siendo verdad. Pero para demostrar que un Estado ha actuado en forma discriminatoria por no hacer efectivas las leyes penales más allá de dicha complicidad abierta, es necesario no solamente establecer que se ha cometido un delito para el cual no se ha iniciado un proceso, sino también que la falta del proceso se debe a una forma de discriminación prohibida. Este elemento comparativo introduce una nueva dimensión que requiere un análisis más amplio del sistema de justicia penal que el necesario para investigar los hechos en un caso tradicional de los derechos humanos.

Sin embargo, muchas de las herramientas utilizadas en la documentación de los derechos humanos tradicionales también pueden ser utilizadas para probar la discriminación. La que está más fácilmente disponible –y en la que se basa principalmente el Proyecto sobre los derechos de la Mujer de Human Rights Watch– es el testimonio anecdótico, tomado de cualquiera de las víctimas o de sus abogados. Describimos casos especialmente apremiantes de violencia doméstica de los cuales el sistema de justicia penal no se ha ocupado adecuadamente. Implícito en este enfoque está el argumento de que si ni siquiera los casos extraordinarios de violencia doméstica no son sometidos a un proceso, difícilmente se puede esperar mejores resultados en los casos ordinarios. Todavía es necesario demostrar que estos casos de no procesamiento no son aberrantes; que reflejan un patrón que en buena medida es atribuible al Estado más bien que a la conducta excepcional de funcionarios aislados. Pero reuniendo varios de estos casos, puede demostrarse el patrón de conducta necesario para establecer la responsabilidad estatal por negligencia en el procesamiento de la violencia doméstica.

También nos hemos basado en el testimonio "experto" tomado de los actores del sistema de justicia penal para establecer un patrón de discriminación. Los jueces, abogados, fiscales y funcionarios de policía pueden describir sus experiencias en una variedad de casos para evaluar la forma en que el sistema de justicia penal trata generalmente la violencia doméstica. Algunas veces pueden proporcionar anécdotas propias bastante apremiantes. Al introducir una perspectiva más amplia del sistema de justicia penal, estos relatos pueden proporcionar un complemento importante para los testimonios proporcionados por las víctimas y sus defensores para demostrar si la violencia doméstica es tratada con menos seriedad.

Una forma particularmente útil de evidencia es la estadística. Si puede demostrarse a través de la estadística que la violencia doméstica es sistemáticamente juzgada con menor frecuencia (o menos vigorosamente) que actos similares de violencia, puede haber un caso firme de discriminación. Pero la recopilación de dichas estadísticas ha sido difícil, ya que pocos gobiernos llevan datos sistematizados sobre sus sistemas de justicia penal. Y aún los países que sí recopilan dichas estadísticas pueden ser negligentes en recopilar datos sobre el sexo de la víctima, la relación con el ofensor o el sitio del delito. La recopilación y sistematización de dichos datos debería ser una recomendación rutinaria por parte de quienes examinan la respuesta del Estado a la violencia doméstica.

El papel de las organizaciones de derechos humanos y de derechos de la mujer

En la mayoría de las investigaciones sobre derechos humanos, los monitores locales de derechos humanos juegan un papel crítico. Con su mayor conocimiento sobre el sistema legal y político de un país, pueden proporcionar una guía invaluable para la investigación por parte de una organización externa. Los juicios proferidos sin dicha consulta son inevitablemente inferiores. Dada la complejidad de las investigaciones sobre la discriminación sistemática, la necesidad de consultas locales documentadas es de suma importancia. Sin embargo, nuestra experiencia para contar con monitores locales de los derechos humanos en nuestras investigaciones sobre asuntos de los derechos de la mujer a lo sumo ha sido mixta.

Conscientes de la importancia de la experiencia local en los asuntos que son investigados, hemos hecho de la existencia de un movimiento bien desarrollado de los derechos humanos un factor importante en nuestra selección inicial de los países que han de ser investigados. Por ejemplo, nuestra decisión de examinar la violencia doméstica en Brasil¹ y la violencia contra la mujer en custodia en Paquistán² fue profundamente influenciada por esta consideración. En cada caso, los defensores locales de los derechos de la mujer representaron un papel crítico en la iniciación de la investigación, proporcionándonos una perspectiva general y un análisis del problema que estábamos estudiando y poniéndonos en contacto con víctimas y "expertos". Realmente, estos mismos defensores fueron "expertos" muy valiosos cuyas experiencias y puntos de vista se reflejaron repetidamente en nuestros informes finales.

Desafortunadamente, estas dos experiencias parecen ser atípicas. En la mayoría de los países examinados, hemos encontrado un gran falta de evidencia confiable y recopilada en forma sistemática acerca del alcance y naturaleza de la violencia doméstica y sobre otros aspectos de los derechos de la mujer. Este vacío es atribuible, en diferentes aspectos, tanto al movimiento tradicional de los derechos humanos como al movimiento de los derechos de la mujer.

Ya he dicho que las organizaciones internacionales de los derechos humanos han pasado sólo gradualmente de un enfoque estrecho sobre el trato de los disidentes por parte del Estado, a un sentido mas amplio de responsabilidad estatal basado en una obligación por parte de los actores privados de reparar la violencia. Una evolución similar puede encontrarse a nivel local. En países donde las violaciones de los derechos humanos motivadas políticamente y patrocinadas por el Estado continúan siendo el principal aspecto de los derechos humanos, estas organizaciones pueden continuar trabajando dentro del paradigma clásico. En otros países donde los abusos motivados por la política han disminuído, muchas organizaciones locales han comenzado a ampliar sus mandatos para ocuparse de abusos que no son motivados por la política o aun del abuso tolerado por el Estado en contraposición con el abuso patrocinado por el Estado. Una evolución de este tipo es especialmente aparente en años recientes en ciertos países de América Latina. Sin embargo, aun en países en los cuales las organizaciones locales de los derechos humanos han logrado este progreso, hemos encontrado una marcada omisión en ocuparse de la violencia doméstica, como si la violencia contra la mujer estuviese de alguna manera por fuera del dominio de los derechos humanos.

Esta negligencia es particularmente desafortunada porque las organizaciones locales de los derechos humanos han desarrollado habilidades para indagar los hechos que serían extremadamente útiles para demostrar la discriminación sistemática contra la mujer en las actuaciones del sistema de justicia penal. La capacidad para adelantar estudios de caso detallados y exactos raramente es innata; requiere experiencia en localización y entrevista de testigos, y en elaboración de informes que puedan resistir el escrutinio público. Debido a que dichos estudios de caso son producidos en forma rutinaria por el movimiento tradicional de derechos humanos, las organizaciones locales de derechos humanos estarían bien equipadas para realizar investigaciones similares sobre los aspectos de los derechos de la mujer. Además, aunque ni las organizaciones de derechos humanos locales ni las internacionales tienen tanta experiencia en la inspección de las actuaciones sistemáticas de un sistema de justicia penal como la que tienen en documentar casos particulares, la familiaridad de estas organizaciones con las leyes pertinentes y sus contactos con abogados y jueces puede ser de gran utilidad para dichos estudios.

En contraste, la mayoría de las organizaciones de derechos de la mujer que hemos encontrado no han tenido la oportunidad de desarrollar habilidades en la investigación de hechos sobre derechos humanos. Dada la frecuente falta de un consenso local (y mucho menos internacional) detrás de las normas de no discriminación sobre la base del sexo, es natural que el movimiento en favor de los derechos de la mujer en la mayoría de los países se haya dedicado a tareas tales como la organización política y la educación pública. Pero a pesar de lo importantes que son estos esfuerzos, son muy distintos de la documentación detallada de los hechos que se requiere para establecer una violación de los derechos humanos (los estudios de caso también pueden ser usados muy provechosamente para la organización política y la educación pública). Como resultado de esto, hemos encontrado que los grupos locales de derechos de la mujer, por lo general no han podido llenar el vacío en la investigación de los hechos dejado por la falta de las organizaciones locales de derechos humanos de ocuparse de los asuntos sobre derechos de la mujer.

Esta es obviamente una situación indeseable. Hemos tratado de llenar este vacío nosotros mismos realizando nuestras propias investigaciones de los hechos. Pero como lo he anotado, éste no puede ser un sustituto totalmente adecuado de la participación de monitores locales. Conscientes de la importancia de los esfuerzos de los monitores locales, hemos buscado utilizar nuestras propias investigaciones e informes como un catalizador del trabajo de otros, con la esperanza de que podamos promover un entendimiento sobre el tipo de investigaciones necesarias para tratar los asuntos de los derechos de la mujer de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos. Instamos a otros a hacer lo mismo, ya que una meta importante, tanto del movimiento de derechos humanos tradicionales como del movimiento de derechos de la mujer, debe ser la introducción de la investigación de los hechos de los derechos humanos para el problema de los derechos de la mujer.

Idealmente esto provendrá de dos direcciones: las organizaciones de derechos humanos comenzarán a ver los asuntos de los derechos de la mujer como parte integrante de su mandato, mientras que las organizaciones de derechos de la mujer comenzarán a complementar su trabajo prestando atención a la investigación de los hechos y a la recopilación de datos bien documentados. Como mínimo, uno de los

dos tipos de organizaciones debe actuar para llenar el vacío. Hasta que eso suceda, el problema de la violencia doméstica y otros aspectos de los derechos de la mujer nunca pasarán del campo del dominio político al de los derechos humanos, al que también pertenecen.

Notas

1. Human Rights Watch, *Criminal Injustice: Violence Against Women in Brazil* (Injusticia penal: violencia contra la mujer en Brasil) (Washington, DC: Human Rights Watch, 1991).
2. Human Rights Watch, *Double Jeopardy: Police Abuse of Women in Pakistan* (Doble peligro: abuso contra la mujer por parte de la policía en Paquistán) (Washington, DC: Human Rights Watch, 1992).

CAPÍTULO 15

DESARROLLO DE LOS ENFOQUES DE LA COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS FRENTE A LOS DERECHOS HUMANOS DE LA MUJER

Mona Rishmawi

Introducción

En años recientes el movimiento internacional de los derechos de la mujer ha sido exitoso al enfrentar la discriminación de género a nivel universal. Gracias a este éxito, los grupos de derechos humanos han comenzado a estudiar la problemática de los derechos humanos de la mujer. Por ejemplo, la Comisión Internacional de Juristas (CIJ), Amnistía Internacional, Human Rights Watch y el Grupo de Derecho Internacional de Derechos Humanos, han creado programas que tienen que ver con aspectos específicos de género. Si bien es cierto que es demasiado pronto para evaluar la efectividad de estos programas, también es cierto que este interés era largamente esperado.

Este capítulo pretende explorar:

1. Algunos aspectos conceptuales y metodológicos inherentes a la tradición del movimiento internacional de derechos humanos que pueden impedir su efectividad al enfrentar los derechos humanos de la mujer; y
2. Los intentos de la CIJ para enfrentar estos problemas con el fin de resaltar su relevancia y efectividad.

En este capítulo no trato de abordar un debate filosófico acerca de lo que constituyen los derechos humanos de la mujer. Estoy simplemente aceptando como marco de trabajo para la discusión los principios codificados en la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (DEDAW)¹ de 1967, así como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)² de 1979.

Derechos humanos y derechos de la mujer: aspectos conceptuales y metodológicos

Al tratar de incursionar en el tema de los derechos humanos de la mujer los grupos tradicionales de derechos humanos se han enfrentado a dos problemas conceptuales. Estos obstáculos tienen implicaciones directas sobre sus métodos de operación. El primero se relaciona con la definición de derechos humanos y el segundo con la naturaleza de las obligaciones por parte del Estado. Cada uno de ellos será analizado a continuación.

Definición de derechos humanos: la distinción entre lo privado y lo público

Los derechos humanos tradicionalmente se han definido como las denuncias individuales contra el Estado. Las violaciones de estos derechos son perpetradas por funcionarios del Estado o dentro del dominio del Estado. Por lo tanto, la responsabilidad del Estado es directa y clara. Por ejemplo, la tortura es infligida por agentes del Estado en las prisiones que son ámbitos oficiales y la censura a la libertad de expresión es efectuada por un funcionario del Estado. Los académicos argumentan que la responsabilidad clara y directa del Estado es lo que distingue los abusos contra los derechos humanos de los delitos ordinarios.

En contraste, las violaciones a los derechos humanos de la mujer tienen lugar en las esferas pública y privada.⁵ Muchas de estas violaciones son perpetradas por individuos privados. La mutilación genital, la muerte por dote y el maltrato a la esposa ocurren comúnmente dentro de la familia. Puesto que estos actos no son perpetrados por el Estado, los defensores de los derechos humanos argumentan que constituyen delitos ordinarios que están por fuera de sus mandatos. La responsabilidad del Estado en dichos casos se limita a garantizar la adecuada administración de justicia, es decir, que la legislación interna prohíba dichos actos y que quienes los perpetren sean procesados y juzgados de conformidad con las disposiciones del derecho internacional y local.

Sin embargo, los derechos humanos de la mujer enfrentan otra dimensión en el debate sobre los derechos humanos. Los derechos humanos de la mujer van más allá de la relación entre el individuo y el Estado. De hecho, los derechos humanos de la mujer a menudo chocan con otros poderes dentro de la sociedad que no son menos poderosos que las instituciones estatales. Estos poderes incluyen la cultura, las tradiciones, las costumbres, la religión y el patriarcado, que institucionalizan la inferioridad de la condición de la mujer en la sociedad.⁶

Este análisis hace particularmente difícil para los grupos de derechos humanos, cuyos mandatos se enfocan alrededor de los temas tradicionales de derechos humanos, tratar adecuadamente los asuntos relativos a los derechos humanos de la mujer. Como resultado de ello, Amnistía Internacional considera la violación tan sólo como un método de tortura en las prisiones.⁷ Los monitores de Human Rights Watch informan acerca de la violencia doméstica concentrándose en el desempeño de la policía. Este enfoque, sin embargo, es insuficiente para enfrentar la discriminación institucionalizada de género.

Naturaleza de la responsabilidad del Estado: deberes negativos o positivos

Otro problema conceptual que enfrenta el tratamiento adecuado de las violaciones a los derechos humanos de la mujer, es el debate de si los derechos humanos imponen obligaciones negativas o positivas al Estado. Algunos académicos argumentan que las obligaciones del Estado con relación a los derechos humanos son negativas pues exigen que el Estado no interfiera con los derechos y libertades individuales. Por ejemplo, los Estados están obligados a no interferir con la libre expresión y el libre movimiento de las personas.

Este enfoque restrictivo en cuanto a la naturaleza de las obligaciones por parte del Estado excluye de la categoría de derechos humanos las denuncias tales como carencia de techo, cuidado de la salud, alimentación y otros derechos económicos, sociales y culturales que imponen deberes positivos. Estos derechos, sin embargo, son esenciales para los derechos humanos de la mujer.

El CEDAW impone a los Estados partes deberes positivos significativos, desde el punto de vista económico, cultural y social. El Artículo 5 exige a los Estados

tomar todas las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

Este deber positivo social y cultural impuesto a los Estados, es esencial para eliminar la discriminación histórica contra la mujer. De hecho, la protección cultural institucionalizada de la discriminación con base en el género, claramente demostrada en asuntos tales como la mutilación genital⁹ y la negación de los derechos de propiedad,¹⁰ debe ser cuestionada. El papel del Estado es crucial para modificar las prácticas culturales inconvenientes, puesto que le compete promover conceptos que sean favorables a la mujer y aprobar una legislación que prohíba prácticas discriminatorias.

Restringir el discurso de los derechos humanos a las obligaciones negativas de los Estados, por lo tanto, tiene implicaciones prácticas significativas. Los grupos de derechos humanos enfocan sus programas hacia temas que surgen de estos deberes negativos. En consecuencia, al diseñar actividades sobre derechos humanos, los derechos civiles y políticos tienen preponderancia sobre los derechos económicos, culturales y sociales. Por ende, un significativo segmento de las preocupaciones de la mujer es automáticamente excluido del alcance de las actividades de derechos humanos.¹¹

Desarrollo del enfoque de la Comisión Internacional de Juristas

La Comisión Internacional de Juristas (CIJ) es consciente de las dificultades inherentes a los movimientos tradicionales de derechos humanos en asuntos que se relacionan con la totalidad de los derechos humanos de la mujer. Actualmente, la CIJ está desarrollando este enfoque con el fin de tener un papel más activo y efectivo al responder a las inquietudes en cuanto a los derechos humanos de la mujer.

Perfil organizativo

La CIJ fue fundada en 1952. Su mandato ha sido definido en términos amplios: promover el Estado de Derecho y la protección legal de los derechos humanos. La sede principal de la CIJ está en Ginebra y cuenta con 75 secciones y organizaciones afiliadas en todo el mundo.

Desde su creación, la CIJ se ha ocupado de la elaboración de principios legales que conduzcan a la justicia social. Durante los años 50 y 60 examinó principios de derecho penal, civil, administrativo e internacional, con el fin de lograr la protección legal de los derechos humanos. Conceptos tales como la independencia de la rama judicial y de la profesión de abogado; los Estados de emergencia, y el papel de los abogados para cambiar el mundo, han figurado entre sus preocupaciones claves.

La CIJ opera en tres niveles: internacional, regional y local. Entre sus muchos logros está la elaboración de instrumentos tales como la Convención Europea contra la Tortura, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, los Principios Básicos de la Independencia del Sector Judicial y los Principios Básicos del Papel de los Abogados.

Al desarrollar su labor, la CIJ ha adelantado estudios y misiones de recolección de datos acerca de supuestas violaciones a los derechos humanos¹⁰ con el fin de asesorar a la administración de justicia en varias partes del mundo.¹¹ También envía observadores a los juicios, organiza reuniones y seminarios y presta asesoría y estimula la creación de grupos locales con el fin de que desempeñen labores similares.

Manejo de las preocupaciones del Tercer Mundo.

La flexibilidad del mandato de la CIJ ha permitido a la organización desarrollar sus enfoques a través de los años. Durante más de dos décadas desde su creación, la CIJ, al igual que otros grupos occidentales, enfocó sus actividades hacia las inquietudes que despiertan los sistemas jurídicos occidentales. Pero fue tan sólo a finales de los años 70 cuando comenzó a involucrarse con la problemática de los países del sur. Un buen número de juristas del sur se unieron a la CIJ tanto a nivel de la Comisión (el más alto organismo de políticas de la CIJ) como a nivel del Secretariado.

Sorprendida por los enormes problemas de extrema pobreza y analfabetismo, y por la existencia de regímenes dictatoriales en dichos países, la CIJ exploró los conceptos a su alcance para tratar de responder a las necesidades de los pobres desposeídos. Organizó seminarios y reuniones acerca del tema del derecho al desarrollo, distinguiendo claramente este tema del crecimiento económico promovido por el Banco Mundial y otras instituciones financieras internacionales.

Una idea básica se convirtió en obvia luego de las actividades mencionadas anteriormente: los servicios legales en las áreas rurales debían mejorar para que el derecho estuviese al alcance del público en general. En consecuencia, la CIJ capacitó personal paralegal con el fin de que sirviera de enlace entre la gente y los abogados. Programas alrededor de este tema se desarrollaron en Asia, África y América Latina.

De las actividades anteriormente mencionadas surgió como corolario obvio que la mujer constituye el sector menos privilegiado de la sociedad. Por lo tanto, la CIJ inició programas de servicios legales dirigidos a grupos de mujeres. La fuerza rectora

detrás de estas actividades fue más la inquietud sobre el derecho al desarrollo que los derechos mismos de la mujer. La CIJ estimó que si la mujer no puede gozar del derecho a organizarse y a formular su propia problemática, el derecho al desarrollo degeneraría en un cliché carente de significado.

A medida que se ponían en marcha más programas de este tipo, más se desarrolló el enfoque de la CIJ hacia los derechos de la mujer. La organización incluyó dentro de su perspectiva la convicción de que la mujer educada y consciente de sus derechos básicos está más capacitada para reafirmarse a sí misma y para buscar ayuda si sus derechos son violados, tal como se demostrará a continuación.

Desarrollo del enfoque de los derechos de la mujer

Las actividades mencionadas lograron que la CIJ confrontara la realidad cotidiana de la mujer en todo el mundo: la inferioridad de la condición de la mujer a nivel universal, las leyes que tratan a la mujer en forma distinta al hombre y la ignorancia de la mujer acerca de sus derechos protegidos legalmente. Para enfrentar los problemas que logró identificar, la CIJ ha emprendido las siguientes actividades:

(a) La mujer en el proceso de toma de decisiones

La CIJ ha llegado a la conclusión que si los problemas de la mujer han de ser puestos a consideración de los movimientos de la corriente principal de derechos humanos, la mujer debe hacer parte del proceso de toma de decisiones en las estructuras de derechos humanos. Partiendo de la reforma a su propia institución, la CIJ reconoció que, a pesar de la conciencia organizativa cada vez mayor acerca de las necesidades y de las realidades de la mujer, la CIJ misma continuaba dominada por hombres. Para remediar esta situación, se ha hecho un esfuerzo especial para nombrar mujeres en la Comisión de la CIJ, así como dentro de la nómina de profesionales. En el momento actual dos de los cuatro vicepresidentes de la CIJ y dos de los cuatro funcionarios jurídicos son mujeres.

La CIJ considera que dicha regla igualitaria debía reflejarse en todos los organismos de derechos humanos a nivel internacional y regional. Por lo tanto, la CIJ ha asumido el liderazgo para presionar el nombramiento de mujeres en la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. También ha presentado esta misma preocupación ante la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y ha influido no sólo para que se nombre una relatora especial sobre discriminación contra la mujer, sino también para que se nombren mujeres como relatoras temáticas y relatoras de los distintos países.

(b) Promoción de los derechos legales de la mujer

A partir de su propia experiencia en promoción de los derechos económicos y sociales, la CIJ ha adoptado el tema del "empoderamiento" al enfrentar las preocupaciones de la mujer. El programa de la CIJ en esta área está principalmente dedicado a diseñar programas de capacitación acerca de los derechos legales de la mujer. Esta metodología trata de desmitificar el derecho y de capacitar a la mujer para enfrentar la violación de sus derechos.

En varias partes del mundo y con el patrocinio de la CIJ, se han organizado seminarios de capacitación para la mujer en temas paralegales.¹² Se espera que aquellas mujeres que hayan recibido el entrenamiento estén capacitadas para entrenar a otras. Los objetivos de estos seminarios han sido identificados así:

1. explorar la situación legal de la mujer en distintas sociedades y capacitar a las personas que trabajan con organizaciones femeninas acerca de cómo enfrentar esta problemática;
2. crear conciencia acerca de los diferentes organismos de las Naciones Unidas que tienen que ver con temas de la mujer y debatir la forma de utilizar estos foros
3. introducir y revisar los métodos de capacitación paralegal utilizados por las diversas organizaciones femeninas.

Además, la CIJ promueve el monitoreo nacional de estas actividades. Por ejemplo, en el curso de un seminario nacional sobre capacitación paralegal para las organizaciones femeninas indias, se analizó el lanzamiento de una campaña para la ratificación de la CEDAW en India y el desarrollo de un manual sobre entrenamiento paralegal para la mujer.¹⁷

La CIJ también estimula la formación de unidades institucionales, como por ejemplo la creación de unidades de ayuda legal y programas de entrenamiento paralegal. Varios programas de este tipo se han desarrollado en un cierto número de países. Éstos incluyen la fundación de organizaciones tales como el Centro de Recursos y Desarrollo para la Investigación Legal en Nigeria, que se centra en la capacitación de mujeres paralegales. En Cotonou, Benin, una organización paralegal, la Asociación para el Desarrollo de las Iniciativas Pueblerinas (*Association pour le Développement des Initiatives Villageoises -ASSODIV-*, apoyada por la CIJ, se anotó un punto significativo al cuestionar legalmente los matrimonios juveniles forzados. Otras actividades adicionales de la CIJ, dirigidas a apoyar los procesos de desmitificación de las leyes, incluyen la asesoría de la CIJ para traducir a idiomas locales aquellas leyes que marcan un progreso para la condición de la mujer.

Más aún, al dirigir otros seminarios de capacitación independientemente de su temática, la CIJ pretende lograr un equilibrio de género entre los participantes. También propicia la discusión de asuntos importantes relativos a los derechos de la mujer. Este fue el caso, por ejemplo, del Tercer Taller CIJ de la participación de las ONG en la labor de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que se llevó a cabo en octubre de 1992 en Banjul, Gambia. Uno de los tres días de duración del taller, estuvo enteramente dedicado a los derechos de la mujer según la Carta Africana. La CIJ también hace un esfuerzo especial para incluir a las mujeres entre sus recursos humanos y entre los conferencistas de estas reuniones.

Perspectivas para el futuro

De lo anterior se desprende claramente que hay cuatro elementos que le dan a la CIJ el potencial para desarrollar un enfoque sobre los derechos humanos que responda en forma más adecuada a las preocupaciones de la mujer. Estos son:

1. la flexibilidad de su mandato (la promoción del Estado de derecho y la protección legal de los derechos humanos) así como su intención de adaptar este mandato a las necesidades de quienes constituyen el objeto de sus actividades;
2. su enfoque no solamente en los derechos políticos y civiles sino también en los derechos económicos, sociales y culturales;
3. sus métodos de operación que no están confinados a la investigación, el monitoreo y la información, sino que incluyen la capacitación y construcción institucional; y
4. la riqueza del material acumulado a través de los años al tratar con los sectores más deprimidos de la sociedad.

Hasta hoy, la CIJ ha construido su enfoque en cuanto a los derechos humanos de la mujer alrededor del tema del "empoderamiento". Algunos logros se han hecho en este campo, especialmente en África y Asia. Pero es necesario emprender esfuerzos similares en América Latina, Europa y el Medio Oriente, tomando en consideración las necesidades específicas de la mujer en dichas sociedades.

Si bien es cierto que la capacitación debe seguir siendo una de las actividades claves para despertar la conciencia acerca de los derechos humanos de la mujer, la CIJ tiene la posibilidad de comprometerse en un buen número de actividades diferentes. Por ejemplo, la CIJ podría ser más vigorosa en la elaboración de conceptos legales importantes sobre los derechos humanos de la mujer. Una sugerencia es, por ejemplo, organizar una serie de talleres y seminarios para examinar la relación entre los derechos humanos, la cultura y la responsabilidad del Estado, con énfasis especial en los asuntos de la mujer. Otro esfuerzo que valdría la pena es el de desarrollar programas que identifiquen, de una forma práctica y específica, los términos de los deberes positivos del Estado en relación con los derechos de la mujer y el lanzamiento de una campaña para lograr la aceptación de estas obligaciones.

Es necesario que en sus seminarios sobre la independencia del poder judicial y de la profesión de abogado, la CIJ y su Centro para la Independencia de los Jueces y los Abogados, incluyan sistemáticamente los asuntos relacionados con la igualdad de género, como esenciales para la promoción de la justicia en los procesos judiciales. La CIJ debe también incluir en forma sistemática al CEDAW en sus programas de entrenamiento sobre la implementación local de las normas de derechos humanos.

Más aún, al igual que otras organizaciones tradicionales de derechos humanos, la CIJ debe integrar los temas de derechos humanos de la mujer y localizar los hechos e informar acerca de sus esfuerzos. La CIJ aún continúa restringiendo los derechos humanos al monitorear tan sólo las violaciones cometidas por el Estado. Los abusos que se desprenden de las prácticas culturales aún no han sido considerados. La CIJ debe explorar los marcos conceptuales y metodológicos para hacer el seguimiento de los abusos culturales a los derechos humanos. En forma similar, el problema de los recursos también debe ser tratado.

Además, la CIJ debe convertirse en un organismo lo suficientemente vigoroso como para emprender la revisión de la legislación local que legalice la situación de la mujer y la examine frente a las obligaciones y prácticas del Estado. Debe hacer esfuerzos adicionales para analizar la legalidad de las reservas al CEDAW y otros instrumentos relevantes de derechos humanos.

Conclusión

En conclusión, quisiera resaltar que efectivamente existen problemas conceptuales y metodológicos frente a la integración de los derechos de la mujer dentro del discurso de los derechos humanos. Sin embargo, las organizaciones con amplias perspectivas sobre el tema de los derechos humanos, como la CIJ, pueden desempeñar un papel de suma importancia al tratar estos temas. Dichas organizaciones pueden convertirse en puente entre los movimientos de derechos humanos y los movimientos de derechos de la mujer. Este esfuerzo es crucial no solamente para eliminar la injusticia histórica que se ha perpetrado contra la mujer sino también para crear sociedades más saludables y justas con base en el respeto y la integridad de todos los seres humanos, independientemente de su género.

Notas

1. Proclamado por Res. de la A.G. 2253 (XXII) del 7 de noviembre de 1967 y citado en *A Compilation of International Instruments (Recopilación de los Instrumentos Internacionales)* (Nueva York, Naciones Unidas, 1988), 108.

2. Aprobado y abierto para firma, ratificación y adhesión por Res. de la A.G. 34/180 del 18 de diciembre de 1979. Entró en vigor el 3 de septiembre de 1981. *Compilation (Recopilación)*, nota 1 en la pág. 112.

3. Ver Celina Romany, *La responsabilidad del Estado se hace privada: una crítica feminista a la distinción entre lo público y lo privado en el derecho internacional de los derechos humanos*, Capítulo 4 de este libro; y Hilary Charlesworth, *¿Qué son los derechos humanos internacionales de la mujer?*, Capítulo 3 de este libro.

4. Ver Radhika Coomaraswamy, *Bramar como una vaca: las mujeres, la etnia y el discurso de los derechos*, Capítulo 2 de este libro; y Abdullahi An-Na'im, *Responsabilidad del Estado según el derecho internacional de los derechos humanos frente al cambio de derecho religioso y consuetudinario*, Capítulo 8 de este libro.

5. Ver por ejemplo, *Amnistía Internacional, Rape and Sexual Abuse: Torture and Ill Treatment in Detention (Violación y abuso sexual: tortura y maltrato a las personas detenidas)*, (London: Amnesty International, 1991).

6. Ver por ejemplo, *Human Rights Watch, Criminal Injustice: Violence Against Women in Brazil (Injusticia criminal. Violencia contra la mujer en Brasil)* (Washington, DC: Human Rights Watch, 1991).

7. Ver Joan Fitzpatrick, *Utilización de las normas internacionales sobre derechos humanos para combatir la violencia contra la mujer*, Capítulo 26 de este libro.

8. Ver Florence Butegwa, *Cómo utilizar la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos para garantizar el acceso de la mujer a la tierra en África*, Capítulo 24 de este libro.

9. Ver Adetoun O. Ilumoka, *Derechos económicos, sociales y culturales de la mujer en África: hacia una teoría y práctica relevantes*, Capítulo 13 de este libro; y Akua Kuenyehia, *El impacto de los programas de ajuste estructural sobre los derechos humanos internacionales de la mujer: el ejemplo de Ghana*, Capítulo 21 de este libro.

10. Ver por ejemplo, Ustinia Dogopol y Snehal Paranjape, *Comfort Women: The Unfinished Ordeal* (Trabajadoras sexuales: la prueba inconclusa) (Geneva: International Commission of Jurists [Ginebra: Comisión Internacional de Juristas], 1993).

11. Ver por ejemplo, *Attacks on Justice: The Harassment and Persecution of Judges and Lawyers*, (Ataques a la justicia: el acoso y la persecución de jueces y abogados) 1989, 1990, 1992 (Geneva: International Commission of Jurists [Ginebra: Comisión Internacional de Juristas]).

12. Seminario sobre servicios legales rurales y urbanos para los pobres y la situación legal de la mujer rural: África Occidental Anglófona, organizado por la Comisión Internacional de Juristas en colaboración con FIDA y WILDAF (Ghana), 19-23 de julio de 1993, Accra, Ghana; Seminario sobre servicios legales rurales y urbanos para los pobres y la situación legal de la mujer rural - África Occidental Francófona, organizado por la Comisión Internacional de Juristas en colaboración con MBDHP y REFAD, 27-31 de julio de 1993, Ouagadougou, Burkina Faso.

13. El Seminario fue organizado por la CIJ y la Shrima Nathibi Damodar Thackersey (S.N./D.I.) Women's University Legal Aid Cell in Bombay (Célula de ayuda legal para la mujer en Bombay), 24-26 de septiembre de 1991.

PARTE IV

PERSPECTIVAS NACIONALES

CAPÍTULO 16

UNA LUZ AL FINAL DEL TÚNEL: LA JUSTICIA DE GÉNERO

Gladys Acosta Vargas

Introducción

No es posible pensar en proteger los derechos humanos de las mujeres sin transformar sustancialmente los parámetros de lo que entendemos por justicia, en el sentido de recuperación de derechos conculcados. A lo largo de la historia moderna se han construido diversas aproximaciones teóricas a la justicia. Los pensadores anarquistas enfatizaron la noción de libertad como la principal, los socialistas plantearon la igualdad como el concepto clave, los liberales combinaron definiciones restrictivas de libertad e igualdad, y desde la teoría feminista se formuló un análisis histórico mostrando las limitaciones de esos enfoques para atender las necesidades de justicia de las mujeres. En realidad esta búsqueda de justicia involucra, además de la reinterpretación de la igualdad y la libertad, una reconceptualización de la dignidad humana (Lagarde 1996).

Los avances del derecho internacional² en materia de derechos de las mujeres han revolucionado las perspectivas de los enfoques nacionales de justicia en América Latina. Los logros de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993 abrieron una dinámica agenda de trabajo para las próximas décadas en materia de una justicia de género a nivel nacional (B.3. La igualdad de condición y los derechos de la mujer). La IV Conferencia Mundial sobre la Mujer en Beijing también enfatizó sobre la necesidad de acceder a una nueva noción de justicia. El ejemplo más claro ha sido el tratamiento de la temática respecto a la "violencia contra la mujer" (D. Parágrafo 112 -128). La justicia, en su dimensión normativa, estructural y funcional, requiere de una remoción en sus cimientos para responder a las necesidades de las mujeres ante las diversas modalidades de la discriminación, la violencia y la coerción que se manifiestan en las vidas concretas. En términos normativos el más reciente avance en la región latinoamericana y caribeña ha sido la puesta en vigencia de la Convención Interamericana para la Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia contra la Mujer (Belem do Pará, 1994).

La indefensión como una expresión de la inaccesibilidad a la justicia

Es necesario diferenciar entre los elementos que provienen del sistema en general (bloqueo a los más pobres, a los menos informados, a los marginados) de aquellos que afectan a las mujeres en especial. En general, los estudios sobre cuestiones de justicia, no se refieren específicamente a los problemas planteados por las mujeres. Es frecuente que aludan a los "nuevos movimientos sociales" en general, a situaciones referidas a jóvenes y niños como problemática social, pero la indefensión de las mujeres afectadas por situaciones de violencia o discriminación, no parece ser asumida como un problema de justicia. Sin embargo, quienes se han mostrado preocupados por la "Injusticia" estructural, han desarrollado importantes instrumentos aplicables para develar ciertas dimensiones de la exclusión de género.

La *indefensión* de las mujeres, entendida como la merma de las posibilidades de defensa ante la pérdida de derechos, no puede resolverse a partir de una interpretación simplista del acceso a los mecanismos de administración de la justicia. No son sólo problemas de representación legal ni de reforma del derecho procesal, sino de la carencia de una noción de justicia que incorpore una sensibilidad ante la pérdida de derechos que se produce para las mujeres en la dinámica de la violencia en los vínculos familiares o afectivos o en las derivadas de la discriminación. Algunas de las importantes transformaciones operadas en la constitución familiar son reconocidas parcialmente. Es típico escuchar explicaciones respecto de las dinámicas violentas en el ámbito privado, haciendo notar que el varón, antiguo "jefe" formal del núcleo, ante la pérdida de su capacidad proveedora debido al estrechamiento del mercado de trabajo estable, recurra al uso de la fuerza como una reacción de desesperación. Sin embargo, no se extraen conclusiones relevantes respecto de las demandas de justicia de las mujeres en el mismo ámbito.

El análisis crítico general tiende a esconder las demandas de justicia de las mujeres. Diversas razones confluyen y una de ellas es la propia inconciencia de las interesadas. Mientras no se haya desencadenado algún proceso individual que permita ubicar la carencia o la pérdida de derechos, la inercia de lo habitualmente vivido reproduce los patrones de una justicia segmentada a la que no logran acceder quienes carecen de poder visible en la sociedad. En ese sentido, la indefensión tiene que ser detectada en la experiencia directa y constituir un elemento activo de la conciencia crítica. Otra de las razones que explican la referida tendencia del análisis general podría buscarse en las características de las personas que se ocupan de estos temas. Muchos son intelectuales formados en perspectivas teóricas y políticas que han menospreciado la transformación social de las relaciones de género, la mayoría son hombres que no han tenido en su experiencia personal ningún estímulo para incluir en su análisis el punto de vista de las mujeres. En otros casos, manifiestan explícitamente que la "parcialidad" de la causa de las mujeres colisiona con la generalidad pretendida. Ante tales argumentos, pareciera que la indefensión de las mujeres fuera producto de circunstancias individuales, lo que aleja aún más las posibilidades de reconocer el carácter estructural de la exclusión de género en la funcionalidad de la justicia.

La pérdida de legitimidad: impunidad estructural

La pérdida de legitimidad de la administración de justicia entre las mujeres que logran darse cuenta de la limitación de sus derechos y de la impunidad reinante cuando los reclaman, plantea serios problemas de frustración social que requieren una atención política de primer orden. No es sólo la administración de justicia, sino todo el sistema institucional político, el que mantiene una marginación sistemática respecto de las demandas de las mujeres a las que relega a espacios "de mujeres" con muy poca incidencia hacia el conjunto.

Es interesante observar la reacción institucional ante los avances logrados en la visibilización de la violencia doméstica. Lo ganado al formalizar acciones protectivas jurídicas, tiende a diluirse en la confrontación con los sistemas administrativos y judiciales. El mundo masculino tiene mejores posibilidades en el uso de la administración de justicia y puede accionar en los niveles informales con más eficiencia, gracias a los avales sociales y culturales que se articulan, dando lugar a un tácito "juego de aliados". El efecto de esta pérdida es doblemente negativo porque produce resultados desorientadores sobre la realidad. Pareciera que las mujeres fueran incapaces de utilizar lo que el sistema jurídico ofrece. Cuando en realidad, existe todavía un tramado de resistencia basado en una cultura machista que no admite los reclamos de las mujeres. Es necesario estudiar las reacciones de los operadores de la justicia para medir los cambios sustanciales. De lo contrario, la presión de la demanda de las mujeres permanecerá como un elemento extraño y disociador respecto de la estabilidad de la autoridad masculina dentro de la familia y al interior de los diversos espacios sociales. Muchas sentencias judiciales y, peor aún, la carencia de sentencias, expresan ese punto de vista en una flagrante tergiversación de las leyes.

El estudio realizado en Quito y Guayaquil entre 1989 y 1995 (León 1995: 65) muestra la grave situación de las mujeres frente a la justicia: de 1.548 denuncias sobre delitos sexuales en Quito, únicamente se detuvieron 280 hombres, de los cuales sólo 16 recibieron sentencias condenatorias. En la ciudad de Guayaquil, la tendencia es similar, de 1.923 denuncias por delitos sexuales, únicamente 41 recibieron sentencias condenatorias. Una de las razones que se encuentra en el análisis de las cifras, es que el ocultamiento está relacionado con el alto índice de consanguinidad directa entre víctima y agresor. Alrededor del 80% de los casos involucran a parientes cercanos. Esta realidad muestra que predomina más el "dominio de propiedad de los hombres" sobre la sexualidad de las mujeres que las normas de justicia, formalmente existentes.

La conciencia de derechos como sustrato de la justicia

Algunas experiencias muestran los avances y los nuevos retos que estamos viviendo las mujeres de la región latinoamericana. Están relacionadas con la noción individual y colectiva de la justicia y aunque tienen un inevitable tinte anecdótico, ilustran parte de la evolución de los núcleos activistas "por los derechos de la mujer" en la región latinoamericana.

La observación de casos de violencia contra la mujer, clasificados dentro del "derecho de familia" o del "derecho penal", muestra la evolución en la "conciencia de derechos" de los últimos veinte años. Ciertamente, lo expuesto tiene base en

experiencias ubicadas en el Perú; pero, para poder ampliar la panorámica quisiera tomar algunos elementos interesantes que surgieron cuando se aplicó la Encuesta Internacional sobre la Legislación relativa a la Violencia Doméstica que formó parte de los insumos preparados por la Relatora Especial sobre Violencia Contra la Mujer, Radhika Coomaraswamy para el Informe sobre Violencia Doméstica a presentar ante la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

En 1977, una mujer profesional, casada, con tres hijos menores de cinco años, decidió terminar con el vínculo conyugal porque sufrió reiteradas violencias por parte del marido. Las que sufrió desde el inicio del matrimonio no estaban siendo consideradas por ella como fundamento para su demanda; sólo cuando vio que la estabilidad de los niños estaba en peligro, decidió emprender una acción legal (demanda de separación de cuerpos por causal de sevicia). Ella pensó que contando con tres denuncias policiales, una de las cuales incluía el informe del médico legista, y los testimonios de algunos amigos mutuos que habían presenciado las dificultades conyugales, además de su propia historia, habría suficientes elementos para convencer, en primer lugar al abogado (no pudo encontrar ninguna abogada mujer que tomara su caso) y, en segundo lugar, al juez, respecto de su decisión de no continuar casada con el hombre que la maltrataba. Los incipientes grupos de mujeres en el Perú en aquellos años, aunque mostraban solidaridad ante este tipo de casos, todavía no habían desarrollado estrategias legales al respecto y los grupos de derechos humanos no reconocían tales temáticas como relevantes.

En ese tiempo, cada mujer se enfrentaba sola o con sus propias redes familiares o de amistades a una sólida estructura estatal, encargada de "hacer" justicia. La mujer del caso mencionado no pudo divorciarse en ese momento porque el abogado la convenció de abandonar el proceso después de la declaración de uno de los testigos (amigo de ambos) que se refirió a las desaveniencias de la pareja como asuntos sin mayor importancia que todos los matrimonios enfrentaban y que no debían ser exagerados. Ella sólo logró obtener el divorcio trece años después, cuando el marido expresó la voluntad de hacerlo. En 1996, los resultados hubieran sido muy diferentes.

El divorcio por causal, en este caso por "sevicia", aparecía entonces como algo indecoroso para una "familia conocida" y es que, en realidad, las reglas del divorcio por causal parecen estar hechas para hacer sufrir a las personas involucradas. Por eso la doctrina del derecho se refiere a aquellas como "divorcio-sanción", mientras que las otras modalidades (el divorcio por mutuo disenso o por causa unilateral) son denominadas "divorcio-solución", más acordes con una visión democrática del derecho. Aún no tenemos en América Latina una legislación que reconozca el divorcio por causa unilateral y donde existe la del "mutuo disenso" funcionaría mejor si hubiera mayor equilibrio en las relaciones sociales entre los hombres y las mujeres para construir acuerdos. Analizando la situación de mayoría de las mujeres, podría decirse que ellas sólo logran divorciarse cuando ellos lo aceptan, salvo que decidan ingresar a los pasadizos kafkianos de la justicia para intentar alguna de las causales.

Casi veinte años después, existe una mayor conciencia individual y social respecto del derecho de las personas a dar fin a los vínculos conyugales cuando ha desaparecido la razón que los sustentaba. El espectro de la protección de derechos se está ampliando cada vez más. Un ejemplo de esta tendencia puede encontrarse

en la protección del patrimonio de las mujeres a través de una legislación específica que impida la disposición unilateral, por la vía de los hechos, de bienes obtenidos dentro de la unión conyugal o de hecho. Similar camino se está observando respecto del derecho de tutela de los hijos menores. Hay más cuidado en los Juzgados de Menores para determinar con quién y por qué deben los hijos menores vivir con el padre o la madre. Eso no quiere decir que se haya logrado evitar las venganzas masculinas que pretenden sustraer a los hijos de la tutela de la madre, simplemente porque no pudieron imponer su punto de vista, pero existe una conciencia diferente a la que asignaba los hijos a la madre sin mayor análisis. También es perceptible el avance respecto de la noción de derechos reproductivos; la misma que está afianzándose a pesar de las dificultades legales en materia de aborto, esterilizaciones y de acceso libre a medios anticonceptivos. Sin embargo, todavía falta mucho camino por recorrer para el reconocimiento pleno de los derechos sexuales, lo que necesariamente implicaría ampliar las normas de la convivencia y otorgar reconocimiento a la voluntad de las personas que optan libremente por la homosexualidad y el lesbianismo.

Los medios de comunicación han sido importantes en este proceso evolutivo. Es cada vez menos polémico que la protección de los derechos de la mujer, en cualquiera de las ramas del derecho, está enmarcada en los derechos humanos. Y en ese sentido, es imprescindible seguir construyendo el contenido de los derechos para que su puesta en acción tenga la amplitud y coherencia necesarias.

El otro campo importante de la violencia contra la mujer, está referido al delito de violación sexual, dentro del derecho penal. Un reciente estudio de expedientes judiciales, realizado por el Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer (DEMUS) de Lima, ha permitido constatar que existe discriminación de género contra mujeres en el procesamiento y resolución de causas por violación sexual, de parte del sistema de justicia. Los problemas más notorios están relacionados con los errores incurridos por las autoridades para tipificar los hechos y por ende los delitos cometidos, de tal manera que siendo el punto de partida equivocado, no es de extrañar que las investigaciones sean distorsionadas.

Cada vez existen mejores instrumentos para detectar la discriminación dentro de la aplicación de la justicia (Siles Vallejos 1995). La misma tendencia es observable en Ecuador (León 1995) y en Argentina (Chejter 1994).

Y si se aborda el comportamiento de los agentes de justicia, como es el caso de la policía, el problema se muestra en toda su magnitud. Mantiene plena validez el estudio realizado en una zona populosa de Canto Grande (Lima) en 1984, para reconstruir la "ruta de las mujeres" que buscaban ayuda ante los maltratos sufridos en la relación de pareja, mostrando que el sistema imperante "expulsa" la demanda femenina de los circuitos de ayuda existentes y construye una serie de vínculos informales que se basan en una distribución del poder preexistente con un distorsionado vínculo al sistema legal (Vásquez y Tamayo 1989).

Desde cualquiera de los ángulos de análisis es perceptible en nuestros países la profunda inadecuación de los sistemas de justicia para la resolución de los problemas jurídicos que aquejan a la población femenina potencial o realmente. La Encuesta Internacional sobre Legislación referida a la Violencia Doméstica (Instituto Mujeres,

Ley y Desarrollo, 1995) mostró que las mujeres latinoamericanas desconfían del funcionamiento judicial y policial como espacios receptores de sus denuncias o demandas. Se calcula que menos del 10% de los casos de violencia contra la mujer son denunciados a la policía y de éstos, menos del 2% pasan al poder judicial para resolución. Sin embargo, a pesar de estos resultados, las recomendaciones de las mujeres consultadas muestran una enorme iniciativa respecto de la reforma legislativa, colaboración con los medios de comunicación, fortalecimiento de las instancias estatales dedicadas a la promoción de los derechos de las mujeres, capacitación a funcionarios de todos los niveles, cabildeo para la firma y ratificación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, entre muchas más.

Una reforma de la justicia con perspectiva de género

Hay dos movimientos interesantes que conviene relacionar para construir la noción de una justicia de género. En América Latina existe un importante movimiento cuestionador del funcionamiento del sistema jurídico³ desde donde se postula que el Estado no es el único que produce normatividad. Las nociones de "pluralismo jurídico", "derecho alternativo" y "uso alternativo del derecho" han ganado adeptos en la región⁴, porque responden a las aspiraciones de amplios sectores populares que encuentran poco eco a sus necesidades en la política estatal. Estos conceptos están inscritos en una "teoría crítica del derecho" que pretende elaborar un discurso del derecho con vocación de transformación social (Wolkmer 1994). Por otro lado, en medio de orígenes distintos, están los planteamientos enarbolados por los grupos de mujeres, inspirados en la teoría feminista, cuya práctica ha presionado a las instancias estatales con el objeto de acceder a determinados productos de la justicia para resolver problemas inmediatos que no pueden esperar una transformación del sistema judicial en su conjunto. Muchas de las experiencias jurídicas en servicios legales han estado dirigidos a atender la urgente demanda de justicia proveniente de sectores femeninos.

La tensión entre ambos puntos de vista es inevitable porque los teóricos de la crítica del derecho se han centrado más en aspectos económico-globales de la explotación desde una mirada totalizante, prestando menor atención a procesos de cuestionamiento de la opresión y subordinación presentados por los grupos de mujeres, los mismos que no siempre tienen una correspondencia directa con la explotación económica. Sin embargo, han surgido espacios de encuentro como son la temática referida a los pueblos indígenas y a los derechos de los niños, entre otros. Los logros en las Conferencias Mundiales de Derechos Humanos, Población y Desarrollo, Cumbre Social, así como la reciente IV Conferencia Mundial de Mujeres muestran bien que una mirada caleidoscópica integradora de la diversidad es capaz de construir nuevos conceptos de justicia.

Lo importante es ubicar el rol que juega el proceso de conciencia social y estatal. Los avances concretos tienen que ser analizados en el contexto global y expresar suficiente agudeza para mantener su potencialidad dinamizadora de transformación de las relaciones de género.

Enfoques de género respecto de la reforma legislativa

Las consideraciones respecto de la crisis global del sistema de justicia obligan a pensar en cómo deben ser diseñadas las estrategias de reforma legislativa. Sabemos bien que el sistema está estructuralmente limitado, pero es ineludible responder a las necesidades inmediatas teniendo conciencia de las dificultades.

Desde el punto de vista del análisis de género es fundamental visualizar cuáles son los puntos neurálgicos contenidos en las leyes reproductores de discriminación, violencia y coerción en la vida de las mujeres. Es importante un ejercicio ciudadano de crítica y de propuesta de modificaciones a las leyes existentes. Las leyes civiles sustantivas y procesales, incluyendo las referidas a la familia, deben estar enfocadas en la ampliación de la capacidad de decisión autónoma de las mujeres, en el sentido de lo especificado en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y en diseñar un tipo de intervención judicial activa que pueda articular una transición entre los elementos arcaicos aún presentes en el sistema y las nuevas exigencias planteadas por la vida social. Además de la plena asunción de la capacidad jurídica, deben revisarse entre otras, las diferenciaciones en la edad para casarse para hombres y mujeres y las limitaciones establecidas para la mujer cuando cambia de estado civil. Las reformas legislativas que pretenden aplicar una regla de la igualdad sin tomar en consideración las condiciones concretas de la vida de las mujeres, pueden empeorar la situación.²

Las regulaciones laborales son más difíciles de transformar en un sentido social y democrático porque están atenazadas entre una realidad social y económica neoliberalizante y el innegable reconocimiento de la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Esta tensión anula, en lo inmediato, las posibilidades de avance. Y en el caso de las mujeres, se ha producido una lamentable "igualación por lo bajo" porque su ingreso masivo en el mercado de trabajo, con menor capacidad de negociación, se ha sumado a los factores debilitadores de las posibilidades de defensa de los derechos laborales. Están en riesgo los derechos relacionados con la maternidad, el derecho de lactancia y la obligación de tener guarderías para los hijos menores. Aún no se ha eliminado la prohibición de trabajo nocturno para las mujeres y se mantiene un abierto debate respecto de las leyes laborales proteccionistas.

El otro campo de transformación legislativa que reviste carácter de urgencia para las mujeres es el relativo al tema penal. Los elementos más conflictivos en América Latina están relacionados con las condiciones biológicas de la vida de las mujeres, es decir, a la criminalización de la libertad para decidir sobre la reproducción.³ También se manifiesta una distorsión discriminatoria al establecer como atenuantes determinados momentos del ciclo de vida de las mujeres en la comisión de delitos. En términos de las condiciones sociales, es necesario eliminar todo el sistema exculpatorio en delitos contra la vida, basado en la concepción del "honor". La desprotección de la libertad sexual sigue siendo un grave problema para la vida de las mujeres. También se requiere descriminalizar las relaciones extramatrimoniales. El adulterio debe ser eliminado como conducta punible. Es necesario discutir en profundidad cuál debe ser el tratamiento penal a la violencia doméstica, en lugar de negar por principio la construcción de un tipo penal específico. Otros puntos neurálgicos de la legislación penal

están relacionados con el tratamiento discriminatorio otorgado a las mujeres que ejercen la prostitución al desprotegerlas mediante el requisito de "honestidad" como condición para ejercer derechos. También ameritan revisión inmediata los mecanismos de sanción al incumplimiento de la obligación alimentaria.

El papel de la autoridad judicial y de la policía

Gran parte de la dinámica del sistema jurídico reposa en la creatividad de quienes deben aplicar la justicia. Los jueces tienen que convertirse en elementos activos en la discusión judicial para poder resolver mediante la interpretación las contradicciones surgidas al interior de un sistema que está en proceso de ajuste. Eso significa alterar la pasividad de los jueces que pretenden una aplicación mecánica de la ley y exigir interpretaciones basadas en la Constitución y las normas internacionales proteccionistas. Lo más común es el surgimiento de contradicciones, sobre todo ahora que los sistemas nacionales están perdiendo autonomía por la intervención de poderes fácticos externos que cumplen un papel de regulación y arbitraje.

En términos de la justicia de género, este aspecto es sustancial, de ahí los innumerables esfuerzos desplegados por los grupos de mujeres para capacitar a los funcionarios del sistema de justicia. Esta preocupación se amplió a las fuerzas policiales por considerar que gran parte de los casos conflictivos para la vida de las mujeres no llegan a las instancias judiciales y quedan estacionados en la policía (UNIFEM, 1995).

El papel de quienes aplican la justicia es crucial en cualquier dinámica de transformación y por esa razón tienen que modificar su propia noción de justicia. Se requiere revalorar la función social que cumplen y, eso no es sólo asunto de incremento de salarios, sino de sensibilización social. Ciertamente, una de las vías de solución que se están impulsando en la región latinoamericana es la generación de espacios de resolución de conflictos fuera de la dinámica judicial. Lo real es que tales mecanismos son necesarios, pero lo que no puede dejarse de lado es el "tronco" de la producción de justicia. No se trata de crear al lado del ineficiente sistema, otro de segunda categoría para "los pobres, las mujeres y los indígenas".

Importancia de la formación y recalificación de los profesionales del Derecho

Las normas jurídicas tienen la efectividad formal conferida por el Estado, pero su puesta en marcha y su operatividad concreta dependen de la actuación de los juristas, de los abogados litigantes, de los jueces, de los trabajadores del poder judicial. Son personas concretas las que construyen la efectividad real de la normatividad y, desde el tema que nos ocupa, es fundamental cualificar ese reconocimiento. El análisis de género tiene que entrar a las Facultades de Derecho y activar una nueva manera de enfocar el funcionamiento del sistema jurídico.

Se trata de formar profesionales sensibles a las dificultades que enfrentan las mujeres en la búsqueda de justicia, tanto en el nivel normativo, como en el estructural y funcional. El vínculo entre la justicia y la democracia es fundamental. Los

estudiantes de derecho deben construir una mirada crítica de la ley, eso significa tener una noción histórica de los sistemas jurídicos y estar en capacidad de imaginar posibles reformas normativas orientadas a rectificar las discriminaciones existentes, pero además requieren aprender a interpretar los mandatos internacionales y constitucionales como referentes de la ley.

Sin embargo, la tarea es aún más profunda. Para que existan resoluciones judiciales interesantes se requieren abogados(as), mujeres y hombres litigantes, que planteen nuevos enfoques interpretativos en las causas. Las normas jurídicas que se están logrando gracias a la concertación de espacios de movimiento de mujeres con instancias estatales,² ameritan ser "descritas" e "incorporadas" al saber jurídico de quienes "construyen" el derecho para tener efectividad. La tarea de la "crítica jurídica" es una piedra angular para la evolución del derecho. Esta postura rescata la capacidad de crear normas desde la base de la sociedad para contrarrestar el poder hegemónico del derecho dominante que ignora las causas progresistas, como la de las mujeres.

Hacia una revisión de los referentes de la doctrina jurídica

Podría decirse, sin temor a exagerar, que entre las académicas y activistas del movimiento de mujeres en América Latina, existe una marcada desconfianza respecto de los contenidos y formas jurídicas puesto que las probabilidades de volver a "perder" los derechos formalmente ganados en el nivel de la legalidad, en la propia vida social, son demasiado altas. Sin embargo, la mayor dificultad percibida por quienes han elaborado posiciones críticas respecto al derecho, está en su carácter androcéntrico, es decir que la elaboración jurídica se basa en una perspectiva sesgadamente masculina y desde ese punto de partida se generaliza para el conjunto de la humanidad. Esta visión impide conocer y responder a la realidad y enmascara constantemente la opresión y explotación del género femenino al explicar todo desde la parcialidad masculina.

La doctrina jurídica está anquilosada y desactualizada. Las tajantes divisiones entre el derecho civil, penal, comercial, laboral, tributario, etc. generan una dificultad metodológica para desarrollar una mirada integral del derecho en función de intereses sociales. Los derechos de las mujeres están en todas las disciplinas cuando el sistema interactúa con la vida social, pero aún no se logra una adecuada mirada de conjunto.

Los estudios interdisciplinarios de género deben ser tomados en consideración por el Derecho. No se puede seguir argumentando con base en nociones que fueron construidas en el siglo XIX, como sucede en la gran mayoría de tratados jurídicos que sirven de base tanto a estudiantes como a profesionales del derecho, incluyendo a los propios jueces.

Conclusión

Se requiere tener una posición crítica desde una amplia perspectiva de género para poder avanzar hacia propuestas integradoras, que tomen distancia de la defensa de intereses sesgadamente masculinos y que reconozcan el derecho de mujeres y

hombres, en toda su diversidad, a formular maneras distintas de analizar la realidad y a proponer soluciones legislativas e institucionales que respondan a los problemas concretos de injusticia planteados desde la vida de las mujeres.

En realidad, lo que se busca son nuevas maneras de construir la justicia, cercanas a la cotidianidad de la vida de las personas y con diversas nociones del conflicto y su reparación. El proceso de eliminación de la subordinación femenina implica instaurar la justicia en las reglas y procedimientos del sistema jurídico y de todos los otros sistemas institucionalizados que interactúan en la vida social.⁵

La perspectiva de género, al analizar las violaciones a los derechos de las mujeres, se enfrenta al peligro de considerar a la "mujer" como categoría generalizante, sin tener el suficiente cuidado para reconocer las distintas perspectivas de las mujeres concretas, cuya identidad no sólo está determinada por las variables sexo/género, sino por otras características sociales, como la clase, la raza, la etnia o la generación, las mismas que dan lugar a diversas formas de subordinación dentro de un mismo espacio nacional y que tienen mayor relevancia cuando se pretende comparar sociedades distintas. Lo que sí debe tenerse presente es que la dinámica discriminatoria de género funciona aunque haya mayor determinación de cualquiera de los factores sociales antes mencionados.

En ese sentido, una nueva construcción de la justicia, con perspectiva de género, implica una "salida del derecho". El derecho tiene que ser alimentado desde fuera, diversas disciplinas externas, sobre todo las ciencias sociales, tienen que ayudar en el proceso de evolución. Hoy más que nunca lo social plantea retos innumerables para poner al descubierto las causas de la injusticia de género estructural.

Notas

1. Investigadora en Sociología Jurídica. Integrante del Centro De la Mujer Peruana "Flora Tristán" Coordinadora del Programa "Género y Poder" del Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA).

2. La entrada en vigencia de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, marca un hito porque propone una integración normativa de aspectos que se encontraban legislados de manera desordenada y aislada.

3. Uno de los exponentes de esta corriente es José Eduardo Fariá, quien muestra a través de un estudio sobre el Poder Judicial en Brasil que la crisis es tan profunda que cualquier esfuerzo de reforma parcial sólo logra enmascarar la crisis de identidad, eficiencia y legitimidad en que se encuentra. (Fariá 1995).

4. Oscar Correas plantea la existencia de una alternatividad del derecho que quiebra la hegemonía de la producción del derecho por parte exclusiva del Estado, como representación de los grupos dominantes (1993).

5. Por ejemplo, en el caso de la división de bienes por separación o divorcio, se plantea que el menaje doméstico sea dividido por igual entre el hombre y la mujer sin tomar en cuenta quien permanece a cargo de los hijos (Código Civil Peruano. Libro de Familia).
6. El único país que tiene una política descriminalizadora del aborto consistente es Cuba.
7. Es el caso de las normas recientes sobre la violencia intrafamiliar (Puerto Rico, Perú, Argentina, Chile y Ecuador).
8. La modificación de las normas institucionales implica reconocer que no hay una única manera de resolver las contradicciones y tensiones generadas por las demandas de las mujeres (JELIN 1993: 60). El esfuerzo sólo será exitoso si se plantea como un esfuerzo concertado, reconociendo los aportes de la comunidad feminista y de la institucionalidad que intenta impulsar procesos de desarrollo, en medio de condiciones tan desventajosas.

Bibliografía del Capítulo 16

- 1994 CHEJTER Silvia
Intervención Estatal y movimiento antiviolencia en: De Nairobi a Beijing. Diagnósticos y propuestas. ISIS Internacional. Ediciones de las Mujeres No. 21.
Santiago - Chile
- 1993 JELIN Elizabeth
Ante, de, en, y? Mujeres, Derechos Humanos
Entre Mujeres
Lima - Perú
- 1996 LAGARDE Marcela
Identidad de Género y Derechos Humanos
en: Estudios Básicos de Derechos Humanos IV
Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH)
San José - Costa Rica.
- 1995 LEON Guadalupe
Del Encubrimiento a la Impunidad. Diagnóstico sobre la violencia de género. Ecuador,
1989-1985. CEIME Ediciones
Quito - Ecuador
- 1995 SILES VALLEJOS Abraham
Con el sólo dicho de la agraviada. Es discriminatoria la justicia en procesos por violación sexual de mujeres? DEMUS, Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer
Lima - Perú
- 1995 UNIFEM, UNICEF,
Red Latinoamericana y del Caribe contra la Violencia Doméstica y Sexual
La Institución Policial y los Derechos Humanos de las Mujeres.
Quito - Ecuador
- 1995 FARIA José Eduardo
El poder judicial en Brasil: Paradojas, desafíos y alternativas. En: El Otro Derecho 20. Vol.7
No. 2. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. ILSA,
Bogotá - Colombia
- 1989 VASQUEZ Roxana y Giulia Tamayo
Violencia y Legalidad
Lima - Perú
- 1994 WOLKMER Antonio Carlos
Pluralismo Jurídico
Fundamentos de uma nova cultura no Direito
Editora Alfa-Omega
Sao-Paulo - Brasil

CAPÍTULO 17

DE LAS NECESIDADES BÁSICAS A LOS DERECHOS HUMANOS¹

Aida Facio

Hace algún tiempo que el movimiento internacional por los derechos humanos de las mujeres acuñó la frase en inglés "from basic needs to basic rights" que en español se traduciría como "de las necesidades básicas a los derechos básicos" (o fundamentales). Esta frase ha sido interpretada de distintas maneras. Una interpretación es la que dice que la frase implica un proceso o camino que debe recorrerse antes de que se puedan reconocer los derechos fundamentales de todo ser humano, y que este camino pasa por el reconocimiento de las necesidades básicas de todos los seres humanos, incluyendo por supuesto, el reconocimiento de las necesidades básicas de las mujeres.

Esta interpretación se refiere a que este proceso nos ayudaría a comprender que los derechos fundamentales son aquellos que surgen de las necesidades básicas de todas las personas, estén o no enmarcadas en términos legales. En otras palabras, este proceso implica que antes de que podamos lograr el respeto por la indivisibilidad, integralidad y universalidad de los derechos humanos, debemos comprender que más que derechos legales, los derechos humanos se refieren a necesidades humanas.

Otras/os también interpretan que se refiere a un proceso pero lo entienden como aquel por medio del cual se amplía el concepto de derechos humanos como derechos políticos y civiles a una conceptualización que incluye los derechos económicos, sociales y culturales, porque para ellos/as el concepto de "necesidades básicas" está más relacionado con estos últimos. Aunque históricamente es cierto que primero fueron reconocidos en términos jurídicos los derechos políticos y civiles como derechos fundamentales o humanos, es incorrecto pensar que los derechos políticos y civiles no responden a necesidades básicas también. Las y los seres humanos necesitamos tanto el derecho a la integridad física, a vivir libres de toda forma de tortura y discriminación o a ser tratados/as con dignidad, por ejemplo, como necesitamos comida, vivienda o salud. Igual de violatoria a la dignidad humana es la falta de igualdad como la falta de comida. Es precisamente la falta de igualdad la que tiene como consecuencia que algunos seres humanos no conciben la necesidad de comida como un derecho humano básico —porque tienen suficiente que comer— mientras una inmensa mayoría siente que el derecho a comer es el primero de los derechos humanos, porque el dolor del hambre adormece las otras necesidades humanas.

Más importante aún es entender que es precisamente la falta de igualdad entre hombres y mujeres la que mata a millones de mujeres al año: porque las mujeres no tenemos igual poder dentro de nuestras parejas, miles somos asesinadas por nuestros compañeros; porque las mujeres no somos igualmente valoradas por nuestros padres, miles somos asesinadas al nacer; porque las mujeres no tenemos el mismo poder que los hombres dentro de las estructuras políticas, médicas y religiosos, morimos de desnutrición, en abortos clandestinos o prácticas culturales como la mutilación genital y las cirugías estéticas y obstétricas innecesarias. La desigualdad entre hombres y mujeres mata. La desigualdad viola el derecho básico a la vida y por ende, el derecho a la igualdad brota de la necesidad que sentimos todas las personas de mantenernos con vida.

Todavía otras/os han dicho que entender la definición de lo que constituyen derechos fundamentales como un proceso histórico que involucra la expansión del concepto de derechos humanos a derechos básicos, es importante para la comprensión de que la humanidad debe llegar a aceptar que otras criaturas vivientes también tienen derechos básicos. Este es un concepto interesante que podría llevarnos a ampliar el concepto de derechos humanos a uno en el cual otros seres también son sujetos de derechos básicos. Así se podría entender que el bienestar del planeta y de todas las criaturas que lo habitan es fundamental para el respeto por la universalidad de lo que hoy llamamos derechos humanos. Mientras exista la noción de que unos seres —los humanos— tenemos derechos ilimitados sobre otros los animales por ejemplo, siempre habrá el peligro de que esa noción se extienda a que algunos seres humanos —los hombres, por ejemplo— tienen derechos sobre otras. Mientras exista la idea de que unos seres estamos en este planeta para beneficio de otros, siempre existirá el peligro del dominio de unos seres humanos sobre otros con la excusa de que su "diferente" color de piel, su "diferente" sexo, tamaño, conformación de ojos, etc., los hace menos humanos que aquellos que se construyen como el paradigma de lo humano y por ende se autodefinen como los sujetos por excelencia de derechos humanos.

Para mí el proceso que implica la frase "de las necesidades básicas a los derechos básicos" es aquel proceso mental y emocional que nos lleva a aprehender que si partimos de las necesidades básicas de las mujeres, definidas por las mujeres desde una perspectiva de género, podremos mejor definir qué y cuáles son los derechos humanos que necesitamos todos los seres del planeta. Esto nos llevará a una más eficiente implementación y protección de estos derechos, lo cual, por supuesto, llevará al establecimiento de verdaderas democracias y a un desarrollo humano sustentable.

Creo también que este proceso implica el cuestionamiento de las políticas de desarrollo. Después de años de trabajar el desarrollo desde una perspectiva de las necesidades puramente económicas —especialmente cuando se trabajaba el tema de mujeres en desarrollo— es tiempo de pensar el desarrollo en términos de derechos humanos. Es obvio que trabajar el tema del desarrollo desde la perspectiva de las necesidades económicas no ha transformado aquellas estructuras que impiden la participación de las mujeres en la construcción de sociedades más justas. Debido a que las mujeres todavía no somos tratadas como miembros plenas de la especie humana, el desarrollo, la paz y la igualdad no han podido lograrse. Definir y entender

el desarrollo desde una perspectiva de los derechos humanos de las mujeres, nos permitiría comprender que las mujeres no tenemos por qué ser vistas sólo como beneficiarias del desarrollo económico, sino como personas con derecho al desarrollo, lo cual implica con derecho a la "participación activa, libre y significativa de todas las personas en el proceso de adopción de decisiones".⁵ Esta forma de entender el desarrollo implica que debe ser redefinido para que incluya la eliminación de la discriminación contra las mujeres.

En realidad, la frase "de las necesidades básicas a los derechos básicos" implica todo lo anterior y mucho más. Mi propósito en este artículo es referirme a algunas de estas posibilidades en la esperanza de que genere un muy necesitado debate en torno a la cuestión del desarrollo como un derecho humano de las mujeres también, y más generalmente, que genere la aceptación de la necesidad de incorporar una perspectiva de género sensible en la teoría y práctica de los derechos humanos.

Derechos Humanos como necesidades humanas

Para saber qué son los derechos humanos, necesitamos conocer un poco de su historia o mejor, su proceso de definición. Es muy probable que aún en tiempos pre-patriarcales —es decir, lo que patriarcalmente se llama la prehistoria— las sociedades implícita o explícitamente definían los derechos y obligaciones de sus miembros/os a partir de aquellas necesidades que eran reconocidas como aceptables por quienes sustentaban el poder, fueran estas personas las autoridades religiosas, políticas o toda la comunidad. Es igualmente probable que desde el inicio de las sociedades humanas, hubo algunos/as humanos/as que lograban imponer su idea de cuáles necesidades eran aceptables y que algunos/as o muchos/as se rebelaban contra lo que era definido como las necesidades aceptables. Es también muy probable que estas imposiciones y rebeliones fueran cambiando lo que las y los humanos consideraban como los derechos inherentes a su condición. En síntesis, es muy probable que la aceptación de cuáles necesidades pasan a considerarse derechos humanos, desde el inicio de la sociedad, haya sido producto de un proceso que no necesariamente ha ido siempre en beneficio de toda la comunidad pero que siempre está ligado al poder. Y el discurso del poder, es siempre un discurso más o menos legal.

Es decir, desde tiempos muy remotos se trató de definir cuáles eran las necesidades aceptables en términos más o menos legales. Fue así como la necesidad de control y dominio sobre las esposas, los y las hijas, etc. que sintieron los hombres adultos en un determinado período de la humanidad, fue reconocida como una necesidad aceptable por quienes ejercían el poder en ese momento, convirtiéndola en un derecho legal: el derecho conocido como la patria potestad. Pero este derecho no era entendido como surgido de la necesidad de control y dominio de unos cuantos hombres sobre el resto de la comunidad, sino como surgiendo de la necesidad de protección que tenían las y los miembros más débiles de esa comunidad. Presentado así, la necesidad de unos pocos se convirtió en el "derecho" de la mayoría.

Y, aunque el concepto de derechos humanos es mucho más amplio que su componente legal, lo cierto es que este componente ha sido dominante, al menos en los tiempos patriarcales. Por ello es importante tener presente este componente al analizar y tratar de entender la naturaleza de los derechos humanos. Y,

como el componente legal del concepto que hoy día manejamos de derechos humanos es el producto de un período específico en la historia y de una región específica del mundo -el Renacimiento en la Europa occidental- es obvio que los valores que están en la base de lo que hoy consideramos como derechos humanos, son aquellos que surgen de los valores filosóficos, políticos y religiosos dominantes del Renacimiento. Esto no quiere decir que estos valores no hayan y estén en estos momentos sufriendo transformaciones gracias a diferentes fuerzas y movimientos sociales o que estos valores no existan también en otras regiones.

Los principios legales son producto de estos valores pero son mucho más amplios que las leyes y sentencias que los concretizan. Los valores legales también son producto de tensiones dentro de una sociedad o entre un grupo de sociedades y por lo tanto también están sufriendo transformaciones constantemente. Es así que aun cuando restringimos el sentido de los derechos humanos a su componente legal, no estamos hablando sólo de su efectividad o posible aplicación o implementación. Estamos tratando con valores que surgen de determinadas ideas filosóficas, políticas o religiosas y por lo tanto, no son neutrales ni naturales.

Lo que hoy día entendemos por igualdad ante la ley, libertad de pensamiento, dignidad humana o gobierno democrático, está fuertemente influenciado por las ideas y prácticas de las revoluciones estadounidense y francesa. Debido a que en el siglo XVIII en esos dos países se consideró que el principio de igualdad ante la ley tenía que ser entendido como la igualdad de los hombres ante la ley, y específicamente de los hombres de la clase media o burguesa, las necesidades de todas las mujeres y de los hombres de la clase obrera de esa época y región, no fueron tomadas en cuenta a la hora de su conceptualización.

En el siglo XIX, las necesidades de justicia social y seguridad económica fueron reconocidas en muchos países de lo que hoy llamamos el primer mundo, debido a la presión ejercida por los movimientos sociales de aquel siglo en esa región. De nuevo, aunque miles de mujeres obreras participaron en esos movimientos, sólo las necesidades de los hombres fueron registradas y convertidas en derechos de manera tal que las necesidades económicas, sociales y culturales de las mujeres no le dieron contenido a esos nuevos derechos humanos.

Al final de la Segunda Guerra Mundial, la "comunidad internacional" seleccionó y definió los principios que deberían guiar la organización del mundo basados en el respeto por los derechos humanos fundamentales establecidos en la Carta de las Naciones Unidas.² Más tarde, el 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Por primera vez en la historia escrita de la humanidad, los derechos que cada persona humana, cualquiera sean sus orígenes, puede reclamar como miembro de la sociedad humana, fueron definidos y registrados en un documento de carácter internacional.

Los principios que se establecen en la Declaración fueron llamados universales, pero no debe olvidarse que la Declaración fue proclamada por una organización de la que fueron excluidos varios países africanos y asiáticos y que además no fueron aceptados por todos los Estados miembros de la Asamblea General. Tampoco debemos olvidar que aunque el Artículo 2 de la Declaración puede ser interpretado en el sentido de que el sexo de una persona no puede ser utilizado para excluirla del goce

de cualquiera de los derechos humanos ahí establecidos, las necesidades e intereses de las mujeres como sexo oprimido o discriminado, no fueron tomados en cuenta en el momento de la formulación de esos derechos.

Es en este sentido que la Declaración ha sido criticada por feministas de todas las regiones del mundo como una Declaración que establece una visión androcéntrica de lo que deben ser los derechos humanos. Visión que por lo demás, también está demasiado influenciada por las ideas filosóficas del liberalismo individualista. La naturaleza androcéntrica de estos derechos puede verse más claramente cuando se analiza la ambigua diferenciación que hace la Declaración entre derechos humanos y derechos del ciudadano en una época en que la mayoría de las mujeres alrededor del mundo no eran consideradas ciudadanas plenas. También se la ha criticado porque esta Declaración enfatiza más los derechos políticos y civiles androcéntricamente definidos que los derechos económicos, sociales, y culturales.

Cualquiera que sea su origen histórico, lo cierto es que los derechos humanos que se encuentran registrados en la Declaración han sido posteriormente reconocidos por lo que androcéntricamente se entiende como "la comunidad Internacional", y la Declaración es considerada como un documento con una innegable autoridad política, moral y hasta legal. Por ejemplo, la Declaración es un punto de referencia explícitamente mencionado en una enorme cantidad de constituciones políticas, convenciones y tratados, incluyendo el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,⁴ así como en cantidad de resoluciones y decisiones importantes aprobadas por órganos de Naciones Unidas, como la Asamblea General y el Consejo de Seguridad.

Sin embargo, tampoco se puede negar que la naturaleza universal de los derechos humanos reconocidos en la Declaración, no es algo que ya se haya logrado, sino que su naturaleza universal debe ser vista como una conquista que debe ser constantemente renovada, especialmente por aquellos grupos de personas, como las mujeres, a quienes históricamente no se nos reconoció nuestro aporte a la hora de registrar y seleccionar los derechos humanos que ahí se plasmaron. Hoy en día, después de que 170 gobiernos presentes en la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos en Viena en junio de 1993 reafirmaron "el solemne compromiso de todos los Estados con su obligación de promover el respeto universal, y la observancia y protección de todos los derechos humanos y libertades fundamentales..."; la universalidad de los derechos humanos es todavía frágil.

Después de —y talvez debido a— los logros del movimiento internacional por los derechos humanos de las mujeres, especialmente aquellos registrados en convenciones como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, las fuerzas fundamentalistas se han aliado para darle marcha atrás al concepto de la universalidad de ciertos derechos humanos, especialmente aquellos que más necesitamos las mujeres. Esto fue patente en la IV Conferencia sobre la Mujer en Pekín, donde El Vaticano y las fuerzas fundamentalistas cristianas y musulmanas cuestionaron la universalidad, indivisibilidad e integralidad de los derechos humanos, al lograr que no se reconocieran los derechos sexuales de las mujeres como derechos humanos. Con esto lograron que el derecho a la vida de las mujeres se siga violando en el mundo entero al condenar a las mujeres a seguir muriendo por una sexualidad y maternidad impuestas. Peor aún, lograron que

la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos se supeditaran a las costumbres y tradiciones religiosas dominantes de los pueblos.

Es sabido que son precisamente muchas de esas costumbres, tradiciones y religiones las que violan los derechos humanos más fundamentales de las mujeres: es una costumbre la que dictamina que sólo las mujeres deben asumir el trabajo doméstico aunque también trabajen fuera de sus hogares. Costumbre que viola el derecho de todo ser humano al descanso. Es una tradición la que exige que las niñas y adolescentes sean mutiladas para que puedan casarse. Tradición que viola el derecho humano a la integridad física, psicológica, mental y espiritual. Es una religión la que dictamina que la educación sexual, la anticoncepción y el aborto no deben ser permitidos por el Estado. Prohibiciones que violan el derecho humano a la libertad religiosa.

Si se quiere respetar el derecho básico a la vida de las mujeres, es imperativo que la universalidad de los derechos humanos, aun de aquellos que fueron definidos de manera androcéntrica, no sea cuestionada por el movimiento internacional de mujeres en este particular momento en la historia, en la que aquellos que la están cuestionando son precisamente quienes se oponen vehementemente a los derechos humanos de las mujeres. Estas fuerzas fundamentalistas están utilizando el llamado del movimiento de las mujeres por el respeto a la diversidad cultural para debilitar la universalidad de los derechos humanos. En estos tiempos de todo tipo de globalizaciones, sin el concepto de universalidad, los derechos humanos pierden todo su sentido. El respeto por la diversidad cultural no debería ser obstáculo para el reconocimiento de los derechos fundamentales de cualquier persona, cualquiera que sea el sexo, edad, etnia, o color de piel. Del mismo modo, el respeto por la diversidad cultural no puede ser la razón por la cual se mantengan costumbres y tradiciones que violan los derechos fundamentales de personas que históricamente no han tenido el poder de seleccionar cuáles costumbres y tradiciones se van transformando y cuáles se deben mantener a toda costa.

Aquí es importante recordar con el Profesor González que las culturas "no son monolíticas, que evolucionan, y que son, en su inmensa mayoría, el resultado de la interrelación entre diferentes culturas...que dentro de las diferentes culturas existen minorías culturales que también pueden perfectamente reivindicar su derecho a la autodeterminación y a la diferencia...y que es bueno para la salud de las diferentes culturas que dentro de ellas persista un cierto espíritu crítico que permita distanciarse de las tradiciones y costumbres imperantes e incluso criticarlas. En este sentido, los derechos humanos pueden ser una buena plataforma desde la que enjuiciar críticamente y desde dentro de las diferentes culturas".⁵ Es especialmente importante para las mujeres feministas —que podríamos definirnos como una subcultura dentro de cada una de nuestras culturas— que podamos criticar las costumbres y tradiciones de la o las culturas en que estamos inmersas, desde una perspectiva de género basada en los derechos humanos y así reivindicar el derecho de las mujeres a la autodeterminación y a elegir cuáles costumbres deben ser desechadas por ser violatorias de nuestros derechos humanos y cuáles sí son compatibles con ellos.

Por esta razón entre otras, aunque las mujeres no hayamos participado plenamente en la selección, diseño y conceptualización de lo que hoy día entendemos como derechos humanos, no es necesario cuestionar su universalidad porque ésta brota del reconocimiento de que todo ser humano tiene derechos humanos por el

hecho de nacer ser humano y porque la universalidad no implica la uniformidad de todas las culturas sino más bien el derecho a participar en la construcción de la cultura a la que pertenecemos. Lo que las mujeres podemos y estamos haciendo es hacer los cuestionamientos necesarios a la forma androcéntrica tradicional de entender estos derechos. Por ejemplo, sin cuestionar que el derecho a la igualdad ante la ley sea un derecho universal, las mujeres de todas las culturas estamos cuestionando la forma en que se ha entendido este derecho en cada una de las diferentes culturas patriarcales y demostrando que no se requiere eliminar la diversidad para eliminar la desigualdad.

Por el contrario, la igualdad ante la ley sería un derecho innecesario si la diversidad no existiera. Si todos los seres humanos fueran exactos, si todos fueran blancos, heterosexuales, cristianos, sin discapacidades, adultos, etc. y todos tuvieran las mismas oportunidades económicas, bastaría con establecer una lista de derechos que estos seres humanos tendrían sin necesidad de establecer que todos los tienen por igual. Fue precisamente el reconocimiento de que hay diversidad entre todos los seres humanos el que llevó a la necesidad de establecer que todos los seres humanos tienen derecho a gozar plenamente de todos los derechos humanos sin distinción por raza, edad, sexo, religión o cualquier otra distinción.

Por otro lado, las mujeres también estamos cuestionando la lógica de dividir los derechos humanos en civiles y políticos por una parte, y económicos, sociales y culturales por otra. Las mujeres estamos estableciendo las conexiones que hay entre los derechos civiles, políticos, culturales, sociales, económicos, de paz, del medio ambiente, etc. porque desde nuestra realidad de seres humanas marginadas de las decisiones políticas, económicas, religiosas y culturales dominantes, es más fácil ver y entender estas conexiones y es más fácil ver cuán arbitrarias y androcéntricas son las divisiones. Desde la realidad de las mujeres, la indivisibilidad de los derechos humanos puede entenderse más fácilmente como uno de los pilares de su universalidad.

Las necesidades de las mujeres

La frase que utilicé como título de este artículo fue acuñada por el movimiento internacional de los derechos humanos de las mujeres, porque este movimiento en toda su diversidad ha desarrollado más conciencia sobre las distintas necesidades de todos los grupos humanos precisamente por la posición subordinada que ocupamos las mujeres en cada grupo, cultura o sector de la sociedad y porque "las necesidades" de las mujeres se nos han presentado como excusas para no darnos un trato como seres humanos plenos sino como seres más necesitadas que los hombres: las mujeres necesitamos más protección que los hombres, necesitamos políticas de desarrollo específicas, necesitamos leyes especiales, casas cuna, necesitamos salud reproductiva, más educación, ayuda económica etc. y desde hace poco, hasta se nos dice que somos las que necesitamos que se trabaje con perspectiva de género.

Lo que no se dice es que las mujeres lo que necesitamos es una reconceptualización de lo que se entiende por necesidades básicas. Lo que no se dice es que las mujeres necesitamos protección, asistencia económica, casas cuna, leyes especia-

les, etc. porque las estructuras patriarcales nos han puesto en una posición de subordinación y discriminación y es esa posición subordinada la que crea necesidades que por razones lógicas los hombres no tienen. Tampoco se dice que las mujeres somos vistas como más necesitadas porque el paradigma de lo humano es el hombre y cuando lo paradigmático es lo masculino, lo femenino es entendido como especial, diferente a..., o "lo otro". Cuando dejamos de percibir al hombre como el modelo de lo humano, es decir cuando analizamos la realidad desde una perspectiva sensible al género, podemos ver que las mujeres NO necesitamos ser protegidas POR los hombres; todo lo contrario, en muchas ocasiones, necesitamos ser protegidas DE los hombres.

Desde una perspectiva sensible al género, vemos que las mujeres no necesitamos pensiones alimenticias, casas cuna o asistencia económica, necesitamos que los hombres asuman su paternidad en forma responsable, necesitamos acceso al mercado de trabajo y a ganar salarios dignos, necesitamos tener el poder político para diseñar las reformas al Estado, el ajuste estructural y la cooperación internacional para que éstas no recaigan sobre el trabajo no remunerado de las mujeres. Las mujeres no necesitamos tener más educación patriarcal, las mujeres necesitamos que las políticas educativas no sean diseñadas a partir de la necesidad que tienen unos pocos hombres de tener una gran cantidad de mano de obra barata y obediente y una clase media "educada" en los valores del patriarca.

Si el proceso de reconocimiento de cuáles derechos pueden entenderse como derechos humanos pasa por el reconocimiento de cuáles necesidades son consideradas como necesidades socialmente aceptables, es obvio que para que los derechos humanos de las mujeres pasen a formar parte integral e indivisible de los derechos humanos universales, es imperioso que nuestras necesidades como grupo humano discriminado sean aceptables, es decir, sean reconocidas como necesidades no de un grupo minoritario o de un sector, sino como necesidades humanas.

Este reconocimiento pasa a su vez por el reconocimiento de que todas las mujeres, de la clase, raza, grupo étnico, edad, etc. que seamos, sufrimos la discriminación por pertenecer a un sexo/género que es subvalorado y explotado de distintas maneras, pero discriminado al fin. Este reconocimiento no se ha dado a nivel del imaginario colectivo. Todavía hay grandes sectores de intelectuales, de activistas y de la población en general que perciben la discriminación contra las mujeres como un mal menor que afecta a un "sector" de la población. No entienden que la construcción de lo masculino y lo femenino está en la base misma de todas las formas de discriminación. No entienden que la sobrevaloración de la masculinidad lleva a la sobrevaloración de valores tales como el individualismo, la "agresividad", la producción económica o material, etc. —valores asociados con lo masculino— a expensas de valores tales como la reproducción humana, la naturaleza, la docilidad —valores todos asociados con lo femenino—. No han entendido que una de las estrategias del patriarcado es "feminizar" cualquier grupo humano que se desea dominar. Así la naturaleza es presentada como una mujer a quien hay que explotar y dominar. Así los pueblos indígenas son presentados como dóciles, poco agresivos, poco trabajadores, con muchos/as hijos/as, etc. para tener la excusa de "civilizarlos". Así, las necesidades que sentimos todos los grupos humanos que hemos sido contruidos, y nos construimos, como "el otro" no son entendidas, ni por quienes tienen el poder ni por nosotras, como necesidades realmente humanas.

Es por ello que es tan urgente que tomemos conciencia de que toda explicación de la realidad tiene una perspectiva y que la explicación dominante tiene una perspectiva androcéntrica, es decir, una perspectiva que parte de que el hombre es el paradigma de lo humano. Desde esta perspectiva, que por ser la perspectiva dominante es percibida como objetiva, neutral y científica —y peor aún como una no perspectiva— aquellas necesidades que han sido aceptadas como necesidades básicas humanas son sólo aquellas que pueden sentir también los hombres. Por eso la necesidad de vivir libre del racismo ha sido finalmente aceptada como una necesidad humana mientras que la necesidad de vivir libre de discriminación sexual no. El racismo ha sido finalmente entendido como violatorio de los derechos humanos porque los hombres también lo padecen. Pero como ningún hombre ha sufrido discriminación sexual, esta forma de discriminación, cuando mucho, es percibida y la percibimos las mujeres también, como una violación a los derechos humanos de un "sector" de la humanidad. Peor aún, de un "sector" que es diferente a..., que es "el otro".

Es cierto que la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo en su artículo 6, párr. 1 reitera lo que ya se ha establecido en innumerables tratados y convenciones internacionales de derechos humanos, es decir, que deben respetarse los derechos humanos de todos "sin ninguna distinción por motivos de raza, sexo, idioma y religión". También es cierto que la misma establece en su artículo 8 que "...Deben adoptarse medidas eficaces para lograr que la mujer participe activamente en el proceso de desarrollo..." Pero la realidad es que la mayoría de las personas que trabajan en el campo de los derechos humanos todavía no hace las conexiones entre sexismo y violación generalizada de los derechos humanos porque no ha interiorizado que los derechos humanos son indivisibles. Hasta que las necesidades de las mujeres no sean entendidas como necesidades aceptables y traducidas a derechos humanos, las violaciones más comunes a los derechos humanos de hombres y mujeres de todas las clases, edades, religiones, colores de piel, etc. seguirán a la orden del día. Mientras no se entienda la conexión entre la violencia doméstica y la tortura, por ejemplo, seguirán creciendo niños que de adultos pueden torturar a sus semejantes porque pueden percibirlos como "lo otro", diferentes a..., o porque seguirán entendiendo que ciertos actos que deshumanizan —por ejemplo la violencia doméstica— no son tortura. Si un acto tan degradante y deshumanizante como la violencia doméstica no es percibido como tortura, seguirá existiendo el peligro que otros actos también se exceptúen de la prohibición de torturar.

La mentalidad sexista que percibe a las mujeres como seres con funciones al servicio de los hombres (cuidarles sus hijos, cuidarles sus casas, cuidarles sus egos, cuidarles sus sindicatos, sus movimientos, sus documentos, etc.) justificándolas en razones biológicas y religiosas o por respeto a "su cultura", es la misma mentalidad que percibe a unos seres humanos como diferentes a... el modelo o paradigma de ser humano. Es esa mentalidad la que lleva al genocidio, a la guerra, a la conquista y a la destrucción de lo diferente. La imposibilidad de o negación a ver los eslabones que conectan al sexismo con todas las otras formas de opresión y discriminación es peligrosa.

Entender las necesidades de las mujeres como las necesidades de las mujeres de todos los grupos humanos y no las de un "sector" de la población, es entender que cuando las mujeres hablamos de eliminar el sexismo, estamos hablando de eliminar

todas las formas de opresión y discriminación porque las mujeres, vistas como pertenecientes a todas las culturas, edades, y condiciones humanas, las padecemos todas. Éstas son las conexiones que se están haciendo desde el movimiento internacional por los derechos humanos de las mujeres.

Encontrando los eslabones y haciendo las conexiones

A nivel comunal, nacional y hasta regional, muchas son las mujeres de las regiones más pobres del mundo que han hecho la conexión entre el desarrollo y los derechos de las mujeres y entre éstos y los derechos humanos. Fueron las exigencias y argumentaciones del movimiento de mujeres del llamado tercer mundo las que hicieron que la cooperación internacional entendiera que sin la participación a todos los niveles de las mujeres no podría haber desarrollo en ninguna parte del mundo y que la participación a todos los niveles pasaba necesariamente por el reconocimiento e implementación de la igualdad de derechos entre hombres y mujeres.

A nivel internacional, la historia es un poco diferente. A este nivel, Margaret Schuler, una mujer estadounidense, es conocida como una de las primeras activistas en hacer la conexión entre la problemática del desarrollo y los derechos de las mujeres desde principios de los ochenta. Más tarde, Charlotte Bunch, otra estadounidense, es famosa por haber hecho la conexión entre los derechos de las mujeres y los derechos humanos cuando el centro que ella dirige coordinó la Campaña Mundial por los derechos de las mujeres como derechos humanos. Pero, aunque Schuler y Bunch son más conocidas a nivel mundial, fuimos muchas las mujeres que hicimos estas conexiones antes y después de ellas. Sin embargo, nuestras ideas y prácticas no son conocidas a nivel mundial porque como generalmente sucede, las ideas y conceptos que se originan en las regiones subdesarrolladas no son difundidos ni publicados, al menos no en inglés, y por ello no son conocidos en el ámbito internacional en el cual el inglés es el idioma dominante. Tampoco son conocidos porque en el ámbito internacional se presupone que las ideas originales y los conceptos teóricos sólo pueden ser producidos por los "desarrollados" con algunas excepciones. De esta manera se ha creado la práctica de que los trabajos teóricos o conceptuales los escriben las desarrolladas y los estudios de casos los realizan las mujeres del tercer mundo.

La razón por la que menciono a estas dos mujeres, no es para cuestionar su bien merecido liderazgo o su claridad conceptual que admiro y comparto decididamente, sino para refutar la idea, sostenida por muchos activistas de derechos humanos, por funcionarios/as de agencias de cooperación, por mujeres "de color" que viven en los países llamados desarrollados,⁷ y hasta por muchas mujeres del llamado Tercer Mundo, que la conexión entre derechos de las mujeres y desarrollo y la de derechos de las mujeres y derechos humanos, es una construcción ajena a nuestra realidad. Creer esto no sólo ayuda a mantener la noción de que las ideas originales sólo pueden provenir del "norte", sino que insultan o hacen invisibles a las mujeres de regiones subdesarrolladas, que por años hemos estado creando y practicando estos nuevos conceptos.

Si bien es cierto que Schuler y Bunch son más conocidas que las miles de mujeres que también trabajamos estos conceptos y si bien es cierto que ellas son líderes a nivel internacional, la razón por la cual los derechos de las mujeres son cada vez

más enlazados con los derechos humanos es porque esto llena la necesidad de las mujeres de entendernos —y de ser entendidas por los hombres— como miembros plenas de la especie humana. El concepto de derechos humanos es definitivamente uno que promueve la idea de que todas las personas son igualmente humanas y ésta es una idea que gusta a la mayoría de las mujeres.

En nuestras sociedades patriarcales orientadas hacia el mercado, las personas son valoradas por sus posesiones y éxitos en la llamada esfera pública. Es un hecho demostrado que los hombres tienen más posesiones y se les permiten más éxitos que a las mujeres de su misma clase, edad, etnia, etc. Esto hace que las cualidades asociadas con los hombres sean sobrevaloradas, lo que favorece la elección de hombres en puestos de decisión así como su nivel económico relativamente ventajoso. Esto a su vez hace que los hombres sean sobrevalorados como miembros de la sociedad aunque no lo sean individualmente, creándose un círculo vicioso en el cual para ser valorado como ser social hay que tener posesiones al tiempo que para obtener posesiones hay que ser valorado. Es obvio que este círculo vicioso discrimina más a las mujeres porque para ser valoradas tenemos que tener posesiones —y las mujeres tenemos mucho menos— al tiempo que para llegar a tener posesiones primero hay que ser valoradas —y las mujeres lo somos menos—.

Pero aun en este tipo de sociedad, al menos teóricamente, los derechos humanos se consideran como pertenecientes a todo ser humano sin distinción del valor que cada cultura le otorgue a cada persona individual. Es también un hecho demostrado que en casi todas las culturales las personas pertenecientes al sexo femenino, de la edad, raza, etnia o clase que seamos, somos menos valoradas que las pertenecientes al sexo masculino. Sin embargo, aun en estas sociedades infravalorantes de las mujeres y de todo lo femenino, nuestra humanidad no es explícitamente negada, al menos no en teoría aunque en la práctica las mujeres seamos tratadas como seres infrahumanas.

Esta es una buena razón por la cual el marco de referencia de los derechos humanos puede ser muy eficiente en la construcción de un desarrollo sustentable, así como en la construcción de sociedades más humanas. Porque tomar los derechos humanos como marco de referencia o como partida, implica partir de que toda persona, por el sólo hecho de pertenecer a la especie humana, tiene derechos inherentes a su condición de humana. Así, como las mujeres somos seres humanos aunque no seamos valoradas individualmente o como grupo, si se nos reconoce que poseemos derechos humanos, al menos los reconocidos androcéntricamente. Si como los derechos humanos implícitamente conllevan la idea de la dignidad individual el reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres tarde o temprano producirá la valoración de las personas pertenecientes al sexo femenino como personas igualmente dignas que los hombres.

Por supuesto, esto es sólo a nivel teórico. Para llegar al reconocimiento práctico y cotidiano de las mujeres como igualmente humanas, tendremos que empezar a entender y reconocer las necesidades básicas de las mujeres como necesidades aceptables socialmente y que por ende deben ser satisfechas. El problema es que para que las necesidades de las mujeres sean socialmente aceptables, deben entenderse como necesidades humanas. Mientras las mujeres seamos entendidas y nos entendamos como "un sector" o como "las diferentes a ...", o mientras sigamos

entendiendo nuestras necesidades como específicas y las de los hombres como universales, no lograremos que nuestras necesidades sean satisfechas.

Una de las maneras de superar el que se nos entienda y nos entendamos como un sector es vernos desde una perspectiva de género. Esta perspectiva nos lleva a entender que así como no existe el hombre paradigmático de lo humano, tampoco existe la mujer paradigmática. Todas las mujeres somos igualmente humanas y tomadas en conjunto pero con toda nuestra diversidad, nos lleva a entendernos no como un sector con intereses y necesidades similares, sino como un conjunto diverso con intereses y necesidades a veces hasta contrapuestos pero con una experiencia común de haber sido discriminadas, violentadas y subvaloradas por siglos por el hecho de ser mujeres.

Sin embargo, a pesar de toda nuestra diversidad, las mujeres, precisamente por estar todas en una posición de subordinación con respecto a los hombres de nuestra misma cultura, raza, etnia, edad, discapacidad, religión, etc. podemos más fácilmente entender la conexión entre todas las formas de discriminación y explotación. Para las mujeres es más fácil ver que es la misma mentalidad la que justifica el racismo que la que justifica el sexismo, por ejemplo, porque muchas vivimos estas dos formas de discriminación en nuestros propios cuerpos. Es más, la mayoría de las mujeres vivimos múltiples discriminaciones en nuestros cuerpos.

Por eso el proceso implícito en el concepto que sirve de título a este artículo es un proceso que implica el descubrimiento de los eslabones que han ido conectando primero, las necesidades "prácticas" de las mujeres al desarrollo, luego los derechos de las mujeres al concepto de desarrollo, después los derechos de las mujeres a los derechos humanos y posteriormente las necesidades básicas a los derechos humanos que a su vez lleva a la ampliación de cuáles son las necesidades básicas que deben ser aceptadas como necesidades humanas.

Estas conexiones nos están llevando al reconocimiento de que no puede haber desarrollo humano sustentable si no se elimina el sexismo en la teoría y práctica de la administración de justicia. Porque, si la administración de justicia es sexista, las violaciones a los derechos humanos de las mujeres seguirán impunes con lo que se viola no sólo su derecho humano a la igualdad ante la ley, sino también su derecho al desarrollo porque éste implica una administración de justicia imparcial. Esto quiere decir que las violaciones a los derechos humanos de las mujeres no pueden continuar siendo impunes también desde la perspectiva del derecho al desarrollo. Esto a su vez implica hacer las conexiones teóricas entre el desarrollo y una administración de justicia no sexista y entre el desarrollo humano sustentable y los derechos de las mujeres.

Desde mi condición de jurista me atrevería a decir que el concepto de mujeres en desarrollo (MED) no logró hacer la conexión entre las necesidades prácticas de las mujeres y el desarrollo humano sustentable precisamente porque este concepto de MED no pasa por el reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres. Mi impresión es que aunque este concepto sirvió como marco de referencia o punto de partida para explorar y reconocer los llamados intereses prácticos de las mujeres,³ no cuestionó la desigualdad entre hombres y mujeres porque no hizo un análisis de género del desarrollo. Peor aún, las necesidades básicas de las mujeres fueron entendidas desde una perspectiva androcéntrica como incluyendo sólo aquellas que sur-

gen de los intereses prácticos de las mujeres tales como vivienda, agua, comida, salud reproductiva, etc. Las necesidades básicas de las mujeres en este marco de referencia no incluían sus llamados intereses estratégicos, tales como la liberación de la violencia doméstica y sexual, la integridad física, y por supuesto, menos aún, los derechos sexuales o de participación política. Esta concepción restringida de las necesidades básicas de las mujeres fue paradigmática en lo que fue MED y sigue teniendo una fuerte influencia en la cooperación para el desarrollo así como en la planificación nacional en los países subdesarrollados.

Pero, como cualquier paradigma, este también está sufriendo una lenta transformación. En 1985, el paradigma dominante para la discusión y acción en torno a la problemática de las mujeres en el desarrollo todavía era el paradigma MED. Sin embargo, un grupo pequeño de activistas por los derechos de las mujeres trabajó en torno a la III Conferencia Mundial sobre la Mujer en Nairobi con la intención de explorar las conexiones entre el desarrollo y los derechos de las mujeres. En este contexto es interesante recordar que los ejes temáticos en las Conferencias de 1975 en México y en 1980 en Copenhague fueron respectivamente, "Desarrollo" y "Paz". En Nairobi, el tema tuvo que ser el de "Igualdad" que fue el tema que quedaba de los tres principios que habían sido escogidos para la Década de Naciones Unidas para la Mujer: "Igualdad, Desarrollo y Paz". El tener el tema de la "igualdad" como eje temático en Nairobi facilitó la introducción del tema del desarrollo desde la perspectiva de los derechos de las mujeres. Tímidamente, las mujeres empezamos a discutir qué alcances debería tener la "igualdad ante la ley" y qué significado podría tener para las mujeres esta igualdad. Nunca entendimos que la igualdad significaba que las mujeres teníamos que ser tratadas como hombres sino que la igualdad implica que tenemos que ser tratadas de manera tal que cualquier trato, sea igual o distinto al que se les da a los hombres, no resulte en nuestra discriminación.

Es más, fue en Nairobi cuando por primera vez se hizo la conexión entre la violencia contra las mujeres y el desarrollo. Más y más, las mujeres empezamos a demandarles a los gobiernos que hicieran algo para frenar esta violencia. Más y más las mujeres empezamos a entender nuestra necesidad de vivir libres de esta forma de violencia como un derecho legal. Más tarde, en 1991, Roxana Carrillo, una feminista peruana, hizo la conexión entre violencia de género y desarrollo al publicar su investigación "Violencia contra las mujeres: un obstáculo para el desarrollo",⁴ en la que muestra los costos sociales y económicos para la sociedad de la violencia contra las mujeres. Ya para el año de 1993, durante la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos en Viena, los derechos de las mujeres como derechos humanos era un concepto aceptado por una gran cantidad de mujeres del movimiento. Es más, la campaña mundial que exigía el reconocimiento por parte de la Conferencia de que los derechos de las mujeres son derechos humanos no sólo logró recolectar alrededor de 700.000 firmas, sino que logró su cometido cuando la Conferencia declaró que "los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales".⁵

Algunos/as han criticado esta conexión entre los derechos de las mujeres y los derechos humanos en el sentido de que al enfatizar la necesidad de vivir libre de violencia doméstica y sexual se está dando prioridad a los derechos civiles y políticos sobre los derechos económicos, sociales y culturales. Yo no comparto esta crítica

porque si bien es cierto que la Declaración de Viena y su Programa para la Acción, hacen muy poco para realmente promover los derechos económicos, sociales y culturales, esto no se debe a que el movimiento de mujeres no les diera importancia. Especialmente porque ya se había demostrado la conexión entre la violencia contra las mujeres y la violación a sus derechos económicos, sociales y culturales.

El mayor reconocimiento que tienen los derechos políticos y civiles en su versión limitada a derechos frente al Estado, se debe a que históricamente, éstos siempre han sido reconocidos como LOS derechos fundamentales mientras que los económicos, sociales y culturales son entendidos por muchos como derechos programáticos que sólo pueden ser exigidos al Estado cuando éste tenga los medios suficientes para poder otorgarlos.

Es más, el documento que produjo el "caucus" de mujeres en la Conferencia de Viena, en varios párrafos hace un llamado al fortalecimiento de la indivisibilidad e igual importancia de todos los derechos humanos. También urge a la Conferencia a que reconozca que la democracia, la paz y los derechos humanos son incompatibles con la pobreza y la explotación. Específicamente establece que la explotación laboral de las mujeres es una de las formas de violencia de género. Este documento hace un llamado a la Conferencia para que considere:

"Implementar medidas para la eliminación de las políticas de ajuste estructural que violan los derechos económicos, sociales y culturales en general y que tienen un impacto particularmente severo y discriminatorio en las mujeres.

"Medidas para lograr el desarrollo sustentable en todos los países y la inclusión de mujeres de todos los sectores en el proceso de desarrollo.

"El establecimiento de procedimientos para implementar los derechos socioeconómicos, tales como un protocolo opcional que permita demandas individuales al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y que asegure la responsabilidad del Estado en el establecimiento de medidas afirmativas para garantizar estos derechos."

Éstas son sólo algunas de las cuestiones relacionadas con los derechos socioeconómicos y culturales que planteó el movimiento de mujeres alrededor de la Conferencia de Viena. Por eso considero que no es correcto decir que el movimiento se concentró demasiado en los derechos civiles y políticos. Menos aún cuando el movimiento no concibe los derechos políticos y civiles como aislados de la realidad cotidiana de las personas, pues en múltiples paneles y documentos escritos por las mujeres se puede ver su preocupación porque éstos no se entiendan como divisibles de los otros derechos humanos. Es más, precisamente porque las mujeres somos las más pobres de los pobres, la preocupación por los derechos económicos es algo que brota de nuestra propia realidad. Es importante recordar que este documento fue producido por mujeres del norte y del sur, tanto de países pobres como ricos, de manera que aun las mujeres de las regiones más ricas del mundo se allaron con las más pobres para exigir la indivisibilidad de todos los derechos humanos. Si la Conferencia no quiso oír nuestros planteamientos, no fue porque no hicéramos las conexiones, sino porque los intereses de los económicamente poderosos y los intereses de quienes se resisten a la eliminación de los privilegios basados en el sexo también hicieron sus conexiones: la eliminación del sexismo pasa por una distribución de la riqueza más equitativa. Desafortunadamente hay quienes prefieren seguir siendo explotados económicamente antes de soltar sus privilegios basados en el sexo.

Por otro lado, las mujeres hemos denunciado la naturaleza androcéntrica de la división entre derechos políticos y civiles como derechos realmente humanos y los derechos económicos, sociales y culturales como programáticos o ideales. Esta argumentación se basa en que los primeros son reales porque son exigibles legalmente, es decir porque se pueden exigir ante la administración de justicia, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales no se pueden definir en términos legales sino que son programas políticos que los Estados deben cumplir de conformidad con su situación financiera.

Desde la perspectiva de las necesidades de las mujeres, podemos ver que esta distinción entre unos y otros derechos es relativamente falsa. La mayoría de las mujeres no podemos exigir nuestros derechos civiles y políticos frente a la administración de justicia porque nuestro nivel económico o social (y a veces hasta el legal) no nos lo permite. Además, la forma en que los derechos políticos y civiles han sido legalmente estructurados muchas veces no nos permite a las mujeres ejercerlos. Así, desde la perspectiva de las necesidades de las mujeres, la diferente naturaleza entre los derechos políticos y los económicos no se puede sustentar en la posibilidad o no de exigirlos en una corte de justicia porque ninguno de los dos tiene esa característica para las mujeres. Ambos grupos de derechos, desde la perspectiva de las mujeres, podrían describirse como "simples programas políticos".

Es más, desde la realidad de las mujeres, es más claro ver la necesidad de reconceptualizar todos los derechos humanos para que todos sean exhibibles legalmente y para que sea posible responsabilizar al Estado por su violación sin importar la etnia, sexo, clase, color o credo de la mujer que los demande. Pero la verdad es que aunque no sean legalmente exigibles, todos los derechos humanos surgen de necesidades humanas que deben ser satisfechas, necesidades que no sólo no deberían de priorizarse porque son interdependientes como se ha señalado tantas veces, sino que deben ser reconceptualizadas. Así como es tan importante para la humanidad que su necesidad de vivienda sea satisfecha, como que sea llenada su sed de justicia, es tan importante que se reconozca la necesidad de los pueblos a autodeterminarse como la necesidad de que en esa autodeterminación todos y todas participen. De poco les servirá a las mujeres que se reconozca el derecho humano a la identidad cultural si las mujeres no podemos participar en la definición y conformación de lo que es nuestra cultura. Si sólo los hombres de una determinada cultura deciden cuáles costumbres y tradiciones deben mantenerse para mantener su identidad cultural, a todas las mujeres de esa cultura se les está negando su derecho a una identidad cultural.

Para concluir, quiero enfatizar lo que ya se ha dicho tantas veces: el movimiento de mujeres ha ido haciendo las conexiones entre la realidad de sus vidas como seres humanas discriminadas, subordinadas y/o explotadas y la necesidad de reconceptualizar los derechos humanos desde las necesidades de las mujeres porque éstas incluyen las necesidades socialmente aceptables de los hombres también. Ya se ha hecho la conexión entre el avance en el reconocimiento de las necesidades de las mujeres como derechos humanos y el afianzamiento de los derechos humanos que cronológicamente fueron reconocidos con anterioridad. Lejos de debilitar la teoría y práctica de los derechos humanos, el aporte de las mujeres las enriquecerá y será además, una garantía más de su universalidad, indivisibilidad e integralidad.

Notas

1. Este artículo está basado en un artículo en inglés que escribí para el número 2 volumen 3 sobre *Mujeres y Derechos* de la revista *GENDER AND DEVELOPMENT* de Oxfam (UK and Ireland) 1995.

2. Parr. 2 del Preámbulo de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de la ONU (Res. 41/128 de la Asamblea General del 4 de diciembre de 1986).

3. La Carta de las Naciones Unidas fue redactada en la Conferencia de San Francisco de 1945.

4. Por ejemplo, en el preámbulo de este Pacto se declara que está basado en el reconocimiento del hecho de que "con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos".

5. Tomado de la Parte II de la Declaración de Viena, traducida por la autora.

6. GONZALEZ AMUCHASTEGUI, J. *Derechos Humanos: Universalidad y Relativismo Cultural*. Separata del Libro "La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", San José, Costa Rica, Corte IDH, 1994, pag. 219.

7. Ver por ejemplo, el artículo de Celina Romany, "On Surrendering Privilege: Diversity in a Feminist Redefinition of Human Rights Law" en el libro *FROM BASIC NEEDS TO BASIC RIGHTS*, editado por Schuler, M., *Women, Law & Development International*. Washington D.C., 1995, en el que la autora sostiene que la crítica a los derechos humanos ha provenido sólo de mujeres del norte, invisibilizando así la crítica que hemos hecho muchas mujeres latinoamericanas y de otros continentes del sur a la práctica y teoría de los derechos humanos tales como los artículos que aparecen en *La mujer ausente, derechos humanos en el mundo*, ISIS INTERNACIONAL, Ediciones de las Mujeres No. 15, 1991; o *El Otro Derecho*, del Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, No. 8 de junio de 1991; o las múltiples publicaciones de CLADEM, del Servicio de Consultoría Jurídica Familiar de PROFAMILIA, del programa *Mujer y Derechos Humanos* del IIDH, del Programa *Mujer, Justicia y Género* del ILANUD, múltiples artículos en la revista *FEMIPRESS*, innumerables revistas y boletines de gran cantidad de ONG de toda Latinoamérica y el Caribe, etc. Además de que invisibiliza la práctica de decenas de ONG que han desarrollado programas de radio, talleres, tribunales, seminarios y hasta conferencias satélites sobre el tema de los derechos humanos de las mujeres.

8. Ver por ejemplo, Molyneux, M., "Mobilization without emancipation? Women's Interests, the State and Revolution in Nicaragua" en la revista *Feminist Studies* 11:2 1985.

9. CARRILLO, R. "Gender Violence, A Development and Human Rights Issue", *Center for Women's Global Leadership*, 1991.

10. Documento Final de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Parte II, párr. 9.

11. Traducción de la autora del documento de "lobby" del caucus de mujeres.

CAPÍTULO 18

APROXIMACIONES GENERALES A LA APLICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS INTERNACIONALES DE LA MUJER A NIVEL NACIONAL

Anne F. Bayefsky

Justificación

Las normas internacionales en el campo de los derechos humanos son numerosas y su cantidad aumenta rápidamente. Pero la ansiedad de la comunidad internacional por fijar normas disfraza una actitud reacia a diseñar los esquemas adecuados para la implementación correspondiente.

La consecuencia de esta hipocresía ha sido la creación de organismos de supervisión a nivel internacional con diferentes herramientas coercitivas. El Comité de Derechos Humanos establecido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con facultades adicionales otorgadas por el Protocolo Opcional, recibe denuncias individuales relativas a violaciones al Pacto. La posibilidad de denuncia individual no está disponible, sin embargo, cuando se trata de violaciones a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (la Convención CEDAW), firmada 15 años después. En general, la maquinaria de cumplimiento de los tratados de derechos humanos se ha debilitado en los 25 años siguientes a la firma del Protocolo Opcional.

Pero tal vez en ninguna instancia la brecha entre las normas y el cumplimiento de las mismas es más evidente que en el contexto de los derechos de la mujer. Existen más de 20 tratados dedicados específicamente a la mujer y temas relacionados con la discriminación sexual.¹ Todos los tratados de derechos humanos que contienen disposiciones sobre la igualdad o la no discriminación que enumeran las bases para prohibir la discriminación incluyen el "sexo". La cláusula de derogación general del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos impide derogaciones de los requisitos de no discriminación con base en el sexo.² Y en particular, los derechos de la mujer están sujetos a un amplio tratado, la Convención CEDAW. Más aún, los Estados siguen empeñados en adoptar nuevas formas en el contexto de los derechos de la mujer, incluyendo la recientemente aprobada declaración sobre la violencia contra la mujer.

Por otra parte, la Convención CEDAW misma refleja la marginalización de los derechos de la mujer con relación a la implementación del derecho internacional de los derechos humanos. Esto se hace evidente a partir de varios factores. Primero, aunque más de 120 Estados han ratificado la Convención, muchos lo han hecho en

forma condicional. Aproximadamente 40 Estados han presentado un total de 105 reservas y declaraciones frente a la Convención. Muchas de las reservas sustantivas tienen un amplio espectro y afectan profundamente la integridad de la Convención. Por ejemplo, el Artículo 2 de la Convención contiene una declaración general de las obligaciones de los Estados partes, en donde se les exige adoptar sin demora una política de no discriminación utilizando todos los medios pertinentes incluyendo las reformas a las legislaciones nacionales. También exige el rechazo a las disposiciones penales discriminatorias. Pero Bangladesh hizo la siguiente reserva: "El Gobierno de Bangladesh no se considera comprometido con las disposiciones del Artículo 2 [y otros artículos] puesto que entran en conflicto con el derecho Shari'a basado en el Santo Corán y en el Sunna".³ Otros Estados tales como Egipto, Irak y Libia, también han formulado amplias reservas al respecto.⁴ Dichas reservas generales afectan la esencia misma de la Convención. Otras reservas más específicas están dirigidas, por ejemplo, a la preservación de la legislación local que niega a la mujer la igualdad de derechos con relación a la nacionalidad de sus hijos, la igualdad de derechos frente al divorcio, la selección de una profesión u ocupación, y la posibilidad de disponer y manejar sus bienes. Segundo, la Convención asigna al Comité CEDAW un período de reunión anual de dos semanas. Cualquier otro organismo de derechos humanos se reúne por un período más largo, entre tres y nueve semanas por año. El Comité para la Tortura, por ejemplo, se reúne cuatro semanas por año, aunque la Convención para la Tortura tiene más o menos la mitad del número de ratificaciones. Naturalmente esta asignación de recursos más restringidos para el órgano de supervisión de la Convención CEDAW reduce en forma notoria su capacidad para hacer el monitoreo de la implementación. Tercero, muchos Estados no cumplen con su obligación de enviar los informes. A finales de la reunión de 1992, el Comité tan sólo había examinado 92 informes desde su creación en 1983; faltaron 112 informes. El Comité ha determinado que puede examinar un máximo de 10 informes en sus sesiones de dos semanas si quiere desarrollar su labor en forma efectiva. Cuarto, la Asamblea General ha tratado al Comité de manera irrespetuosa. Por ejemplo, en 1987 el Comité CEDAW solicitó que el sistema de las Naciones Unidas como un todo "promoviera y emprendiera estudios sobre la situación de la mujer bajo el derecho y las costumbres islámicas". Esta solicitud fue recibida con hostilidad en ECOSOC y en la Asamblea General. Incluso se le solicitó al CEDAW que reconsiderara su decisión. (Desafortunadamente parece que dichas presiones tuvieron éxito para intimidar al Comité. Por ejemplo, el Comité ha tratado el tema de la "circuncisión femenina" o mutilación genital en forma conservadora aparentemente para evitar conflictos con ciertos Estados partes y con la Asamblea General. El Comité hizo una recomendación general en 1990 sobre el tema aduciendo que se censuraba tan sólo como una práctica nociva para la salud de la mujer y no como un problema de tortura y trato cruel e inhumano). Y, por último, no existe ningún mecanismo de denuncia individual asociado a la Convención CEDAW. Esto contrasta con el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre Discriminación Racial y la Convención contra la Tortura.

Aun cuando el derecho internacional sobre derechos humanos ha creado una maquinaria de cumplimiento más adecuada, a menudo es inaccesible para los denunciantes individuales. La correspondencia con una agencia internacional se encuentra

fuera del alcance de muchos usuarios potenciales. Esto puede ser resultado de falta de recursos, de ignorancia acerca de la asesoría local sobre los recursos internacionales, o la omisión por parte de las autoridades nacionales de difundir información acerca de las obligaciones internacionales del Estado en cuanto a los derechos humanos.

Por todas estas razones, es imperativo identificar otros mecanismos por medio de los cuales se pueden hacer cumplir las normas internacionales, tales como aquellas que afectan a la mujer. La preocupación de la mayoría de los Estados cuando se niegan a participar en la creación de una maquinaria internacional efectiva es la preservación de la soberanía nacional. Por lo tanto apelar a las entidades encargadas del cumplimiento obligatorio de la ley a nivel nacional parece ser una alternativa muy lógica.

Las agencias internacionales aceptan su condición de foro de última instancia. La Corte Europea de Derechos Humanos, por ejemplo, recuerda a los Estados que la maquinaria internacional para proteger los derechos fundamentales es subsidiaria de los sistemas nacionales para salvaguardar dichos derechos. La Corte ha expresado que las autoridades nacionales están en una mejor posición que los jueces internacionales para determinar en forma adecuada las limitaciones de dichos derechos.¹⁰ Los tratados internacionales que permiten el derecho de denuncia individual contienen una cláusula que exige a las víctimas agotar primero los recursos locales, antes de seguir adelante. En otras palabras, hay una confianza inicial en las agencias nacionales para la protección de los derechos humanos. Una extensión natural de dicha confianza sería estimular a los organismos judiciales nacionales para que hagan cumplir las normas internacionales de derechos humanos.

Las cortes locales pueden servir de eslabón perdido entre la promulgación y la aplicación de las normas internacionales de derechos humanos, en beneficio tanto del derecho internacional como del local. Los organismos internacionales, cuya labor tiende a ser más intersticial que la de los organismos judiciales nacionales, pueden derivar beneficios de estas interpretaciones frecuentes de las normas internacionales por parte de varias cortes nacionales. También es posible lograr interpretaciones más interesantes de las normas locales de derechos humanos mediante la referencia al derecho internacional.

Normas de control judicial

El uso de las cortes locales para hacer cumplir las normas internacionales de derechos humanos plantea el importante tema del alcance del control judicial, tanto desde la perspectiva de los organismos internacionales de cumplimiento como desde la perspectiva de las agencias judiciales locales.

Desde la perspectiva internacional, debe lograrse un equilibrio entre la protección de los derechos por parte de las agencias nacionales, por un lado, y las agencias internacionales por otro lado. En primera instancia, el recurso a los organismos internacionales exige el agotamiento de los recursos nacionales. En palabras de un miembro del Comité de Derechos Humanos, este requisito da al Estado "la oportunidad de compensar por sus propios medios y dentro del marco del sistema legal local, las pretendidas violaciones que ha sufrido el individuo".¹¹ La

maquinaria internacional está claramente definida como subsidiaria; la responsabilidad inicial para proteger los derechos humanos y definir los métodos o medios de proteger dichos derechos reposa en las autoridades locales. En efecto, las autoridades locales están en mejor posición que los jueces internacionales para evaluar las condiciones y necesidades vernáculas. Segundo, el agotamiento de los recursos locales pone a disposición el recurso internacional. El tratado exige que el organismo internacional supervise los actos legislativos, administrativos y judiciales de las autoridades nacionales.

La agencia internacional se ve confrontada a lograr el equilibrio de todos estos factores en situaciones particulares, labor que por su carácter acumulativo podría establecer una norma internacional de control. Más específicamente el tema puede adquirir la forma del siguiente cuestionamiento. ¿Cómo pueden interpretarse las definiciones locales de los derechos y sus limitaciones para determinar el contenido de las normas internacionales? ¿Qué autonomía debe darse a las autoridades nacionales para fijar límites a los derechos? ¿Qué tanta deferencia debe dársele a quienes toman decisiones a nivel nacional? ¿Qué tanta permisividad debe darse a las variaciones nacionales sobre la definición de derechos? ¿Cuándo debe estimularse la uniformidad entre los Estados partes contratantes y cuándo debe tolerarse la diversidad regional?

Dos organismos internacionales de monitoreo sobre derechos humanos que enfrentan estos problemas son la Corte Europea de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos. Desde el caso de *Belgian Linguistics* en 1968, la Corte Europea de Derechos Humanos ha luchado para definir el alcance del control judicial internacional o, en sus términos, fijar los parámetros del margen de apreciación asignado a las autoridades nacionales. La frase es desafortunada puesto que sugiere un margen de error dentro del cual no hay control internacional para satisfacer las normas de la Convención. Y, en realidad, hay muchos casos en los cuales un margen de apreciación amplio ha sido sinónimo de fracaso por parte de la Corte en la aplicación de las obligaciones de la Convención. Pero, en general, la amplitud del margen de apreciación connota una conclusión acerca de la actitud adecuada de la corte internacional frente a las autoridades nacionales en un caso particular.

De conformidad con la jurisprudencia europea, el margen se otorga a los legisladores y a los organismos locales, incluyendo los judiciales, que interpretan y aplican las leyes. El margen se refiere a la identificación de la meta legislativa —un problema local o la necesidad de restringir derechos— y a la selección de los medios para lograr ese objetivo o implementar medidas de control. Existen muy pocos casos en los cuales la Corte Europea realmente se refiera a un control limitado y únicamente se presentó un salvamento de voto, el de un miembro de la Corte que explícitamente identificó la invocación del margen de apreciación como una forma de restricción judicial. Pero en efecto, cuando la Corte Europea determina que hay un margen de apreciación amplio, adopta un alcance limitado del control judicial o una actitud de restricción judicial. Sin embargo, la identificación de los factores relevantes al determinar la norma internacional de control judicial por parte la Corte Europea de Derechos Humanos se encuentra en una etapa rudimentaria. Sobre todo, es insuficiente el esfuerzo de racionalizar las circunstancias que justifican diferentes niveles de control.

El Comité de Derechos Humanos también ha operado sobre la base de algunas convicciones generales acerca del alcance adecuado del control internacional. Pero los elementos constitutivos de estos presupuestos han sido escasamente definidos. Al caracterizar su relación con las autoridades nacionales, en un caso el Comité habló de un "margen de discreción". También ha declarado que no es una corte de cuarta instancia y que no tiene facultades para determinar si la ley local ha sido debidamente aplicada. Sobre todo, el Comité de Derechos Humanos ha dado poca importancia al problema de determinar el alcance del control internacional. Muchos de los casos presentados ante el Comité de Derechos Humanos son violaciones obvias y flagrantes del Pacto que requieren de un razonamiento mínimo en el proceso de aplicación de la ley. Por otra parte, en algunos casos que han involucrado temas más sutiles de derechos humanos, el Comité ha tenido tendencia a sacar conclusiones en forma precipitada y no ha identificado aquellas consideraciones que lo llevan a ejercer restricciones u otras acciones.⁷

Desde una perspectiva nacional, el esfuerzo para lograr un equilibrio entre la supervisión internacional y la responsabilidad nacional, exige la definición del alcance del control judicial local. En grados diversos, las cortes nacionales pueden estar autorizadas para medir las actividades gubernamentales frente a los principios internacionales de derechos humanos. Si las agencias locales se perciben a sí mismas dentro de dicha relación simbiótica con el derecho internacional, los órganos de supervisión internacional pueden rectificar su enfoque de conformidad. Por último, el uso judicial nacional del derecho internacional dará la oportunidad de aplicar normas internacionales con una mayor sensibilidad frente a las circunstancias y las necesidades locales.

La norma nacional de control involucra el equilibrio de dos elementos. Por una parte, el sistema judicial velará para que el Estado no viole sus obligaciones internacionales. Por otro lado, también buscará proteger la soberanía local y emplear actitudes y punto de vista locales. En algunos Estados el derecho internacional no puede ser introducido de manera directa en los litigios a nivel nacional. Los principales tratados de derechos humanos no exigen que los ofendidos puedan invocar las disposiciones del tratado directamente ante las cortes nacionales o que el derecho local sea impugnado por las cortes domésticas por ser contraria al tratado.⁸ Pero aún donde los tratados no han sido incorporados a la legislación local, en muchos Estados el equilibrio se ve afectado al forzar al sistema judicial a que en lo posible, interprete la ley local de conformidad con las obligaciones internacionales consuetudinarias o convencionales.⁹

Cuando las cortes nacionales aplican una presunción en favor de la conformidad con el derecho internacional, los conflictos directos entre los organismos judiciales nacionales y los órganos internacionales pueden evitarse. Por ejemplo, en *Norris v. Irlanda*¹⁰ la Corte Europea de Derechos Humanos se vió obligada a declarar que Irlanda violó una Convención inmediatamente después de que la Corte Suprema Irlandesa se negó a acatar una decisión anterior de la Corte Europea que presentaba esencialmente los mismos hechos. Más aún, la aplicación de esta presunción puede mejorar la protección de los derechos humanos por parte de las cortes locales.

La implementación exitosa del derecho internacional de derechos humanos exige una mayor comprensión de la interrelación existente entre las agencias internacionales

y las nacionales. Los organismos de supervisión internacional deben definir los límites de los diferentes niveles de control y de la tolerancia de las variaciones nacionales en la naturaleza de la protección de los derechos humanos. Los organismos judiciales nacionales deben evaluar y explorar el contexto en el cual el derecho internacional puede satisfacer las necesidades de derechos humanos de sus comunidades. Esta asociación mutuamente benéfica no solo es posible sino deseable.

Un importante ejemplo de la utilidad potencial del derecho internacional al tratar el problema recurrente del derecho nacional en el campo de la igualdad de género, es la definición misma de discriminación. Para encontrar discriminación se requiere que una corte fije los límites entre las distinciones justificadas y las no justificadas. El resultado del ejercicio de trazar el límite dependerá del grado de deferencia que adopte el juez frente a la autoridad legislativa, nacional o internacional. Los organismos decisorios a nivel nacional e internacional han sostenido que la deferencia otorgada, o el grado de rigor con que se examinen las distinciones legislativas, varía según el fundamento de la distinción en cuestión. Los organismos internacionales han encontrado que en el contexto de la discriminación con base en el sexo la deferencia hacia el organismo legislativo debe minimizarse. En otras palabras, los requisitos necesarios para justificar las distinciones con base en el sexo, deben ser muy rigurosos; el derecho internacional indica que las distinciones con base en el sexo merecen el más alto grado de escrutinio judicial.¹¹ Este es un enfoque al problema idéntico de definir y aplicar normas de discriminación en la legislación local que puedan ser adoptadas por las cortes nacionales. Por lo tanto, el derecho internacional puede ser utilizado aquí, no en forma directa para determinar los resultados de un caso particular, pero sí para fijar la norma para que las cortes nacionales puedan evaluar si determinada ley es discriminatoria sobre la base de sexo.

La objeción antidemocrática¹²

La preocupación más frecuente acerca de la legitimidad del "activismo" judicial está inmersa en la pregunta sobre el alcance del control judicial a nivel local y sobre cuándo y cómo las cortes locales deben referirse al derecho internacional. Lo judicial es descrito a menudo como un cuerpo contrario a las mayorías de legitimidad sospechosas.¹³ Cuando se invocan derechos fundamentales que tienen su fuente en el derecho internacional, el impulso de acudir a las autoridades legislativas y denegar un recurso judicial parece ser aún mayor. Muchos jueces norteamericanos, por ejemplo, tienen tendencia a dar mayor énfasis a los imponderables de las relaciones exteriores y a la necesidad de una voz exclusiva por parte del gobierno norteamericano.¹⁴

Por lo tanto, es importante contrarrestar la preocupación de que la referencia al derecho internacional de los derechos humanos por parte de las cortes locales pueda producir el mismo problema de "activismo" judicial en todos los casos.

Con relación a la aplicación directa del derecho consuetudinario internacional no codificado, la objeción contra-mayoritaria parece inclinarse en contra de tal aplicación. Esto sería inconsistente, sin embargo, con la presunción del derecho común ["common law"], según la cual las autoridades legislativas tienen la intención de actuar de conformidad con el derecho internacional de cumplimiento obligatorio.

Las normas constitucionales relativas a los temas más importantes de derechos individuales son inevitablemente indeterminadas. Los teóricos de la interpretación constitucional buscan probar que su marco interpretativo del control judicial ha sido establecido y es lo suficientemente determinado como para impedir que los jueces impongan sus valores personales. Como fuente de significado para los textos legales locales brumosos, las normas del derecho consuetudinario de derechos humanos tienen varias características atractivas. El derecho internacional consuetudinario se construye mediante un proceso "democrático" extremadamente descentralizado. Todos los Estados pueden participar. Más aún, aunque la práctica relevante es la de los Estados y los participantes predominantes son por lo tanto los gobiernos, esta aseveración no es totalmente cierta. En el campo de los derechos humanos las organizaciones no gubernamentales han tenido gran influencia al exponer abusos y articular normas. Comparada con la confianza en la filosofía política o moral abstracta, la referencia al derecho consuetudinario de los derechos humanos tiene la ventaja de estar basada en los valores que han sido articulados por una comunidad histórica real.

En el caso de los tratados ratificados, la existencia de legislación para la implementación adoptada dentro del marco constitucional, refuta cualquier objeción acerca del origen no democrático del tratado. Pero al mismo tiempo, es la legislación para la implementación y no el tratado, la que suministra la norma de decisión.

El uso interpretativo de los tratados ratificados reposa en la presunción del derecho común, ["common law"] si existe. Si la presunción es falsa, la autoridad legislativa debe corregir el error de la corte mediante una declaración explícita de rechazo a las obligaciones del tratado. Por lo tanto, no hay un problema real de oposición a las mayorías, sino únicamente un problema en cuanto a dónde deben situarse los riesgos de inercia.

Con relación a los usos interpretativos de las normas internacionales de derechos humanos que no son de cumplimiento forzoso, es posible argumentar que las normas internacionales tienen legitimidad dentro de la tradición republicana como expresión de los valores de la comunidad ampliamente concebidos. La referencia a ciertos documentos internacionales que son el producto cuidadoso de una discusión seria y abierta entre expertos bien informados de distintas culturas, parece preferible a la definición *ad hoc* de valores por parte de un juez individual. La denegación de compensación a las víctimas de derechos humanos hasta que el legislador correspondiente establezca una norma específica, carece de atractivo.

Existen quienes rechazan la crítica mayoritaria del control judicial para la protección de los derechos individuales sobre la base de que el control judicial no proporciona la guía moral que los legisladores con frecuencia no pueden proporcionar. El problema, desde esta perspectiva, para la legitimación de la referencia a las normas consuetudinarias de derechos humanos, no será el de las mayorías sino el de la justicia. ¿Será la comunidad internacional, que hace evolucionar estas normas mediante la práctica y la opinión, donde el gobierno en cuestión es tan solo uno de muchos participantes; una comunidad con valores justos y compartidos? Si bien es cierto que la justicia del derecho consuetudinario de los derechos humanos no puede ser garantizada, la probabilidad de que contenga respuestas correctas o cuando menos inocuas sí puede ser más fácilmente garantizada. Primero, el derecho consuetudinario internacional sobre derechos humanos es muy restringido en cuanto a su alcance. Exige un

alto grado de generalidad por parte de las naciones para poder generar una norma de tal naturaleza, y es extremadamente improbable que ésta sea creada si hay desacuerdo por parte de cualquiera de los principales sistemas legales del mundo. Segundo, en cualquier caso, puede haber normas internas adicionales relativas a la relación entre el derecho internacional y el interno que protejan al derecho interno frente a una intervención manifiesta. Por ejemplo, el derecho consuetudinario internacional sobre derechos humanos puede no obligar a una corte local frente a inconsistencias de la constitución o de las leyes estatutarias posteriores. Dentro de estos límites, una sociedad particular es un beneficiario potencial, dentro del contexto de la indeterminación constitucional o estatutaria, de la sabiduría colectiva general.

Normas locales sobre la relación entre el derecho interno y el derecho internacional.

La utilización de las cortes locales para exigir el cumplimiento del derecho internacional sobre los derechos humanos de la mujer, o el fortalecimiento del derecho interno mediante la aplicación de las normas internacionales sobre derechos humanos, será función de las normas legales internas. Las normas internas relevantes tienen que ver con:

1. La relación entre el derecho internacional consuetudinario y el derecho interno; en un Estado federal se presentará el problema adicional de la relación entre el derecho internacional consuetudinario y la legislación a nivel estatal/provincial y a nivel federal/nacional.
2. La relación entre el derecho internacional convencional y el derecho interno; en un Estado federal se presentará el problema adicional de la relación entre el derecho internacional convencional y la legislación a nivel estatal/provincial y a nivel federal/nacional.

Estas normas deben ser definidas para cada país. Sin embargo, no difieren en cuanto a la base del derecho internacional. En otras palabras, las normas legales internas que rigen la relación entre el derecho internacional y el interno no son exclusivas del derecho internacional sobre derechos humanos de la mujer.

La importancia relativa para un Estado particular del derecho consuetudinario frente al derecho internacional convencional depende de los tratados sobre derechos humanos que no haya ratificado el Estado. En los Estados que hayan ratificado dichos tratados se dará mayor énfasis a las normas internacionales. Será mucho más fácil para una corte local tomar en cuenta una norma que el Estado haya aceptado como un compromiso obligatorio. En aquellos Estados que no hayan ratificado los tratados, los individuos se verán obligados a confiar más estrechamente en el derecho internacional consuetudinario.

Las normas que rigen la relación existente entre el derecho internacional y la legislación interna constituyen un intento por reconciliar una gran diversidad de políticas: la protección de la soberanía nacional, la protección de la supremacía de las instituciones legislativas locales frente a los poderes del ejecutivo, la satisfacción de las obligaciones internacionales por parte del Estado y la obtención de los beneficios de las normas internacionales por parte de los individuos. Las diferentes consideraciones para armonizar estas políticas surgen del derecho internacional convencional y consuetudinario.

El resultado es que en algunos Estados la relación entre el derecho internacional y la legislación interna es diferente con relación al derecho internacional consuetudinario comparado con el derecho internacional convencional.

Las diferentes formas de reconciliar estas políticas están formuladas en dos teorías generales acerca de la relación entre la legislación interna y el derecho internacional: La teoría de la adopción y la de la transformación¹⁶. La teoría de la adopción estipula que el derecho internacional automáticamente hace parte de la legislación local, es decir sin que se requiera un acto de incorporación, salvo cuando entra en conflicto con la legislación estatutaria o las normas establecidas del derecho ordinario. La teoría de la transformación estipula que el derecho internacional hace parte de la legislación interna únicamente cuando ha sido incorporado a ella.

Nuevamente, cuando un Estado particular y su sistema legal se declaran partidarios de la teoría de la adopción o de la teoría de la transformación, el hecho debe analizarse país por país. Un corolario de la teoría de la adopción sería la aceptación por parte de las cortes locales de la capacidad de modificar la legislación interna a medida que el derecho internacional cambie.

Derecho internacional consuetudinario y derecho interno

(a) Prueba del derecho internacional consuetudinario

El problema más difícil al introducir el derecho internacional consuetudinario sobre derechos humanos en las cortes locales es probar que existe. La jurisprudencia internacional establece dos condiciones para la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario: (a) la evidencia de un grado suficiente de práctica estatal y (b) la determinación de que los Estados se conciben a sí mismos como actuando bajo una obligación legal.¹⁷ Esta obligación ha sido declarada como el requisito para "un uso constante y uniforme aceptado como derecho".¹⁸ El uso (es decir el uso que se encuentra en la práctica de los Estados) debe involucrar¹⁹ uniformidad o consistencia sustancial, así como generalidad sustancial.²⁰ Segundo, el requisito de que los Estados "consideran que se están conformando a lo que constituye una obligación legal",²¹ es decir, que demuestran *opinio juris*, debe ser contrastado con motivos de cortesía, equidad y moralidad. A este respecto se ha sugerido que la adopción de una práctica general de lugar a la presunción de la existencia de *opinio juris*.²²

La Corte Internacional de Justicia ha comentado acerca de la dificultad de definir normas precisas de derecho internacional consuetudinario. Esto no se ha presentado en el contexto de los derechos humanos sino más bien en un caso que se refería a la frontera marítima entre Canadá y los Estados Unidos, en el Golfo de Maine; la Corte declaró que

*un cuerpo de normas detalladas no debe ser buscado en el derecho internacional consuetudinario que de hecho incluye un conjunto limitado de normas para garantizar la coexistencia y la vital cooperación de los miembros de la comunidad internacional, junto con un conjunto de normas consuetudinarias cuya presencia en opinio juris de los Estados puede ser verificada mediante una inducción basada en el análisis de una práctica suficientemente amplia y convincente, y no mediante la deducción de ideas preconcebidas.*²³

A menudo se hace necesario un grado de definición judicial de una norma que se exprese en la práctica y en las intenciones de un Estado. Pero el proyecto es claramente análogo a la labor del juez local de definir el derecho ordinario.

Probar que las normas que afectan particularmente a la mujer constituyen derecho internacional consuetudinario requiere la consideración de por lo menos los siguientes elementos: las numerosas convenciones internacionales que se refieren a los derechos de la mujer;³⁴ el amplio número de ratificaciones de estos tratados por parte de varios Estados que representen los contextos de los principales sistemas legales y culturales, las recurrentes resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas relativas a los derechos de la mujer, y las declaraciones por parte de funcionarios del gobierno del país implicado reconociendo los derechos de la mujer como derechos.³⁵

(b) Cómo identificar las normas consuetudinarias internacionales de derechos humanos

Una lista limitada de los derechos humanos consuetudinarios internacionales ha sido identificada por organismos nacionales e internacionales, tales como el Instituto de Derecho Americano y las cortes de los Estados Unidos. Considerando principalmente la jurisprudencia de los Estados Unidos, la lista incluye:

- (a) el derecho a no ser asesinado;³⁶
- (b) el derecho a no ser torturado;³⁷
- (c) normas para el tratamiento de prisioneros contenidas en las Normas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de Prisioneros;³⁸
- (d) el derecho a no ser detenido arbitrariamente;³⁹
- (e) el derecho a no recibir tratamiento o castigo cruel, inhumano o degradante;⁴⁰
- (f) el derecho a no ser esclavo;⁴¹
- (g) el derecho a no desaparecer, definido como (1) el secuestro por parte de funcionarios estatales o de sus agentes, seguido por (2) la negativa oficial a reconocer la desaparición o a difundir el destino del detenido;⁴²
- (h) el derecho a la libertad de asociación;⁴³
- (i) el derecho a la no discriminación racial;⁴⁴
- (j) el derecho a no ser víctima de genocidio; y
- (k) el derecho a no ser víctima de un patrón consistente de violaciones flagrantes a los derechos humanos internacionalmente reconocidos.⁴⁵

Acerca del tema de la discriminación de género y el derecho consuetudinario internacional, la Modificación de la Ley sobre Relaciones Internacionales de los Estados Unidos tiene el siguiente comentario: el derecho a no sufrir "discriminación de género como una política estatal... puede ser un principio del derecho consuetudinario internacional".⁴⁶ La Modificación anota cuidadosamente que el derecho consuetudinario internacional de derechos humanos continúa desarrollándose y que la lista de leyes consuetudinarias de derechos humanos "aún no está cerrada".⁴⁷

También hay sugerencias, aunque no totalmente respaldadas, de que la totalidad de la Declaración Universal de Derechos Humanos ha adquirido la categoría de derecho consuetudinario internacional.⁴⁸ Aunque las resoluciones de la Asamblea General

no constituyen de por sí obligaciones legales internacionales, si son evidencia de *opinio juris* y de práctica estatal. La determinación de si dichas resoluciones expresan el derecho internacional consuetudinario dependerá de factores adicionales, tales como el grado de unanimidad con el que sean aprobadas, si los gobiernos que las apoyan desean establecer principios legales, y la existencia de una práctica estatal contraria.³⁸ Es más probable que la utilidad de la Declaración Universal para identificar las normas de derechos humanos de cumplimiento forzoso venga indirectamente de los Artículos 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas, un tratado cuyas obligaciones generales de proteger los derechos humanos están especificadas al menos por algunos de los derechos contenidos en la Declaración. La Modificación de 1986 de la Ley sobre Relaciones Exteriores de los Estados Unidos concluye:

El lenguaje [de la Carta] conlleva una obligación legal, pero no ha habido un acuerdo o una determinación por parte de una autoridad en cuanto al carácter y alcance de la obligación... Pocos Estados aceptarían que una acción por parte del Estado contraría a una disposición de la Declaración [Universal] sea, tan sólo por dicha razón, una violación de la Carta o del derecho internacional consuetudinario. Por otra parte, casi todos los Estados aceptan que algunas infracciones a los derechos humanos enumeradas en la Declaración son violaciones a la Carta o al derecho internacional consuetudinario.³⁹

(c) Cómo utilizar el derecho internacional consuetudinario de derechos humanos para establecer un derecho de acción

En el contexto de la teoría de la adopción y la relación entre el derecho consuetudinario internacional y la legislación local, el derecho internacional consuetudinario de derechos humanos hace parte de la legislación nacional -por lo menos en ausencia de leyes que entren en conflicto- de normas de derecho ordinario bien establecidas o de las disposiciones de una Constitución. En teoría, como parte de la legislación nacional, el derecho internacional consuetudinario de derechos humanos podría ser invocado directamente para proporcionar la base de un recurso. Sin embargo, en la legislación interna de Canadá, de los Estados Unidos y del Reino Unido, por ejemplo, hay muy pocas instancias en donde ésto esté ocurriendo.⁴⁰

(d) Cómo utilizar el derecho internacional de los derechos humanos para ayudar a la interpretación del derecho interno

Un segundo uso distintivo del derecho consuetudinario en las cortes locales es la ayuda para interpretar y aplicar la legislación local. En este contexto, el derecho consuetudinario puede influenciar la interpretación del derecho ordinario, del derecho estatutario o de los derechos constitucionales de un Estado.

En países de derecho común ["common law"] existe la presunción de que las autoridades legislativas no tienen la intención de violar el derecho internacional, tanto consuetudinario como convencional, que obliga al Estado en cuestión.⁴¹ Simultáneamente, existe el principio de interpretación según el cual la legislación local debe interpretarse, siempre que sea posible, en forma consistente con el derecho internacional que obliga al Estado. Esto incluye cualquier ley local (incluyendo la constitución) que contenga las normas de derechos humanos.⁴²

Derecho internacional convencional y derecho interno

(a) Generalidades

En contraste con el alcance limitado del derecho internacional consuetudinario sobre derechos humanos, existe una gran cantidad de tratados internacionales dedicados a la mujer y a asuntos relativos a la discriminación sexual.⁴⁵ En los Estados en donde dichos tratados han sido ratificados, éstos pueden servir como una herramienta de gran utilidad en los litigios internos.

En los Estados en los cuales la redacción de los tratados es un acto ejecutivo y no se requiere la aprobación de las instituciones legislativas locales, las cortes locales tratarán de proteger la autoridad de los organismos legislativos de los intentos por parte del ejecutivo de modificar la ley por vía de la ratificación. (Ésta es una preocupación menos fuerte en relación con el derecho internacional consuetudinario, donde las obligaciones surgen con el tiempo a partir del consentimiento y de la práctica de las naciones y no solamente a partir de actos de las autoridades ejecutivas). Dicha protección se logra mediante la teoría de la transformación sobre la relación entre el derecho internacional convencional y el derecho interno. En estos Estados un asunto inicial de gran importancia para las cortes locales será saber si el tratado relevante ha sido incorporado. Esto requerirá evidencia de que el organismo legislativo desea que el tratado forme parte de la ley del país, bien sea aprobando una ley que determine sencillamente que el tratado tiene fuerza de ley interna, o aprobando leyes derivadas del tratado.

En países de derecho común ["common law"] la presunción de que los organismos legislativos no tienen intención de incumplir las obligaciones internacionales del Estado también se aplica al derecho internacional convencional. En el contexto de implementar la legislación, esto significa que las cortes locales deben interpretar la implementación de la legislación local de conformidad con una convención, en la medida en que la legislación local lo permita. En otras palabras, deben hacerlo así cuando no haya ninguna inconsistencia obvia entre la legislación local y el derecho internacional.⁴⁶

Simultáneamente, si no es posible interpretar la legislación local de conformidad con el tratado, o si existe conflicto entre la legislación local y el derecho internacional, la legislación local es la que prevalece.

Aún en el caso de que no exista legislación para implementar un tratado, la presunción de que las instituciones legislativas no tienen la intención de legislar violando las obligaciones del Estado de acuerdo con el tratado, opera siempre que sea posible, las leyes no deben ser interpretadas en forma tal que violen el derecho internacional convencional.⁴⁶ En este contexto, sin embargo, la regla de la teoría de la transformación según la cual si no existe legislación para implementar el tratado éste no hace parte de la legislación local, exige que la necesidad de recurrir al derecho internacional convencional sea establecida previamente. Esta necesidad podría, por ejemplo, tomar la forma de un requisito en el sentido de que una ambigüedad en la legislación local deba establecerse considerando la legislación local en sí misma, antes que recurrir al tratado como ayuda interpretativa pueda ser aceptable.

(b) Un ejemplo canadiense

Muchas de estas normas generales están ilustradas en los pocos casos de la corte canadiense que mencionan la Convención CEDAW, que Canadá ha ratificado. La legislación canadiense acepta el enfoque de la teoría de la transformación para la relación entre la legislación local y los tratados.⁴⁷

De los aproximadamente 225 casos que interpretan la legislación sobre derechos humanos del Canadá y mencionan el derecho internacional de derechos humanos, siete se refieren específicamente a la Convención CEDAW. De estos casos, uno determinó que la Convención no podía ser utilizada para interpretar la legislación canadiense cuando había una interpretación definitiva por parte de la Corte Suprema de Canadá que era inconsistente con la Convención.⁴⁸ Dos mencionaron la Convención únicamente de paso o en forma irrelevante para el resultado del caso.⁴⁹ Uno mencionó la Convención en el contexto de una declaración muy confusa acerca de la relevancia del derecho internacional ante las cortes canadienses; la corte se negó a utilizar la Convención CEDAW como ayuda para la interpretación a falta de un examen más profundo de los instrumentos internacionales de derechos humanos que tienen una "perspectiva más amplia", y luego omitió efectuar dicho examen.⁵⁰ En dos casos la referencia a la Convención CEDAW, aunque no fue determinante directamente, respaldó el resultado del caso. En el primer caso, la Convención respaldaba la afirmación de la corte de que el "estado civil" era una base de discriminación según la cláusula de igualdad de la Carta de Derechos Constitucionales.⁵¹ En el segundo caso, la Convención fue utilizada para "reforzar la idea de que la sociedad canadiense está comprometida a asignar un papel igualitario a los padres en el cuidado de los hijos en la medida de lo posible, ... en particular para el logro de mayor igualdad en el trabajo de la mujer".⁵² Hay un tercer caso en el cual una corte menor utilizó la Convención de la Mujer, así como la Convención sobre Discriminación Racial y la Convención de la Organización Internacional del Trabajo No. 111 sobre Discriminación en Educación, para respaldar su definición de la disposición de igualdad de derechos de la Carta de Derechos Constitucionales.⁵³ Sin embargo, cuando el tema se planteó ante la Corte Suprema de Canadá, ésta adoptó a una definición diferente de discriminación en el contexto de la interpretación la misma disposición sin considerar el derecho internacional.⁵⁴

Ante todo, la experiencia canadiense con la aplicación de la Convención CEDAW (y otros instrumentos internacionales de derechos humanos) para interpretar la ley interna, indica que las cortes tienden hacia la obtención de resultados. Si las cortes se sienten inclinadas a lograr conclusiones compatibles con la Convención CEDAW, pero sobre la base de razones bastante independientes, pueden acudir a la Convención como punto de apoyo. Pero si las cortes se inclinan a sacar conclusiones incompatibles con la Convención, sencillamente la ignoran. Los comentaristas legales pueden objetar que este enfoque orientado hacia los resultados es inconsistente con la presunción del derecho común ["common law"] de que la legislación local debe interpretarse de conformidad con las obligaciones internacionales de Canadá en ausencia de disposiciones internas claramente inconsistentes.

(c) Uso del material internacional colateral a los tratados

El estimular a las cortes locales para que utilicen las obligaciones de los tratados al interpretar y aplicar la legislación local debe ir más allá de las consideraciones sobre la letra del tratado. En varios contextos el derecho internacional sobre derechos humanos que afecta a la mujer ha sido interpretado por organismos internacionales. A medida que este material colateral aumenta, será cada vez más importante examinarlo en concomitancia con los tratados mismos.

Por ejemplo, las cortes locales tienen dificultad para distinguir entre las leyes positivas que tienen la intención de conceder a la mujer una ayuda que no está disponible para el hombre, y discriminación. El derecho internacional de derechos humanos no es tan confuso. La Convención CEDAW considera explícitamente que ciertas medidas especiales no son discriminación. La Convención establece claramente el vínculo entre aprobar medidas especiales y evitar la discriminación, o implementar la igualdad. El Artículo 4(1) dice:

La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.⁵⁵

Algunas medidas especiales, por lo tanto, pueden estar dirigidas a lograr la igualdad, y mientras no se cumpla el objetivo no pueden considerarse como discriminación.⁵⁶

El Comité de Derechos Humanos del Pacto Civil y Político ha hecho un comentario general sobre la no discriminación que ayuda a explicar el punto; afirma que "mientras se requiera esta acción para corregir la discriminación de hecho, es un caso de diferenciación legítima según el Pacto".⁵⁷ CEDAW ha reafirmado la importancia de esta obligación en las Recomendaciones Generales contenidas en su informe anual. La Recomendación General No. 5⁵⁸ estipula:

Tomando nota de que... sigue existiendo la necesidad de que se tomen disposiciones para aplicar plenamente la Convención introduciendo medidas tendientes a promover de facto la igualdad entre el hombre y la mujer... Recomendamos que los Estados Partes hagan mayor uso de medidas especiales de carácter temporal como la acción positiva, el trato preferencial a los sistemas de cuotas para hacer que progrese la integración de la mujer en la educación, la economía, la política y el empleo.

El Comité de Derechos Humanos ha interpretado en forma similar el Pacto Civil y Político al exigir programas de acción afirmativa en ciertas circunstancias. En su Comentario General sobre la no discriminación, el Comité declaró que

los principios de igualdad algunas veces exigen que los Estados Partes tomen medidas afirmativas con el fin de disminuir y eliminar las condiciones que causan o ayudan a perpetuar la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado donde las condiciones generales de cierto sector de la población impiden o disminuyen el goce de sus derechos humanos, el Estado debe tomar medidas específicas para corregir estas condiciones. Dicha acción puede incluir que se garantice durante un tiempo a la población implicada cierto tratamiento preferencial en asuntos específicos en comparación con el resto de la población.⁵⁹

Por lo tanto, la discusión ante las cortes locales acerca de la naturaleza de ciertas obligaciones de los tratados relativas a la igualdad, se puede desarrollar en forma útil a través de los comentarios de los organismos del tratado.

Otro ejemplo es el tema estrechamente relacionado de los recursos. Una corte local preocupada por el problema de diseñar un recurso adecuado para una ley o práctica discriminatoria puede considerar en forma útil los comentarios del CEDAW acerca de la naturaleza de los deberes de la Convención CEDAW. Los comentarios del CEDAW aclaran que la implementación adecuada de los derechos de igualdad en la Convención exige acciones positivas por parte del Estado o impone deberes positivos para lograr la igualdad. En 1988 el CEDAW anotó en la Recomendación General No.8:⁶⁰

*El Comité... recomienda a los Estados Partes que adopten otras medidas directas de conformidad con el Artículo 4 de la Convención a fin de conseguir la plena aplicación del Artículo 8 de la Convención y garantizar a la mujer, en igualdad de condiciones con el hombre y sin discriminación alguna, las oportunidades de representar a su gobierno en el plano internacional y de participar en la labor de las organizaciones internacionales.*⁶¹

Por lo tanto las recomendaciones del CEDAW constituyen una guía detallada en cuanto al contenido de artículos particulares y del tipo de medidas que deben ser adoptadas para que dichas obligaciones sean efectivas. Los pronunciamientos del organismo al cual se ha confiado el seguimiento de la implementación de la Convención expresados en las Recomendaciones Generales deben tener considerable autoridad, aunque formalmente no constituyan interpretación obligatoria de la Convención. Por lo tanto, pueden formar parte integrante de la aplicación local del derecho internacional.

Derecho internacional que no compromete al Estado

En algunos casos las cortes locales pueden utilizar el derecho internacional como una ayuda para interpretar la legislación local, aún si dicho derecho internacional no obliga al Estado implicado.⁶² En este contexto, independientemente de si las normas internas acogen la teoría de la adopción o de la transformación, el derecho internacional en cuestión no hace parte de la legislación del país. Su relevancia puede resultar de otras consideraciones, por ejemplo:

- (a) Las cortes a menudo hacen referencia a fuentes del derecho de otras jurisdicciones que no tienen carácter obligatorio, con el fin de dar respuestas sustentadas a preguntas legales locales.
- (b) Algunas veces la legislación local sugiere que la corte considere los requerimientos de una sociedad libre y democrática. Al hacerlo, estimula las comparaciones con las respuestas legales de otras sociedades libres y democráticas.
- (c) La historia y las disposiciones del derecho internacional que no obligan al Estado pueden estar estrechamente relacionadas con el derecho internacional que sí obliga al Estado (por ejemplo, la Convención Europea está claramente relacionada con el Pacto de Derechos Civiles y Políticos).

- (d) El derecho internacional consuetudinario no obligatorio puede estar asociado con un sistema judicial y cuasi judicial sofisticado —como la Convención Europea de Derechos Humanos— que hace que su jurisprudencia sea de utilidad.

Existe un peligro, sin embargo, de que las cortes legales no expresen las razones por las cuales hagan uso de dicho derecho internacional. Y en ausencia de una justificación explícita, la referencia a dichas fuentes a menudo será accidental. En otras palabras, el derecho internacional no obligatorio puede ser invocado cuando respalde una conclusión ya determinada. Si sugiere cualquier resultado contrario, a menudo será ignorado.

Expresiones por parte de funcionarios gubernamentales acerca de la importancia del derecho internacional de los derechos humanos al aplicar el derecho local

Generalidades

Los funcionarios gubernamentales frecuentemente serán consultados por los miembros de los organismos internacionales acerca de la importancia del derecho internacional en las cortes locales. Estas preguntas pueden formularse en el contexto de la consideración de los informes gubernamentales a los distintos organismos de los tratados de derechos humanos. Las respuestas de los funcionarios gubernamentales se encuentran en los archivos de dichos comités y (más brevemente) en sus informes anuales.

Estos comentarios pueden ser valiosos en el contexto de los litigios locales, particularmente en oposición a las opiniones gubernamentales. Un individuo de un Estado que desee convencer a una corte local de que utilice el derecho internacional para interpretar la legislación local, podría referirse en forma útil a una afirmación de los funcionarios gubernamentales acerca de la relevancia del derecho internacional para este fin. Más aún, las anotaciones por parte de los funcionarios gubernamentales —a menudo escuchadas en los foros internacionales— de que la legislación local estipula la protección a los derechos por lo menos igual a la estipulada en el derecho internacional, puede también ayudar a estimular a las cortes locales a que tomen en cuenta el derecho internacional.

Un ejemplo canadiense

El Primer Informe de Canadá al CEDAW acerca de la Convención de mayo de 1983 estipulaba:

Las leyes y códigos provinciales y federales de derechos humanos son estatutos importantes que implementan la Convención.⁶³

En 1988, el Segundo Informe de Canadá al CEDAW acerca de la Convención, presentó un informe detallado en cuanto a las medidas adoptadas por cada gobierno para implementar las disposiciones de la Convención en áreas dentro de su jurisdicción.⁶⁴

Entre otras cosas, el Informe estipulaba:

Otro medio importante para implementar la Convención en Canadá es la legislación sobre derechos humanos que prohíbe la discriminación sobre varias bases, incluyendo el sexo y el estado civil.⁶⁶

El Informe se refirió específicamente a

medidas adoptadas por cada gobierno para implementar las disposiciones de la Convención en áreas dentro de su jurisdicción... Artículo 2... En julio de 1983 la Ley [Ley Canadiense de Derechos Humanos] fue modificada para prohibir específicamente la discriminación sobre la base de embarazo o parto⁶⁷... Se hicieron cambios con respecto a las condiciones de la Ley de Seguro de Desempleo para los beneficios de maternidad descritos bajo el Artículo 2(f)... Artículo 4.1... Una ley respetando la equidad en el empleo aprobada por el Parlamento en junio de 1986.⁶⁸

Durante la consideración del Segundo Informe de Canadá al CEDAW en febrero de 1990, la delegación canadiense dijo al Comité que "la Carta [la Carta Constitucional de Derechos] fue un importante medio para implementar la Convención en Canadá".⁶⁹

Por lo tanto, en diferentes contextos internacionales, los funcionarios del gobierno de Canadá han interpretado la ley de ese país en el sentido de que implementa las obligaciones internacionales de derechos humanos de Canadá. Las cortes locales pueden ser estimuladas para tomar en cuenta dichas manifestaciones cuando interpretan la ley local.

Ésta es por lo menos una importante razón por la cual los comentarios de los funcionarios estatales ante los organismos de los tratados de derechos humanos deben ser observados con cuidado.

Errores

La comprensión por parte del sistema judicial del derecho internacional público, es con frecuencia mínima. Las normas sobre la relación entre el derecho internacional y la legislación local, que deben ser identificadas Estado por Estado, son a menudo mal entendidas. Las referencias al derecho internacional incluyen muchos ejemplos de errores relativos a los principios básicos que rigen la relación entre el derecho internacional y la el Interno, así como relativos a la sustancia del derecho internacional.

El logro de una mayor familiaridad con el derecho internacional de los derechos humanos por parte de jueces y abogados requerirá de por lo menos los siguientes cambios en los sistemas legales locales: aumento del nivel de educación judicial, incremento del número de estudiantes de derecho involucrados en los cursos relacionados con este tema y mejoramiento significativo de las bibliotecas. Por último, estos elementos, a su vez, exigen un mayor acceso a la información y a recursos financieros adecuados, desarrollos que en la mayoría de los Estados dependen de una voluntad política para reconocer y hacer cumplir las normas internacionales de derechos humanos.

Notas

1. Convención Internacional para el Respeto de la Prohibición del Trabajo Nocturno de la Mujer en el Empleo Industrial, (1906), 2 Martens Nouveau Recueil (ser. 3) 861, 4 Am. J. Int'l L. Supp. 328; Convención Relativa al Empleo Nocturno de la Mujer, (OIT 4) (1919), 38 U.N.T.S. 67; Convención de la Protección de la Maternidad, (OIT 3) (1919), 38 U.N.T.S. 53; Convención Internacional para la Supresión del Tráfico de Mujeres y Niños (1921) y Protocolo (1947), 9 L.N.T.S. 416, 18 la Am. J. Int'l L. Supp. 130; Convención Internacional para la Supresión del Tráfico de la Mujer Mayor de Edad, 1933, 150 L.N.T.S. 431, y Protocolo (1947) 52 U.N.T.S. 49; Convención Interamericana sobre la Nacionalidad de la Mujer, (1933), P.A.U.T.S. 37, 28 Am. J. Int'l L. Supp. 61; Convención relativa al trabajo nocturno de la mujer, (OIT 41) (Rev. 1934), 40 U.N.T.S. 33; Convención Relativa al Trabajo de la Mujer en Minas de Todo Tipo, (OIT 45) (1935), 40 U.N.T.S. 63; Convención Interamericana sobre la concesión de los Derechos Políticos a la Mujer, (1948), P.A.U.T.S. 23; Convención Relativa al Trabajo Nocturno de la Mujer Empleada en la Industria, (Rev. 1948) (OIT 69) (Revised 1948), 81 U.N.T.S. 147; Convención para la Supresión del Tráfico de Personas y la Explotación de la Prostitución de Otros, (1950), 96 U.N.T.S. 271, y Protocolo final, (1950), 96 U.N.T.S. 316; Convención Relativa a la Igualdad de Remuneración para Trabajadores Hombres y Mujeres por Trabajo de Igual Valor, (OIT 100) (1951), 165 U.N.T.S. 303; Convención sobre la Protección a la Maternidad, (Revisada) (OIT 103) (1952), 214 U.N.T.S. 321; Convención Sobre los Derechos Políticos de la Mujer, (1953), 193 U.N.T.S. 135; Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada, (1957), 309 U.N.T.S. 65; Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para el Matrimonio y el Registro de Matrimonios, (1962), 521 U.N.T.S. 291; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, A.G., Res. 34/180, U.N.GAOR 34th Sess. Supp. 46, en 193, 19 I.L.M. 33; Convención para los Trabajadores con Responsabilidades Familiares, (OIT 156) (1981), Crind. 8773.

2. Esto constituye una adición a algunas otras bases.

3. U.N. Doc. CEDAWS/SP/1992/2, 1o. de noviembre de 1991 en 9.

4. U.N. Doc., nota 3 en las págs. 11, 15 y 16.

5. Handyside v. Reino Unido, 24 Corte Europea de Derechos Humanos (ser. A) (1976) en el para. 48.

6. Ominayak v. Canadá, Comunicación No. 167/1984, 28 de marzo de 1990, CCPR/C/38/D/167/1984, Apéndice II, Opinión individual del Sr. B. Wennergren.

7. Para una discusión más detallada de este tema ver Anne Bayefsky, "The Scope of Judicial Review in the International Human Rights Context" (El alcance del control judicial en el contexto de los derechos humanos internacionales), Proceedings of the 85th Annual Meeting of the American Society of International Law (Acta de la 85 Reunión Anual de la Sociedad Americana de Derecho Internacional), Washington D.C., abril 17-20, 1991 (Washington D.C.: American Society of International Law, 1991), 337-41.

8. Ver por ejemplo, Leander v. Suecia, 116 Corte Europea de Derechos Humanos (ser. A) (1987) en el para. 7.

9. La Corte Suprema de Canadá dijo, por ejemplo, que la Carta Constitucional de Derechos y Libertades "debe presumirse que otorga protección por lo menos tan amplia como la otorgada por los documentos que contienen disposiciones similares de derechos humanos internacionales que Canadá ha ratificado). Davidson v. Slaight Communications, 59 D.L.R. (4th) 416 (1989) en las págs. 427-28; [1989] 1 S.C.R. 1038 en las págs. 1056-57.

10. 142 Corte Europea de Derechos Humanos (ser. A) (1988).

11. Ver la lista de tratados dedicados a la mujer y a asuntos relacionados con la discriminación sexual en la nota 1; Abdulaziz, Cabalet, y Balkandall v. U.K., Comisión Europea de Derechos Humanos, diciembre 8 Rep. 12 (1983) (art. 31 Informe), en las págs. 102-3; 94 Corte Europea de Derechos Humanos (ser. A), (1985), en el para. 91.8. Ver también la cláusula sobre no derogación del Pacto de Derechos Civiles y

Políticos, art. 4(1) y la disposición sobre discriminación de género del Instituto de Derecho Americano, actualización de la ley: *The Foreign Relations Law of the United States* (la Ley de Relaciones Extranjeras de los Estados Unidos), Comentario 702 (1986). Para mejor discusión de estos asuntos, ver Anne Bayefsky, "The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law" (El principio de Igualdad o de no discriminación en el derecho internacional), *Hum. Rts. L.J.* 11(1-2) (1990): 1-34.

12. Anne Bayefsky y Joan Fitzpatrick, "International Human Rights Law in United States Courts: A comparative Perspective" (El derecho internacional de los derechos humanos en las Cortes de los Estados Unidos: Una perspectiva comparativa), *Mich. J. Int'l. L.* 14(1992): 1.

13. Ver por ejemplo, Robert Bork, "Neutral Principles and Some First Amendment Problems" (Principios neutrales y algunos problemas de la primera enmienda), *Ind. L.J.* 47 (1971): 1.

14. Esto es especialmente cierto en los casos que presentan los actos de Estado o las doctrinas sobre asuntos políticos. Para el análisis de esta preocupación ver Steinhardt, "Human Rights Litigation and the 'One Voice' Orthodoxy in Foreign Affairs", "Litigios de derechos humanos y la ortodoxia de la 'Única Voz' en los asuntos internacionales" en *World Justice: U.S. Courts and International Human Rights*, ed. Mark Gibney (Boulder, CO: Westview Press (1991)).

15. Ver la prohibición de tortura del derecho internacional consuetudinario.

16. Algunas veces esto es también confusamente llamado la teoría de la "incorporación", aunque se refiere a la "incorporación automática".

17. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, art. 38(1)(b).

18. Caso de Asilo (Colombia v. Perú), 1950, Corte Internacional de Justicia 256.

19. Estas son características para establecer más una costumbre general que una local.

20. La generalidad se refiere a una práctica extendida y representativa de por lo menos aquellos Estados cuyos intereses se ven específicamente afectados. Casos sobre la Plataforma Marítima del Mar del Norte (República Federal de Alemania v. Dinamarca; República Federal de Alemania v. Holanda), 1969 Corte Internacional de Justicia 3. La uniformidad y generalidad sustancial debe contrastarse con la conformidad absoluta o universal. En palabras de la Corte Internacional de Justicia en el caso de Nicaragua v. Estados Unidos, 1986, Corte Internacional de Justicia 14 en la pág. 98: "La Corte no considera que, para que una norma sea establecida como consuetudinaria, la práctica correspondiente deba estar en conformidad rigurosa y absoluta con la norma. Con el fin de deducir la existencia de las normas consuetudinarias, la Corte considera suficiente que la conducta de los Estados sea, en general, consistente con dichas normas y que las instancias de la conducta del Estado que sean inconsistentes con una norma dada, hayan sido tratadas como incumplimiento de dicha norma y no como indicaciones del reconocimiento de una nueva norma".

21. Casos sobre la Plataforma Marítima del Mar del Norte (República Federal de Alemania v. Dinamarca; República Federal de Alemania v. Holanda), Corte Internacional de Justicia Rep. nota 20 en la pág. 3.

22. Salvamento de voto del Juez Sorensen, en los casos sobre la Plataforma Marítima del Mar del Norte, nota 20 en las págs. 246-47; Hersch Lauterpacht, "Soberanía sobre aguas submarinas", *Br. Y.B. Int'l. L.* 27 (1950): 376 en la pág. 395.

23. Caso del Golfo de Maine, 1984 Corte Internacional de Justicia 246 en la página 299, para. 111.

24. Ver nota 1.

25. Ver por ejemplo, las manifestaciones efectuadas al CEDAW por funcionarios del gobierno durante el curso de examen de los informes estatales.

26. De Sánchez v. Banco Central de Nicaragua, 770 F.2d (5th Cir. 1985) en la página 1397; Fortí v. Suárez-Mason, 672 F. Supp. 1531 (N.D. Cal. 1987) en las págs. 1541-42, modificada según otras bases 694 F. Supp. 707 (N.D. Cal. 1988).

27. Filártiga v. Peña-Irala, (1980) 630 F.2d 876; De Sánchez v. Banco Central de Nicaragua, nota 26; Fortí v. Suárez-Mason, nota 26.

28. *Laureau v. Manson*, 507 F. Supp. 1177 (D. Conn. 1980), Concedido en parte, modificado y enmendado en parte, part 651 F.2d 96 (2nd Cir. 1981), Únicamente la decisión de la Corte de Distrito habló acerca de las Normas Mínimas como relevantes para el derecho internacional consuetudinario.

29. *Rodríguez-Fernández v. Wilkinson*, 654 F.2d 1382 (10th Cir. 1981); *De Sánchez v. Banco Central de Nicaragua*, nota 26; *Forti Suárez Mason*, nota 26.

30. *De Sánchez v. Banco Central de Nicaragua*, nota 26; pero ver *Forti Suárez Mason*, modificado, nota 26, que sostuvo que el trato "cruel, inhumano, o degradante" no violaba el derecho internacional consuetudinario.

31. *Caso de Tracción de Barcelona*, 1970 Corte Internacional de Justicia 3, en la página 32, en los paras. 33 y 34. *De Sánchez v. Banco Central de Nicaragua*, nota 26.

32. *Forti Suárez Mason*, nota 30 en la página 711.

33. *Sideman v. República de Argentina*, No. 82-1772-RMT (C.D. Cal. marzo 12, 1984) evacuado No. 82-1772-RMT (C.D. Cal. marzo 7, 1985). Luego de presentar un fallo por la no comparecencia de los demandantes, el juez Takasugi exoneró sobre la base de la que la falta de una excepción explícita en la Ley de Inmidades de Soberanía Extranjera para las demandas sobre derechos humanos basadas en perjuicios ocasionados en el exterior, despojaba a la corte de jurisdicción.

34. *Caso de Tracción de Barcelona*, nota 31 en los paras. 33 y 34. La Modificación de la Ley sobre Relaciones Exteriores de los Estados Unidos limita este derecho a la discriminación racial sistemática. Estipula que el derecho consuetudinario del derecho a no sufrir discriminación racial sistemática solamente constituye una práctica de discriminación racial sistemática cuando es asunto de política de Estado, tal como el apartheid (Ley sobre Relaciones Exteriores, nota 11 en la sec. 702, Comentario I en la página 165).

35. Ley sobre Relaciones Exteriores, nota 11 en la sec. 702 en la página 161. En total, la Modificación enumera los siguientes derechos y prohibiciones con la categoría de derechos humanos internacionales consuetudinarios: esclavitud o comercio de esclavos, asesinato o desaparición de individuos, tortura u otro trato o castigo cruel, inhumano o degradante y detención arbitraria prolongada, sec. 702 en la página 161.

36. Ley sobre Relaciones Exteriores, nota 11 en la sec. 702, Comentario 1 en la página 166. En el tema de discriminación religiosa y derecho internacional consuetudinario la modificación a la Ley sobre Relaciones Exteriores de los Estados Unidos tiene el siguiente comentario: "hay buenos argumentos para sostener que la discriminación sistemática sobre la base de la religión como asunto de política estatal constituye una violación al derecho internacional consuetudinario", (Ley sobre Relaciones Exteriores, nota 11 en la sec. 702, Comentario I en la página 165).

37. Ley sobre Relaciones Exteriores, nota 11 en la sec. 702, Comentario en las págs. 161-62.

38. John P. Humphrey, "The Implementation of International Human Rights Law" (La implementación del derecho internacional sobre derechos humanos), N.Y.L.S.L., Rev. J. 24(1978-79): 31, 32.

39. Ver en forma general Oscar Schachter, "International Law in Theory and Practice" (Derecho internacional en la teoría y en la práctica), Rec. des Cours 176 (1982): 114-21.

40. Ley sobre Relaciones Exteriores, nota 11 en la Nota Introductoria, Parte VII en las págs. 146-47.

41. Ver las siguientes decisiones de la Corte de los Estados Unidos: *Fernández v. Wilkinson*, 505 F. Supp. 787 (D. Kan. 1980; *aff'd* 654 F.2d 1382 10th Cir. 1981) por diferentes razones; *Soraa-González v. Civiletti* (515 F. Supp. 1049 (N.D. Georgia, 1981) en la página 1061, n. 18); *Ishtyaq v. Nelson* (627 F. Supp. 13 (E.D. New York, 1983)). Pero ver *Tel-Oren et al. v. la República árabe, la Organización para la Liberación de Palestina et al.*, 726 F.2d 774 (D.C. Cir. 1984) en las págs. 810-11.

42. Ver *Bloxam v. Favre*, 8 P.D.101 (1883) (U.K.) en la página 197: "Todas las leyes deben ser interpretadas y aplicadas, si su redacción no es clara, como no inconsistente con el compromiso de las naciones o con las normas establecidas del derecho internacional". *The Ship "North" v. The King*, 37 S.C.R. 385 (1906) (Canadá) en la pág. 398: "Ningún poder soberano prudente desearía, en estos tiempos modernos,

estimular un conflicto con un vecino aprobando una ley que estipule una conducta que el derecho internacional claramente haya prohibido o haya rechazado como un derecho inherente. La Ley ahora cuestionada debe ser leída a la luz del derecho internacional consuetudinario conocido y reconocido que le ha precedido y que se encuentra vigente, y ser interpretada de conformidad". *Salomon v. Commissioners of Customs and Excise*, 2 Q.B. 116 (1967) (U.K.) en la pág. 143 en el contexto del derecho internacional convencional, pero expresado en forma general, Diplock L.J. dijo: "hay una presunción prima facie de que el Parlamento no tiene la intención de incumplir el derecho internacional, incluyendo las obligaciones específicas de los tratados", y en la pág. 141 "siempre debemos interpretar nuestras leyes de acuerdo con el derecho internacional".

43. Ver los casos canadienses de *Reference Re Public Service Employee Relations Act*, 38 D.L.R. 4th 161 (1987) (Can.) en la pág. 184; *I.S.C.R.* 313 (1987) (Can.) en la pág. 348. El Juez Dickson expresó su disenso pero sus anotaciones al respecto fueron adoptadas más tarde en las decisiones mayoritarias. Ver *Davidson v. Slight Communications*, nota 9.

44. Ver nota 1.

45. Ver el caso canadiense *Daniels v. The Queen*, 2 D.L.R. 3rd 1 (1968) (Can.) en la pág. 23; *I.S.C.R.* 517 (1968) (Can.) en la pág. 541.

46. Ver por ejemplo, el Caso de la Corte Suprema de Canadá de *Davidson v. Slight Communications*, nota 9, por el Juez Dickson (en las págs. 427-28 D.L.R. y en las págs. 1055-57 S.C.R.).

47. Anne Bayefsky, *International Human Rights Law: Use in Canadian Charter of Rights Freedoms Litigation* (Derecho internacional de los derechos humanos: su uso en los litigios relacionados con la Carta Canadiense de Derechos y Libertades), (Toronto: Butterworths, 1992).

48. *Canada (A.G.) v. Stuart*, 137 D.L.R. 3rd 740 (F.C.A.), (1982). Dejado para apelación a S.C.C., rechazado, 45 N.R. 531 (S.C.C.) (1982).

49. *Andrews v. Law Society (B.C.) et al.*, 4 W.W.R. 242 (1986) (B.C.C.A.) (Can.) (aff'd *I.S.R.* 143 (1989)); *Can Trust Co. v. Ontario (Human Rights Commn)*, 74 O.R. 2d 481 (1990), 37 O.A.C. 191 (Can.).

50. *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, Y.J. No. 637 (Yukon Territory Sup. Ct.) (1992), 22-24.

51. *Leroux v. Co-operators General Insurance Co., Superintendent of Insurance, Intervenor*, 71 O.R. 2d 641 (Ont. H.C.) (1990), 652.

52. *Schachter v. Canada*, 52 D.L.R. 4th 525, en la pág. 542 (F.C.T.D.) (1988); presentado para apelación a S.C.C., julio 9 de 1992, No. 21889, pero no se hizo mención por parte de la Corte Suprema de Derecho Internacional.

53. *Reference Re Use of French in Sask. Criminal Proceedings*, 44 D.L.R. 4th 16 (Sask. C.A.) (1987). Dejado para apelación a S.C.C. notificación de desistimiento radicada, 43 C.R.R. 189 (1988) (nota).

54. *Andrews v. Law Society (B.C.) et al.*, nota 49.

55. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, énfasis agregado.

56. Bertie G. Ramcharan, "Igualdad y no Discriminación", en *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights* (La Declaración Internacional de Derechos: El Pacto de Derechos Civiles y Políticos), ed. Louis Henkin (New York: Columbia University Press, 1981), 246, 259-61.

57. Aprobado por el Comité de Derechos Humanos según el Artículo 40(4) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su reunión del 21 de noviembre de 1989, Informe del Comité de Derechos Humanos. U.N. Doc. A/45/40, 1990, Vol. 1, Annex VI, págs. 173-75, para. 10. El Comité está autorizado para formular comentarios generales por el Artículo 40(4) del Pacto y lo ha estado haciendo desde 1981.

58. 7a. Sesión, 1988, U.N. Doc. A/43/38 (1988), 109.

59. CCPR/C/21/Rev.1/Add.1 en el para. 10.

60. 7a. Sesión, 1988, A/43/38 (1988), III.

61. Para mayor amplitud de este punto ver Bayefsky "Principio de Igualdad", nota 11 en las págs. 28-33.

62. La Corte Suprema de Canadá, por ejemplo, ha utilizado el derecho internacional de derechos humanos no obligatorio como apoyo para una docena de casos con respecto a la interpretación de la Carta Constitucional de Derechos y Libertades. Ver por ejemplo, *R. v. Oakes*, 1 S.C.R. 103 (1986) en 120 y 140-41; 26 D.L.R. 4th 200 (S.C.C.) (1986) en las págs. 213 y 228-29; *Schmidt v. The Queen*, 39 D.L.R. 4th 18 (S.C.C.) (1987) en la pág. 39; 1 S.C.R. 500 (1987) en 522; *Rahey v. The Queen*, 39 D.L.R. 4th 481 (1987) en la pág. 513; 1 S.C.R. 588 (1987) en la pág. 633; *Tremblay v. Daigle*, 62 D.L.R. 4th 634 (1989) en las págs. 661-62; 2 S.C.R. 530 (1989) en las págs. 567-68; *R. v. Keegstra*, 1 C.R. 4th 129 (S.C.C.) (1990) en las págs. 177-78; *Canada (Can. H.R. Commn.) v. Taylor*, 75 D.L.R. 4th 577 (S.C.C.) (1990) en la página 594.

Con relación al uso de las normas internacionales no obligatorias que directamente afectan los derechos de la mujer en la cortes canadienses, ver la referencia al Comité Inter-Africano sobre las Prácticas Tradicionales que Afectan la Salud de la Mujer y del Niño en África y el Seminario de las Naciones Unidas sobre Prácticas Tradicionales que afectan la Salud de la Mujer y del Niño, F.C.J. No. 1068 (F.C.T.D.) (1991) en la pág. 3.

Ver el uso por parte de la Corte Suprema de los Estados Unidos del derecho internacional no obligatorio sobre derechos humanos internacional como respaldo de sus fallos: *Trop v. Dulles* 356 U.S. 86 (1957) en las págs. 101-2; *Estelle v. Gamble* 429 U.S. 97 (1976) en las págs. 103-4, nota 8; *Coker v. Georgia* 433 U.S. 584 (1977) en la pág. 596, n.10; *Enmund v. Florida* 458 U.S. 792 (1982) en la pág. 796, n.22; *United States v. Stanley* 483 U.S. 669 (1987) en las págs. 709, 710; *Thompson v. Oklahoma* 487 U.S. 815 (1988) en las págs. 830-31, y n.34, 851-52; pero ver *Stanford v. Kentucky* 492 U.S. 361 (1989) en la pág. 369 y n.1 y *Wilkins v. Missouri* 492 U.S. 361 (1989) en la pág. 369 y n.1. ver en contraste los jueces que disienten en las págs. 389-90.

63. Informe de Canadá, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, mayo de 1983, Departamento del Secretario de Estado, en la pág. 3.

64. Segundo Informe de Canadá, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Directorado de Derechos Humanos, Departamento del Secretario de Estado, enero de 1988, en la pág. 21.

65. Segundo Informe, nota 64 en la pág. 2.

66. Segundo Informe, nota 64 en la pág. 21.

67. Segundo Informe, nota 64 en las págs. 21-23. El informe también contenía declaraciones de cada una de las provincias. Por ejemplo, en la sección sobre Quebec dice: "El Gobierno de Quebec decidió respetar la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer... El presente informe cubre las medidas legales y de otro tipo que se han tomado para implementar la Convención" (81).

68. Informe Resumido de la 167a. Reunión del Comité sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, febrero de 1990, U.N. Do. CEDAW/C/SR/167 en la pág. 6, per M. Staley.