

# Lecturas de Apoyo

## LECTURA 1

**GÉNERO E IGUALDAD JURÍDICA ENTRE LOS SEXOS**

*Por Alda Facio*

## **INTRODUCCIÓN**

En los últimos años han proliferado en el mundo proyectos, artículos, charlas, ponencias, etc. que substituyen sexo con género o utilizan género como sinónimo de mujer. Esto no es nuevo. Desde que un científico descubrió que además del sexo cromosómico, gonadal, hormonal, y anatómico había un sexo que era asignado socialmente al que se le llamó “género” para distinguirlo del sexo dado por la naturaleza, tanto con buena como con mala intención muchas personas confunden género con sexo, o género con mujer.

El que exista esta confusión es entendible. Los que la confunden sin intención de socavar la lucha por la igualdad de oportunidades y de poder entre hombres y mujeres, lo hacen porque todavía no entienden el concepto ya que ni siquiera el término “sexo” es incontrovertible. Nadie niega que el concepto “género” es complejo, como lo son también el “sexo” y la “sexualidad”. Es más, como también lo son los conceptos de “hombre” o “mujer” o hasta de “ser humano”.

Los que confunden con mala intención el concepto de “género” lo hacen porque saben que el concepto en sí mismo es liberador. Saben que si se logra explicar que la subordinación de las mujeres no se debe a que por naturaleza a la mujer le toca cocinar, limpiar y cuidar, las estructuras de género que mantienen a las mujeres subordinadas podrían ser transformadas. Saben que a través de la historia patriarcal, las distintas culturas le han asignado a las personas que nacen con sexo anatómico femenino una serie de roles y características que son infravaloradas con respecto a los que se le asignan a los que nacen con sexo anatómico masculino, y que no hay nada de “natural” en que sólo las que potencialmente pueden parir y amamantar tengan que responsabilizarse del hogar.

Es más, no quieren que se sepa que esos roles y características que constituyen lo que se ha llamado género podrían revalorarse y transformarse sin necesidad de eliminar las diferencias entre los sexos. Confunden los conceptos para asustar a quienes les da miedo que la igualdad entre los géneros implique que ya no habrá machos y hembras, como si la igualdad social sólo se pudiera lograr entre personas idénticas.

Conceptualizar la igualdad de hombres y mujeres aceptando y celebrando sus diferencias es difícil y complejo, como complejas son las estructuras mentales, sociales, económicas y políticas que mantienen a las mujeres subordinadas, discriminadas y/o explotadas y oprimidas. En el futuro cercano el término “género” seguirá siendo atacado porque es un concepto que ha ayudado a miles a comprender esas estructuras. Dependerá de cada una y cada uno de las y los que queremos un mundo de paz, armonía, igualdad y solidaridad que las fuerzas que se oponen a la igualdad entre hombres y mujeres no logren su propósito.

Este ensayo es mi manera de contribuir a ese ideal.<sup>1</sup>

## **1. Género**

### **1.1 Cómo surgió el concepto de género**

Uno de los primeros científicos reconocidos por la sociedad patriarcal en hacer la distinción entre sexo y género fue Robert Stoller. Sus investigaciones en torno a varios casos de niñas y niños que habían sido asignados al sexo al que no pertenecían genética,

---

<sup>1</sup> Esta introducción está basada en un artículo que escribí para Fempress.

anatómica y/o hormonalmente, clarifican la diferencia entre sexo y género. Uno de los casos que él estudió fue el de unos gemelos idénticos que debido a un accidente en el momento de realizarle la circuncisión a uno de ellos se le amputó el pene. Los médicos y su familia consideraron que dadas las circunstancias era preferible que el niño fuera una “niña” que un niño mutilado y así decidieron socializarlo como niña, identidad sexual con la cual ni el niño, ni las personas alrededor de él que no conocían su identidad sexual original, tuvieron ningún problema. Cuando este ser, que biológicamente era un niño pero socialmente una niña, llegó a la pubertad se le hizo un tratamiento médico para mantenerlo con su identidad sexual escogida. Ahora es una mujer en todos los sentidos. Ciertamente no puede engendrar pero hay muchas mujeres que nacieron con genitales femeninos y tampoco pueden parir hijos/as.

Este caso y otros similares hicieron suponer a Stoller que lo determinante en la identidad sexual no es el sexo biológico sino el hecho de ser socializado/a, desde el nacimiento o antes, como perteneciente a uno u otro sexo. Esto lo pudo comprobar porque el gemelo idéntico del niño en cuestión, este sí socializado como niño, mostraba todas las características, actitudes y aptitudes de un niño, mientras que el que había sido socializado como niña, aunque gemelo idéntico, mostraba las características, actitudes y aptitudes de una niña.

Concluyó entonces que la asignación del rol casi siempre es más determinante en la consolidación de la identidad sexual que la carga genética, hormonal o biológica. A esa identidad que se fundamenta en la asignación del rol con base generalmente pero no siempre en el sexo biológico, él la llamó identidad de género, para diferenciarla de la identidad sexual basada únicamente en el sexo biológico.

Por supuesto que hay excepciones. Existen casos de personas que han nacido con un sexo, han sido socializadas de acuerdo a ese sexo (es decir, las han socializado con el género que cada sociedad le asigna a cada sexo) y, sin embargo, estas personas se sienten de otro sexo o de otro género o de otro sexo y de otro género.

Eso le pasa a las personas transexuales o “transgendered”<sup>2</sup>. Sin embargo, se puede decir que la gran mayoría de las personas que son socializadas como hombres, se identifican con el género masculino y las que son socializadas como mujeres se identifican con el femenino.

A partir de ese “descubrimiento” del Dr. Stoller, las feministas hemos insistido en la cualidad fundamentalmente social de las distinciones basadas en el sexo, así como las razones políticas para asignarle a cada sexo características diametralmente opuestas. Estamos conscientes de que lo que se entiende por sexo también es culturalmente construido. Sin embargo, consideramos que entender que hay características, aptitudes y actitudes que son atribuidas a uno y otro sexo y construidas a través de la socialización y que esas características, actitudes y aptitudes gozan de distinto valor dependiendo de si son masculinas o femeninas, ayuda a entender que así como se ha construido un mundo injusto, también es posible construir uno más justo.

## 1.2 Conceptualización de género

Defino el concepto de “género” en el sentido de “gender” o género sexual, como aquellas características, roles, actitudes, valores, y símbolos que son impuestos dicotómicamente a

---

<sup>2</sup> No se ha acuñado todavía en castellano la palabra para describir a una persona que se siente y/o actúa como si fuera de otro género al tiempo que no desea o no le interesa cambiar su sexo.

cada sexo a través de la socialización y que nos hacen creer que los sexos son diametralmente opuestos.

Es así que, a partir de una exagerada importancia que se da a las diferencias biológicas reales -y de una invisibilización de las grandes similitudes- se construyen características, actitudes y roles para cada sexo que son dicotómicas: a los bebés con genitales masculinos se les asigna unas características y a las bebés con genitales femeninos las características contrarias de tal manera que mientras que de los niños en las sociedades latinoamericanas se espera un comportamiento agresivo, racional, activo, público, etc. de las niñas se espera el comportamiento contrario: dulces, emocionales, pasivas, hogareñas, etc. Esto no quiere decir que todos los hombres son fuertes, agresivos y racionales ni que todas las mujeres son débiles, dulces e intuitivas, sino que esas son las características que conforman el ideal de lo masculino y lo femenino.

Las diferencias/desigualdades que percibimos entre hombres y mujeres no se deben tanto a las diferencias biológicas o anatómicas con que nacemos sino que se derivan de sus identidades de género -atravesadas por otras variables como la raza/etnia, clase socioeconómica, la edad, la orientación sexual, la discapacidad, nacionalidad, etc.- que no son para nada naturales sino que han sido construidas a través de la historia y de diferente manera en cada cultura.

### **1.3 Efectos de la asignación genérica a los sexos**

La atribución de características dicotómicas a cada uno de los sexos podría no ser un problema de discriminación contra las mujeres si las características con que se define actualmente a uno y otro sexo no gozaran de distinto valor, no legitimaran la subordinación del sexo femenino, y no construyeran lo masculino como el referente de todo lo humano. Por eso hablo de que hay razones políticas para confundir género con sexo.

Si no se entiende que la subordinación de las mujeres se debe a razones sociales y culturales y no a razones biológicas y naturales, los privilegios basados en el sexo de que gozan los hombres se pueden mantener incuestionados.

La asignación dicotómica de características, actitudes, aptitudes, roles y valores es bastante compleja y requiere de una gran variedad de instituciones o de todo un sistema de estructuras mentales, sociales, culturales, políticas y económicas como explicaré más adelante. Tiene, además, elementos descriptivos y normativos a la vez. Unas veces se dice que los hombres son racionales, activos, independientes, fuertes, etc. y otras veces se dice que deberían ser racionales, activos, etc. Igualmente, la exigencia sobre las mujeres es a veces descriptiva, es decir se piensa que las mujeres sencillamente somos irracionales, pasivas, etc. y otras veces normativa: que las mujeres deben ser dulces, pasivas, intuitivas, etc.

Esto hace que el funcionamiento del sistema por medio del cual se van construyendo estas identidades de género dicotómicas sea más difícil de comprender o hasta de ver. Ninguna mujer ni ningún hombre puede identificarse cien por ciento con todas las características que su propia cultura le atribuye a uno y otro sexo, pero al mismo tiempo ninguna mujer ni ningún hombre pueden sentirse ajenas/os o no marcadas/os por esta dicotomía.

Podríamos decir que de los hombres en nuestras sociedades caribeñas y latinoamericanas se espera un comportamiento racional, productivo, agresivo, etc. o por lo menos se cree

que los hombres no deberían ser irracionales, dependientes, pasivos o dulces, etc. y de las mujeres se espera y se cree que son dulces, sensibles, pasivas, hogareñas, maternas o por lo menos que no deberían ser agresivas, fuertes, independientes, etc.

Así, aunque las mujeres se sepan fuertes e independientes y aunque les haya tocado vivir con hombres que no son para nada activos o productivos, seguimos creyendo que “el hombre” es....lo que la cultura dominante nos dice que es y que “la mujer” es... lo que la cultura dominante nos dice que es.

Pareciera que en nuestro tipo de cultura es muy importante que -al menos a nivel conceptual o simbólico- hombres se mantengan bien diferentes de las mujeres, y las mujeres de los hombres. Por eso la sensibilidad, la pasividad, la dependencia y la dulzura, etc. sólo son buenas características cuando se encuentran en mujeres, mientras que la agresividad, la fuerza, la ambición, etc. generalmente sólo son buenas características si estamos refiriéndonos a hombres.

#### **1.4 Importancia de la distinción entre sexo y género**

La distinción entre sexo y género no es tan tajante como se nos ha hecho creer en algunas explicaciones de lo que es el género. Como ya lo dije antes, lo que se entiende por género es construido socialmente y lo que se entiende por sexo se basa en un concepto biológico, el sexo. Sin embargo, sí es posible hacer una distinción entre el sexo y el género para efectos de entender la subvaloración de todo lo femenino y para entender que los roles y características que se le atribuyen a cada sexo, aunque se basan en diferencias biológicas, no son una consecuencia ineludible de esas diferencias biológicas y que por lo tanto pueden ser transformadas.

Pero, más importante aún, es que nos permite visibilizar que esa construcción no es imparcial sino que privilegia a los hombres y a todo lo masculino y que, por ende, para que pueda darse el ideal de igualdad entre hombres y mujeres es indispensable eliminar los privilegios basados en el sexo de que gozan los hombres.

Entender que género no es lo mismo que sexo es fácil pero lo que no es tan fácil es hacer una distinción tajante entre uno y otro concepto porque, como lo acabo de explicar, ambos se dan significado mutuamente.

Sin embargo, estos términos no se deben usar indiscriminadamente o, peor aún, usar el término género en sustitución de sexo. Debemos tener claro que el sexo es lo que entendemos como determinado biológicamente mientras que el género es construido social, cultural e históricamente. Es precisamente esta separación conceptual entre el sexo y el género la que ha permitido entender que ser mujer o ser hombre, más allá de las características anatómicas, hormonales o biológicas, es una construcción social y no una condición natural.

#### **1.5 Importancia de la distinción entre mujer y género**

Tampoco mujer y género son sinónimos, aunque muchísimas personas usan el término género en sustitución de la palabra mujer. Así, en algunas políticas nacionales se habla de políticas de género cuando en realidad se está hablando de políticas dirigidas a mujeres que dejan intactas las estructuras y valores de género. Este tipo de políticas deberían llevar el nombre que les corresponde, es decir, políticas hacia las mujeres.

Para que una política determinada pueda decirse que es una política de género, tendría que ir dirigida a eliminar la desigual valoración y el desigual poder entre los géneros. Por esta razón, perfectamente podría haber políticas penitenciarias, por ejemplo, dirigidas a los hombres privados de libertad que podrían ser políticas de género si su objetivo es transformar la forma como los reos ejercen su masculinidad.

Es más, la mayoría de las políticas y leyes sobre o para la mujer, hasta hace muy poco, no eran género sensitivas sino que se dirigían a las mujeres como si su condición natural fuera la que social, cultural e históricamente se les ha atribuido. Así, muchos proyectos dirigidos a mujeres tenían como objetivo mejorar su condición económica, pero no tomaban para nada en cuenta su condición de subordinación en relación a los hombres en sus vidas ni los roles que tenían que desempeñar dentro de sus familias o comunidades por ser mujeres. Es más, no tomaban en cuenta la menor valoración que esos roles tienen en nuestras sociedades, el efecto en la auto estima de las mujeres y en la sociedad que tiene esa menor valoración ni los problemas que la sobrevaloración de los roles masculinos le trae a la familia, la comunidad y la sociedad en general.

Es de suma importancia pues, entender que género no es sinónimo de mujer aunque la mayoría de los estudios, políticas y leyes que se relacionan o que toman en cuenta el género, sean estudios sobre la mujer, políticas hacia la mujer o leyes relacionadas con la problemática de la mujer. Es de esperarse que, en un futuro no muy lejano, todos los estudios, todos los proyectos de desarrollo y todas las leyes tomen en cuenta las relaciones de género, es decir, tengan perspectiva de género.

Hasta hace muy poco tiempo, todas las leyes, todas las políticas, todas las disciplinas etc., han sido diseñadas y han partido desde la visión, características y valores asociados con lo masculino y han tomado al varón y a los valores y características asociadas con él como paradigmáticas. Es más, hasta hace muy poco tiempo, casi todas las ideas, conceptos, o símbolos que fueron aceptados y registrados como tales por la cultura dominante, eran ideas, conceptos y símbolos que no son neutrales en términos de género como lo pretenden la mayoría de las personas que no están sensibilizadas al género. En otras palabras, casi todas las ideas, conceptos y símbolos aceptados socialmente, son ideas, conceptos y símbolos androcéntricos: centrados en el varón.

## **1.6 Necesidad de visibilizar el androcentrismo**

Insisto en que la inmensa mayoría del conocimiento y quehacer humano no ha sido neutral en términos de género porque considero que casi todo lo que hemos construido en los últimos cinco o seis mil años ha sido parcial al género masculino. Por eso es que si queremos establecer la igualdad entre mujeres y hombres necesitamos entender cómo el género masculino ha sido el patrón o estándar contra el que se mide la igualdad o desigualdad del género femenino y entenderemos entonces que con promover la neutralidad de género no podremos lograr o acercarnos al ideal de igualdad que nos propone la teoría de los derechos humanos. Es preciso que antes de llegar a un ideal de neutralidad genérica, primero visibilicemos el género de cada idea, concepto o actividad. Si entendemos, por ejemplo, que el ideal de igualdad ha sido conceptualizado desde el género masculino, podremos repensarlo para diseñar otro que sí sea realmente neutral en términos de género, es decir, que no privilegie ni a los hombres ni a las mujeres.

## **2. Implicaciones de la construcción social de los géneros**

Podemos preguntarnos qué consecuencias tiene para uno y otro sexo el que social e históricamente se les asignen características y roles diametralmente opuestos, cómo y a

través de qué instituciones se construye esa identidad de género y, más importante aún, qué implicaciones tiene todo esto para la construcción de una sociedad basada en la igualdad intrínseca de todas las personas.

## **2.1 Jerarquización de las dicotomías**

Como ya se ha dicho, la construcción de la identidad de cada género se hace de manera dicotómica. Si a los hombres se les asigna la racionalidad, a las mujeres se les asigna la sensibilidad, si a los hombres se les asigna el espacio público, a las mujeres el privado. Esto no sería tan problemático para las mujeres si esa asignación resultara en características, actitudes y valores equivalentes. Pero no es así. A los hombres se les asignan las características, actitudes y roles que la sociedad más valora, y que además son las que se asocian con lo humano y la cultura. A las mujeres se le asignan las características, actitudes y roles menos valorados, y que además son más asociadas con los animales y la naturaleza.

## **2.2 Glorificación del lado femenino**

Por supuesto, esto no es obvio sin los lentes del género. Sin el conocimiento y concientización de que el género es una variable importante en la construcción de la identidad de mujeres y hombres y que además tiene que ver con la forma en que percibimos la realidad, cómo la explicamos y cómo la queremos transformar, no podemos ver cómo esta jerarquía ha sido obscurecida por una glorificación compleja y poco sincera de la mujer y lo femenino. Aún y cuando los hombres han explotado y oprimido a las mujeres en el mundo real, en su discurso nos han colocado en un pedestal y nos han atesorado en su fantasía. Y así como los hombres simultáneamente exaltan y degradan a las mujeres, así también, simultáneamente exaltan y degradan los conceptos del lado femenino de la dicotomía de género. La naturaleza, por ejemplo, ha sido glorificada como una diosa, un sujeto digno de la conquista del héroe masculino, mientras simultáneamente se le degrada como materia inerte al ser explotada y moldeada conforme los intereses del hombre.

La intuición y la sensibilidad son igualmente valoradas y denigradas a la vez. Poetas y músicos a través de los siglos han glorificado la sensibilidad e intuición de sus madres, esposas y amantes pero se canta y escribe poco sobre la necesidad de que los hombres desarrollen estas cualidades tan sublimes. Es más, la sensibilidad en los hombres es considerada un indicio de una posible falta de hombría. Peor aún, al tiempo que se glorifica a las mujeres por su sensibilidad, intuición y dulzura, se nos castiga por no ser suficientemente racionales o lógicas pero también por ser demasiado independientes, racionales y frías.

Por más que se romanticen las virtudes de la mujer y de lo femenino, lo cierto es que se valoran más las virtudes del lado masculino de la dicotomía de género. Es absurdo negar que en nuestras sociedades no se valoriza más el proveer y producir, aunque sean armas, que el cuidar a niños/as, ancianas/os y enfermos/as.

Pensemos si no en cuántos monumentos encontramos para el soldado desconocido y cuántos para la ama de casa conocida o no.

## **2.3 Lado masculino como referente**

El sistema de asignación de una identidad de género diametralmente opuesta para cada sexo no sólo es dicotómico y jerarquizado sino que el lado masculino es el referente, es el que domina y define al otro lado: la sensibilidad es definida como la ausencia de racionalidad; la subjetividad como ausencia de objetividad, la pasividad es ausencia de

actividad; el pensamiento debe estar exento de sentimientos; la razón debe dominar las emociones, etc.

Es más, muchas de las características y valores que se asocian con el lado masculino son precisamente las que hasta hace muy poco tiempo eran las que se decían que distinguían al ser humano del resto de los animales: intelecto, razón, cultura, pensamiento, etc. Así fue como el varón se convirtió en el modelo de lo humano.

## **2.4 Efectos de lo anterior**

La jerarquización de estos valores y el tomar al hombre y lo masculino como referente o paradigma de lo humano tiene consecuencias negativas para la sociedad en su conjunto y no sólo para las mujeres. La sobrevaloración de la producción es lo que nos ha llevado a sociedades consumistas que sólo necesitan la reproducción humana para que haya mano de obra barata y más y más personas que consuman. La sobrevaloración de la cultura nos ha llevado a la explotación destructiva de la naturaleza, la infravaloración de la dulzura, la interdependencia, la intuición y de los roles asociados con el cuidar, nutrir y dar nos están llevando a sociedades cada vez más violentas y egoístas. Peor aún, la invisibilización de la dicotomía en nuestra forma de pensar y entender el mundo nos ha llevado a no ver por qué estamos como estamos y por ende a no poder encontrar soluciones adecuadas a los problemas que hoy enfrentamos.

## **3. El mantenimiento de la cultura patriarcal**

Como ya lo señalé, el concepto de género se refiere a las formas o maneras como los roles, las actitudes, los valores y las relaciones entre hombres y mujeres son construidos por todas las sociedades en todo el mundo.

Históricamente, culturas diferentes construyen a los géneros de distintas formas de manera que los roles que desempeñan las mujeres, el valor que su sociedad le otorga a esos roles y la relación que esos roles tengan con los roles que se le otorgan a los hombres pueden ser muy distintas de una época a otra y de un contexto a otro. Sin embargo, casi invariablemente, los géneros son construidos de forma tal que el género femenino es subordinado al masculino dando por resultado la discriminación contra las mujeres en detrimento del pleno goce de nuestros derechos humanos. Aunque es necesario reconocer que la construcción social de los roles, actitudes y relaciones entre mujeres y hombres siempre existirá, el reto es asegurarnos que esa construcción sea justa para ambos sexos y que ningún sexo domine al otro.

Es obvio, entonces, que para poder construir identidades de género que sean más gratificantes para cada sexo, que puedan por lo tanto producir relaciones entre los géneros que sean más justas, lo que a su vez llevará a un cambio de valores que redundará en sociedades más democráticas y pacíficas, tenemos que entender cómo y a través de que instituciones se ha construido este sistema que algunas han llamado el sistema sexo/género con dominación masculina y otras llamamos simplemente patriarcado.

Aunque no pretendo hacer un análisis exhaustivo de cada una de las instituciones que crean y recrean el sistema patriarcal, sí quiero al menos mencionar algunas de las más importantes para que podamos entender que cuando tratamos de concebir una igualdad entre hombres y mujeres, no podemos limitarnos a mejorar la educación, por ejemplo, sino que tenemos que ver la subordinación de las mujeres y de los valores asociados con lo femenino como producto de un sistema complejo.

### **3.1 Definición de patriarcado**



Este sistema podría decirse que se basa en las diferencias biológicas entre hombres y mujeres y se origina en la familia dominada por el padre, estructura reproducida en todo el orden social y mantenida por el conjunto de instituciones de la sociedad política y civil, orientadas hacia la promoción del consenso en torno a un orden social, económico, cultural, religioso y político que determinan que las mujeres como categoría social, siempre estarán subordinadas a los hombres como categoría social, aunque pueda ser que una o varias mujeres tengan poder, hasta mucho poder, o que todas las mujeres ejerzan cierto tipo de poder como lo es el poder que ejercen las madres sobre los y las hijas.

### **3.2 Instituciones del patriarcado**

Las instituciones por medio de las cuales el patriarcado se mantiene en sus distintas manifestaciones históricas, son múltiples y muy variadas pero tienen en común el hecho de que contribuyen al mantenimiento de las estructuras de género que oprimen a todas las mujeres. Entre estas instituciones están: la familia patriarcal, la maternidad forzada, la educación androcéntrica, la historia robada, la heterosexualidad obligatoria, las religiones misóginas, el trabajo sexuado, el derecho monosexista, la ciencia ginope, el lenguaje masculinista, etc.

### **3.3 La familia**

Cada una de estas instituciones juega un papel importantísimo en el mantenimiento del hombre y lo masculino como referente. La familia es considerada el espacio por excelencia en donde se reproduce el patriarcado pero no es el único. Algunas/os de nosotros/os podemos creer que provenimos de familias en donde el padre y la madre tenían igual poder e iguales derechos, algunas hasta creemos que en nuestras familias más bien dominaba la madre, pero si analizamos nuestra familia en el contexto legal, cultural y político en que estaban inmersas, veremos que nuestra percepción no es del todo correcta. Por más que hacia adentro nuestras madres pudieron haber tenido mucho poder, ¿quién tenía más posibilidades legales, económicas o políticas?, ¿quién era más valorado socialmente? Y aún en los casos en que nuestros padres fueran personas que por circunstancias de la vida hayan caído en el desprecio social, no podemos negar que el ideal de familia con el que crecimos era uno en el que papá proveía en lo económico y mamá en lo emocional, papá era de la calle y mamá del hogar.

Por ello, para que podamos realmente lograr la igualdad entre mujeres y hombres dentro de la institución de la familia, tendríamos que revisar también todas las otras instituciones que favorecen a los hombres y por ende le dan más poder dentro de la familia. Tendríamos que revisar las prácticas y leyes sobre herencia, acceso al trabajo asalariado, sobre tributos, sobre salarios, sobre violencia contra las mujeres, sobre la valoración de la prueba en los procesos judiciales, etc. Tendríamos que revisar qué mensajes dan los medios de comunicación, las escuelas, la iglesia. Cómo está distribuido el tiempo de cada quien, quién hace qué, etc.

En síntesis, para que hombres y mujeres, niñas y niños, tengan igualdad de poder dentro de las familias, habría que hacer un análisis género sensitivo de todas las instituciones que les dan más poder a los hombres y que tienen a lo masculino como referente.

### **3.4 La educación**

La educación es otra institución que refuerza al hombre y lo masculino como referentes. Aquí no sólo estoy hablando de las menores oportunidades educativas que tenemos las

mujeres sino de cómo la educación institucionaliza la sobrevaloración de lo masculino y la visión de mundo androcéntrica. Preguntémonos, ¿qué le pasa a una persona que pasa doce o más años aprendiendo a valorar el punto de vista y el conocimiento masculino? ¿Qué pasa cuando es la misma educación la que hace invisible a las mujeres e invencible a los hombres? ¿Qué le pasa a una niña que por un lado se le dice que debe ser dulce, intuitiva, generosa, sensible, etc. y la educación le dice que las personas que tienen éxito son las agresivas, racionales, objetivas y que piensan primero en su carrera y después en la familia? ¿No es acaso la educación la que nos hace admirar a los llamados “clásicos” de la civilización occidental, la mayoría de los cuales expresan odio hacia la mitad femenina de la humanidad?

¿Qué pasa por la cabeza de niñas y niños cuando la maestra o maestro les dice que van a estudiar la historia de la humanidad y sólo se habla de los grandes hombres, sus hazañas y conquistas o cuando se estudia el sistema nervioso, el óseo, muscular, etc. del cuerpo humano y el cuerpo que se utiliza como modelo es el cuerpo de un hombre? ¿Qué sucede cuando se dice a las niñas que ellas no son buenas para las matemáticas antes de que lo hayan podido descubrir por sí mismas? ¿Qué sucede cuando a una niña se la regaña mientras que a un niño se lo alaba por hacer la misma pregunta? Sucede que hombres y mujeres salen educados en los valores patriarcales, eso es lo que sucede.

Por eso una política para lograr la igualdad de hombres y mujeres en la educación no pasa sólo por lograr la igualdad de acceso a la educación entre niños y niñas sino por eliminar el referente masculino en el contenido y metodología de la enseñanza, así como en la sensibilización de maestros y maestras sobre las estructuras mentales y sociales que mantienen a las mujeres y a lo femenino subordinadas o marginales a la experiencia humana.

### **3.6 El lenguaje**

El lenguaje es otra institución por medio de la cual se crea y recrea el patriarcado. El poder de nombrar –es decir de crear y definir las palabras, de crear y definir las reglas gramaticales de un lenguaje determinado, de proporcionar a las cosas identidad, evocándolas y estableciéndolas como puntos de referencia o relacionándolas unas con otras- es el poder de conformar una cultura determinada, es el poder de establecer lo que existe y lo que no existe, lo que se considera natural y lo que no lo es, lo bueno y lo malo. El poder de la palabra es el poder de escoger los valores que guiarán a una determinada sociedad.

En los últimos siglos, a las mujeres nos han impedido ejercer esta forma de poder. Esto se hizo de varias maneras.

Una de ellas fue impidiendo a las mujeres participar en las “reales” o no, academias de la lengua, que hasta hace muy poco tiempo estuvieron integradas exclusivamente por varones, por lo que las mujeres no hemos podido “oficialmente” ni seleccionar ni definir las palabras. Otra manera, pero derivada de la primera, fue estableciendo que la voz hombre sirviera para denominar tanto al varón de la especie como a la especie toda y creando reglas gramaticales que permitieran que lo masculino pudiera tanto excluir como incluir/ocultar a lo femenino, mientras que relegan lo femenino a la categoría de “específico” y “particular” de ese sexo.

El diccionario es un buen lugar para comprobar la centralidad de lo masculino y la marginalidad de lo femenino.

Por ejemplo los adjetivos están siempre en su forma masculina en los diccionarios de la lengua española, agregándoseles una “(a)” para las formas femeninas. Los nombres de los animales son otro ejemplo interesante: CABALLO m. Animal solípedo doméstico. YEGUA f. Hembra del caballo. Con sólo estos dos ejemplos podemos comprobar que lo masculino es la norma o el paradigma y lo femenino es “lo otro” o lo que existe sólo en función de lo masculino o para lo masculino.

Con el diccionario no sólo comprobamos la centralidad de lo masculino sino que podemos comprobar que el lenguaje no es neutral sino que tiene una perspectiva claramente masculina y además presenta a las mujeres como seres inferiores o más cercanas a los animales. Como dice la mexicana Elena Urrutia, “acudiendo al Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua...deducimos que la mujer es un ser débil, delicado, con afición al regalo y no apta para el trabajo. El hombre es todo lo contrario.”<sup>3</sup>

SEXO DEBIL: las mujeres. FEMENINO, NA: Débil, endeble. AFEMINACION: Molicie, flojedad de ánimo. AFEMINAR: Hacer perder a uno la energía varonil. MOLICIE: afición al regalo, afeminación. BLANDO: Afeminado y que no es fuerte para el trabajo. SEXO FUERTE: Los hombres. VARONIL: relativo al varón; esforzado, valeroso y firme. HOMBRADA: Acción propia de un hombre generoso y esforzado. FUERTE: Animoso, varonil.” 3 El diccionario también nos dice que “ser mujer” es “haber llegado una doncella a estado de menstruar” mientras que el “ser hombre” significa “valiente y esforzado” y que no es lo mismo ser una mujer pública que un hombre público ya que la primera es una ramera y el segundo es “el hombre que interviene públicamente en los negocios políticos.”

Con el diccionario también podemos ver cómo el patriarcado conceptualiza a la mujer como animal de sexo femenino mientras que el hombre es un ser racional. En castellano por ejemplo, hembra y macho, varón y varona no son términos complementarios unos de otros. “Hembra” es definida como “animal del sexo femenino” y también como sinónimo de “mujer”, mientras que macho sólo es definido como “animal del sexo masculino” porque para la criatura racional del sexo masculino existe una palabra: varón. Y, aunque existe la palabra varona, ésta no es usada para responder a la pregunta de a qué sexo pertenece una determinada bebé. Más bien es usada en su segunda acepción como “mujer varonil”.

Estas definiciones no sólo nos dan una pista de cómo nuestra cultura le atribuye a lo femenino características relacionadas con lo débil y poco apto para el trabajo, y que para ser mujer sólo se requiere un hecho de la naturaleza mientras que para ser hombre se requieren virtudes humanas, sino que nos confirman que quien está definiendo es un hombre: “AFEMINAR: hacer perder A UNO la energía varonil.” Es obvio con esta definición que quienes definen las palabras se identifican como potenciales “víctimos” de la acción de afeminar, es decir, que esta definición está hecha desde la perspectiva de un hombre y no de una mujer y, menos aún, desde la perspectiva de nadie como pretenden quienes quieren negar el androcentrismo en el lenguaje. Para que esta definición fuese realmente neutral en términos de género, para que no fuera androcéntrica, tendría que haber sido escrita de otra manera como por ejemplo, “hacer perder a los hombres su energía varonil.”

Desafortunadamente, no percibimos la parcialidad masculinista en estas definiciones precisamente porque los hombres y las mujeres estamos acostumbrados/as a que los hombres sean el paradigma de ser humano y que la masculinidad sea la centralidad misma alrededor de la cual giran todos los hechos y cosas y desde la cual se definen y valoran. En nuestras culturas, las mujeres no existimos, al menos no como protagonistas.

---

<sup>3</sup> Urrutia Elena, “Lenguaje y Discriminación” en Revista FEM, Vol. II No. 6, 1976, p. 8.

Lo femenino existe sólo como la hembra de....

Si el lenguaje es una de las principales formas de comunicación -por medio de él se transmiten de generación en generación los hábitos culturales- no es de extrañar que las mujeres y lo femenino estemos invisibilizadas o marginadas del quehacer humano ya que el mismo lenguaje que utilizamos para comunicar esos hábitos culturales se encarga de ocultarnos tras el género masculino, o por lo menos minimizarnos, relativizarnos o ridiculizarnos frente al sexo “fuerte”.

El lenguaje no sólo refleja y comunica los hábitos y valores de una determinada cultura sino que conforma y fija esos hábitos y valores. Como los hombres/varones han tenido el poder de definir las cosas, casi todo lo que está definido lo está desde su perspectiva. Como los hombres han tenido el poder de definir las cosas y los valores, casi sólo las cosas y valores que ellos han definido están aceptados como válidos en nuestra cultura y por ende, esta cultura es masculina o al menos, predominantemente masculina. En síntesis, las mujeres, como seres humanas plenas y autónomas, no existimos en esta cultura masculina.

Como ya lo he indicado en otros escritos, recientemente varias lingüistas feministas han llamado la atención sobre el importante rol que juega el fenómeno de los términos “marcados” en la consolidación de lo femenino y las mujeres como “lo otro”, lo no universal, lo particular y específico. Esta llamada de atención de las lingüistas feministas se basa en una crítica a la relación asimétrica entre dos categorías que son opuestamente complementarias la una de la otra dentro de una categoría más general.

“Por ejemplo, los términos “hombre” y “mujer” sirven para contrastar los miembros masculinos y femeninos de la categoría más grande de “seres humanos”; y como tales se nos presentan como opuestos complementarios.

Al mismo tiempo, el término “hombre”, como ya lo sabemos, puede ser usado en un sentido más general para contrastar a la especie humana como un todo, de cualquier otra categoría. Así, los términos “hombre” y “mujer” también designan categorías que están en una relación jerárquica, debido a que uno de los términos puede ser utilizado para hacer referencia a la clase más amplia como un todo, en efecto, subsumiendo lo que es el término opuesto a un nivel más bajo de contraste. En este tipo de oposiciones, el término más general es el “no marcado” del par, mientras que el otro, el que tiene un sentido o una definición más restringida, es el “marcado”<sup>4</sup>.

El término marcado es más específico mientras que el no marcado es general. Así la mujer es sentida como perteneciente al campo de lo específico y el hombre al campo de lo universal. Cuando esta “especificidad” o “particularidad” de lo femenino es llevada al campo de los Derechos Humanos, nos encontramos con el hecho de que el principio de igualdad es entendido como el deber de otorgarle a las mujeres los mismos derechos que tienen los hombres y no otros derechos que necesitamos las mujeres precisamente por ser personas subvaloradas. Los derechos que necesitamos las mujeres en tanto que personas subvaloradas, son entendidos como demasiado “específicos” para formar parte de los derechos humanos universales. Esto es grave.

### **3.7 La Historia con “H” mayúscula**

---

<sup>4</sup> LANGLAND, Elizabeth. *A feminist perspective in the academy: The difference it makes.*, University of Chicago Press, Chicago, 1983, p. 110.

Otra institución del patriarcado es la que yo llamo la historia robada. ¿Se han preguntado alguna vez por qué la Historia con “H” mayúscula no ha registrado los aportes y violaciones a los derechos humanos de las mujeres? ¿Será que las mujeres no hemos hecho nada digno de registrarse en los anales de la historia? ¿O será que en esta disciplina también hay un sesgo androcéntrico que ha tenido como consecuencia el que generalmente se ha registrado sólo aquello que los hombres han considerado suficientemente importante como para llamarse “hechos históricos”? Al respecto nos dice Gerda Lerner: “Al igual que los hombres, las mujeres son y han sido siempre, actoras y agentes en la historia. Ya que las mujeres son la mitad o más de la mitad de la humanidad, siempre han compartido el mundo y sus trabajos en iguales partes con los hombres. Las mujeres son y han sido parte central, no marginal, de la formación de la sociedad y de la construcción de la civilización. Las mujeres también han compartido con los hombres la preservación de la memoria colectiva, que conforma el pasado en la tradición cultural, provee el vínculo entre generaciones, y conecta el pasado con el futuro. Esta tradición oral

se mantuvo viva en la poesía y el mito, que tanto hombres como mujeres crearon y preservaron en el folklore, el arte y los rituales.”<sup>5</sup>

Entonces por qué persiste esa idea de que las mujeres no hemos “hecho historia” excepto por algunas grandes reinas u otras grandes mártires, o madres de reyes o mártires. La misma autora nos dice:

“Hacer Historia con “H” mayúscula para diferenciar esta Historia registrada e interpretada, de la historia que no está escrita o al menos no oficialmente.) [...] es una creación histórica que data de la invención de la escritura en la antigua Mesopotamia. Desde el tiempo de las listas de los reyes de la antigua Sumeria en adelante los historiadores tanto sacerdotes, sirvientes reales, empleados, clérigos o una clase profesional de intelectuales universitarios, han seleccionado los hechos que serán registrados y los han interpretado de modo de darles comprensión y significado. Hasta en el más reciente pasado, estos historiadores han sido hombres, y lo que ellos han registrado ha sido lo que los hombres han hecho, han experimentado y han encontrado importante. Lo han llamado Historia y han proclamado su universalidad. Lo que las mujeres han hecho y experimentado no ha sido registrado, ha sido descuidado e ignorado en su interpretación.

Los estudios históricos, hasta el más reciente pasado, han visto a la mujer marginada del desarrollo de la civilización e innecesaria para aquellos logros definidos como de histórica importancia. Por lo tanto, el expediente registrado e interpretado sobre el pasado de la humanidad es sólo un expediente parcial, en cuanto a que omite el pasado de la mitad de la humanidad, y es distorsionado, en cuanto a que relata la historia desde el punto de vista sólo de la mitad masculina de la humanidad. Para contradecir este argumento, se dice que grandes grupos de hombres, posiblemente la mayoría, han sido también eliminados del registro histórico, a través de las interpretaciones prejuiciadas de intelectuales que representan la preocupación de pequeñas élites gobernantes. Un error no cancela otro; ambos errores conceptuales requieren ser corregidos. Sin embargo, hay una diferencia entre ambos errores: a medida que los antiguos grupos subordinados tales como: campesinos, esclavos, proletarios se han elevado a posiciones de poder -o al menos, han sido incluidos en el discurso del poder- sus experiencias han llegado a formar parte del expediente histórico. Esto es, las experiencias de los hombres de esos grupos, porque

---

<sup>5</sup> Gerda Lerner, *The origins of patriarchy*, Oxford University Press, New York, 1986, p. 2 6 Ibid. p.3

las mujeres fueron, como siempre, excluidas. El punto es que tanto los hombres como las mujeres han sufrido discriminación según su grupo, pero ningún hombre ha sido excluido del expediente histórico a causa de su sexo mientras que todas las mujeres lo han sido a causa del suyo.”

#### **4. Las perspectivas género-sensitivas**

Una de las principales características del patriarcado es pues que es androcéntrico: centrado en el hombre.

Una cultura androcéntrica es una cultura en la que el hombre y todo lo relacionado con lo masculino es el punto de partida, es el ángulo desde donde se miran y evalúan todas las cosas. Cuando las cosas se ven desde esa perspectiva, el hombre es visto como lo esencial o central a cualquier actividad y lo masculino es el referente de lo humano. Cuando el hombre es el modelo de ser humano, todas las instituciones creadas socialmente responden principalmente a las necesidades sentidas por el varón o, cuando mucho, a las necesidades que el varón cree tienen las mujeres. Cuando el hombre es sentido como representante de la humanidad toda, todos los estudios, análisis, investigaciones, narraciones y propuestas se enfocan desde la perspectiva masculina únicamente, pero esta perspectiva no es sentida como una perspectiva masculina sino como una no perspectiva, como un hecho totalmente objetivo, universal, imparcial. En virtud del androcentrismo, los resultados de las investigaciones, observaciones y experiencias que tomaron al hombre como central a la experiencia humana, son tomados como válidas para la generalidad de los seres humanos, tanto hombres como mujeres.

El concepto de perspectivas género sensitivas se basa en el reconocimiento de que en toda explicación de la realidad está presente una perspectiva y que históricamente, las perspectivas que han dominado son aquellas que parten del punto de vista masculino. Es así que en la gran mayoría de los casos, las diferentes perspectivas sobre la realidad son perspectivas androcéntricas y por ende no han tomado en cuenta ni los puntos de vista ni las experiencias de las mujeres, lo que ha resultado en la invisibilización de las violaciones cotidianas a sus derechos humanos así como en la infravaloración de sus necesidades como humanas y por ende en una construcción de la igualdad que tiene como referente al hombre.

Las perspectivas género-sensitivas o perspectivas de género como se les dice más comúnmente, no pretenden sustituir la centralidad del hombre con la centralidad de la mujer en un análisis. Pretenden poner las relaciones de poder entre hombres y mujeres en el centro de cualquier análisis e interpretación de la realidad.

Con ello se tendrá una visión más realista de cualquier fenómeno que se esté analizando o investigando porque esas relaciones de poder entre los sexos son realmente centrales en la experiencia humana. Las perspectivas androcéntricas no han tomado en cuenta estas relaciones de poder o las han marginado a tal punto que su visión o explicación del fenómeno que sea se ha visto parcializado, incompleto o tergiversado.

Las perspectivas género-sensitivas son pues, aquellas que visibilizan los distintos efectos de la construcción social del género y ponen en descubierto cómo el hombre y lo masculino son el referente de la mayoría de las explicaciones de la realidad en detrimento de las mujeres y de los valores asociados con lo femenino, al tiempo que sugieren nuevas formas de construir los géneros que no estén basadas en la desigualdad. Es importante, sin embargo, reconocer que el desarrollo de estas nuevas perspectivas es un proceso que

evoluciona con la adquisición del conocimiento y la comprensión cada vez más profunda de cómo las mujeres somos socializadas para la subordinación y los hombres para la dominación.

Es claro entonces que para construir una real igualdad entre hombres y mujeres y por lo tanto una real democracia con justicia para todas las personas, tenemos que conocer mejor y más profundamente cómo y qué efectos tiene en nuestras vidas y en nuestra manera de entender el mundo, la construcción social del género y la forma como esto nos hace ver la realidad. Empecemos por nosotras/os mismas/as. Les aseguro que no se arrepentirán.

## **Lectura 2**

# **Adios al Patriarca**

Rodrigo Jiménez

La sociedad patriarcal con toda su estructura de poder y opresión basada en un sexismo deshumanizado, violador de todos los derechos humanos, debe de desaparecer y decir adiós al patriarca.

La búsqueda de esquemas más humanos donde se mantengan diferencias sutiles entre los sexos y se refuerzan las semejanzas de los hombres y las mujeres logrará una sociedad más solidaria y respetuosa de los derechos humanos.

El paso ya se ha dado, el movimiento feminista cada día concientiza a más hombres y mujeres de la necesidad de una sociedad más justa, exenta de violencia y relaciones de poder.

Este es el momento en que nosotros los hombres digamos adiós al patriarca y comprendamos mejor nuestras emociones y desechemos las actitudes sexistas de la construcción de la masculinidad en la sociedad patriarcal. Esto nos permitirá conocernos mejor como seres humanos y eliminar los temores y actitudes violentas de los roles sociales establecidos.

La virilidad se construye, por ende no es natural y no es fácil para un hombre lograrla. Requiere trabajo y esfuerzo; en algunos casos se debe pagar muy caro por medio de pruebas, demostraciones y deberes.

la fabricación de la masculinidad exige al hombre desplegar su fuerza, la valentía, la inteligencia, la racionalidad y la creatividad características determinantes para construir la masculinidad. Lo difícil es tener estas características cayendo como dice Elizabeth Badinter en una trampa donde el hombre “el dominante es dominado por su dominación”.

Esta institucionalización del poder crea al hombre ideal del modelo patriarcal como el reflejo de todo ser humano de lo universal.

Este modelo de lo perfecto, lo justifica la sociedad patriarcal en la dualidad de sexos bajo dos corrientes, las semejanzas y las oposiciones, reafirmando la superioridad del hombre. Todo ello conlleva a la distinción de derechos y obligaciones entre ambos sexos. Esto se refleja claramente en el Derecho de Familia donde la mujer tiene todas las obligaciones de guarda y crianza de los hijos (as) y el hombre las de proveedor de la familia. El hombre dueño de lo público y la mujer cuando le conviene al hombre dueña de lo privado.

Las corrientes diferencialistas de las oposiciones que parten de las características biológicas, lo genital y hormonal, justifican las actitudes “masculinas”. Es por ello, conforme a los diferencialistas que el hombre es poco afectivo, abusivo, audaz, sexual, fuerte, explosivo, y dominante. Esto le da derecho de agredir a sus compañeras, tomar las decisiones del hogar, tener más accidentes de tránsito y de trabajo, tener peleas callejeras e hijos fuera de la relación de pareja.

Estas teorías pierden validez con los estudios antropológicos de la construcción de la masculinidad. No existe un modelo masculino universal tal y como nos han querido hacer creer en la ideología patriarcal, válido para cualquier lugar y momento. Es clara la multiplicidad de modelos de masculinidad según la época, clase social, religión, etnia, edad y condición física.

Es así como los hombres de la polinesia estructuran sus relaciones sociales basadas en el género, diferente al hombre del mediterráneo. Los hombres del siglo XVII no serán tan masculinos para los hombres del siglo XX. El hombre con una discapacidad no es tan masculino para el hombre sin ella. El niño de la calle no verá tan masculino al niño de las clases altas. Estos roles se construyen, y por lo tanto se pueden modificar.



La construcción de la masculinidad es social y se inicia desde el momento del nacimiento. El niño nace y la sociedad empieza a verlo fuerte y darle las supuestas características masculinas.

Posteriormente la comunicación y socialización estará dirigida a la creación de este macho ideal. Es así como seremos distantes, poco efectivos y reprimiremos las emociones. El niño en sus primeros meses de vida bajo la institución de la maternidad desarrolla una relación íntima con su madre, el padre debe estar distante y poco expresivo. Es así como la mujer transmite todos los valores y comportamientos femeninos de ternura, sensibilidad y cariño.

La sociedad patriarcal exige para romper con la identificación con la madre el desarrollo de actitudes defensivas de socialización bajo un proceso de oposiciones, debiendo comportarse todo lo contrario a lo que aprendió en sus primeros años de vida. Reprimiendo afectos, emociones, ternuras y sensaciones por el temor a ser señalado y excluido socialmente.

Cada sociedad ha estructurado ritos, mitos y comportamientos para iniciar esta construcción como lo es: la separación madre-hijo, la circuncisión, relaciones fálicas, tratos crueles, segregación sexual, pedagogía homosexual, relaciones sexuales traumáticas, etc.

Todos estos comportamientos, ritos y mitos repercuten en el niño al sentirse agredido por el padre y abandonado por la madre. El hombre a través de toda su vida deberá probar su masculinidad. En las diferentes etapas de la vida deberá buscar ese ideal de hombre inexistente. El costo social e individual es muy elevado accidentes de tránsito y de trabajo por su audacia, carencias afectivas por su inestabilidad, privaciones de libertad por su agresividad y necesidad de encontrar recursos, soledad por la falta de comunicación y autosuficiencia, estrés y muertes prematuras por ser el principal proveedor.

Si bien es cierto el hombre paga una factura, la mujer hipoteca su vida al hombre, convirtiéndose en la principal víctima de esta sociedad patriarcal.

Toda esta construcción hace que el hombre no se concilie como ser humano. Reprima sus sentimientos, resienta el abandono y la agresión y se sienta confuso de lo que desea y lo que la sociedad espera de él. Su identidad masculina no la adquiere de su padre distante y ausente sino de la socialización los juguetes, cuentos, series de televisión, juegos electrónicos, etc.

Creyéndose merecedor, de que toma y no da nada a cambio. Que debe desarrollar aptitudes y actitudes que en muchos casos no tiene: ser competitivo, seguro de si mismo, fuerte, insensible, proveedor, agresivo, independiente, sin emociones, sin compromisos, sin feminidad, sin afecto, exitoso, digno de admiración, independiente, sin ataduras, etc.

Para construir una masculinidad más humana se deben de realizar varias acciones:

- Concientizarse de que los roles y estereotipos sociales son creados por la sociedad patriarcal. Todo ello respondiendo a una sociedad de privilegios para el hombre e irrespetuosa de los derechos humanos.
- Eliminar estos roles y paradigmas, expresando nuestro propio sentir y creando formas más justas, solidarias y respetuosas de los derechos humanos para relacionarnos.
- Valorizar socialmente las características femeninas como parte de la identidad de todo ser humano. La mujer debe estar orgullosa de sus valores femeninos y el hombre a su vez

romper ese temor de vivir su feminidad, sentirla, expresarla y disfrutarla, con la valorización que merece.

- Romper el monopolio de las características masculinas y aceptar que aquellas están presentes tanto en el hombre como en la mujer.

- Iniciar la revolución paternal, donde el hombre aprenda a desarrollar su paternalización ocupándose más de sus hijas (os) con la proximidad e intensidad. Para ello debe estructurarse relaciones de pareja sin estratificaciones de poder y roles que permita a ambos desarrollar las mismas actividades como parejas y en la relación con sus hijos. Es así como el niño y la niña aprenderán las características de su masculinidad sin tanto dolor y violencia.

El hombre debe decirle adiós al patriarca, romper ese temor o miedo, conciliarse consigo mismo coexistiendo internamente con lo masculino y femenino, elementos complementarios de todo ser humano que variarán conforme a cada uno o una. Cada ser humano manejará su dualidad a su manera, exteriorizando sus semejanzas y sus diferencias sutiles.

## **Lectura 3**

# **Las Interpretaciones del Derecho**

**Ana Elena Obando M.**

### **Introducción**

La doctrina de la sociología del derecho, ha ido generalizando la idea de que el derecho no es un mero ente neutral en el proceso de constituir las divisiones sexuales que se han ido creando en la sociedad. El derecho tiene una fuerza constitutiva, una cierta capacidad para crear realidades sociales.<sup>6</sup>

Las categorías que establece el derecho para distinguir entre los diversos actores sociales o sujetos de derecho, ayudan a construir una sociedad de sujetos con poderes, competencias, derechos, privilegios y prerrogativas diferentes y en consecuencia, con accesos diferenciados a los mecanismos de poder y a los recursos de la sociedad.

Los contenidos de las normas pueden influir en las conciencias, es decir, pueden afectar cómo la gente percibe y evalúa la realidad y viceversa. Por otro lado, el derecho induce a determinadas prácticas, entre otras formas, mediante el acatamiento de las normas, que puede terminar condicionando la forma de ver y evaluar el mundo de quienes incurrir en ellas.

Las prácticas que se originan en el proceso de elaboración, interpretación y aplicación de las normas relativas a los comportamientos esperados de hombres y mujeres, afectan la forma en que las personas construyen su visión de cuál es el lugar y el comportamiento apropiado para ambos sexos en esta sociedad. Lo que hagan y digan las y los funcionarios de la administración de justicia en ese proceso, es parte de la dinámica de producción y reproducción de los actos de discriminación que afectan a mujeres y hombres.

---

<sup>6</sup>Ver entre otros, Correas, Oscar. *Crítica de la Ideología Jurídica: Ensayo socio semiológico*. UNAM, México, 1993; Rivera, Efrén. *Derecho y Subjetividad*. Ponencia presentada en el Seminario sobre el mismo tema celebrado en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati. España, 1994.

Las ciencias tradicionales tales como el derecho, han iniciado sus análisis, propuesto sus doctrinas y elaborado las normas partiendo de las experiencias de quienes han tenido el poder de decidir y definir. Esto significa, que mayoritariamente se han planteado y han respondido a aquellos conflictos que son problemáticos desde la experiencia social de cierto tipo de hombres (blancos, occidentales, mayores de edad, sin discapacidades visibles, heterosexuales, de clase alta, etc.).

En consecuencia son las necesidades y conflictos de este tipo de hombres los que están codificados por el derecho y por ello el modelo o paradigma de la mayoría de las leyes y sus interpretaciones sigue siendo el varón.<sup>7</sup>

Es decir, el derecho ha sido parte de la hegemonía cultural que los hombres poseen en nuestra sociedad. Esto significa que la forma de ver la realidad social por parte del grupo hegemónico es aceptada como normal y como parte del orden natural de las cosas, aún por aquellas personas que están subordinadas a ellos.

De esta forma, lo que ha parecido problemático y por lo tanto importante de legislar desde las perspectivas de las experiencias de las mujeres no siempre ha parecido problemático desde las perspectivas de las experiencias de los hombres. Ejemplo de ello es el trabajo doméstico no remunerado, la violencia doméstica, la desigual distribución de las responsabilidades familiares, etc., que cuando se han pretendido legislar o juzgar, no se han visto como problemas sociales que afectan a todo el país, sino como problemas específicos y aislados que individualmente sufren "algunas mujeres".

Como el derecho no es un ente neutral, la mayoría de los códigos y leyes están permeados de una perspectiva parcial (hecha y pensada por cierto tipo de hombres) que por siglos se ha proclamado como una perspectiva neutral y universal o válida en cualquier tiempo y para cualquier ser humano. Prueba de ello, son los resultados discriminatorios de la aplicación e interpretación de las normas que develan que dicha perspectiva tiene un referente o modelo en donde entran muy pocos.

¿Significa ello que toda escogencia de método de interpretación de las normas está permeada de una perspectiva aparentemente neutral, que esconde un modelo de ser humano y una visión de mundo parcial ?

### **De ideologías y métodos**

Hoy en día, la doctrina jurídica hace referencia a una pluralidad de métodos de interpretación, los cuales en última instancia responden a las concepciones ideológicas de quienes crean, interpretan y aplican el derecho. Ya nadie cree, como dice Bobbio<sup>8</sup>, que las operaciones que realiza el o la jueza para interpretar el derecho son operaciones lógico mecánicas de deducción de ciertas conclusiones a partir de determinadas premisas. Es más, cada vez se da mayor atención a la presencia, consciente o inconsciente, de los juicios de valor en el proceso de interpretación.

Así entonces, según sea la concepción del derecho que se utilice y el resultado que se pretenda obtener, se adoptará este o aquél método de interpretación. No por casualidad, la concepción positivista de la ciencia jurídica como independiente de consideraciones de tipo sociológico, económico, axiológico, etc., determinó que se aplicaran e interpretaran las normas en forma silogística.

---

<sup>7</sup>Facio, Alda. Cuando el Género Suená Cambios Trae: metodología para el análisis de género del fenómeno legal. ILANUD, San José, C.R., 1992.

<sup>8</sup>Bobbio, Norberto. El Problema del Positivismo Jurídico. Editorial Universitaria, Bs.As., 1994, pág. 28.

Por muchos años se ha negado la función creadora de los y las juezas, como si la interpretación se tratara de una tarea técnica y no política, o como si para cada caso solo existiese una sola interpretación dogmáticamente correcta. Hoy sabemos, que la interpretación implica valoración, elección y decisión y que quienes interpretan son simples seres humanos cargados de valores ideológicos y culturales. Hasta la misma filosofía del derecho contemporánea ha reconocido que el empleo de los llamados “métodos de interpretación” presupone posturas valorativas.

Aún cuando pensáramos que los y las juezas creen “que su deber es aplicar las normas jurídicas positivas con total independencia de su valor moral, asumen de cualquier modo una postura moral basada en el principio pseudo-positivista de que cualquier derecho positivo es moralmente obligatorio”.<sup>9</sup>

Por eso cuando nos preguntamos, ¿cuál es el método correcto que podríamos utilizar para indagar y atribuir el sentido y el significado de las normas? Primero debemos responder: ¿de cuál corriente filosófica-jurídica estamos partiendo para definir e interpretar el derecho? Segundo, debemos analizar si esta corriente es androcéntrica o centrada en la perspectiva masculina. Y tercero, debemos tener presente que aún no se han creado métodos de conocimiento idóneos para captar la naturaleza íntegra del derecho, pues las mismas concepciones sitúan al derecho en dimensiones diferentemente valoradas y separadas.

Pareciera difícil crear un único método de tal naturaleza que considere el modelo político, social y económico que el derecho establece, las instituciones y normas para regular la sociedad que el derecho legitima y crea y el tipo de relaciones entre hombres y mujeres que éste impulsa.<sup>10</sup>

Sin embargo, la teoría de la experiencia jurídica trata de unir diversas concepciones jurídicas y deja abierta la entrada a nuevas concepciones y metodologías jurídicas.

Esta doctrina establece que “el Derecho más que un objeto de la actividad del ser humano, es la actividad humana misma en el seno de las relaciones sociales; es decir, el Derecho es una constante creación humana difícilmente reducible a uniformidad y a criterios taxativos de ordenación”.<sup>11</sup>

Una manifestación de esta doctrina es la teoría tridimensional del derecho<sup>12</sup>, que considera que en el derecho confluyen tres dimensiones indisolublemente relacionadas: norma (dimensión normativa), hecho social (dimensión fáctica o sociológica), y valor jurídico (dimensión valorativa o axiológica).

Esto significa que el derecho se manifiesta como regla o norma reguladora de la conducta del ser humano en sociedad. A la vez dichas normas se originan en condiciones socio-económicas, generadoras de necesidades a las que la norma trata de satisfacer. Y finalmente, el sentido de las normas es la realización de valores en el contexto social, tales como la seguridad jurídica, la justicia, la libertad y la igualdad.

---

<sup>9</sup>Nino, Carlos. Algunos Modelos Metodológicos de Ciencia Jurídica. Universidad de Carabobo, Venezuela, 1993, pág.97.

<sup>10</sup>Para una concepción del derecho como expresión de un diseño de sociedad patriarcal, ver artículo de este mismo capítulo denominado “Sistema Patriarcal, Género y Derecho”, de Lorena Fries y Verónica Matus.

<sup>11</sup>Soriano, Ramón. Compendio de Teoría General del Derecho. Editorial Ariel, Barcelona, 1986, págs. 11-14.

<sup>12</sup>Miguel Reale en su dos obras de 1968, “Teoría Tridimensional do Direito” y “O Direito como experiencia” fue quien elaboró las bases metodológicas de la concepción tridimensional.

Cualquier explicación que pretenda ser integral, debe contemplar al menos estas tres dimensiones. “Cualquier análisis que se limite a observar solo alguna de sus dimensiones constituirá un vulgar reduccionismo de la problemática jurídica que no permitirá su entera comprensión”.<sup>13</sup> Por lo tanto, cualquier método de interpretación que se fundamente en solo una de las anteriores dimensiones, dará como resultado un análisis parcial.

Ahora bien, ¿en cuál de las dimensiones de la teoría tridimensional podríamos ubicar las relaciones desiguales entre hombres y mujeres así como los modelos de mujer y hombre que el derecho pretende legitimar?

Yo diría que en todas, porque las normas regulan conductas de mujeres y hombres que a la vez parten de concepciones estereotipadas de lo que debe ser cada sexo en los diferentes contextos socio-económicos, y son esos supuestos ideológicos y culturales los que a la vez dan contenido a los valores de la igualdad, justicia y libertad, entre otros. Es más, dependiendo precisamente de cuál sea el contenido que se le de a esos principios, el derecho podrá convertirse en un instrumento para el cambio social o en un obstáculo para el empoderamiento de la mitad de la población mundial.

Ahora bien, para hablar de interpretación debemos partir de supuestos reales, tales como que “nunca existe una única interpretación correcta, definitiva y válida para todos los casos y en cualquier momento”<sup>14</sup>, afirmación contraria a lo establecido por quienes han pretendido universalizar el método científico como mecanismo válido para todas las ciencias.

Si partimos de la complejidad de los intereses en conflicto y del conflicto mismo y pensamos en las distintas soluciones, argumentaciones y valoraciones para un caso basadas en la justicia o la equidad, no solo cuestionamos el racionalismo científico sino que además empezamos a reconocer la existencia de las diferencias entre mujeres y hombres que puede ser develada a través de la pluralidad metodológica o de un método más holístico.

A diferencia de los y las científicas empíricas o naturales, a la jueza o el juez, le corresponde investigar objetos (normas) que son parte de su ser y de su comportamiento; es más, la misma creación de las normas se realiza bajo supuestos de conductas humanas y por ello no son objetos independientes de quien las interprete. Las normas o el objeto “está compenetrado de valores culturales e ideológicos al igual que el investigador mismo. De esa forma, el sujeto cognoscente y el objeto conocido ostentan una misma naturaleza social, cultural y humana”.<sup>15</sup>

Entender lo anterior es clave para la crítica de los criterios tradicionales de interpretación que luego veremos.

No podemos pretender despojar de sus concepciones ideológicas a quienes interpretan, pero si les podemos exigir como límite de actuación que estén concientes de sus prejuicios de clase, de raza, de sexo, de edad, etc. al momento de realizar la interpretación para no imponer sus propios criterios personales como si estos fueran objetivos y neutrales.

---

<sup>13</sup>Manavella, Carlos. Curso de Derecho Ambiental. Universidad para la Cooperación Internacional. UCI, Facultad de Derecho (texto aun sin publicar), 1998, pág. 26.

<sup>14</sup>Idem., pág. 281.

<sup>15</sup>Jiménez Meza, Manrique. La pluralidad científica y los métodos de interpretación jurídico constitucional. Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, San José, C.R., 1997, pág. 33.

En teoría, quien interpreta las normas, no puede utilizar criterios en forma arbitraria, y se supone que sus decisiones serán responsables y sus límites “rationales”. Pero si las mismas leyes no ordenan los criterios a utilizar y dejan un margen discrecional muy amplio a quien interpreta, ¿cuáles criterios deberá seguir el o la juez/a?

Según Soriano<sup>16</sup>, en la teoría kelseniana todos los criterios gozan de una misma validez y “la identificación del criterio más justo es una cuestión ideológica, irreductible a términos científicos, que puede deparar una diversidad de alternativas todas ellas legítimas, porque la referencia al valor 'justicia' está siempre afectada al subjetivismo del intérprete”.

Pero recordemos que las concepciones occidentales europeas, judeo-cristianas, tradicionales sobre la justicia y el derecho, han estado basadas en una paradigma mecanicista, abstracto, universal, distributivo y masculino. Producto de dicho modelo, el derecho y la justicia han sido analizadas como separadas de las relaciones y las instituciones sociales, de las realidades concretas de la vida social, y de las experiencias de conexión y comunidad.<sup>17</sup>

Como resultado de esta perspectiva androcéntrica, las relaciones entre las estructuras de opresión y dominación no han sido sistemáticamente analizadas, dejando por fuera las experiencias de las mujeres.

Por eso, es importante rescatar de otras disciplinas de las ciencias sociales principios básicos<sup>18</sup> utilizados para métodos de investigación que no excluyan las experiencias de ningún ser humano, y que por lo tanto comprenden varias dimensiones en una forma más integral. De dichos principios podríamos aplicar los siguientes a la interpretación del derecho, a saber:

- < La necesidad de tomar en cuenta la realidad, es decir la desigualdad entre los seres humanos, concretamente entre mujeres y hombres, como una característica básica de la vida social.
- < La necesidad de saber que quien interpreta es en sí misma una construcción social, es decir, es el producto de los discursos sociales, históricos y culturales que van mas allá del control individual.
- < La necesidad de estar conscientes que toda metodología implica una forma de ver de la realidad y que no existe una verdad universal sobre la realidad.
- < La necesidad de cuestionar la falsa objetividad que asume que el sujeto (quien interpreta) y el objeto (norma) están separados entre sí y que las experiencias personales son ajenas.
- < La preocupación por las implicaciones éticas de la interpretación y el reconocimiento de que las personas, especialmente las mujeres, no somos objetos del conocimiento.
- < La necesidad de develar y exponer las diferentes creencias y aspectos de la sociedad, especialmente las ideologías, que limitan la libertad humana y mantienen el *status quo*.

### **De la necesidad de interpretar**

---

<sup>16</sup>Soriano, op. cit., págs. 160-61.

<sup>17</sup>Young, Iris. *Justice and the Politics of Difference*. Princeton University Press, Princeton, NJ, 1990.

<sup>18</sup>Weisberg, Kelly, Ed. *Feminist Legal Theory: Foundations*. Temple University Press, Philadelphia, 1993, pág. 529.

Si bien es cierto que la aplicación de las normas requiere de una previa interpretación, ¿se hace siempre necesario interpretar? Veamos algunas de las razones doctrinarias que hacen de la interpretación un paso necesario en el proceso de aplicación de las leyes<sup>19</sup>:

- ⟨ La doctrina antigua sostenía que sólo las normas oscuras o contradictorias necesitaban aclaración hermenéutica. El principio clásico *in claris not fit interpretatio* hoy en día es rechazado a nivel doctrinal y judicial porque cualquier norma, por su misma complejidad, requiere ser interpretada. Es decir, aunque nos encontremos ante un texto menos problemático, si este contradice la finalidad de la institución a la que debe servir, o va en contra de la equidad o provoca consecuencias socialmente inadmisibles, es necesario interpretarlo.
- ⟨ La mayoría de los conceptos jurídicos no están definidos en las leyes y si están definidos pueden aparecer incompletos o equívocos, o pueden ser utilizados en varias leyes o en la misma con diferentes sentidos.
- ⟨ Las leyes, contienen principios y líneas de regulación generales cuyo sentido es valorado por quien interpreta, supuestamente en función de las características del caso concreto.
- ⟨ El lenguaje que utilizan las normas, además de ser generalmente sexista,<sup>20</sup> tiene significados que varían según las circunstancias particulares, el contexto del discurso, la posición de la frase, el acento de la palabra y la concepción ideológica de quienes crearon e interpretan las normas.
- ⟨ La interpretación se considera hoy en día como una etapa interaccionada aunque diferenciada y autónoma del proceso de creación y aplicación de la normas.

### **Los criterios de interpretación jurídica**

El hecho de que actualmente reconozcamos que toda interpretación pasa por el tamiz ideológico de quien interpreta, no significa que el derecho no haya esbozado una serie de criterios a seguir que aspiraban a interpretaciones “racionales y justas” para generar una cierta seguridad jurídica.

El derecho no opera en forma neutral, ahistórica, o independientemente de las relaciones de poder que subyacen en la sociedad. Detrás del discurso racional que aparece como neutral, se han escondido verdades que han ayudado a mantener las jerarquías de poder o las formas desiguales en que las sociedades han estado organizadas en términos de clase, raza/etnia y género, por mencionar algunas de las estructuras de opresión de nuestras sociedades. Por eso es importante contextualizar estos criterios históricamente e ir determinando como han variado o no las concepciones del derecho y con ellas sus métodos de interpretación.

La Escuela de la Exégesis francesa y la Escuela Histórica alemana emitieron en el siglo XIX cuatro criterios tradicionales fundamentales -gramatical, lógico, histórico y sistemático- que aún hoy en día siguen siendo utilizados por muchos de los tribunales en América Latina. Sin embargo, la teoría actual de la interpretación resalta los criterios modernos

---

<sup>19</sup>Ver al respecto, Martínez Roldán, Luis y Fernández Suárez, Jesús. Curso de teoría del Derecho y metodología jurídica. Editorial Ariel, Barcelona, 1994, pág. 280.

<sup>20</sup>Para mayor claridad de la relación entre lenguaje y derecho, ver el artículo de Yadira Calvo de este capítulo.



posteriores teleológico y sociológico en el marco de una interpretación evolutiva de la norma, pero sin abandonar del todo el alcance normativo del texto y su espíritu.<sup>21</sup>

#### **a) El criterio gramatical o literal**

Este criterio o método parte del supuesto de que la norma es ante todo una expresión lingüística y que quien la interpreta debe examinar el significado de los términos en ella contenida. Es decir, se debe hacer referencia a directrices literales o filológicas y sintácticas de la norma jurídica. De lo que se trata entonces, es de analizar el significado y valor de las palabras empleadas en la ley, la sintaxis de ésta, los signos de puntuación, etc., para llegar a aprehender el verdadero sentido de la norma jurídica según la intención del legislador.

Quienes legislan y quienes aplican la legislación son personas de carne y hueso cargadas de prejuicios y con múltiples perspectivas sobre el mundo, las personas y las cosas. De ahí que muchas de las expresiones jurídicas que emanan del Poder Legislativo, sean ambiguas (varios significados posibles), vagas (ofrecen dificultad a la hora de identificar todos los objetos incluidos en la palabra), o formuladas en juicios sintácticamente incorrectos con criterios muchas veces excluyentes del género femenino.

#### **¿Qué se puede hacer ante las anteriores dificultades según este método?**

En primer lugar<sup>22</sup>, se ha establecido que si un término tiene varios significados posibles, quien interpreta debe elegir según la finalidad y razón de ser de la norma en función de la materia a que ésta se refiere.

No debemos olvidar que, tanto la elección de quien interpreta como la finalidad y razón de ser de la norma, se enmarcan en circunstancias históricas y sociales del momento de su génesis y del momento de su aplicación y que las personas envueltas en el proceso de creación e interpretación hacen uso de su propia jerarquía de valores según su clase, sexo, credo, raza y doctrina jurídica a la que se adhieren.

En segundo lugar, la relación sintáctica puede desarrollar varias funciones, de las que dependerá uno u otro sentido de la frase y la colocación de una coma puede hacer cambiar el sentido de la expresión.

Acá deberíamos observar si esa relación sintáctica desarrolla una función discriminatoria respecto a las mujeres; es decir si se construyó con criterios excluyentes que dejan de lado a quienes se encuentran en posición de subordinación en la sociedad.

En tercer lugar, el término puede admitir un uso técnico o vulgar. Se puede elegir en principio el vulgar, pues la norma se dirige a la generalidad de las personas y se supone que la intención de quien legisla es que todas las personas entiendan las leyes.

Aunque se supone que se legisla para que todas las personas entiendan las leyes, la realidad dice otra cosa. La mayoría de los textos legales son complicados y poco entendibles para el común de las personas. Esto hace que quienes conocen su uso técnico se coloquen en una posición de mayor ventaja y poder frente a aquellos que no la conocen.

---

<sup>21</sup>Estos criterios aparecen explicados en varios de los tratados sobre teoría general del derecho. Su síntesis es producto de obras como las de Ramón Soriano, Luis Martínez Roldán, Carlos Nino, y Genaro Carrió.

<sup>22</sup>Idem., págs. 167-68.

En cuarto lugar, quien interpreta puede encontrarse ante la situación de elegir entre el significado antiguo del término, es decir, al correspondiente cuando se promulgó la norma o al significado actual según la evolución semántica y el fin que persiga la norma.

Y en este punto nos deberíamos preguntar: ¿Es posible saber exactamente cuál fue el significado que se le dio al término cuando se elaboró? ¿Cuántos intereses, grupos e ideologías jugaron en la dinámica de la creación de las leyes? ¿Es el fin de la norma no discriminatorio?

Este método o criterio responde al apego del texto de la ley producto del proceso de codificación y de las ideas de la racionalidad y coherencia de las leyes que impulsó el cientificismo jurídico. La idea era que la ley hablara a través de quien la interpretaba y no que el o la jueza crearan el derecho. Esta presentación de la interpretación como un proceso formal, lógico, mecánico, ahistórico y abstracto es precisamente uno de los mecanismos que el derecho tiene para ocultar las divisiones sexuales que crea y para irse configurando, no ya como un producto de las relaciones sociales, sino más bien como un modelo en función del cual se conjugan las acciones humanas.

Por ello, cuando estamos frente a los significados de las normas, sean estos antiguos o actuales, deberíamos estar concientes que la realidad social, política y económica no está separada del contexto y momento en que se elaboran y crean las normas y que la operación mecánica en la interpretación solo viene a reforzar el paradigma androcéntrico.

Bajo un paradigma centrado en una perspectiva masculina será difícil visibilizar si el fin de la norma puede ser o no discriminatorio o si la interpretación puede tener resultados discriminatorios. Pensemos por ejemplo en el significado que se le ha dado al delito de violación como acceso carnal en la mayoría de los códigos penales latinoamericanos y a la interpretación que se le da al término acceso carnal como penetración.

¿Dónde quedan todos los otros actos violatorios de la integridad física, sexual y psicológica que no implican necesariamente acceso carnal o penetración pero que sí podrían calificarse como una violación? ¿Porqué se tutela la honestidad, el honor y las buenas costumbres y no la integridad personal o la libertad sexual?

La interpretación gramatical puede permitir la reproducción de los modelos de hombre y mujer que el derecho crea y refuerza. Al tutelarse el honor o las buenas costumbres no se pretende proteger la vida e integridad de quienes son violadas sino mas bien el honor del hombre “ofendido” o las buenas costumbres familiares o sociales. Al mismo tiempo el derecho deja de sancionar una serie de actos violatorios hacia las mujeres, lo que significa que el método no es objetivo, neutral y mucho menos desligado de la subjetividad de quien interpreta.

Cuando la creación de las normas se realiza bajo una perspectiva parcializada que sólo toma en cuenta los intereses de un grupo y que lleva implícita la perspectiva androcéntrica, difícilmente el criterio gramatical podrá ir mas allá del “espíritu” de la norma y eso es parte de la coherencia patriarcal que se espera. Aquí no cabe cuestionarse cómo los estándares y conceptos legales ponen en desventaja a las mujeres.

Un método tan rígido y mecánico que coarta la discrecionalidad de quienes interpretan, que sólo enfatiza la dimensión normativa del derecho, y que trata de aislar el acto interpretativo y a quien interpreta de las relaciones concretas de la vida social, puede ser fácilmente utilizado para legitimar y reconstruir un sistema desigual.

### b) El criterio lógico-conceptual

Si el análisis de las palabras no conduce a resultados satisfactorios o si ya se ha fijado el texto de la norma, quien interpreta, debería extraer su significado investigando la razón de ser o motivo de la norma (*ratio legis*), es decir la finalidad que tuvieron quienes legislaron así como la *occasio legis*, o las circunstancias particulares que determinaron el dictado de la misma. Este es un método que podríamos llamar analítico-sintético, pues la idea es desglosar los elementos o partes de la norma para después reconstruirlos alrededor de conceptos y principios jurídicos comunes y obtener un entendimiento integral de la norma.

Asimismo, se recomienda investigar los antecedentes parlamentarios para aclarar el pensamiento y la intención de quienes promulgaron las normas.

Este método aconseja seguir ciertas reglas lógicas creadas por el derecho, tales como “donde la ley no distingue, nosotros no debemos distinguir”. Algunas reglas lógicas establecidas por la doctrina<sup>23</sup> y no siempre aplicables porque argumentos más fuertes las invalidan, son las siguientes:

- ⟨ El argumento *a pari*, el cual establece que la regulación de un caso de una forma, tuvo la intención legislativa de regular otros casos de la misma especie en forma similar.
- ⟨ El argumento *a contrario*, el cual supone que la regulación de cierta forma por quienes legislan, pretende excluir los demás casos de distinta naturaleza.
- ⟨ El argumento *a fortiori*, el cual se subdivide en dos: si se prohíbe lo menos, se prohíbe lo más y quien está facultado para lo más, lo está para lo menos.
- ⟨ El argumento *a generali sensu*, supone una interpretación extensiva de normas favorables y se aplica cuando hay razones de semejanza en el supuesto de hecho que justifican su aplicación a otros supuestos de hecho.
- ⟨ El argumento *stricta lege*, supone una interpretación restrictiva cuando las normas son sancionadoras y desfavorables.
- ⟨ El argumento *ad absurdum*, aconseja una interpretación concreta porque las demás conducen a situaciones carentes de sentido.

En algunos casos el razonamiento lógico-formal conduce a situaciones absurdas. Las mismas reglas lógicas que señala este criterio se pueden prestar para usos arbitrarios por parte de quien interpreta. Por ejemplo, tomemos el criterio *a pari* o *a contrario*, que aparentemente deja en manos del legislador la inclusión o la exclusión de casos de una misma o de distinta naturaleza. Esto significa que la “intención legislativa” puede variar según el caso concreto que se interprete y con ello puede conducir a resultados discriminatorios o de menoscabo contra las personas por razón de su género.

El error tanto de este como del criterio anterior, reside en estancar al derecho por abusar de los procedimientos lógicos, destruyendo la relación entre el derecho y la dinámica social. Además, el apego a las construcciones lógicas hace olvidar los principios de justicia y la conveniencia de adecuar el derecho a la evolución de la sociedad.

---

<sup>23</sup>Martínez Roldán, op. cit., pág. 289.

La lógica que rige este criterio es la misma lógica jurídica bajo la cual se interpreta el acoso sexual como un romance de oficina, se trivializa la violencia doméstica, o se conceptualiza a la igualdad bajo el presupuesto formal de que todas las personas estamos igualmente situadas. Es la misma lógica que trata al conflicto del trabajo y las responsabilidades familiares de las mujeres como un asunto privado en lugar de tratarlo como un asunto público que implica una reestructuración del lugar de trabajo así como de las familias para que los hombres se incorporen a dichas responsabilidades.

No olvidemos que ha sido precisamente esa lógica jurídica androcéntrica uno de los instrumentos que ha utilizado el derecho para crear y mantener un determinado tipo de sociedad y de conductas humanas. Por ello el razonamiento lógico-formal ha sido tan peligroso para las mujeres, ya que bajo su sombra se ha escondido la verdadera dinámica social que se da entre los sexos.

Si bajo este criterio lo que se pretende es investigar el motivo de la norma o la finalidad que tuvieron quienes legislaron así como las circunstancias que determinaron el dictado de la misma, en alguna medida se limita la discrecionalidad judicial pues se otorga mayor poder a quienes crearon las normas. Sin embargo, quien realiza la interpretación será quien decida, valore y elija según su ideología, una o varias, entre todas, las finalidades que tuvieron quienes legislaron y manejará su lógica dentro de los límites patriarcales ya establecidos por el derecho.

La misma lógica no deja espacio para cuestionamientos sobre el proceso de definición, valoración y elección en el acto interpretativo y mucho menos para poner en tela de juicio el *status quo*. El mismo método y su lógica definirá cuales cuestiones son “jurídicas” y cuáles no para asegurar una supuesta neutralidad del derecho y para relevar de responsabilidad a quienes interpretan, de decisiones que pueden ser discriminatorias.

Para deconstruir la lógica que no sólo impera en el derecho sino que atraviesa otras instituciones y disciplinas, es preciso cuestionar los principios de neutralidad y de abstracción generalizadora que describen una realidad que idealiza al derecho y lo sitúan como un ente apolítico ajeno a la construcción de las relaciones desiguales y las identidades sexuales.

### **c) El criterio histórico**

Este método remite a los y las juzgadoras al examen del proceso de elaboración de las normas mediante el estudio de los orígenes históricos del texto para indagar las razones de su promulgación y así fijar su significado. El análisis de los precedentes remotos (Derecho Romano por ejemplo), los precedentes legislativos inmediatos (La Constitución Política y otras normas), los anteproyectos, proyectos, informes de comisiones, actas de los debates, exposición de motivos, etc., servirán para entender la voluntad de quienes legislaron, si es que no aparece expuesta y desarrollada en la norma.

Desde los métodos modernos (jurisprudencia sociológica), se dice que poco importan los orígenes de la norma, si lo que se busca es su análisis dentro de las necesidades de la sociedad actual. Además, se cuestiona la imposibilidad de encontrar una voluntad “uniforme y coherente del legislador” donde participaron grupos políticos y opiniones contrarias, grupos de presión, y voluntades diversas que formaron la legislación final. En cierto sentido, el o la jueza debería hacer una labor de adaptación y creación, tomando en cuenta las nuevas exigencias sociales y los problemas no imaginados por quienes legislaron.

Sin embargo, pienso que omitir las contradicciones políticas de quienes legislaron, el discurso que se manejó al momento de legislar, los grupos que intervinieron, es hacer un análisis parcial del significado de las normas que nunca se producen en un contexto vacío, y que además anteceden la dinámica social, política y económica de la situación actual de nuestras sociedades.

¿Qué intereses buscaron proteger quienes legislaron y qué intereses buscan proteger los y las juezas al aplicar las normas? La experiencia ha demostrado que las ideologías tanto de quienes crean como de quienes aplican e interpretan las normas raramente buscan proteger los intereses de las mujeres. La aparente neutralidad en la creación y la interpretación de las normas solo enmascara las consideraciones sociales y políticas que se hacen en ambos procesos.

¿Podemos realmente desprender la ley, una vez promulgada, de la intención de sus legisladores(as) y tomarla con vida propia e independiente? Mucha de la doctrina actual insiste en que en la relación sujeto-objeto, el sujeto pierde importancia pues la norma pasa a existir independientemente de quien la creó y es la norma la que en última instancia debe interpretarse.

Rechazar el método científico patriarcal implica a la vez despojarse de la idea de que existe una relación objetiva entre el sujeto o quien interpreta y el objeto o la norma. La norma podría tener vida independiente del momento de su promulgación pero no de la intención de quienes la crearon. Cada norma es producto del contexto histórico, social, político y económico así como de la mezcla ideológica de quienes participaron en su creación. Y tratar de objetivizar su creación implica perder la mitad de su esencia, esa mitad que la acerca a la realidad de la dinámica social.

Es en esa diversidad y dando igual valor tanto al sujeto como al objeto, es decir tanto a quienes crean las leyes como a las normas en sí, que realmente podríamos construir un derecho que incluya a todos los seres humanos y sus conflictos. Este criterio puede ser muy valioso para visibilizar las contradicciones en la formación de la ley y su posterior influencia en la aplicación e interpretación de las normas.

#### **d) El criterio sistemático**

Mientras el criterio lógico conceptual trata de comprender la norma desde sí misma, sin salirse de su propio ámbito y con referencia al derecho anterior modificado, lo cual es casi imposible, tomando en cuenta que la norma no se puede aislar del contexto social, el criterio sistemático ubica la norma en relación con otras, para intentar entenderla desde fuera de sí misma en función de lugar que ocupa dentro del ordenamiento jurídico vigente. Es así como se pueden acoger ciertas normas que concuerdan con el sentido del resto del sistema jurídico y desechar otras que no lo hacen.

Hoy sabemos que las y los jueces no llevan a cabo una labor meramente cognoscitiva y mecánica, sino más bien, creadora y valorativa y que el sistema jurídico no es ni coherente ni es completo. Siguiendo este orden de ideas, lo importante de analizar bajo este método sería estudiar los criterios que deciden cuáles normas se desechan y cuáles se acogen y cómo esa decisión está relacionada con las jerarquías de poder que el derecho establece y perpetúa a través de muchos de sus métodos.

Asimismo, el lugar que ocupa cada norma dentro del ordenamiento jurídico vigente tiene una lógica y un sentido y su ubicación no es ingenua sino que responde al papel que el derecho juega en la definición y control de las conductas de mujeres y hombres. Así

podremos preguntarnos porqué el aborto se ubica como un delito contra la vida y la integridad personal, porqué la violación se ubica como un delito contra el pudor sexual o porqué la deshonestidad de la mujer puede atenuar una pena.

Una disposición legal que se analiza e interpreta en forma aislada puede resultar insuficiente para su entendimiento. Sin embargo, por muchos años se pensó en la aplicación del derecho como una subsunción y en la interpretación como la posibilidad de encontrarle a un texto legal un verdadero y único sentido. Pero no existen verdades universales o textos con un único sentido porque tanto la creación como la interpretación de las normas es el resultado de procesos culturales e ideológicos.

#### **e) El criterio teleológico**

Este método trata de examinar la finalidad de la norma. Existe confusión entre el fin como principio regulador, y el fin como objetivo de la norma o punto de llegada. Este criterio se refiere precisamente al fin de la norma en un contexto histórico y por lo tanto dinámico, finalidad que no se encuentra en el ánimo de quienes legislaron sino que va evolucionando con la propia norma.

La finalidad de la norma se enmarca dentro de unos límites que actúan a la vez como principios guías en el camino de la norma hacia los fines perseguidos, entre estos están: de orden formal, los fines de las normas superiores del ordenamiento jurídico y en último caso, de los valores y principios constitucionales; de orden material, los elementos del sector social regulable que no deben ser desvirtuados por quien interpreta; y de orden pragmático, la búsqueda de la interpretación más justa de cara a su aplicación social.<sup>24</sup>

Como se busca que la interpretación sea lo más objetiva posible, se establece que quien interpreta debe relacionar la finalidad de la norma con los criterios teleológicos del ordenamiento jurídico y en general de la sociedad, pero se pierde de vista que la sociedad no es homogénea ni en sus criterios ni en los valores que subyacen a esos criterios.

Si quien interpreta se adhiere a una concepción ideológica androcéntrica, no podemos hablar de objetividad en la interpretación. Aun cuando se relacione la finalidad de la norma con los criterios teleológicos del ordenamiento y de la sociedad, no debemos olvidar que tanto el ordenamiento como la sociedad en que está inmerso responden a criterios patriarcales y que la interpretación más justa estará sujeta al contenido de una justicia que ha excluido a las mujeres.

Puede existir un espacio muy amplio entre la finalidad de la norma y su aplicación social pues siempre se corre el peligro de que ciertos elementos sean desvirtuados por quienes interpretan las normas. Quien interpreta está situada en un contexto histórico, social y político y es producto de los discursos culturales y jurídicos que han construido un modelo de mujer y de hombre que tiende a legitimar un sistema desigual entre los sexos.

Este criterio va de la mano con el cambio social pues la finalidad va evolucionando con la propia norma. Así entonces, puede ser un criterio que se utilice para avanzar hacia un derecho más humano y por lo tanto no excluyente de las mujeres o bien un criterio que ayude a mantener la estructura patriarcal intrínseca del derecho y con ella el sistema de opresión de género.

#### **Distintos modelos o formas de interpretación**

---

<sup>24</sup>Soriano, op. cit., págs. 172-73.

La interpretación varía según cuál sea el objetivo de la misma y sus formas siguen una evolución cíclica. Los modos rígidos o flexibles de interpretación se alternan entre sí, luchan por el monopolio del reconocimiento jurídico y en última instancia sirven para canalizar las ideologías jurídicas. Los criterios más tradicionales se ubican dentro de la llamada interpretación subjetiva mientras que los modernos se cree calzan mejor en la interpretación objetiva. Es necesario conocer estos modelos para empezar a cuestionarlos. La doctrina general<sup>25</sup> distingue varios modelos:

**a) Interpretación subjetiva, estática o rígida**

Este modelo de interpretación no se refiere a la que podría hacer la o el sujeto intérprete en función de sus criterios personales, ni a descubrir el sentido expresado en un texto jurídico, sino que se refiere a indagar la voluntad de quien legisló, lo que pretendieron quienes crearon las normas, si es que realmente podemos llegar a saber la dinámica y contradicción de sus voluntades en un determinado contexto histórico.

Supuestamente, quien interpreta debe colocarse en la situación de quien legisló y llevar a cabo sus ideas, tomando en cuenta la situación jurídica existente al momento de la promulgación así como el fin perseguido por quienes legislaron.

Pero entender la interpretación como una función reproductiva de la voluntad de quienes legislaron, sin intromisión subjetiva de quien interpreta, encubre totalmente la realidad, pues toda interpretación conlleva siempre un aspecto valorativo. ¿Acaso ese fin perseguido por quienes legislaron no estuvo plasmado de sus criterios personales, de sus prejuicios de clase, sexo, raza, religiosos, etc., así como de una lucha entre grupos políticos y grupos de presión con diversas ideologías e intereses? ¿Dónde ubicaríamos sino entonces el papel de la sociedad civil en la creación del derecho bajo este modo de interpretación?

¿Son quienes legislan siempre razonables y justos? ¿O podríamos decir que la voluntad de quienes legislan puede ser arbitraria? ¿Puede una persona colocarse en un momento histórico determinado, despojándose de su subjetividad y de las circunstancias y valores actuales, para indagar la voluntad de quien legisló?

Detrás de este tipo de interpretación se esconden las razones políticas, ideológicas y doctrinales que parten de la claridad, razonabilidad y justicia de las normas y defienden “la plenitud de un ordenamiento jurídico”, que en la práctica no es más que otro medio para garantizar una cierta orientación ideológica de la función judicial y del Estado.

Si las leyes son una manifestación de poder que defiende intereses económicos, políticos e ideológicos, sería ingenuo decir que las normas son la expresión de criterios justos y razonables. Cada ley ha sido negociada en el Parlamento y es producto de todos los intereses que allí se juegan. Las mujeres en todo el mundo estamos subrepresentadas en dicha instancia y cuando estamos muchas veces debemos seguir líneas partidarias que obstaculizan nuestros intereses de género. Por ello, un criterio que excluye a la mitad de la población no puede ser justo ni razonable y el derecho ha sido construido en base a criterios androcéntricos que sólo han tomado en cuenta las necesidades e intereses de un grupo elite de hombres.

---

<sup>25</sup>Ver nota 14.

Teóricamente, quien interpreta no está legitimado para proyectar su criterio personal en el acto interpretador del significado de la norma. ¿Pero qué sucede en la práctica?

Basta examinar una sentencia para darse cuenta como se cuela la subjetividad en la interpretación. Y aún suponiendo que quien interpreta lo hizo en la forma más “objetiva” posible, no podemos suponer además que quienes legislaron siguieron un proceso lineal y uniforme y no mezclaron sus criterios personales.

En las postrimerías del siglo XX, es ingenuo seguir hablando de un sistema jurídico autosuficiente con respuesta a todos los problemas o de una interpretación que se reduce a aplicar mecánicamente una norma a un caso sin separarse de la voluntad de quienes crearon la norma. Esto significa que la dimensión normativa del derecho no está aislada de sus dimensiones fácticas y valorativas y que la lógica silogística pierde vigencia cuando ampliamos la concepción del derecho hacia una más integral.

Precisamente por lo anteriormente explicado, esta forma de interpretación no goza del respaldo de la doctrina jurídica y se considera un medio auxiliar y no exclusivo de interpretación aunque muchos jueces y juezas aún traten de aplicarla.

### **b) Interpretación objetiva, dinámica o evolutiva**

A diferencia de la interpretación subjetiva que se basa en la voluntad de quien legisló, este modelo de interpretación se basa en la voluntad de la ley. Se parte del supuesto de que la ley una vez promulgada, se convierte en expresión objetivada de un sentido, es decir adquiere autonomía e independencia de quienes legislaron y puede incluso adoptar significados no previstos o pensados en su creación.

Se toma en cuenta tanto la voluntad de quienes legislaron como el contenido normativo en relación con las necesidades y circunstancias de la sociedad a la que se aplica. De acuerdo con este modo de interpretación, los elementos “objetivos” derivados de la realidad cobran mayor relevancia produciendo así una adaptación del contenido normativo de la norma que no se ha desarrollado originalmente en su expresión textual.

Es decir, quien interpreta hace una reelaboración de la ley para hacer explícitos los principios en ella contenidos y así conseguir una determinada finalidad tomando en cuenta las situaciones sociales en el momento presente.

¿En qué momento la ley creada adquiere autonomía de quienes la crearon? ¿Qué desigualdades de género puede encubrir la “objetividad jurídica” en el acto interpretativo? ¿No es acaso la función judicial una función creadora?

Según la doctrina, el peligro de este modo de interpretación sería la “falta de objetividad jurídica”<sup>26</sup> que afectaría el principio de seguridad jurídica, es decir que la adaptación de la norma se separe tanto de su sentido original que la función judicial absorba la función legisladora de creación de normas.

Desde una visión crítica, el peligro que señala la doctrina, para las mujeres se hace realidad cada vez que se aplica una norma en forma discriminatoria. La seguridad jurídica ha sido un valor que esconde la tradicional lucha de poder entre quienes legislan y quienes juzgan. Y lo cierto es que quienes interpretan tienen también una función de creación no sólo normativa sino también de modelos, roles, criterios, visiones de mundo y

---

<sup>26</sup>Idem., pág. 176.



verdades respaldadas por todo un ordenamiento que muestra su cara neutral, y válida para todas las personas. Un sistema jurídico que ha sido construido desde una visión masculina ¿qué seguridad jurídica puede brindar a quienes han sido excluidas del mismo? La adaptación de una norma se presta para múltiples interpretaciones. No es la misma visión de mundo y, por lo tanto, del derecho la que tiene una persona adscrita al positivismo que una adscrita al marxismo por ejemplo.

Tomemos por ejemplo, el principio de igualdad ante la ley y las interpretaciones que se le han dado, solo para darnos cuenta que, excepto la interpretación feminista, las demás excluyen y discriminan a todas las mujeres y ciertos grupos de hombres por su clase, su raza, su edad, su opción sexual, etc.

Si partimos de que nadie está libre de volcar consciente o inconscientemente su ideología sobre el acto interpretativo, no existe realmente una objetividad jurídica en el acto interpretativo. Los contenidos de los principios de seguridad jurídica, justicia y equidad también siguen criterios ideológicos que han excluido principalmente a las mujeres. La equidad, por ejemplo, supone proveer un trato que las condiciones de cada quien requieran para satisfacer sus necesidades personales singulares, es decir requiere considerar las diferencias, el contexto social de las relaciones, las experiencias particulares de cada persona y no tratar de igualar a alguien a un modelo preestablecido de ser humano. Pero este no es el criterio de equidad que ha manejado tradicionalmente el derecho, porque la diferencia no es un concepto a partir del cual se ha creado, aplicado o interpretado.

### **c) Interpretación como hermenéutica o Teoría de la Comprensión**

Esta forma de interpretación implica tomar en cuenta todos los elementos que confluyen en el acto interpretativo, es decir, sujeto, objeto, realidad social, tradición, etc., para tener una comprensión total de la norma jurídica. En este sentido se ajusta más a una concepción tridimensional del derecho, pues engloba dimensiones que otras formas de interpretación no contemplan.

A la hermenéutica se le identificó con la dogmática jurídica, una ciencia apegada al texto de la norma y reducida al análisis conceptual de sus elementos. Sin embargo, hoy en día aparece como una teoría de la norma que engloba en un mismo análisis la materia objeto de la interpretación, las condiciones de quien interpreta y la realidad social que envuelve el acto interpretativo. Lo que debemos tener presente es desde donde se interpretará esa realidad social, porque sabemos que muchas de las interpretaciones hacen aparecer realidades sociales desde una sola perspectiva: la masculina.

Bajo este modelo se destaca como método de explicación de la función interpretativa, la llamada “precomprensión”,<sup>27</sup> es decir la valoración de los juicios previos de quien interpreta que son producto de su ideología y se proyectan en el acto interpretativo. Lo importante es develar esos juicios previos en la interpretación y explicitar la ideología de quien interpreta, pues de lo contrario se convertirán en verdades que legitimen estructuras de dominación.

Bajo la hermenéutica se intenta entender el texto desde quien interpreta y desde el contexto en que se desenvuelve, es decir, el objeto de este método son las ideologías de ambas perspectivas. Y en este sentido coincide con el método feminista que rechaza la idea de una relación objetiva entre sujeto y objeto.

---

<sup>27</sup>Idem., pág. 179.

Este método integra varias dimensiones del derecho y por ende puede considerar la necesidad de visibilizar la desigualdad entre mujeres y hombres, como una característica básica de la vida social. Al cubrir varios elementos, no parece negar el hecho de que quien interpreta sea producto de los discursos sociales, históricos y culturales. Y quizá lo más importante es que asume que el sujeto (quien interpreta) y el objeto (norma) no están separados entre sí.

El peligro de la hermenéutica es que desemboque en una dogmática rígida que se imponga como forma única del lenguaje e interpretación de la realidad, como ha pasado con los métodos tradicionales de interpretación. De ahí la necesidad de una constante crítica y valoración de los elementos conceptuales del discurso hermeneútico tanto desde la doctrina como desde las instancias judiciales.

#### **d) Interpretación como proyección ideológica y opción política**

Esta forma de interpretación representa la conformación de las normas al servicio de los intereses y fines políticos. Es la ideología de quien interpreta, como forma de representación de la realidad, la que se proyecta al momento de la aplicación de las normas y es esa visión del mundo y los criterios emanados de la misma, los que determinan el proceso de interpretación.

Esta forma de interpretación coincide con las premisas feministas de crítica al derecho, ya que la teoría jurídico-feminista hace una crítica fundamental a los supuestos ideológicos del derecho, es decir, la falsa dicotomía entre lo público y lo privado, y la supuesta neutralidad, objetividad, abstracción y universalidad del derecho.

El uso alternativo del derecho como método arranca de premisas marxistas en el enjuiciamiento del valor del derecho. La teoría marxista critica y rechaza los métodos clásicos de la hermenéutica jurídica por presentarse bajo criterios aparentemente neutrales dentro de una ciencia jurídica avalorativa, que les servía para encubrir un status social, político y económico de la clase dominante. Según esta forma, la tarea de quien interpreta debe ser la investigación de los intereses de clase que representa y defiende el derecho de la burguesía y la aplicación de esas normas para beneficiar la lucha de clases y la construcción del Estado socialista.

Es decir, la doctrina y jurisprudencia alternativas denuncian el carácter ideológico del derecho y su práctica, en donde confluye la ideología del grupo al cual pertenece quien interpreta y su ideología personal, al tiempo que devela la ideologización del derecho cuando sigue los procedimientos de una ciencia jurídica formalista fuera del contexto social en que se aplica, que pretende defender interpretaciones objetivas e independientes de las opciones ideológicas y políticas.<sup>28</sup>

La concepción del derecho bajo este método, a diferencia de la concepción feminista del derecho, que es más tridimensional, es la norma como hecho social, cuyo sentido debe develarse considerando su proyección social, sin salirse del marco general de la misma. La concepción feminista es más amplia porque cuando se habla de la categoría social género se comprende a todos los hombres y mujeres de todas las razas, clases, edades, opciones, etc., y por lo tanto la crítica no se reduce sólo a los intereses de clase sino a todas las otras categorías que son atrevesadas y atraviesan a la vez la categoría género.

---

<sup>28</sup>Tobón Sanín, Gilberto. Carácter ideológico de la filosofía del derecho. El uso alternativo del derecho. L.Vieco Ltda., Medellín, 1988.

La técnica del uso alternativo del derecho ha recibido críticas por atentar contra la certeza del derecho y la seguridad de los ciudadanos, pues no se sabe cuál va a ser la “alternativa” a aplicar por quienes juzgan. Y aquí el cuestionamiento sería si en realidad podemos saber con seguridad cuál va a ser la alternativa a aplicar a un caso que puede tener distintas soluciones, si tomamos en cuenta que la ideología de quien interpreta determina el proceso de interpretación.

De conformidad con la doctrina<sup>29</sup> hay que establecer la diferencia entre la aplicación alternativa arbitraria, que sustituye el espíritu de la norma por los criterios personales, y una jurisprudencia alternativa racional dentro del espíritu de la norma, cuya imprecisión y ambigüedad permiten diversas interpretaciones según las opciones políticas de quienes legislan y la ideología mayoritaria de los máximos tribunales de justicia que tradicionalmente ha sido patriarcal.

#### **e) La interpretación como razonamiento tópico**

La doctrina jurídica contemporánea considera al razonamiento jurídico como un razonamiento tópico, es decir porque se guía por los *topoi* o lugares comunes del pensamiento, el ámbito del sentido común donde coinciden la mayoría de las personas. Esto significa que se rige por criterios valorativos y de ponderación, no sistemáticos<sup>30</sup>, que tratan de deducir unas conclusiones probables desde unas premisas de aceptación general y evidencia razonable.

Ya Aristóteles en su "Tópica" había distinguido dos tipos de conocimiento: uno apodíctico, cierto y seguro, que partiendo de premisas evidentes llegaba por un procedimiento lógico-deductivo a conclusiones cuya verdad era segura y evidente; y el conocimiento dialéctico, que era problemático, incierto e inseguro. Este último comprendía, por un lado, el razonamiento tópico o probable y por otro, el razonamiento erístico o falso, con apariencia de verdadero.

La complejidad de la práctica jurídica presenta casos concretos con variedad de matices y aspectos, intereses contrapuestos, conflictos de valores y por lo tanto, la posibilidad de distintas soluciones. Este razonamiento permite la creatividad en el argumentar y en la búsqueda de premisas para llegar a soluciones. Este tipo de razonamiento se hace precisamente a través de los tópicos, que son los hilos conductores del pensamiento o puntos de vista directivos que sirven para argumentar.

Este tipo de razonamiento parte de la realidad como problema, y se dice que es dialéctico porque no sigue un discurso lineal y uniforme, sino el contraste de las opiniones y la síntesis de los puntos de coincidencia.

Lo importante de analizar bajo esta forma de interpretación son los criterios detrás de los “hilos conductores del pensamiento”, que son los que en última instancia servirán para argumentar y justificar decisiones discriminatorias o no. Y aquí volvemos a la lógica que se va a utilizar, porque aún un razonamiento dialéctico no garantiza que la categoría género esté presente, como vimos en la interpretación marxista del derecho.

El concepto de tópico hace referencia tanto a normas legales como a cánones de interpretación, máximas o refranes jurídicos, sentido común, principios generales, buena fe, noción de interés, principio de confianza, etc. Es decir, se refiere a cualquier tipo de

---

<sup>29</sup>Idem., pág. 184.

<sup>30</sup>El razonamiento sistemático es aquél que pretende reducir el derecho a fórmulas matemáticas y extraer del conjunto de reglas jurídicas principios universales e inmutables.

consideración fáctica, normativa, axiológica, etc., que da pie para formular premisas distintas, discutibles y argumentables, desde las cuales se llega a una solución también discutible que parece la más razonable.<sup>31</sup>

En este sentido, se ajusta más a la concepción tridimensional del derecho y a una realidad no lineal, en tanto las soluciones también son discutibles y argumentables y por lo tanto, abre posibilidades para deconstruir las creencias acerca de la verdad, el poder, el lenguaje y el conocimiento que han sido utilizadas para perpetuar estructuras de opresión.

### **De los límites de la actividad interpretativa**

Aunque el marco jurídico ofrece una gran variedad de posibilidades a quienes interpretan, existen unos “límites racionales” para que las decisiones sean jurídicamente “correctas” y socialmente acatadas como tales. La doctrina<sup>32</sup> señala algunos de esos límites, a saber :

1. La actividad interpretativa siempre ha de desarrollarse dentro de las limitaciones jurídico-normativas. En toda norma hay dos zonas distintas: una zona determinada o fácilmente determinable, y otra zona indeterminada, incierta o como diría Hart, en penumbra, donde la libertad interpretativo-valorativa es mayor. La zona determinada -no solo normativa sino también fáctica- actuaría como auténtico límite al que el o la jueza está sometida a la hora de interpretar. Quién y cómo se determinan esas zonas queda en el ámbito discrecional de los y las juezas.
2. Es necesario adecuar el texto con el significado de la norma mediante un razonamiento dialéctico que ponga en función de mutua coimplicación el texto normativo y las circunstancias particulares del caso a regular. Cuando se acomoda el texto al mayor alcance de su significado se habla de una “interpretación extensiva” y cuando se reduce el texto a una mayor concreción de su significado estamos en presencia de una “interpretación restrictiva”.
3. Al interpretar no debe olvidarse el significado primitivo de la norma, es decir, lo que quiso decir quien legisló; pero la búsqueda de ese significado no debe impedir la consideración de elementos históricos y teleológicos. Como ya se ha explicado, es casi imposible saber el significado primitivo de la norma, pues no es un producto homogéneo y pueden existir múltiples explicaciones sobre lo que quisieron decir quienes legislaron.
4. La conjugación de criterios se dirige a lograr una interpretación más razonable que de pie a una solución más justa del conflicto, que no debe ser la que el o la interprete considere personalmente como tal, sino aquella que se adecúe mejor a los valores y usos de la sociedad regulada. Se supone que el o la jueza no debe interpretar su propia conciencia sino la conciencia mayoritaria de la sociedad como parámetro de racionalidad. Lo que no se dice es que muchas veces la conciencia colectiva no coincide con la conciencia personal de quien interpreta o que la conciencia colectiva maneja una racionalidad androcéntrica.
5. Para sobrepasar el “riesgo inevitable” de la ideologización de la actividad interpretativa, se exige una transparencia en el proceso y una motivación basada en una fuerte argumentación lógica. Se habla de una lógica argumentativa o dialéctica que guía deliberaciones y controversias para persuadir y convencer a

---

<sup>31</sup>Martínez Roldán, op.cit., pág. 299.

<sup>32</sup>Idem., pág. 286.

través del discurso, para criticar la tesis de los adversarios y defender las tesis propias con argumentos más o menos sólidos.

Para la concepción jurídico-feminista la transparencia debería develar cómo el derecho va creando las identidades masculinas y femeninas jerárquicamente en el acto interpretativo y explicitar desde cuál lógica se hace la argumentación así como si los discursos serán interpretados diferentemente, según se ubique quien interpreta en los contextos sociales, políticos e históricos.

### **Conclusión**

Ninguno de los anteriores criterios y modelos de interpretación utilizados en forma aislada podrán captar la naturaleza íntegra del derecho. Cada uno de ellos responde a momentos históricos y a concepciones del derecho diferentes. Sin embargo, tomando en cuenta los principios que valoran al derecho en forma tridimensional, es posible ir construyendo métodos para el análisis de un texto más acordes con la complejidad de la realidad social.

El objetivo de explicar los criterios tradicionales y modernos así como las diferentes formas de interpretación fue brindar a las personas algunos elementos para el análisis y la crítica tanto de los métodos como del derecho en sí. Recordemos que en última instancia, la escogencia del método responderá a una concepción ideológica del derecho y no olvidemos que un derecho que legitime las desigualdades sexuales constituirá un obstáculo para el cambio de nuestras sociedades.

La concepción jurídico-feminista parte de una visión más integral del derecho, esto es, como un sistema o fenómeno jurídico que va mas allá de la mera letra de la ley y que contempla las contradicciones entre la norma escrita, su aplicación práctica y la interpretación de la misma considerando las perspectivas, experiencias y limitaciones tanto de las personas operadoras del derecho como de las usuarias de la administración de justicia.

Generalmente, los métodos tradicionales sólo muestran una visión parcializada de la realidad. La idea es tener libertad para combinar e integrar los diferentes criterios y así poder interpretar tomando en cuenta las perspectivas, necesidades, intereses y experiencias de cada sexo y las relaciones desiguales de poder que se dan entre ambos.

El derecho ya no será entonces un conjunto de normas escritas que se aplican aisladas de un contexto social, cultural, político y económico, sino que tomará en cuenta las relaciones, situaciones y posiciones de las personas que las crean, las aplican y las tutelan.

Siguiendo este orden de ideas, no basta recurrir al estudio formal de los textos legales para interpretarles. Se requiere realizar un análisis integral y más actual del sistema jurídico, se requiere reaprender una nueva visión del derecho a la luz del siglo XXI.

## **Lectura 4**

# **LA ESTRUCTURA LÓGICA DE LA SENTENCIA**

Rodrigo Jiménez Sandoval

La sentencia es una expresión del poder soberano del Estado, el ejercicio y resultado de la potestad estatal de administrar justicia se distingue de otros actos de poder por su carácter jurídico y de contenido normativo. Es un acto judicial que resulta de un proceso cognoscitivo y valorativo<sup>33</sup>, que tiene como antecedente un juicio, precedente lógico y presupuesto procesal y político, que establece si ha tenido o no lugar en la realidad empírica de un hecho.

La validez de la sentencia está subordinada al establecimiento de la verdad de sus enunciados fácticos (plano fáctico).

---

<sup>33</sup> Que puede estar sesgado por la socialización patriracal

Para la obtención de la sentencia que es la culminación cognoscitiva y valorativa de la actividad probatoria, la constatación del fundamento cognoscitivo debe acreditarse por la misma sentencia, el que no puede ser un acto de fe en la autoridad del órgano judicial que la dicta, sino del rigor lógico de la actividad probatorio que antecede a la decisión.

La concepción actual de la sentencia es ver a ésta no como un ente unitario sino como la conjunción de dos momentos diferentes, el juicio de hecho y el juicio de derecho.

El juicio de hecho: está constituido por una actividad de naturaleza cognoscitiva y valorativa: verifica a través de la experimentación y valoración de los diversos medios de prueba (valoración que debe estar exente de sesgos discriminantes incorporando la perspectiva de género), la certeza o no de las hipótesis, mediante la cual las partes tratan de establecer la verdad o falsedad de ciertas afirmaciones fácticas sometidas a la controversia.

En el plano fáctico, en la actividad de toma de decisión, no se trabaja directamente con los hechos sino por enunciaciones de los hechos o proposiciones que los tienen por objeto. En efecto la actividad probatoria se desarrolla a través de enunciaciones que contienen afirmaciones relativas a hechos, y estas afirmaciones se presentan en el juicio mediante el lenguaje y en forma contradictoria, con la pretensión de las partes de ser tenidas como verdadera; o sea, la preeminencia del lenguaje, nos lleva a la importancia del criterio gramatical o filológico, tomando en cuenta que el lenguaje natural y técnico ha sido influenciado por la visión androcéntrica, por lo que se impone que el juez o jueza esté concientizado/a en cuanto a la interpretación y aplicación del principio de igualdad y no discriminación que preside el derecho sustantivo y adjetivo del ordenamiento jurídico.

El plano fáctico no aparece en el proceso como algo “dado” sino que es reconstruido en el propio proceso y con materiales lingüístico o sea el objeto del proceso, que son los hechos tienen una dimensión subjetiva que debe estar exenta en lo posible de patrones y roles sexistas, en el proceso de su admisión, recepción, elaboración de la actividad probatoria, dependiendo la objetividad de la misma en la forma de valoración y ponderación de las pruebas, entrando en juego la interpretación judicial con su carga ideológica, donde subyace la Escuela jurídica de interpretación dominante y los criterios o argumentos que se asuman.

Los hechos como tales tienen una existencia material y el proceso a pesar de la mediación lingüística, subjetiva y jurídica deben ser captados en el proceso en su dimensión real, evitando toda construcción artificiosa contaminada por prejuicios de un supuesto de hecho *ad hoc*, de una verdad puramente formal en vez de la verdad real.

En la fase de juicio de hecho, cada uno de los datos fácticos debe ser probados, mediante una evaluación de cada uno de los medios de prueba aportados al juicio y puestos en común, para el ejercicio del derecho de defensa de cada una de las partes, y luego debe haber una evaluación del conjunto de la prueba aportada.

El juicio de derecho: Una vez establecida la verdad de los hechos alegados, se hace objeto de una valoración a la luz del ordenamiento jurídico, lo que presupone el proceso de interpretación de la norma, en el sentido de valoración, elección de la norma o normas aplicables que integran el sector del ordenamiento jurídico y la atribución, en consecuencia, de un determinado significado a los datos fácticos, y llegar a la decisión, la cual debe estar plenamente justificada, o sea motivada.

Una vez acreditado el hecho, el comportamiento concreto, como realmente producido, se trata de determinar si el mismo constituye el supuesto de hecho previsto como base de la aplicación de la norma jurídica.

El juicio de derecho tiene como fundamento la interpretación judicial para la aplicación de la norma y tiene por objeto la calificación de los hechos alegados en el juicio.

#### Interdependencia del juicio de hecho y el juicio de derecho

El juicio de hecho y de derecho son interdependientes, ya que la interpretación judicial está orientada hacia los hechos, pues éstos tienen significación jurídica (antijuricidad) en la medida que son los supuestos de hechos previstos en la norma, y la norma es interpretada para determinar la calidad de subsumible de los hechos.

Desde una perspectiva de género en el juicio de hecho y de derecho en que se divide los dos momentos esenciales de la sentencia, los criterios de valoración deben fundamentarse en los principios de igualdad, no discriminación, equidad y valoración de la diferencia.

Asimismo, que en el juicio de hecho y de derecho, tenga supremacía el criterio de conformidad con las normas constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos (énfasis conforme a la diversidad humana caso de los derechos humanos de las mujeres CEDAW y Belén do Pará) aplicando los principios generales de interpretación del derecho de las mujeres que surgen de esas fuentes del derecho.

Desde una visión de género lo que garantiza la tutela de los derechos de la mujer es que se haya una valoración de los hechos desde una perspectiva de género.

### **LISTA DE VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE UNA SENTENCIA**

- a) ¿Se contó con “Antecedentes de hecho” suficientes para resolver el caso?
- b) ¿Se cuenta con una expresión clara y suficiente de los “antecedentes probatorios” de los hechos probados?
- c) ¿Se valoró la prueba desde una perspectiva de género?
- d) ¿Se deja constancia de los actos de prueba producidos y de sus resultados?
- e) ¿Se contemplan las razones por las que se atribuye un determinado sentido al conjunto fragmentario y contradictorio que ofrece la práctica de la prueba durante el juicio?
- f) ¿Se da una exposición suficiente de los datos probatorios producidos en juicio?
- g) ¿Se justifica la valoración de los datos fácticos hasta llevarlos a hechos probados (fijados) y no de otros?



- h) ¿Se exponen las razones conforme a los principios de la experiencia, científicos y jurídicos del por qué de la atribución o negación como elementos de prueba, incluidos los referentes a la legalidad de la fuente de la prueba y del procedimiento de obtención?
- i) ¿Son transparentes los planos: fácticos, normativo, valorativo, lógico, y lingüístico?
- j) ¿La sentencia esta motivada (justificación social)?
- k) ¿En contexto de justificación (motivación), acreditar de manera convincente la validez de la explicación dada en la justificación; ambos contextos guardan una relación lógica?
- l) ¿La sentencia sólo decide en lo que se está en condición de motivar?
- m) ¿El desarrollo de la actividad decisoria se desarrolla en un doble juicio, el de hecho y el de derecho interrelacionados?
- n) ¿En el contexto de decisión se busca una explicación dotada de suficiente verosimilitud y certeza, para un resultado que interesa al Derecho?
- o) Se “basta así misma” la sentencia o sea un documento potencialmente accesible y comprensible por terceros no envueltos en el proceso?

## **Lectura 5**

# **VIOLENCIA ESTRUCTURAL DE GÉNERO UNA CATEGORÍA NECESARIA DE ANÁLISIS PARA LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES**

Por. Dra. Roxana Arroyo Vargas<sup>34</sup>.

**“Cuando las mujeres entran a formar parte del cuadro, ya sea como objetos de investigación en las ciencias sociales o como investigadoras, se tambalean los paradigmas establecidos. Se cuestiona la definición del ámbito de objetos del paradigma de la investigación, así como sus unidades de medida, sus métodos de verificación, la supuesta neutralidad de su terminología teórica o las pretensiones de universalidad de sus modelos y metáforas”<sup>35</sup>**

### **Introducción.**

La violencia contra la mujer no es un fenómeno aislado sino producto de una violencia estructural que impregna todo el tejido social estemos en tiempo de paz o de guerra, invisibilizar esto es negar las graves consecuencias que la violencia y la discriminación, tienen en la vida de las mujeres y la responsabilidad de la Comunidad Internacional y los Estados en su ámbito interno para la prevención, sanción y erradicación de la violencia y la discriminación.

### **1. Un método necesario para llegar a una lectura sistémica de la violencia y la discriminación contra la mujer.**

Cuando se analiza la violencia contra la mujer no se debe pensar en un fenómeno aislado, ya que esto ocultaría la verdadera dimensión del problema. Al contrario, debe ubicarse en un contexto de una lectura sistémica, es decir, comprendiendo y comprobando que la misma es parte fundamental de nuestras culturas y que se manifiesta de diversas formas.

En este sentido cuando estamos analizando situaciones violatorias a los derechos de las mujeres es necesario incluir en nuestro métodos de análisis, marcos teóricos, pasos y preguntas orientadoras que nos permitan visualizar con mayor claridad lo que Liz Kelly (1988) llama un “continuum de violencia contra las mujeres”. Desde esa perspectiva, la violación, el incesto, el abuso físico y emocional, el acoso sexual, el uso de las mujeres en la pornografía, la explotación sexual, la esterilización o la maternidad forzada, la

---

<sup>34</sup> Doctora en Derechos Humanos por la Universidad Carlos II de España, Licenciada en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Activista feminista de los derechos humanos, investigadora y profesora universitaria.

<sup>35</sup> BENHABIB, S. “Una revisión del debate sobre las mujeres y la teoría moral”, Isegoría. Revista de filosofía moral y política 6 (1992) 38.

negligencia contra las niñas, violencia sexual en contextos de guerra, etc., son todas expresiones distintas de la opresión de las mujeres y no fenómenos inconexos.

En el momento en que cualquiera de estas formas de violencia resulta en la muerte de la mujeres o niñas, ésta se convierte en feminicidio. El feminicidio es “el asesinato misógino de mujeres cometido por varones” (Radford y Russell, 1992). es, por lo tanto, la manifestación más extrema de este continuum de violencia.<sup>36</sup>

### 1.1. Algunas de estas preguntas orientadoras podrían ser:

1- ¿ Cuales son las conexiones existentes entre hechos que parecen aislados y son violatorios a los derechos humanos de las mujeres ?

Esto implica describir y analizar las conexiones de las diferentes formas de discriminación y violencia existentes, en un escenario concreto, sea esta violencia domestica, explotación laboral, violencia social de género, violencia sexual, para destacar las dimensiones del problema.

2- ¿ Cuáles son los sujetos involucrados en la violación de estos derechos, ya sea por omisión o acción ?

Lo que significaría determinar las responsabilidades de los sujetos, sean estos privados o públicos que cometan los hechos y se mantengan en la impunidad. La omisión o acción por parte de los Estados o la falta a la Diligencia Debida para cumplir sus compromisos a adquiridos a nivel internacional.

3- ¿ En estas situaciones cuáles derechos se ven conculcados, descripción de las conexiones existentes ?

Es importante destacar como se quiebra la indivisibilidad y la integralidad de los derechos, en estas situaciones y como afectan a la víctimas. En este sentido las características de los derechos humanos integralidad, indivisibilidad y universalidad se convierten en categorías de estudio para determinar las consecuencias y resultados de las violaciones.

4- ¿ Qué tipo de poder o poderes están en juego en estos escenarios ?

Es necesario la descripción de las formas de poder que se ejercen sobre la víctimas y los discursos y las practicas que los sustentan y su impacto diferenciado si lo hay por la condición género.

---

<sup>36</sup> LAGARDE, Marcela. Identidad de Género y derechos Humanos. / En( Estudios básicos de derechos Humanos IV. Instituto Interamericano de Derechos Humanos- Comisión de la Unión Europea. San José de Costa Rica, 1996. Par esta autora el feminicidio:

“ implica normas coercitivas, políticas expoliadoras y modos de convivencia enajenantes que en su conjunto componen la opresión de género , y en su realización radical conducen a la eliminación material y simbólica de mujeres y el control del resto...requiere una complicidad y el consenso que acepte varios principios concatenados: interpretar el daño a las mujeres como si no lo fuera, tergiversar sus causas y motivos y negar sus consecuencias. Todo ello realizado para sustraer la violencia dañina contra las mujeres de las sanciones éticas, jurídicas y judiciales que enmarcan otras formas de violencia, exonerar a quienes infligen el daño y dejar a las mujeres sin razón, sin discurso y sin poder para desmontar la violencia. En el feminicidio hay voluntad, hay decisiones y hay responsabilidad social e individual”.

5- ¿Cómo se puede visibilizar o analizar, resolver esta situación desde el marco ético-jurídico de los derechos humanos de las mujeres?

Importante aplicar los principales instrumentos y jurisprudencia en derechos humanos que se tenga, en el tema de la no discriminación y violencia.

**1.2 Algunas de estas preguntas orientadoras para el caso: Ciudad Juárez un caso de Feminicidio.**

**Descripción de los Hechos:**

- a) Un caso de asesinato de 268 mujeres y niñas a partir de 1993, las mayoría de las víctimas son mujeres o niñas, trabajadoras de las maquilas (plantas de ensamblaje) o estudiantes que fueron objeto de abusos sexuales y luego asesinadas brutalmente. Se suma 250 casos de denuncias de desaparición de personas presentadas en ese período que siguen sin resolverse.
- b) La tasa de homicidios de mujeres en esta ciudad aumentó considerablemente 1993, y desde entonces ha seguido siendo elevada, el número de homicidios de mujeres, en comparación con el de hombres en Ciudad Juárez es considerablemente mayor que el de ciudades en situación similar, y que el promedio nacional. Las circunstancias sumamente brutales de muchos de los asesinatos han permitido centrar la atención en la situación imperante en Ciudad Juárez
- c) Las víctimas eran jóvenes de 15 a 25 años de edad, y muchas fueron golpeadas u objeto de violencia sexual antes de ser estranguladas o muertas a puñaladas. Algunos de los asesinatos con estas características han sido descritos como homicidios múltiples o “seriales”.
- d) La respuesta de las autoridades ante estos crímenes ha sido notablemente negligente.
- e) Por medio de las declaraciones de algunos funcionarios de diferente rango, las víctimas utilizaban minifaldas, salían de baile, eran “fáciles” o prostitutas. Hay informes acerca de que la respuesta de las autoridades pertinentes frente a los familiares de las víctimas osciló entre indiferencia y hostilidad.
- f) El caso ha llevado a que se involucren organismos de carácter Internacional tales como: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, los Relatores Especiales de las Naciones Unidas para ejecuciones extrajudiciales e independencia de los magistrados y abogados, respectivamente, y el Director del Fondo de las Naciones Unidas para el Desarrollo de la Mujer, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Amnistía Internacional.
- g) La presencia de los familiares de las víctimas, de la comunidad ha sido constante desde el inicio de los, han realizado acciones tales

como la presentación de una carta suscrita por más de 5.000 personas, quienes exigían que el Estado mexicano diera eficaz respuesta a esta situación. La carta expresaba que: “Desde 1993 las mujeres que viven en Ciudad Juárez tienen miedo. Miedo de salir a la calle y recorrer la distancia del camino de su casa a su trabajo. Miedo a los 10, a los 13, a los 15, a los 20 años, no importa si es niña o ya mujer...”.<sup>37</sup>

- 1- ¿Cuáles son las conexiones existentes entre hechos que parecen aislados y son violatorios a los derechos humanos de las mujeres ?

Ciudad Juárez evidencia que nuestras sociedades y en especial en este caso sufren de una violencia y discriminación contra la mujer producto ni mas ni menos de una violencia estructural de género y es que no podemos perdernos en el análisis considerando estos casos como aislados. Por que sus mensajes son para toda la sociedad no solo la mexicana sino para la comunidad en general.

Las autoridades insisten en presentar los casos como aislados y además re-victimizan a las mujeres. Negando las pruebas existentes, son mujeres jóvenes, trabajadoras muchas ellas de la maquila.

Hay tratamiento que evidencia la insensibilización de género de parte del Estado que actúa a través de sus funcionarios, cuando son las vidas y los cuerpos de las mujeres, las que sufren las mas atroces violaciones a sus derechos humanos y fundamentales.

- 2- ¿Cuáles son los sujetos involucrados en la violación de estos derechos, ya sea por omisión o acción ?

Principalmente el Estado que en 10 años no ha podido resolver el caso, es evidente la no voluntad política del mismo, que se comprueba aún más con las irregularidades en los procedimientos para esclarecer la verdad de los hechos.

**Aunque el estado ha querido presentar a personas y organizaciones privadas como responsables de estos actos estos han cesado, el estado sigue siendo según el derecho internacional de los derechos humanos responsable por acción y por omisión, ya que no cumple con la debida diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales.**

**Si no fuera por las acciones de la sociedad civil y especialmente por los familiares que claman justicia pronta y cumplida, no esta, ni el Estado mexicano, ni la comunidad internacional hubieran tomado cartas en el asunto.**

- 3- ¿ En estas situaciones cuáles derechos se ven conculcados, descripción de las conexiones existentes ?

Ciudad Juárez es un caso de FEMINICIDIO que revela por supuesto un cuadro sistematico de violaciones a los derechos humanos en donde se evidencia una discriminación y violencia contra las mujeres por su condición de género y donde se ven conculcados los derechos humanos fundamentales, algunas de estas violaciones evidencian las torturas a

---

<sup>37</sup> VALLADARES, TAYUPANTA. Lola. Violencia sexual contra las mujeres. Trabajo Inédito, 2004.

las que han sido sometidas las mujeres por su condición de género, cometándose así delitos de lesa humanidad.

Si por supuesto, es una política de exterminio para las mujeres un feminicidio, si analizamos los procesos que conducen a este exterminio, porque evidencian un conjunto de acciones y omisiones que controlan y eliminan a las mujeres. Generando una situación de temor, daño, obligando no solo a los familiares sino a todas las mujeres de ciudad Juárez a sobrevivir en el temor y la inseguridad, amenazadas por un poder invisible pero siempre presente negándoles así todos sus derechos humanos, negándoles la satisfacción de sus reivindicaciones vitales y profundizando la opresión.

#### 4- ¿Qué tipo de poder o poderes están en juego en estos escenarios ?

Para que opere el feminicidio se requiere de una forma de ejercicio de poder que sólo es posible si se dan ciertas condiciones y esto implica la complicidad estatal y social.

Sólo si se logra cierto consenso sobre como se interpreta el daño, tergiversando sus causas( las víctimas se vuelven las culpables, la búsqueda y presentación de posibles chivos expiatorios para acallar las voces de los familiares, el manejo de las pruebas, el tratamiento que se les da a los familiares, el manejo de las evidencias , solo para mencionar algunas), así se niegan las consecuencias y los alcances de los daños ( se fueron con sus novio, el tipo de trabajo que realiza). Todo esto perpetua la impunidad al no fijarse las sanciones éticas, jurídicas y judiciales correspondientes.

Por supuesto aquí entran los funcionarios estatales, personas privadas, instituciones privadas y públicas que hay que señalar, que se conjugan desde sus poderes y dan como resultado una situación de discriminación y violencia para con las mujeres, fundamentado en el discurso y la practica de la impunidad.

#### 5- ¿Cómo se puede visibilizar o analizar, resolver esta situación desde el marco ético-jurídico de los derechos humanos de las mujeres?

Llamado las cosas por su nombre y aplicando el marco ético-jurídico de los derechos humanos, conjuntamente con todos los demás instrumentos internacionales. Que nos permitan visibilizar las situaciones de iure y de facto que son violatoria a los derechos de las humanas.

Esto requiere de un ejercicio de apropiación, interpretación, creatividad y reconceptualización de estos instrumentos, para que sea efectiva y eficaz la tutela de los derechos de la mujeres.

## 2- En relación al Marco Conceptual..

### **2.1 La cultura patriarcal un elemento fundamental para la naturalización de las violaciones a los derechos humanos.**

Entender la vinculación entre violencia y la discriminación como dos fenómenos interconectados , no ha sido fácil, inclusive a nivel de la comunidad internacional , se evidencia un vacío y un proceso lento. En esta búsqueda de buscar la interconexión de ambos fenómenos, podríamos destacar como e un paso fundamental la Recomendación General No 19 ( 11 período de sesiones 1992) " La violencia contra la mujer ", del Comité de la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer ( CEDAW). El contenido de la misma, llama la atención a los estados

sobre esta relación de violencia y discriminación, debido a que el texto de la CEDAW no incluye explícitamente el tema de la violencia en su articulado.

La Recomendación en sus antecedentes destaca como la violencia es una forma de discriminación que impide el goce de derechos y libertades en pie de igualdad. Enfatiza que el artículo 1 de la CEDAW, que define la discriminación contra la mujer, incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer, o que le afecta en forma desproporcionada. Incluye actos que infligen daño o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de libertad. La violencia contra la mujer puede contravenir disposiciones de la Convención, sin tener en cuenta si hablan expresamente de la violencia.

Destaca la recomendación que: las guerras los conflictos armados y la ocupación de territorios conducen frecuentemente a un aumento de la prostitución, la trata de mujeres y actos de agresión sexual contra la mujer, que requiere la adopción de medidas protectoras y punitivas.

No es después de la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos realizada en Viena que se reconocen los derechos de la mujer como derechos humanos y en la respectiva Declaración y Programa de Acción de Viena, los Estados resolvieron adoptar medidas para luchar contra la violencia contra la mujer en todo el mundo.

Seis meses después de la Conferencia la Asamblea General en su resolución 48/104/ del 20 diciembre de 1993, proclamó la Declaración contra la Violencia contra la Mujer. Podríamos decir que un aspecto importante de este instrumento es que relaciona discriminación y violencia, reconociendo que la violencia de género es una forma de discriminación, la cual a su vez provoca situaciones estructurales de violencia de género. Al respecto en ella se puede localizar los siguientes puntos medulares:

- El reconocimiento de la historicidad de este fenómeno que refleja las desigualdades de poder entre los géneros.
- El hecho de que la discriminación se convierta en uno de los mecanismos de los cuales se obliga a las mujeres a mantenerse en una situación subordinada y de opresión de género.
- La preocupación por el largo fracaso en el intento de promover y proteger los derechos y libertades de las mujeres emigrantes, refugiadas, con discapacidad, encarceladas, indígenas, rurales, y las que pertenecen a minorías o viven en comunidades remotas o en situación de conflicto armado.
- El reconocimiento del papel del movimiento de mujeres en la concienciación sobre las agresiones a la naturaleza y la severidad y magnitud de la violencia de género.
- El conocimiento de la necesidad de una definición clara y comprensiva de la violencia en contra de las mujeres, y una clara afirmación de los derechos que deben ser reconocidos en este campo para eliminar la violencia en todas sus formas, ya sea dentro o fuera de la familia, ya sea físicamente, sexual o psicológicamente, ya sea práctica privada o hecho cultural.
- La reafirmación del derecho de las mujeres al disfrute y protección de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, incluyendo el derecho a la vida, a la igualdad, a la libertad y seguridad de la persona, a la protección ante la ley, a estar libres de cualquier tipo de discriminaciones, al máximo nivel posible de la salud física y mental, a gozar de condiciones de trabajo justas y favorables, y a no estar sometidas a tortura u otros tratamientos crueles y degradantes.

Asimismo en el ámbito regional en 1994 la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos aprobó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belém Do Pará).

En este instrumento se define la violencia contra la mujer como cualquier acción o conducta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en su género, " que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico". En coherencia con esta definición, en el artículo 3 establece el derecho de las mujeres " a una vida libre de violencia tanto en

el ámbito público como el privado" y este derecho incluye entre otros, el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, estableciendo el vínculo entre ambos fenómenos.

Es evidente la coincidencia entre lo planteado en la Declaración de la Eliminación de la Violencia contra la mujer, de la ONU y esta Convención, respecto a las causas que generan esta violencia. Señala el Preámbulo de la Convención que la violencia debe ser considerada una violación de los derechos humanos y libertades fundamentales.

Reconoce en este fenómeno " una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres", y el hecho de que " trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de clase, raza, grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad, o religión..."

En este proceso a nivel de instrumentos internacionales, jurisprudencia y doctrina, se suman la creación en 1994 por parte de la Comisión de Derechos Humanos ONU del Relator Especial sobre la violencia contra la mujer, 1994 la Comisión Interamericana creó el cargo de Relatora Especial sobre los Derechos de la mujer, en 1998 la Comisión Africana de derechos humanos y de los pueblos nombró a un Relator Especial sobre los Derechos de la Mujer en África.

Los diferentes informes de las relatoras especiales tanto de la ONU, OEA y África destacan la necesidad de la vinculación de la discriminación y la violencia, en tanto que estos fenómenos profundizan y sustentan las estructuras jerarquizadas existentes en nuestros países, dando origen a relaciones desiguales de poder, que no permiten el acceso a los derechos a las mujeres a nivel mundial.

Es así como en La Declaración conjunta de las Relatoras Especiales de violencia sobre Los Derechos de las mujeres ( 8 de marzo del 2002)<sup>38</sup> reconocen:

- Que violencia contra la mujer se entiende todo acto de violencia perpetrado por cualquier persona en el hogar, en la familia, o en la comunidad, así como actos perpetrados o tolerados por el Estado, incluso durante conflictos armados.
- Que la violencia contra la mujer es una manifestación de discriminación basada en el sexo.
- El derecho de toda mujer a no ser sometida a actos de violencia incluye el derecho a no ser objeto de es tipo de discriminación y el derecho a gozar igual protección ante la ley.
- Los Estados no deben invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir sus obligaciones con respecto a la eliminación de la violencia y la discriminación contra la mujer.
- En todos los países del mundo se cometen actos de violencia contra las mujeres y las niñas. Ello ocurre en situaciones de paz y de conflicto. Sin embargo, los órganos estatales y las entidades privadas no están obligadas a rendir cuenta de ello. Este Clima de impunidad fomenta la persistencia de esas violaciones de los derechos humanos.
- Los estados están obligados a obrar con la diligencia debida para prevenir la violencia contra la mujer, enjuiciar, y sancionar a quienes cometan actos de esta índole, y a tomar medidas para erradicar permanentemente la violencia contra las mujeres en sus sociedades.

---

<sup>38</sup> Las Relatoras Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, la relatora especial sobre los Derechos de la mujer de la Comisión Interamericana de derechos Humanos, y de la Comisión Africana de Derechos Humanos de los Pueblos, se reunieron el 28 de febrero y el 1 de marzo del 2002 en Montreal reunión organizada por Rights & Democracy y formularon una declaración conjunta de donde se tomaron los siguientes aspectos.



Necesariamente para este análisis no podemos perder de vista que la discriminación y la violencia de género no se da en el vacío, sino el contexto de la cultura patriarcal <sup>39</sup>, pero a su vez se sustenta, en una ideología sexista: que resulta clasista, adultocéntrica, racista, etc. Es así como en la punta de la pirámide se coloca el paradigma de lo humano representado androcéntricamente<sup>40</sup>. Esta forma de orden social implica de por sí una violencia estructural, por que niega, relativiza, naturaliza, lo que significa la violencia y la discriminación en la vida de las mujeres y las consecuencias que esto tiene en sus entornos geográficos, políticos, sociales y económicos resultando en violaciones a sus derechos humanos.

“El patriarcado... lejos de tener una unidad ontológica estable es un conjunto práctico- es decir, que se constituye en y mediante unos sistemas de prácticas reales y simbólicas y toma toda su consistencia de estas prácticas-. Un conjunto práctico tal no puede ser sino metaestable. Por lo que podríamos decir que patriarcado es el conjunto metaestable de pactos-asimismos metaestables- entre los varones, por el cual se constituye el colectivo de éstos como género-sexo y, correlativamente, el de las mujeres por razón estimamos que no tiene mucho sentido establecer una tipología abstracta de sistemas de género-sexo distinguiendo analíticamente la construcción cultural diferencial de los géneros del hecho de que la hegemonía puede tenerla en principios cualquiera de ambos, resultando así sistemas de género-sexo con dominante masculina o con dominante femenino o bien igualitarios”<sup>41</sup>.

Esta lectura de la realidad permite hablar de una violencia sistémica porque se encuentra en todo el tejido social y por supuesto en las diferentes manifestaciones de la producción del saber humano: la medicina, la política, la filosofía, la antropología, el derecho, los derechos humanos, etc. y en toda la cotidianidad de las relaciones humanas y de estas con su entorno social, natural, en todas estas se evidencia un sesgo sexista<sup>42</sup> que impacta sobre la vida de las mujeres y su derecho a la ciudadanía plena.

## **2.2 La socialización patriarcal y los derechos humanos.**

La socialización patriarcal <sup>43</sup>juega un papel fundamental en la profundización de la violencia y la discriminación de género, convirtiéndose en uno de sus principales medios de reproducción. Es así como instituciones como la familia, la educación, los medios de comunicación social, entre otras, canalizan y transmiten desde lo discursivo, simbólico y

---

<sup>39</sup> Sobre el tema del patriarcado ver:

LERNER, Gerda: La Creación del patriarcado, Editorial Crítica, Barcelona, España, 1990.

RIANE, Eisler. El Cáliz y la Espada. La mujer como fuerza en la historia, Editorial Pax México, 1997.

<sup>40</sup> FACIO, Alda. Cuando el género suena cambios trae. Metodología para el análisis de género del fenómeno legal, ILANUD, Programa Mujer, Justicia y Género, 3ª. Ed, San José, Costa Rica, 1999.

“El androcéntrismo es una de las formas más generalizadas de sexismo, consiste en ver el mundo desde lo masculino tomando al varón de la especie como parámetro o modelo de lo humano”.

<sup>41</sup> AMORÓS, Celia.: La violencia contra las mujeres y los pactos patriarcales, Editorial Pablo Iglesia, Madrid, España, 1990.

<sup>42</sup> El sexismo es la creencia, fundamentada en una serie de mitos y mistificaciones, en la superioridad del sexo masculino, creencia que resulta en una serie de privilegios para ese sexo que se considera superior. Estos privilegios descansan en mantener al sexo femenino al servicio del sexo masculino, situación que se logra haciendo creer al sexo subordinado que esa es su función “natural” y única (FACIO, Alda. Cuando el género suena cambios trae. Metodología para el análisis de género del fenómeno legal, ILANUD, Programa Mujer, Justicia y Género, 3ª. Ed, San José, Costa Rica, 1999).

<sup>43</sup> SÁNCHEZ; Olga. Anotaciones acerca del modelo de socialización patriarcal /En/ LAVERDE y SANCHEZ. Voces insurgentes, Editorial Guadalupe, Bogotá 1988.

corporal los roles, funciones y estereotipos genéricos, que son obstáculos para el ejercicio de los derechos humanos de las mujeres y atentan contra su autonomía.

“ A través de este proceso de socialización se internaliza un modelo dado por la ideología patriarcal, modelo que lleva a una dicotomía entre el espacio público y el espacio privado, el primero asignado fundamentalmente a los hombres; el papel de la mujer ha sido considerado históricamente como secundario “ ciudadanos de segunda clase”, concepción que necesariamente se refleja en todos los ámbitos de la vida cotidiana de hombres y mujeres... se sustenta a través de normas, valores, pautas de crianza y mitos y se explícita en forma descarnada en el machismo... ”<sup>44</sup>

Por lo tanto, la masculinidad o feminidad<sup>45</sup> se construyen en intrincados procesos psicosociales y no por razones naturales o biológicas como se tiende a justificar. Sin esta compleja interacción el fenómeno de la violencia contra las mujeres sería solo parcial y no estructural.

“No se nace mujer; se llega a serlo. Ningún destino biológico, psíquico o económico define la figura que reviste en el seno de la sociedad la hembra humana; es el conjunto de la civilización el que elabora ese producto...”<sup>46</sup>

En este sentido el valor de los bienes jurídicos protegidos se fundamentan en las valoraciones que resultan de estos complicados procesos de socialización por medio de los cuales las diferentes instituciones sociales le asignan un valor político, jurídico, económico a dichos bienes, es más, dicen cuales deben ser tutelados o no y cómo. Esta asignación por supuesto no es neutral desde una perspectiva de género.

Por ejemplo, históricamente la protección al cuerpo de la mujer se ha construido en parte sobre la tutela al honor, que desde todo punto de vista no refleja realmente la protección al cuerpo de la mujer. Esta forma de abordaje del derecho ha permitido el continuum de la violencia y la discriminación sobre la corporalidad de la mujeres, la violación se ha mediatizado a través de diferentes discursos y prácticas tales como : la provocación por parte de la víctima, el historial sexual de la mujer, la ausencia de virginidad, la despenalización de facto por el tratamiento que se le da en la administración de justicia, permitiendo la impunidad tanto en tiempos de paz como de conflictos armados de carácter internacional o interno.

En estos contextos bélicos, el cuerpo de la mujer cobra un significado de botín de guerra, o arma táctica para intimidar y aterrorizar a la población objetivo o para castigar a las mujeres y simpatizantes del supuesto enemigo, o un medio para humillar a la otra parte y destruir la pureza sexual de sus mujeres, destacándose la vinculación innegable de la violación con la idea del honor, siendo así la violación en estos escenarios de guerra un medio para comunicar la derrota a los varones del campo enemigo, resultando este tratamiento en discriminaciones<sup>47</sup>

### **2.3. El poder y su influencia en el reconocimiento o no de los derechos humanos.**

---

<sup>44</sup> LAVARDE Y SANCHEZ L. Voces insurgentes, Editora Guadalupe, Bogotá, Colombia.

<sup>45</sup> LAGARDE, Marcela. Identidad de género, Managua Nicaragua.

-----Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas y presas y locas. Universidad Nacional Autónoma de México, Colección Posgrado, 1997.

VALDÉS, Teresa y OLAVARRÍA José (eds) Masculinidades /es Poder y crisis.

<sup>46</sup> BEAUVOIR, Simone de: El segundo sexo, Aguilar, Madrid, 1981, pág. 247.

<sup>47</sup> Comisión de Derechos Humanos 59 período E/ CN.4/2003/75.Integración de los Derechos de las Mujeres y la perspectiva de género. La violencia contra la mujer.

Una de las manifestaciones de la cultura patriarcal es el poder, analizado éste desde la teoría de género feminista que aporta a las ciencias sociales la óptica del poder como un sistema de hegemonía masculina que atraviesa y sostiene toda la estructura genérica<sup>48</sup>. El ejercicio del poder ubica a las mujeres y a los hombres en espacios diferenciados a los cuales les corresponde una valoración desventajosa para todo lo representa al género femenino, sin esto no sería posible la sostenibilidad de la violencia y la discriminación sistémica.

Este ejercicio se perpetua entre otros factores por la relación dialéctica que existe entre la división sexual del trabajo y el establecimiento de los ámbitos público que corresponde a lo productivo: donde rigen leyes sociales, económicas y históricas y el privado o reproductivo: donde no hay leyes sociales ni históricas, sino la fuerza de la naturaleza. Esta visión dicotómica de la realidad ha impactado el derecho internacional de los derechos humanos, ya que la misma no opera en forma neutral respecto a las personas, sino que son espacios ocupados por individuos con sexo concreto, o sea, esta dicotomía de público y privado esta atravesada por el género.

Asimismo, se convierte en una distinción normativa por la distribución de los poderes y por supuesto por los derechos protegidos o no en ambas esferas. Invisibilizando situaciones de facto violatorias a los derechos de las mujeres en el ámbito privado, en cualquiera de las tres generaciones de los derechos humanos, sean esto, Derechos Civiles y Políticos, Económicos, Sociales y Culturales o de Solidaridad<sup>49</sup>.

“ El poder, al ser un sistema de relaciones, se implanta en el espacio de los iguales una red de fuerzas constituidas por quienes ejercen el poder y se reconocen a sí mismos como sus titulares legítimos, teniendo en cuenta que junto a ellos, existe un conjunto de posibles titulares que guardan su turno ante la posibilidad de un relevo. Los iguales existen en tanto tienen algo que repartirse: su dominio y hegemonía sobre las mujeres”<sup>50</sup>

En este escenario las mujeres han sido históricamente las encargadas del espacio reproductivo y si bien han incursionado y su presencia actualmente es mayor en lo público, no se ha logrado democratizar el ámbito privado a tal punto que se evite las dobles y triples jornadas<sup>51</sup>, mucho menos se ha logrado una paridad en el acceso a puesto de decisión en la pirámide laboral<sup>52</sup>

Con este panorama de desarrollo de las relaciones sociales y consolidación de las estructuras, las sociedades patriarcales se construyen y se mantienen por la discriminación y la violencia contra la mujer, dada su condición genérica que atraviesa

---

<sup>48</sup> AMORÓS, Celia: Espacio de los iguales espacio de las idénticas. Notas sobre el poder y principio de individualización, Arbor (nov-dic). 1987.

<sup>49</sup> CHARLESWORTH, Hillary. ¿ Qué son los Derechos Humanos de las Mujeres?. /En/ Manual de Derecho Internacional. ILANUD 2004.

<sup>50</sup> COBO BEDIA; Rosa: “ Género”, en AMOROS, Celia: 10 palabras clave sobre la mujer, Editorial Verbo Divino, Madrid, 1995.

<sup>51</sup> ONU. E/CN.4/1996/105

“... un régimen de derechos humanos a la altura de los tiempos deberá, no sólo garantizar la igualdad entre hombres y mujeres en las esferas que son comunes a ambos, sino también promover la justicia social en todas las esferas de la vida privada y civil. Una enumeración de derechos humanos que refleje la realidad de la condición de la mujer deberá incluir, por ejemplo, la autonomía en la familia, los derechos en materia de reproducción y las condiciones adecuadas para una reproducción sana, así como la suficiencia de recursos económicos para que la mujer pueda mantenerse a sí misma y mantener a su familia.”

<sup>52</sup> SATZMAN, Janet: Equidad y género. Una teoría integrada de estabilidad y cambio, Ediciones Cátedra, Universitat de Valencia Instituto de la Mujer, Madrid, 1989.

toda la organización social tanto de clase, etnia, racial o étnica entre otras y da origen a relaciones de poder desigual.

Ambos fenómenos se conjugan y dan como resultado: primero, la negación de las mujeres como sujetos sociales, históricos, morales y de derecho, convirtiéndolas en la otredad o ser- para los -otros, por lo cual no sabe qué significa vivir para sí mismas, tener un plan de vida propio, fundamentado en su propia autonomía<sup>53</sup>; segundo, la total expropiación del cuerpo de las mujeres en el sentido más amplio ya que solo a través de este es que se experimenta la vida, “nuestro cuerpo es nuestro mundo en el mundo”, problemas que impactan por supuesto en el ejercicio de la ciudadanía para las mujeres como sujetos políticos en nuestras sociedades.

Es así como las mujeres por pertenecer al género femenino nacen en un mundo hostil, esto se comprueba si se analiza que la discriminación y la violencia están presentes tanto en la representación simbólica plasmada en el imaginario social, como por ejemplo: con el tratamiento que se le da a la mujer como sujeto sexualizada, cosificado<sup>54</sup>, así como en la invisibilización de ella en la historia, entre otras. Igualmente en los diferentes ámbitos sean estos: laboral, político, educativo, artístico, histórico, etc., como el intrafamiliar, se observa en cada acto concreto que se da allí un contenido impregnado de violencia sea esta subliminal o evidente<sup>55</sup>.

Lógicamente esta experiencia ha marcado los cuerpos de las mujeres y todas las relaciones sociales convirtiéndolas en espacios de negación de la dignidad humana a todo lo femenino. En estas estructuras sexistas el manejo ideológico establece una relación dialéctica entre el uso de lo simbólico con los espacios públicos y privados reforzando la cultura patriarcal.

El poder en este caso ha impacto para la invisibilización de las situaciones violatorias de los derechos humanos de las mujeres o la no adecuada tipificación o conceptualización de los fenómenos.

Por ejemplo muchos países han alegado que la violación contra la mujer en tiempo de guerra no es un crimen de guerra o de lesa humanidad, testimonios históricos como las mujeres de Solaz sometidas a la esclavitud sexual, cuya impunidad se ha perpetuado en el tiempo.

Esto fue posible por el tratamiento y procedimientos que se le dio en los dos Tribunales Militares Internacionales posteriores a la II guerra mundial, la violación y la violencia sexual, no fue incluida en la Carta y no fue considerada como una ofensa por sí misma y en forma separada de otras.

Con esto se ignora el engaño y secuestro de más de doscientas mil mujeres de origen no-japonés de los territorios ocupados por las fuerzas japonesas, que fueran trasladadas a las llamadas “estaciones de solaz”, espacio que se convirtió en campos de violaciones y esclavitud sexual y por supuesto para realizar servicio doméstico a favor de sus torturadores<sup>56</sup>.

Como se puede observa y analizar este poder influyo directamente en los derechos humanos al invisibilizar los crímenes de violencia contra la mujer en tiempo de guerra y

---

<sup>53</sup> BASAGLIA, Franca. *Mujer, locura y sociedad*, Universidad Autónoma de Puebla, 1983.

<sup>54</sup> PATEMAN, Carole: *El contrato sexual*, Editorial Anthropos, Barcelona-Universidad Autónoma metropolitana, México, 1995.

<sup>55</sup> FACIO MONTEJO, Alda, FRIS LORENA. *Feminismo, género y patriarcado* / en *Género y Derecho*, Colección contraseña, Estudios de Género, Serie Casandra, 1999.

<sup>56</sup> COPELON, Rhonda. *Crímenes de Género como Crímenes de Guerra: Integrado a los Crímenes contra las Mujeres en el Derecho Penal Internacional*. Trabajo Inédito.

esto fue posible porque la fundamentación del derecho internacional y la práctica penal así lo permitieron, hasta muy recientemente con la adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que define específicamente la violación y otros actos de violencia contra la mujer como actos que constituyen crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, se modifica esta concepción violatoria a la dignidad de las mujeres como sujetos de derechos.

#### **2.4. El impacto de la violencia, Estado, Pactos, movimientos sociales.**

Las consecuencias de este sistema son nefastas para las mujeres. Si se traduce las anteriores explicaciones en hechos concretos se tiene como resultado situaciones tales como: la violación en tiempos de paz y de conflictos armados, la violencia en la familia, el incesto, el analfabetismo, la malnutrición, la pobreza, el acoso sexual, la mutilación genital, muertes debido a la dote, prostitución forzada, violencia en la comunidad, violencia del Estado, violencia contra trabajadoras emigrantes y refugiadas, entre otros<sup>57</sup>.

Necesariamente el sistema perpetua la impunidad de estos hechos a través de mecanismos legitimados y legalizados por el derecho, que obstaculizan o niegan el reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos humanos de las mujeres. Basta recordar la negación histórica a las mujeres por su derecho al voto, o sea, al reconocimiento de su ciudadanía plena. La justificación se fundamentaba en argumentos que giraban en torno a criterios biológicos y naturales como la sensibilidad de la mujer, su maternidad y su falta de racionalidad<sup>58</sup>, o el derecho a la corrección tutelado en los códigos más antiguos que legitima la violencia y la propiedad sobre el cuerpo de las mujeres.

“¿Porqué tratar nosotros de hacer desaparecer de ellas ese don, esa cualidad? Si esa preferencia / La de ser gustadas/ se le concede en todas partes y no hemos de ser nosotros, sus abuelos, sus padres y sus novios los que se la quitamos. Seamos previsores, miremos un futuro y no comentamos la torpeza de hacerles perder algo que mañana nosotros mismos vamos a añorar.

Que sea el tiempo, ellas mismas con sus tendencias modernistas las que consigan situarse a otro nivel; que ellas mismas sean responsables de perder ese encanto tan de ellas y no nosotros sus propios adoradores.

Ellas mismas, estoy seguro, puede que se arrepientan de perder algo que no se conocen; ese encanto de ser sumamente femeninas, sumamente mujeres”.<sup>59</sup>

Frente a este escenario, las mujeres como movimiento social, históricamente configurado, ha reivindicado la erradicación de la violencia sistémica impulsando y coincidiendo con las tendencias más progresistas más recientes de los sistemas de protección internacional.

En un proceso lento los estados como parte de la comunidad internacional han modificado sus pactos patriarcales que evidenciaban la ginopia<sup>60</sup> y en muchos casos la misoginia<sup>61</sup> en la formulación y puesta en práctica tanto de sus políticas como la

---

<sup>57</sup> ONU E/CN.4/1995/42.

<sup>58</sup> HARDING, Gertrude. Con todas sus fuerzas, editorial Txalaparta, 1999.

CALVO, Yadira. Ángela Acuña. Forjadora de Estrellas, Editorial Costa Rica, 1989.

<sup>59</sup> Sobre el voto femenino, Diario de Costa Rica, 18 de mayo de 1934./En/ CALVO, Yadira. Ángela Acuña. Forjadora de Estrellas, Editorial Costa Rica, 1989.

<sup>60</sup> Se entiende por ginopia: la imposibilidad de ver lo femenino o imposibilidad de aceptar la existencia autónoma de personas del sexo femenino.

<sup>61</sup> Se entiende por misoginia: Como su raíz griega lo indica, es el odio o desprecio a lo femenino.

perspectiva sobre la promoción y defensa de los derechos humanos y progresivamente han aceptado la necesidad de profundizar los principios de igualdad y no-discriminación, tanto como el derecho a vivir libre de violencia, lo que ha significado nuevas lecturas sobre el contenido de los derechos humanos<sup>62</sup>.

“La actual interpretación de los instrumentos de derechos humanos refleja la experiencia de los varones en un mundo dominado por varones y en gran medida olvida que la mayoría de las mujeres conviven con la violencia o la amenaza de violencia en la vida diaria. Por ejemplo, la interpretación del derecho a no ser torturado no incluye la violencia en la familia ni suele incluir la agresión sexual...”<sup>63</sup>

Se podría decir que se está en un momento de síntesis y avances en la formulación del pensamiento feminista en el campo de los derechos humanos de las mujeres, al contarse con una producción teórica, doctrinaria, jurisprudencial importante. Asimismo con la promulgación instrumentos y procedimientos internacionales convencionales y no convencionales<sup>64</sup>.

Tales como la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de la ONU, la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) y su protocolo facultativo, la Convención interamericana para prevenir, sancionar, erradicar la violencia contra la mujer (Belém Do Pará), estos últimos instrumentos convencionales son paradigmáticos porque integran en su fundamentación elementos señalados por la teoría feminista, por ejemplo:

- Tanto la CEDAW como Belém Do Pará, señalan como ámbitos de protección y tutela el espacio privado, esto es de vital importancia ya que muchas de las violaciones a los derechos humanos de las mujeres se cometen en este espacio.
- Igualmente incluyen la necesaria eliminación de los patrones socioculturales que profundizan la violencia y/o la discriminación.
- En el caso de la CEDAW se cuenta con una definición de discriminación por razón de sexo, esto es un aporte, ya que en la mayoría de los instrumentos internacionales y el derecho constitucional se enuncia este principio pero el mismo no se desarrolla.
- La CEDAW además profundiza el principio de igualdad plasmado en la igualdad sustantiva al desarrollar el concepto de discriminación por resultado.
- Con la Convención de Belém Do Pará se aprueba un nuevo derecho “El derecho de las mujeres a vivir libres de violencia”, cuyo contenido se fundamenta, el derecho a la vida, integridad física, psicológica, a estar libre de tratos crueles y degradantes e inhumanos, salud, entre otros.

Cabe una mención especial como un acontecimiento significativo que viene a sumarse a este marco ético-jurídico de los derechos humanos de las mujeres, la adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1994), que define específicamente la

---

<sup>62</sup> FACIO MONTEJO, Alda. Hacia otra crítica del derecho, en Género y Derecho, Editorial Colección Contraseña, estudios de Género, Serie Casandra, 1999.

-----Hacia otra crítica del derecho, en Género y Derecho, Editorial Colección Contraseña, estudios de Género, Serie Casandra, 1999.

<sup>63</sup> ONU. E/ CN.4/1996/105.

<sup>64</sup> ARROYO VARGAS, Roxana. Aplicabilidad de la normativa sobre la violencia contra la mujer en Centroamérica, ILANUD, CIM, IEN, Ed, UNA, 2003.

violación y otros actos de violencia contra la mujer como actos que constituyen crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, con esto se da un giro al tratamiento tradicional, que se le venía dando a la violencia sexual y específicamente a la violación y se les considera entonces como actos violatorios a los derechos fundamentales de las mujeres.

En este nuevo abordaje , conceptualización e inclusive procedimientos que establece la Corte<sup>65</sup>, se evidencia un análisis de estas situaciones violatorias como formas de violencia y discriminación.

“El Estatuto de Roma marca una ruptura en esta concepción clásica del bien jurídico protegido en el ámbito del Derecho Penal Internacional, al tipificar los delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, y dentro de estos a la violación sexual, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada. Además establece normas específicas para la protección de víctimas y testigos, especialmente a víctimas de violencia sexual. Estos dos elementos tienen como efecto, la protección de las víctimas de este tipo de delitos y por supuesto sus derechos a la integridad personal y la libertad sexual.”<sup>66</sup>.

Esto ha sido posible después de un largo proceso, en que las mujeres en diferentes momentos y asumiendo formas organizativas diversas tales como “las mujeres de solaz”, y actualmente el Caucus por una justicia de género<sup>67</sup>, han logrado influenciar en la redefinición de las leyes relativas a la violación, desde una mirada feminista, para cuestionar, eliminar los requisitos de fuerza física, penetración sexual de la vagina como una forma de constituirse la violación, el consentimiento de la víctima, que se alejaban de las experiencias y los cuerpos de las mujeres, al estar definido esto por parámetros androcéntricos plasmados en la letra de la ley <sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> El apartado g) del párrafo 1 del artículo 7 establece que se entenderá por crímenes de lesa humanidad la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada y otros abusos sexuales de gravedad comparable cuando concurren los elementos constituyentes del delito. En el inciso xxii) del apartado b) del párrafo 2 del artículo 8 se afirma lo mismo en relación con los crímenes de guerra durante conflictos internacionales y en el inciso vi) del apartado e) del párrafo 2 ) del artículo 8 en relación a los crímenes de guerra durante conflictos internos. Además , en el apartado c) del párrafo 2 del artículo 7 se reconoce que el crimen de esclavitud sexual incluye el tráfico de mujeres y niños/as. En el apartado h) del párrafo 1 del artículo 7 se señala que el género es un motivo independiente de persecución cuando tiene que ver con crímenes de lesa humanidad, y la definición de la tortura en el apartado e) del párrafo 2 del artículo 7 es lo suficientemente amplia para incluir los actos particulares.

<sup>66</sup> VALLADARES, TAYUPANTA. Lola. Violencia sexual contra las mujeres. Trabajo Inédito, 2004.

<sup>67</sup> La Morada . Taller la Corte Penal Internacional y la justicia de género: Un desafío para la acción. 2003.

“Es una red de más de 300 organizaciones de mujeres de todo el mundo, la que contribuyo decisivamente a la inclusión de las preocupaciones, que desde las distintas realidades que vivían las mujeres, habían surgido....desempeñaron un rol técnico político. Técnico en el sentido de aportar a las negociaciones entre los Estados con propuestas jurídicas concretas en torno a los distintos temas que aborda el Estatuto, y político en el sentido de cautelar y denunciar los intentos por abortar o comprometer los principios de la justicia internacional de género”

<sup>68</sup> En este largo proceso de reconceptualización el desarrollo de la jurisprudencia internacional ha jugado un papel importante, si miramos en retrospectiva el tratamiento que se le dio al caso de las mujeres de Solaz por los dos tribunales Militares Internacionales posteriores a la II guerra mundial que perpetuaron la impunidad. En contraste con el avance que se mira en los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Rwanda, en los casos Foca, FWS75 y el caso Furundzija ( ex Yugoslavia) y el caso de JJ, testigo en el famoso juicio de Akeyesu ante el Tribunal Penal Internacional para Rwanda a, fueron casos de importancia histórica en los que se prestó la debida atención a la violencia contra la mujer en tiempos de guerra y se enjuicio a los perpetradores. Sus testimonios se van incorporando a la memoria internacional pública y los hechos expuestos están sirviendo de base para una importante evolución del derecho

Sumándose a estos instrumentos paradigmáticos se cuenta además con los informes de la Relatora especial contra la Violencia de la ONU la Relatora especial de la OEA

Todo esto permite asegurar que se cuenta con un marco ético-jurídico novedoso que cuestiona y modifica en lo posible la visión tradicional de los derechos humanos y de los sistemas jurídicos internos y conforman el marco teórico para el abordaje de la violencia contra la mujer como una violencia estructural.

### **3- Recopilación.**

#### **3.1 Elementos a destacar.**

a) La violencia y la discriminación se deben analizar desde un abordaje sistémico, asimismo se convierte en una categoría indispensable en el estudio de las situaciones violatorias de los derechos humanos.

b) Es indispensable visualizar el continuum de la violencia y la discriminación contra las mujeres, evidenciando, describiendo y develando las vinculaciones existentes entre los diferentes hechos que se dan en un escenario concreto, evitando así que no se presenten los mismos como fenómenos inconexos.

c) Para destacar esta violencia y discriminación estructural, es necesario agregar como parte del método de análisis, preguntas que nos orientan, ordenen, nos revelan las causas, los ejercicios de los poderes y las responsabilidades en las violaciones, en las situaciones que estamos descifrando. Para darles nombre, visibilización por medio de conceptos y categorías, tales como feminicidio, violencia sexual, violencia doméstica, etc.

ch) Entender la violencia estructural como una categoría útil para los derechos humanos de las mujeres, no se puede comprender desvinculado de un marco teórico, que nos brinden los conceptos para analizar la discriminación y la violencia como fenómenos interconectados, con posibilidad de ser definidos por la perspectiva de género fundamentado en los saberes elaborados por el feminismo aplicada al derecho, el derecho internacional de los derechos humanos de las mujeres, la doctrina, y la jurisprudencia, que nutren este marco teórico.

d) Son parte importante de este marco teórico el manejo de conceptos tales como cultura patriarcal, sexismo y socialización, que nos permiten comprender como la violencia y la discriminación se entretajan con todo el tejido social y adquieren diferentes manifestaciones que impactan los derechos humanos.

Como son naturalizados estos fenómenos, creando fuertes tensiones entre su invisibilización que profundiza la impunidad y su develación a través de una mirada crítica desde el marco ético-jurídico de los derechos de las humanas. Deslegitimando así estos procesos que justifican las diversas opresiones de las mujeres.

e) Se busca así una redefinición de los bienes jurídicos protegidos, para una protección asertiva de los cuerpos y de la vida de las mujeres.

---

internacional. En el caso Foca el Tribunal halló a los perpetradores culpables de crímenes de lesa humanidad por violación, tortura, ultraje a la dignidad personal y esclavitud " (E/CN.4/2003/75) Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género. La violencia contra la mujer. Comisión de Derechos Humanos.



f) En este sentido es crucial el tema del poder conceptualizado por las Ciencias Sociales pero reinterpretado por el feminismo, para determinar las diferentes manifestaciones del sexismo que están presentes en el derecho y los derechos humanos y, desde esta nueva lectura, analizar el mismo como un sistema de hegemonía masculina.

La influencia de este poder sobre la realidad permite la visibilización o no de las diferentes situaciones que resultan en discriminaciones y violencia, y que conculcan los derechos de las mujeres. O generan las condiciones para un nivel de vida adecuado donde se respetan tanto los derechos Civiles y Políticos, tanto como los Económicos, Sociales y Culturales y los de Solidaridad (de tercera generación), respetando así la indivisibilidad, integralidad y universalidad de los mismos.

g) Es importante destacar que al marco ético-jurídico de los derechos humanos de las mujeres, se suma un importante instrumento internacional el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que incorpora una perspectiva innovadora en el tratamiento de los delitos de violencia sexual, la violación, el genocidio, etc.

Integrando una nueva lectura sobre la protección de las víctimas y la conceptualización de los bienes jurídicos por medio de la tipificación de las conductas que se consideran delitos internacionales, desde una lectura basada en la perspectiva y teoría feminista.

#### **4- Bibliografía .**

AMORÓS, Celia.: La violencia contra las mujeres y los pactos patriarcales, Editorial Pablo Iglesia, Madrid, España, 1990.

AMORÓS, Celia: Espacio de los iguales espacio de las idénticas. Notas sobre el poder y principio de individualización, Arbor (nov-dic). 1987.

ARROYO VARGAS, Roxana, La violencia contra la mujer como producto de una violencia estructural. /En/ Módulo de Violencia. ILANUD. San José, Costa Rica.

BASAGLIA, Franca. Mujer, locura y sociedad, Universidad Autónoma de Puebla, 1983.

BENHABIB, S. “ Una revisión del debate sobre las mujeres y la teoría moral”, Isegoría. Revista de filosofía moral y política no 6 1992.

COBO BEDIA; Rosa: “ Género”, en AMOROS, Celia: 10 palabras clave sobre la mujer, Editorial Verbo Divino, Madrid, 1995.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS.( 59 período de sesiones. Tema 12 a) del programa provisional. Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género. La violencia Contra la mujer. E/CN.4/2003/75. 6 de enero de 2003.

COPELON, Rhonda. Crímenes de Género como Crímenes de Guerra: Integrado a los Crímenes contra las Mujeres en el Derecho Penal Internacional. Trabajo Inédito.

CHARLESWORTH, Hillary. ¿ Qué son los Derechos Humanos de las Mujeres?. /En/ Manual de Derecho Internacional. ILANUD 2004.

FACIO, Alda. Cuando el género suena cambios trae. Metodología para el análisis de género del fenómeno legal, ILANUD, Programa Mujer, Justicia y Género, 3ª. Ed, San José, Costa Rica, 1999.

FACIO MONTEJO, Alda, FRIES, Lorena. Feminismo, género y patriarcado, en Género y Derecho, Colección contraseña, Estudios de Género, Serie Csandra, 1999.

HARDING, Gertrude. Con todas sus fuerzas, editorial Txalaparta, 1999.

Kelly, Liz (1988), *Surviving sexual violence*. Polity Press, Inglaterra.

LAGARDE, Marcela. Identidad de género, Managua Nicaragua.

-----Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas y presas y locas. Universidad Nacional Autónoma de México, Colección Posgrado, 1997.

----- Identidad de Género y Derechos Humanos. / En( Estudios básicos de derechos Humanos IV. Instituto Interamericano de Derechos Humanos- Comisión de la Unión Europea. San José de Costa Rica, 1996

LA MORADA. Taller la Corte Penal Internacional y la justicia de género: Un desafío para la acción. 2003.

VALDÉS, Teresa y OLAVARRÍA José (eds) Masculinidades /es Poder y crisis.

VALLADARES, TAYUPANTA. Lola. Violencia sexual contra las mujeres. Trabajo Inédito, 2004.

ONU E/CN.4/1995/42.

ONU. E/CN.4/1996/105

PATEMAN, Carole: El contrato sexual, Editorial Anthropos, Barcelona-Universidad Autónoma metropolitana, México, 1995.

RADFORD, Jill & RUSSELL. Diana (1992), *Femicide: the politics of woman killing*. Twayne Publishers, New York.

RIANE, Eisler. El Cáliz y la Espada. La mujer como fuerza en la historia, Editorial Pax México, 1997.

SAGOT, Montserrat (1995), "Socialización de género, violencia y feminicidio" en *Revista Reflexiones*, No. 41, diciembre. Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica.

SÁNCHEZ; Olga. Anotaciones acerca del modelo de socialización patriarcal /En/ LAVERDE y SANCHEZ. Voces insurgentes, Editorial Guadalupe, Bogotá, Colombia, 1988.

## **Lectura 6**

# **CONCEPTOS BÁSICOS DE DERECHOS HUMANOS Y APORTES FEMINISTAS**

**Dra. Roxana Arroyo Vargas**

### **UBICACIÓN DEL TEMA EN EL MARCO DE LOS DERECHOS HUMANOS**

#### **Antecedentes históricos**

El concepto derechos humanos es uno de los más utilizados en el mundo contemporáneo, esto es evidente tanto en las ciencias sociales como en la práctica política y por supuesto en el ejercicio cotidiano de la ciudadanía. Inclusive podríamos destacar una coincidencia en el significado de algunos elementos que datan desde los siglos XVII y XVIII. Me refiero, en primer lugar, a la función legitimadora y reguladora que cumplen los derechos humanos en los sistemas políticos y los ordenamientos jurídicos; segundo al ser el referente ético-

jurídico para todas las personas, en cuanto se constituyen en garantía para su dignidad y parámetro de relacionamiento social.

Si nos abocamos a las definiciones léxicas encontraremos distintas palabras que expresan el concepto de derechos humanos, tales como derechos naturales, derechos públicos subjetivos, libertades públicas, derechos morales, derechos fundamentales, derechos individuales o derechos del ciudadano.

Obviamente todos estos términos hacen referencia no sólo a su construcción lingüística, sino también a escenarios culturales y políticos determinados. Pero aún así, podríamos destacar al menos tres aspectos comunes en estas construcciones. Primero, los derechos humanos son producto de la modernidad y sustituyen a la idea del Derecho como orden creado por Dios. Segundo, se colocan en un mundo totalmente secular, laico. Tercero, comparten ciertas características: Son indivisibles, o sea, ninguno es más importante que otro, por lo tanto, no existe una jerarquización entre ellos; son integrales: los seres humanos necesitan de todos los derechos para lograr un desarrollo pleno; son universales, en tanto son válidos para todas las personas; y por supuesto, son históricos en la medida que surgen de las contradicciones sociales y son impulsados por movimientos y sujetos concretos que reivindican sus necesidades

Desde esta perspectiva, la cultura de los derechos humanos se centra en el reconocimiento y la protección de la persona. Se inclinan a la visión subjetiva, al referente individual, a la persona titular de estos derechos. Desde esta óptica es el sujeto y su protección el núcleo central y unificador, el que proporciona sentido y unidad a todos los términos usados como sinónimos de derechos humanos.

### ***Generaciones de derechos: primera, segunda, tercera***

Para el estudio de los derechos humanos usualmente se utiliza la denominación de generaciones. Es importante tener claro, que ésta no hace referencia necesariamente al orden de aparición ni a su jerarquización, menos aún a su justiciabilidad, sino que exclusivamente se menciona para efectos pedagógicos, en la medida que proporciona elementos que facilitan la caracterización de los derechos humanos.

### ***Derechos Civiles y Políticos***

Para una comprensión del surgimiento de los derechos civiles y políticos es importante la vinculación que se establecen entre estos y la aparición del estado liberal. En este escenario se evidencia el carácter histórico de los derechos humanos y su estrecha relación con los movimientos sociales, los cuales buscan democratizar el poder arbitrario. Es así, como el enfrentamiento entre la monarquía y la burguesía implica un cambio en las relaciones sociales que se concretiza en un nuevo pacto social y, por supuesto, la consolidación de los sujetos políticos, llamados a negociar y ejercer el poder. Asimismo, irrumpen los excluidos del pacto que, en este caso, preferentemente son las mujeres.

Esta sociedad altamente estratificada favorecía a la monarquía y se mantenía, entre otros factores, a través de los llamados derechos estamentales, que en realidad eran privilegios estamentales, los cuales legitimaban la desigualdad política y social existente. Frente a esta realidad se reivindican los derechos de los ciudadanos, transformándose en derechos de los varones tales como: la protección ante las detenciones arbitrarias, la división de los poderes o la secularización de la política. En este nuevo contexto, los derechos que surgen son el fundamento de lo que serán los derechos humanos, reconocidos posteriormente por la comunidad internacional.

A manera de resumen, diríamos que este proceso significó el inicio de los derechos públicos/ subjetivos de las personas frente a los privilegios de clase. La tendencia que se marca desde entonces es la protección del derecho a la libertad como límite al Estado, del derecho a la igualdad, a la propiedad, a la resistencia a la opresión y a la seguridad. El énfasis se centra en lo individual y el Estado se caracterizara por su papel no intervencionista, permitiendo principalmente que los individuos ejerzan estos derechos.

#### *Derechos económicos, sociales y culturales*

Esta segunda generación de derechos surge en el marco de los procesos de industrialización de las sociedades occidentales. En su fundamentación jurídica influye predominantemente la ideología socialista. Estos derechos implican el surgimiento de nuevos actores sociales, con sus propias características de clase. Predominantemente el proletariado industrial, inmerso en relaciones de producción sujetas a la dominación del sector empresarial capitalista.

Aquí el esquema de los derechos civiles y políticos, también denominados clásicos dentro del ámbito del Estado liberal, se torna insuficiente ante las nuevas exigencias de los nuevos sectores emergentes, que se ven sometidos a condiciones de vida inhumanas. Esto evidencia la insuficiencia de la protección proporcionada por los derechos políticos y civiles, de índole individual.

De ahí surge, entre otros factores, la necesidad de establecer los derechos económicos, sociales y culturales. A la par de la democracia política es necesaria una democracia social y económica.

Es importante anotar que si bien los derechos de la segunda generación nacen íntimamente ligados a los derechos de las personas trabajadoras, orientados especialmente sobre aspectos tales como seguridad social, derecho al trabajo, salario justo, descanso, educación, garantías sociales, libertad de sindicalización, su aparición marca el inicio de un proceso de legitimación e incorporación paulatina de nuevos derechos que responden a una nueva realidad social.

Aquí el Estado pasa por una transformación de su papel supuestamente no intervencionista, para ejercer una función social orientadora y activa en la cual los derechos humanos se convierten en marco de referencia programático que orienta la actividad estatal. El objetivo es ir creando las condiciones socioeconómicas y culturales que garanticen la satisfacción y vigencia de estos derechos.

Se suma una nueva visión de los seres humanos. Se les ve en su contexto social, como ser predominantemente social-comunitario, cuya única realización no está en la satisfacción de su interés individual sino en su interrelación y coincidencia con los intereses generales.

#### *Derechos de la tercera generación*

Con posterioridad a la segunda guerra mundial y, particularmente, ligadas al proceso de descolonización surgen en el escenario mundial preocupaciones de carácter universal que por primera vez son reconocidas en términos de derechos humanos. Éstas se encuentran contenidas en los cuatro derechos de solidaridad conformados por el derecho a la paz, al desarrollo, al medio ambiente y al respeto del patrimonio común de la humanidad.

La señalada categoría de derechos tiene su fundamentación en el valor superior de la solidaridad. Así como los de la primera generación se refieren a la libertad, a los de segunda generación se les conoce como los de igualdad y a estos últimos se les denomina también derechos de solidaridad.

Son derechos que reciben varios nombres: derechos de los pueblos, derechos de cooperación, derechos de solidaridad, derechos de tercera generación. De todas las denominaciones, aquella que tiene mayor aceptación doctrinal es la que habla de los derechos de la tercera generación.

Se conforma a partir de este principio, la existencia de un orden derivado de la misma comunidad internacional que reconoce ciertos valores para la preservación de la humanidad. Por lo tanto, son principios que interesan a todos los estados y protegen intereses que no se limitan a un estado o a un grupo de estados, sino que afectan a la comunidad internacional.

**No debemos obviar que estos están muy condicionados por el escenario de las relaciones Norte-Sur, fenómeno derivado, en parte, por la acentuación de la desigualdad económica -y por ende, sociocultural y política- entre los países desarrollados y subdesarrollados.**

Esta característica supone el planteamiento de los derechos de los pueblos como derechos prioritarios. En cierto modo, como marco en el cual deben re-plantearse con nuevas perspectivas los derechos tradicionales. En este contexto se da un mayor protagonismo a la sociedad civil (nuevos movimientos sociales: el partido de los verdes). Existe una tendencia a un desplazamiento de la problemática de los derechos humanos desde el ámbito estricto del Estado al ámbito de la sociedad civil.

**Procesos de positivización, generalización, internacionalización y especificación de los derechos humanos:**

El abordaje de los derechos humanos a través de los procesos de positivización, internacionalización, generalización y especificación permiten una contextualización del surgimiento histórico de los mismos, tanto en el plano interno como el internacional.

*Proceso de positivización*

Supone una toma de conciencia progresiva de la necesidad de que los derechos que aparecen históricamente como derechos naturales sean acompañados de normas jurídicas positivas, que permita su aplicación y eficacia para una mayor protección de las personas. Éste es el razonamiento que fundamenta la positivización de los derechos humanos.

La positivización se apoya en el concepto moderno de poder y derecho y la idea de que el derecho es expresión o producto del soberano. En este sentido todos los textos jurídicos conocidos reflejan este proceso en cierta medida. Es imposible hablar de derechos naturales si no media una norma positiva al respecto. A partir del siglo XIX esa positivización se considera condición esencial para la existencia de los derechos con eficacia social y no se conciben al margen de la positivización.

*El proceso de generalización*

La generalización es el proceso histórico por medio del cual se logra que los derechos realmente alcancen a todos los seres humanos, eliminando las barreras, obstáculos y restricciones que en diferentes épocas los poderes han establecido, provocando la exclusión en el goce de los derechos para diferentes sectores o más aún para amplias categorías de ciudadanos tales como las mujeres, pueblos indígenas, la niñez, etc.

Ante esta realidad la generalización permite que los derechos trasciendan de su origen histórico, de los intereses de clases, de género, de etnia, de los poderes que los engendraron, para convertirse en una instancia válida y referente ético - jurídico para las relaciones sociales, por ejemplo, el logro del sufragio universal para las mujeres.

### *Proceso de internacionalización*

Es un proceso siempre incompleto que se ubica en el ámbito jurídico, específicamente, en el de la comunidad internacional. Da origen al derecho internacional de los Derechos Humanos, creando cada más jurisprudencia interna e internacional, según lo admite la doctrina.

Es innegable como producto de esto la existencia de normas internacionales de distintas fuentes, aplicadas habitualmente por los sujetos de derecho internacional. En realidad, este proceso tiene una vida corta. Arranca en este siglo principalmente después de la Segunda Guerra Mundial.

Se da luego un proceso importante de producción de instrumentos convencionales en orden a la protección de los derechos humanos, reflejados en tratados sectoriales, multilaterales y con pretensión universal.

### *Procesos de especificación*

Es la tendencia a una mayor concreción y especificación de la determinación de los sujetos titulares de los derechos y de los contenidos, manteniéndose una estrecha vinculación con los diferentes contextos históricos. O sea, su inserción en la cultura política y jurídica moderna.

Inicialmente el consenso histórico sobre los derechos humanos se construyó sobre un titular genérico, abstracto y neutro genéricamente como base de la nueva configuración de la cultura jurídica moderna. Lo cual implica en muchas situaciones profundizar las desigualdades, en tanto que no se puede tratar igual a lo diferente. El resultado es , en muchos de los casos, la discriminación. Frente a esta realidad, es importante considerar los derechos más vinculados a las personas concretas y sus condiciones, tales como:

- a) Condición social, cultural o de género de las personas que se encuentran en relaciones desiguales de poder cuyo resultado es la discriminación de una de las partes. En este sentido, se requiere de una protección especial, una garantía o una promoción para superar la discriminación, el desequilibrio o la desigualdad.
- b) De la condición física de las personas que por diferentes razones se encuentran en situación de inferioridad en las relaciones sociales. De esto se desprende la obligación de protección especial, fundamentado en el principio de igualdad y solidaridad. Éstas pueden ser de dos tipos: generales o específicas, ya sea que afectan a todos los seres por algún tiempo, por ejemplo, la tutela para la niñez que es temporal, y específicas para personas con discapacidades diversas.
- c) Situaciones que ocupan las personas en determinadas relaciones sociales, como los derechos del consumidor situado frente a monopolios, grandes compañías o agrupaciones de comerciantes e industriales mucho más poderosos o ante los derechos de las personas usuarias.

### **Lectura crítica feminista de los derechos humanos**

La lectura crítica del derecho y de los derechos humanos es transversal a todos los procesos anteriormente mencionados ya que los derechos humanos de las mujeres cuestionan la esencia misma del derecho al analizar su carácter androcéntrico, poniendo de manifiesto que éste toma al hombre como paradigma de lo humano.

Los procesos de positivización son el motivo del surgimiento de normas que contienen los derechos de las mujeres. La generalización evidencia los avances y retrocesos en la eliminación de las restricciones que la mujer ha sufrido como sujeto de derecho no reconocido plenamente. Con la internacionalización han surgido sistemas de protección

específicos para las mujeres. Cada uno de estos procesos tiene como fundamento los procesos de especificación que dan cuenta de la necesidad de una mirada no sexista sobre la situación estructural de opresión que sufren las mujeres por su condición de género.

En este sentido, la perspectiva y la teoría de género aplicadas al derecho nos permite una lectura analítica del mismo y nos proporciona elementos teóricos para entender que las sociedades son sistemas basados principalmente en la discriminación y la violencia contra la mujer por su condición de género. Introducir esta perspectiva en el campo de la Ética y el Derecho nos lleva a constatar la negación histórica de la mujer como sujeto de derechos y de su asignación al ámbito privado como lo *natural* para su desarrollo.

“El derecho constituye una mirada del mundo que se cierra sobre sí misma no permitiendo la entrada de otros saberes, sino en la medida que reafirma su forma de conocer. El método lógico deductivo (dogmática jurídica), las normas de interpretación (hermenéutica jurídica) y los principios doctrinarios sellan la realidad que se quiere imponer, sobre la realidad que los hombres y las mujeres viven. El derecho mantiene una coherencia estratégica que se expresa en la discriminación y/o exclusión histórica de las mujeres”

En este sentido el derecho como fuente del conocimiento humano desempeña un papel trascendente. Está llamado a regular las relaciones sociales, refleja así el modelo social predominante y por supuesto legitima las relaciones entre los sexos. Es una institución por excelencia patriarcal que norma y ordena las relaciones de poder de los sectores dominantes en lo económico, lo social, lo político y lo público, así como en las relaciones privadas en áreas como la familia, la salud y la sexualidad, donde explícita o implícitamente se legitima la subordinación de lo femenino.

"Es decir, el derecho como conjunto de normas e instituciones que regulan una sociedad, plasma un modelo político y social, una forma de organizarse y de convivir entre los seres humanos. Como fenómeno que regula la vida de hombres y mujeres, el derecho refleja, por lo tanto, el modelo(s) de mujer y de hombre (s) y el tipo de relación entre los sexos, que se impulsa en una sociedad"

En nuestra cultura, las diferentes instituciones sociales y los distintos saberes tales como la teoría y la filosofía política nutren a éste en la formulación de su propuesta ideológica y estratégica, legitimando su poder para asignar los roles, funciones y estereotipos genéricos por medio de la creación y surgimiento de normas de orden social, las cuales sustentan el fenómeno jurídico.

La perspectiva de género permite observar, en relación al sistema jurídico, las diferentes manifestaciones del sexismo presentes en él y cuestionar, por lo tanto, la *objetividad*, tradicionalmente entendida como una de sus características esenciales.

Esta objetividad se fundamenta en el razonamiento jurídico cuyo pilar principal es la lógica racional. Ambos están condicionados por la concepción binaria y dicotómica de analizar el mundo, en donde la sexualización y la jerarquización de las diferencias significa una subvaloración del término inferior que coincide con lo femenino.

La negación de esta realidad en el proceso de elaboración, interpretación y aplicación de las normas conlleva serios problemas, puesto que el punto de partida es la abstracción y la universalidad, y no la valoración de las diferencias. En consecuencia, éstas se abstraen en un sujeto único, universal y asexuado, presentando la norma como neutral y no fundamentada en el varón como parámetro humano.

Un ejemplo de esto es el androcentrismo presente en el derecho en general y en los derechos humanos en particular, puesto que algunas violaciones que sufren las mujeres por ser mujeres son consideradas *específicas*, razón por la cual se obstaculiza el reconocimiento de su carácter de violación de los derechos humanos.

Esta reconceptualización de los derechos humanos desde la teoría feminista implica un aporte fundamental en la medida en que no sólo cuestiona el paradigma social existente sino que plantea la necesidad de la construcción de un nuevo paradigma fundamentado en una visión de lo humano y de las relaciones sociales no sexista.

#### Bibliografía

Arroyo Vargas, Roxana (1994). *Derechos económicos y sociales. El gran desafío de la paz regional. Doctrina sobre derechos humanos*. San José, Costa Rica. Serie Jurídica nº 3 CODEHUCA.

--- (2001). *Aplicabilidad de la normativa sobre violencia contra la mujer en Centroamérica*. Madrid, España. Universidad Carlos III. Tesis doctoral. Inédito.

Cortina, Adela (1992). *Ética sin moral*. Madrid, España. Editorial Tecnos.

#### Notas a pie:

Facio, Alda (1999). "Hacia otra crítica del derecho". En *Género y Derecho*. Editorial Colección Contraseña (Estudios de Género. Serie Casandra).

Facio, Alda (1993). "El derecho como producto del Patriarcado". En "Sobre Patriarcas, Jerarcas, Patrones y otros Varones (una mirada género sensitiva del derecho)". San José, Costa Rica. Programa Mujer, Justicia y Género.

Fries L., Matus V. (1999). "Supuestos ideológicos, mecánicos e hitos históricos fundantes del derecho patriarcal". En *Género y Derecho*. Editorial Colección Contraseña (Estudios de Género, Serie Casandra).

Peces-Barba Martínez, Gregorio (1995). *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Madrid, España. Universidad Carlos III de Madrid. Imprenta Nacional del boletín oficial del Estado.

Solano Arias, Marta (1998). *Impacto de la Ratificación de la Convención Interamericana para Prevenir, sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres*. Costa Rica. Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del delito y el Tratamiento del Delincuente (Programa Mujer, Justicia y Género).



## **Lectura 7**

# **LA IGUALDAD EN LA CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CEDAW)**

Por Alda Facio

Es obvio que la CEDAW, al proponerse eliminar todas las formas de discriminación contra las mujeres, tiene como objetivo lograr la igualdad entre hombres y mujeres y entre mujeres. Pero, ¿cuál es la igualdad que persigue? Por supuesto que no es solamente la igualdad ante la ley, o igualdad formal o de jure como se le dice en algunos círculos. ¿Por qué? Porque la igualdad formal, aunque incluye el principio de que no se puede tratar a desiguales como iguales, generalmente sólo reconoce como a desiguales, a aquellos que la ley define como tales. Es por ello que la igualdad formal no elimina todas las desigualdades reales entre hombres y mujeres que existen en la sociedad.

Por ejemplo, la igualdad formal o igualdad ante la ley, sí permite que se trate a trabajadores distintamente que a empleadores porque reconoce que los primeros están en un plano de desigualdad con respecto a los segundos. También permite que se trate a menores infractores distintamente que a adultos infractores porque reconoce que a los primeros no se les debe aplicar toda la fuerza de la ley penal.

El problema con la igualdad ante la ley o igualdad formal, ha sido el contenido que se le ha dado a la igualdad entre hombres y mujeres. Es decir, se ha interpretado que la igualdad entre hombres y mujeres, consiste en tratarlos idénticamente. Pero como los hombres eran sujetos de derechos muchos siglos antes que las mujeres lográramos ese status, tratar a las mujeres exactamente igual que a los hombres no resulta en una verdadera igualdad. Por qué, porque cuando se trata a las mujeres idénticamente que a los hombres, lo que se ha hecho es tomar el modelo o estándar masculino en la ley, y aplicárselo a las mujeres sin tomar en cuenta sus desigualdades socialmente construidas ni sus diferencias biológicas. Si los procesos judiciales, las penas, los horarios de trabajo, los arreglos institucionales, los requisitos laborales, estudiantiles, en deportes, etc. son exactos para hombres y mujeres, es obvio que las mujeres quedarán en desventaja debido a que el estándar de todos ellos es masculino o androcéntrico porque cuando se diseñaron y adoptaron, las mujeres no estábamos incluidas.

Por ejemplo, cuando la ley laboral definió quién era trabajador, es fácil comprobar que se trataba de una persona que no tiene la obligación del cuidado de los y las hijas, enfermas/os y ancianos/as o de realizar o administrar el trabajo doméstico. El trabajador era un proveedor para el cual se designaba un salario familiar. Pero, cuando las mujeres ingresan al mercado de trabajo, especialmente si es en un campo previamente ocupado sólo por hombres, no se rediseñan las condiciones u horarios de trabajo sino que se les obliga a cumplir con el estándar masculino. Esto no es igualdad, al menos, no la igualdad de que habla la CEDAW.

La CEDAW exige una igualdad que rediseñe las condiciones y estándares diseñados para los hombres de manera que tome en cuenta las diferencias biológicas y sociales entre hombres y mujeres.

Sin embargo, a pesar de que la igualdad formal no es suficiente, es importante para lograr la igualdad substantiva y no debe ser despreciada. Las mujeres luchamos por muchos siglos por lograr la igualdad formal que nos permitió ejercer el derecho al voto, el derecho a un trabajo asalariado, el derecho a la nacionalidad, etc.

Por eso la igualdad que persigue la CEDAW va más allá de la igualdad formal pero está basada en ella y en su conjugación con otros dos principios contenidos en la misma CEDAW: 1-el principio de no discriminación y, el principio de la intervención estatal. Juntos estos tres principios, nos dan la igualdad substantiva. El principio de no discriminación está contenido en el artículo primero que define claramente lo que es la discriminación y el de intervención estatal está contenida en los arts. 2 a 16 al establecer que el Estado está obligado a adoptar todo tipo de medidas para eliminar la discriminación en todas las esferas.

El modelo de igualdad substantiva que persigue la CEDAW requiere de dos tipos de acciones por parte del Estado: 1- acciones para lograr la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y, 2- acciones para corregir las desigualdades de poder entre hombres y mujeres. La primera acción exige que las mujeres tengan el derecho a la igualdad de oportunidades con los hombres para acceder a los recursos de un país o comunidad. Esto tiene que ser garantizado por medio de leyes y políticas con sus respectivos mecanismos e instituciones que aseguren que así sea. Y lo bueno es que la CEDAW establece que la forma de evaluar si un Estado está dando iguales oportunidades a las mujeres que a los hombres, es en la igualdad de resultados. Así, para la CEDAW, el indicador de la igualdad no está en las políticas, las leyes, o las instituciones que hayan sido creadas para darle oportunidades a las mujeres, sino en lo que todas ellas hayan logrado. Por ejemplo, según la CEDAW, no se habrá logrado la igualdad substantiva aunque existan leyes y políticas especiales para avanzar o mejorar las oportunidades de las mujeres si con ellas no se ha logrado efectiva y realmente que las mujeres tengan oportunidades muy similares a las que tienen los hombres en todas las esferas de la vida.

Para lograr la igualdad de oportunidades, la CEDAW requiere que se tomen en cuenta las diferencias y desigualdades entre hombres y mujeres. Es obvio que hay diferencias biológicas reales entre hombres y mujeres. Pero de acuerdo a la teoría de los derechos humanos y al principio de igualdad contenido en todas nuestras constituciones, estas diferencias no tienen por qué causar desigualdad. Es más, está prohibido que así sea. Si el principio de igualdad se estuviera refiriendo sólo a la igualdad entre personas que no son diferentes, entonces no habría razón de su existencia. La prohibición de discriminar es una prohibición de discriminar por razones de sexo, de raza, de edad, todas condiciones que tienen elementos biológicos y sociales.

Las diferencias biológicas producen desigualdad o desventajas para las mujeres porque debido al androcentrismo, la mayoría de las leyes y políticas funcionan con un estándar basado en el sexo masculino. Así, la fuerza física y el hecho de que los hombres no se embarazan, son condiciones que se le exigen a las mujeres si queremos tener las mismas oportunidades. Pero además, hay desigualdades de orden social debidas al género, que resultan en desventajas o desigualdad para las mujeres. Por ejemplo, las desigualdades que son generadas debido a la doble o triple jornada laboral, al hecho de que las mujeres somos más vulnerables a la violencia sexual o a que llevamos siglos de subordinación u opresión son todas condiciones generadas por la construcción social del género y no por

razones biológicas. Por eso es importante que las leyes, las políticas, los mecanismos y las instituciones, que se creen para lograr la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, tomen en cuenta las formas en que las mujeres son desiguales a los hombres, es decir que tomen en cuenta cuándo la desigualdad se debe a la biología y cuando al género, y que también tengan conciencia de que la mayoría de las políticas ya existentes no son neutrales, sino que tienen el estándar masculino.

Por ejemplo, una política para igualar las oportunidades de las mujeres en el empleo, por más buena que sea, si no toma en cuenta que hay otras leyes y políticas que influyen en el trabajo que están causando desventajas a las mujeres, no va a lograr que las mujeres tengan las mismas oportunidades que los hombres en el empleo. Por eso la CEDAW exige que para implementar una política de igualdad de oportunidades se tomen en cuenta los factores sociales que inciden en esa desigualdad.

Pero tomar en cuenta las diferencias no siempre resulta en una igualdad substantiva. Sabemos que la otra forma en que el Estado ha tratado el tema de la igualdad entre hombres y mujeres es tomando en cuenta las diferencias de las mujeres con los hombres para “protegerlas”, como por ejemplo, prohibiéndoles el trabajo nocturno. Pero según la CEDAW, estas protecciones no son medidas para lograr la igualdad si no RESULTAN en que las mujeres tengan las mismas oportunidades que los hombres para acceder a todos los recursos del país. Tampoco son medidas hacia la igualdad substantiva si por ellas se refuerzan los mitos y estereotipos que por siglos han redundado en la discriminación y desigualdad de las mujeres.

Es por ello que la segunda acción que se requiere por parte del Estado para lograr la igualdad substantiva, es la de implementar medidas correctivas para eliminar las desigualdades y desventajas de las mujeres con respecto a los hombres. Es decir, medidas que transformen las desigualdades de poder entre los sexos. Para lograr esto, no sólo se necesita que las mujeres tengan igualdad de oportunidades con los hombres, sino que tengan igual acceso a esas oportunidades iguales. Para ello, la CEDAW (art. 3) establece que el Estado está obligado a crear las condiciones sociales y económicas y los servicios que se requieran (ya sea debido a la condición biológica o de género de las mujeres) tales como centros de cuidado infantil, transporte seguro, seguridad contra la violencia sexual y de género, acceso a la información, etc. para que las mujeres podamos acceder a las oportunidades que se nos brinda.

La CEDAW también establece (art. 4) que el estado está obligado a adoptar medidas especiales de carácter temporal para compensar a las mujeres por los privilegios masculinos debido a las estructuras de género que han tomado el estándar masculino. Es decir, si los hombres por siglos han tenido privilegios basados en su sexo/género, el Estado debe tomar medidas que den ventajas a las mujeres para eliminar esos privilegios. Así, el Estado está obligado, para lograr la igualdad substantiva en el empleo, por ejemplo, a adoptar medidas correctivas o acciones afirmativas que le den prioridad a las mujeres para compensar por los privilegios que han tenido los hombres en el pasado y que todavía tienen si los estándares siguen siendo masculinos. Estas medidas deben mantenerse hasta que se logre una igualdad real o substantiva entre hombres y mujeres.

En resumen, la igualdad que busca la CEDAW no es una de igualar a las mujeres con los hombres sino una igualdad en el reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos humanos de ambos. Para ello se debe lograr la igualdad de oportunidades, la igualdad en el acceso a las oportunidades y la igualdad de resultados. Esto implica que en algunas ocasiones, dependiendo del impacto de los factores biológicos y sociales, las mujeres tendrán que ser tratadas idénticamente a los hombres y en otras ocasiones se tendrá que tratar a hombres

y mujeres de forma distinta, a veces, otorgando ciertas ventajas a las mujeres para corregir la histórica desigualdad que hemos padecido las mujeres por más de 5 mil años y para eliminar las ventajas masculinas basadas en el hecho de que el estándar es masculino. Otras veces, la mayoría, se tendrán que rediseñar las políticas, las leyes, las instituciones, etc. para que el estándar en todas ellas no sea el hombre blanco, adinerado, adulto y propietario sino un estándar más inclusivo de la diversidad humana.

## **Lectura 8**

# **LA PERSPECTIVA DE GÉNERO\***

Alda Facio

Antes de definir que es la perspectiva de género debemos recordar que es el género. Según el diccionario género puede ser una tela, un grupo formado por seres u objetos que tienen características en común, etc. Más y más el termino género también se refiere a lo que las francesas llaman el sexo social.

Sin embargo, aún entendido como el "sexo social" el género no es un concepto unitario.

Como estatus individual se refiere a la manera como los roles, actitudes, valores y relaciones con respecto a niñas y niños, mujeres y hombres son construidas en todos las sociedades en todo el mundo.

Como institución social se refiere a la manera como el parentesco, la división del trabajo, el control social, la ideología, la religión y lo simbólico, artístico, idiomático e imaginario, crean estatus sociales diferenciados para la asignación de derechos y responsabilidades.

Es así como el género es una identidad socialmente construida que resulta de la interacción entre el deber ser que cada generación y cada sociedad o cultura otorga a cada sexo, y la personalidad y experiencias concretas de cada individuo o individua. Pero el género también es una estructura que divide el trabajo en aquel que se realiza en el hogar y aquel que se realiza en la esfera pública; legitima la desigualdad de autoridad y poder entre hombres y mujeres dentro de cada clase social, etnicidad, raza, edad, o grupo humano e institucionaliza al hombre y los valores masculinos como el paradigma de la humanidad.

Si entendemos que el género es construido a nivel individual pero que también es una estructura o institución social, entenderemos que para lograr la eliminación de la discriminación y opresión de las mujeres de todos las edades y clases, tendremos que luchar por cambios tanto a nivel social y estructural, como a nivel personal e individual.

### **La perspectiva de género**

Algunas personas consideran que lo incorporación de la perspectiva de género, cuando mucho, es un ejercicio académico y que, por lo tanto, no debe intentarse cuando de lo que se trata es de prevenir la exterminación, mutilación o explotación de millones de seres

humanos en el mundo. Sin embargo, es precisamente porque la gran mayoría de los mecanismos que fueron concebidos para la defensa y promoción de los derechos humanos fueron creados a partir de descripciones de la realidad que no incluyen a las mujeres ni las relaciones de poder entre nosotras y los hombres, que las violaciones cotidianas a nuestros derechos humanos son invisibles y hasta las más atroces violaciones consideradas triviales. De ahí la necesidad de incorporar la perspectiva de género en todos las interpretaciones y análisis de la realidad.

Esta necesidad está basada en la comprensión de que en toda descripción de la realidad hay una interpretación desde la perspectiva o punto de vista de alguien. Sin embargo, muchas personas no creen que en toda descripción hay una interpretación porque históricamente, la perspectiva masculina ha sido registrada como la descripción objetiva de la realidad. Es así que cuando leemos la definición de una palabra en el diccionario, por ejemplo, no creemos que esa es una definición desde el punto de vista de los hombres que hicieron el diccionario. Todo lo contrario, pensamos que es una definición objetiva, neutral.

Es más, estamos tan acostumbradas/os al punto de vista masculino que aún cuando una descripción de la realidad está obviamente parcializada hacia la perspectiva masculina, esa interpretación es considerada objetiva y por lo tanto no es entendida como una interpretación de la realidad sino como lo descripción objetiva de esa realidad. Esto le pasa tanto a hombres como a mujeres porque ambos hemos sido socializados y educados desde la perspectiva masculina y porque la institución social del género ha estructurado el punto de vista masculino como un no punto de vista o como el punto de vista humano.

Debido a que la mayoría de la gente considera que lo perspectiva o punto de vista masculino no es una perspectiva, o cuando mucho, que es la perspectiva humana, la idea de incorporar la perspectiva de género a una investigación, una ley, una política o a cualquier descripción o análisis de la realidad parece parcializada hacia las mujeres y por ende, injusta o discriminatoria contra los hombres. Y nos parece parcializada hacia las mujeres porque estamos acostumbrados/as a descripciones de la realidad donde las mujeres no aparecemos y si lo hacemos, es como objetos o víctimas del sujeto que es siempre un hombre.

En otras palabras, la perspectiva masculina nos ha hecho sentir y pensar que los hombres y sus experiencias son centrales a la experiencia humana. Es decir, que lo que son y hacen los hombres es representativo de toda la humanidad o suficiente para entender una determinada situación. Por ejemplo, se dice que tal pueblo es un pueblo de pescadores, a pesar de que a las mujeres, que probablemente sean más de la mitad del pueblo, se les prohíba pescar. Desde la perspectiva masculina que ha sido considerada, insisto, como una no perspectiva, las experiencias de las mujeres son consideradas o percibidas como demasiado específicas o particulares a "un grupo" o sector de la sociedad como para ser mencionadas. Y así, por siglos se han clasificado los pueblos, las épocas, los hechos, desde la perspectiva masculina que pasa por objetiva.

Cuando interpretamos la realidad, cualquier realidad, desde la perspectiva de género, podremos ver que las experiencias de los hombres y su interpretación son tan centrales o marginales a la experiencia humana como las de las mujeres. Así, desde la perspectiva de género diríamos que tal pueblo es un pueblo de pescadores y tejedoras de redes y agregaríamos que esto es así porque a las mujeres se les prohíbe pescar. Como vemos, esta descripción es mucho mas objetiva que la primera y nos permite tener mucho mas conocimiento de ese pueblo.

Como vimos con el ejemplo anterior, cuando incorporamos la perspectiva de género a la descripción de cualquier realidad, estamos incluyendo a las mujeres sin excluir a los hombres. Pero hacer una descripción de la realidad desde la perspectiva de género no implica solamente la inclusión de las mujeres, implica la visibilización de las estructuras de género que discriminan y excluyen a las mujeres, al tiempo que sugiere posibilidades de estructurar la sociedad de manera que no se discrimine ni oprima a ninguno de los sexos. Por eso en el ejemplo anterior, si estamos describiendo a ese pueblo desde la perspectiva de género, es necesario agregar la explicación de por qué las mujeres no pescan. O al menos decir que se les prohíbe pescar lo que nos sugiere que esto no es algo natural o querido por las mujeres. A su vez, esto nos sugiere que las cosas podrían cambiar.

Más importante aun, cuando incluimos en una descripción de la realidad, las relaciones de poder, entre los sexos, cosa que se debe hacer si se trabaja con la perspectiva de género, vemos que unas mujeres hacen ciertas cosas que otros no tienen que hacer, por lo que entendemos que hay unas con más y otros con menos poder, lo que nos lleva a incluir otras categorías como la edad, la raza/etnia, la clase social, etc. Así, cuando describimos a nuestro pueblo de pescadores y tejedoras, tendremos cuidado de visibilizar también las diferencias de poder entre los pescadores y entre las tejedoras.

Entonces, ¿cómo incluir la perspectiva de género en una determinada descripción o análisis de una realidad? Ya vimos que no basta con agregar a las mujeres sino que hay que visibilizar las relaciones de poder y sugerir formas diferentes de relacionamiento. Para lograr esto hay que tener cuidado de no caer en ninguna de las formas de sexismo.<sup>69</sup> Así, para incluir la perspectiva de género hay que realizar varias si no todas estas acciones:

- Tomar conciencia de que en toda descripción de la realidad hay una perspectiva presente y que lo más probable es que esta sea una perspectiva androcentrica, es decir, una perspectiva que parte de la visión de un hombre adulto, blanco, adinerado, sin una discapacidad, heterosexual, de la religión dominante, etc.
- Tomar conciencia de que aunque pertenezcamos al género femenino, y/o a una clase, edad o grupo discriminado, es muy probable que también nuestra mirada a la realidad sea androcentrica y que por ende, para hacer una descripción género sensitiva, tenemos que hacer un esfuerzo consciente de no caer en ninguna de las manifestaciones de sexismo.
- Visibilizar a las mujeres de todas las edades, clases, razas, etc., de no ser posible, especificar que mujeres se está visibilizando y desde quien se está mirando.
- Identificar las barreras que se erigen contra la participación y productividad de las mujeres en las esferas política, económica, cultural, religiosa, legal, artística, ideológica, etc.
- Tomar en cuenta lo que piensan y sienten las mujeres sobre el tema que se está describiendo o analizando.
- Sugerir formas de superar la discriminación que sufren todas las mujeres.

En síntesis, quienes creemos en la necesidad de construir un mundo respetuoso de los derechos humanos, de otros seres y del planeta, debemos velar porque la perspectiva de género esté en toda descripción de la realidad porque esto nos permitirá conocerla mejor

Cuanto mejor nos conozcamos a nosotras/os mismas/os y mejor conozcamos todo lo que nos rodea, más fácil será crear ese mundo de igualdades.

\* Texto inédito.

## **Lectura 9**

# **LA CARTA MAGNA DE TODAS LAS MUJERES**

*Por Alda Facio*

Por iniciativa de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer (CSW) de la ONU, endosada por la Conferencia Mundial del Año Internacional de la Mujer, celebrada en México en 1976, se inició la elaboración de una convención orientada a eliminar todas las formas de discriminación contra las mujeres. Ese trabajo utilizó como base la Declaración que con el mismo objeto había proclamado la Asamblea General de la ONU en 1967, en la que se buscó juntar todas las normas referidas a las esferas que se habían venido estudiando desde la creación de la CSW, en 1946.

El 18 de diciembre de 1979, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) fue adoptada después de cuatro años de trabajos de la CSW y de la Tercera Comisión<sup>70</sup> de la Asamblea General, mediante la Resolución 34/180 de la Asamblea General.<sup>71</sup> El 17 de julio, en una ceremonia especial realizada durante la Conferencia Mundial en Copenhague, fue suscrita por 64 Estados.

---

<sup>70</sup> La tercera comisión de la Asamblea General es la que se encarga de los asuntos sociales, humanitarios y culturales.

<sup>71</sup> Gonzalez, Aída, Coordinadora, Edición Conmemorativa de LOS DERECHOS DE LA MUJER Y LOS NIÑOS, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 1999, p.11

La ratificación fue rapidísima y la CEDAW entró en vigor el 3 de septiembre de 1981, después de que 20 Estados habían ratificado.<sup>72</sup>

La CEDAW reúne en un único instrumento legal, internacional, de derechos humanos, las disposiciones de instrumentos anteriores de la ONU relativas a la discriminación contra la mujer. Se dice que es la Carta Internacional de los Derechos Humanos de las Mujeres porque es el primer instrumento internacional que incluye todos los derechos humanos de las mujeres explícita o implícitamente al prohibir todas las formas de discriminación por razones de sexo. Si bien es cierto que todos los instrumentos internacionales de derechos humanos prohíben la discriminación por razones de sexo y garantizan la igualdad de todos los seres humanos, esto no ha sido suficiente para garantizarle a las mujeres la protección de sus derechos por parte de estos otros instrumentos y sus mecanismos de protección y monitoreo.

Esto se debe a que los otros instrumentos prohíben que se haga discriminación en el goce de los derechos que establecen, pero la forma como establecen los derechos humanos es androcéntrica. Es decir, los derechos que se establecen en esos instrumentos son pensados desde las necesidades de los hombres mientras que en la CEDAW, se toman en cuenta las necesidades de las mujeres. Y, si bien es cierto que no están explicitados todos los derechos humanos que necesitamos las mujeres, sí están implícitos todos, como se dijo anteriormente, al estar prohibida la discriminación en todas las esferas de la vida<sup>73</sup>.

En otras palabras, los otros instrumentos internacionales que garantizan igualdad, no discriminación o no distinción por motivos relacionados con el sexo, no crean derechos para la mujer que sean específicos para nuestra realidad cotidiana sino que nos ofrecen la posibilidad de ejercer, en igualdad de condiciones con los hombres, derechos reconocidos para ellos. Ciertamente muchos de estos derechos son inherentes a la condición humana y por ende, necesarios para nosotras también, pero hay derechos que sólo necesitamos las mujeres, ya sea por nuestra condición sexual, de género o precisamente debido a la histórica desigualdad de poder entre los sexos.

Es así que la CEDAW es el primer instrumento internacional de derechos humanos que toma como punto de partida esa histórica desigualdad y por ende, aunque todavía no se hablaba de género o perspectiva de género en el momento en que fue discutida, sí se puede decir que es un instrumento con perspectiva de género. Este instrumento es importante y necesario por muchísimas razones pero en mi opinión se puede decir que hay al menos seis que la ponen en la categoría de única:

### **1. Amplía la responsabilidad estatal**

Precisamente porque tiene una perspectiva de género, es el primer instrumento internacional que amplía la responsabilidad estatal a actos que cometen personas privadas, empresas o instituciones no estatales u organizaciones no gubernamentales.<sup>74</sup> Esto es muy importante porque sabemos que la discriminación contra las mujeres y la violación a nuestros derechos humanos no sólo se da en la esfera estatal.

---

<sup>72</sup> Art. 27 de la CEDAW: 1. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión.

<sup>73</sup> El art. 1 prohíbe la discriminación en “las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

<sup>74</sup> El art. 2, inc. (e) establece que los Estados están obligados a “tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas.”



Por supuesto que las mujeres también sufrimos violaciones a nuestros derechos humanos por acciones directas del Estado y sin embargo, también aquí ha sido difícil que se acepte la responsabilidad estatal. Por ejemplo, funcionarios públicos utilizan la violencia sexual para obtener privilegios y militares la usan para ganar batallas y hasta hace muy poco estos actos eran considerados actos individuales no imputables al Estado. Pero, de acuerdo al concepto de responsabilidad estatal que establece la CEDAW, esos actos, aunque sean considerados individuales, son imputables al Estado porque éste, al ratificar la CEDAW, está obligado a garantizar que esos actos no sucedan, al menos no en forma sistemática o sistémica.

Talvez más importante aún para los tiempos que corren es que la noción de responsabilidad estatal que establece la CEDAW podrá servir de precedente para ampliar la responsabilidad a otros entes tan o más poderosos que los Estados. Esto cobra especial importancia en un mundo privatizado, globalizado en donde los gobiernos y los Estados de Derecho están en vías de extinción.

## **2. Obliga a los Estados a adoptar medidas concretas para eliminar la discriminación contra las mujeres.**

Según el Art. 2 de la CEDAW, los Estados que la ratifiquen no sólo deben condenar toda forma de discriminación basada en el sexo o género, sino que tienen que tomar medidas concretas para lograrlo tales como consagrar la igualdad en sus constituciones políticas; abolir las leyes, costumbres y prácticas que redunden en discriminación contra las mujeres; establecer protecciones jurídicas contra la discriminación; etc.

Como era imposible que la CEDAW contuviera explícitamente todas las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra las mujeres en todas las esferas, a través de los años, el Comité de la CEDAW ha especificado en sus comentarios finales y en sus Recomendaciones Generales qué medidas específicas se deben tomar para los casos que se le van presentando a través de los informes que rinden los Estados. Por ejemplo, en su Recomendación General No. 21, el comité amplía las medidas concretas que deben tomar los Estados en relación al matrimonio y las relaciones familiares al establecer, *inter alia*, que las leyes o costumbres que no tratan los bienes acumulados durante una relación similar al matrimonio como tratan a la propiedad conyugal, deben derogarse.<sup>75</sup>

Es entonces por medio de las recomendaciones que se le da solución a un problema concreto como la desigualdad entre el trato legislativo a la propiedad conyugal y la propiedad en las uniones de hecho. Aunque el tema no es tratado específicamente en el Art. 16 de la CEDAW, a la luz de los arts. 1 y 2, se entiende que este artículo 16, obliga al Estado no sólo a tomar medidas para lograr la igualdad entre hombres y mujeres en cuanto a sus derechos durante el matrimonio y después de su disolución, sino a garantizarle esos mismos derechos a las mujeres que viven en uniones de hecho.

## **3. Permite medidas transitorias de “acción afirmativa” o lo que yo prefiero llamar medidas correctivas.**

Para poder alcanzar las metas de la CEDAW y debido al reconocimiento de la histórica desigualdad de poder y en el goce de los derechos humanos entre hombres y mujeres, y al hecho de que el tratar a hombres y mujeres exactamente igual no ha redundado en la eliminación de la discriminación, el art. 4 de la CEDAW establece que los Estados pueden

---

<sup>75</sup> Recomendación General 21 (13º período de sesiones).

tomar medidas correctivas que aceleren el logro de la igualdad entre los sexos sin que éstas sean interpretadas como discriminatorias para los hombres.

La lógica detrás de las medidas correctivas en la CEDAW es que el carácter sistémico de la discriminación contra las mujeres hace que sea imposible su eliminación sin medidas correctivas. Porque, una histórica y sistémica distribución desigual de beneficios y poder, requiere una asignación desigual de determinados instrumentos. Para la CEDAW, el objetivo final de las medidas correctivas es generar una sociedad en la cual las mujeres reciban igual respeto, gocen de sus derechos humanos en igualdad con los hombres en todas las esferas y en la cual se reduzcan las consecuencias de la discriminación. Por eso son transitorias y deben ser eliminadas en el momento en que se haya logrado una igualdad real entre hombres y mujeres. Para lograr esta sociedad igualitaria es necesario que se comprenda que el punto de partida es asimétrico. Es decir, que hombres y mujeres no empiezan con las mismas oportunidades por causas socialmente construidas y que por ende, la aplicación de reglas neutrales conduce a resultados desiguales. El no tomar en cuenta que nuestras sociedades son jerárquicas y en la cuales quienes tienen más poder son tomados como modelo de lo humano, asegura que aquella gente que difiere del modelo va a ser tratada en forma deficitaria.<sup>76</sup>Y, si sabemos que el modelo de lo humano en nuestras sociedades ha sido el varón, entenderemos que las mujeres somos tratadas en forma deficitaria cuando se nos trata en forma aparentemente neutral. Es por ello que la CEDAW reconoce la necesidad de acciones afirmativas o medidas correctivas.

**4. Reconoce el papel de la cultura y las tradiciones en el mantenimiento de la discriminación contra las mujeres y obliga a los Estados a eliminar los estereotipos en los roles de hombres y mujeres.**

La CEDAW reconoce el importante papel que juega la cultura, la tradición, la religión, las costumbres y prácticas consuetudinarias o de cualquier otra índole, en la restricción de los derechos de las mujeres. Por consiguiente, prevé que los Estados deben adoptar medidas apropiadas para eliminar los estereotipos y prácticas atingentes a los papeles de hombres y mujeres, que surgen de un concepto de inferioridad o superioridad de un sexo respecto del otro.

También establece que el Estado debe garantizar que la educación familiar imparta la creencia en la necesidad de compartir equitativamente las funciones en la crianza de los y las hijas, y que en todos los casos, padres y madres deberían regirse por el interés de los y las hijas.

Todo lo anterior quiere decir que el Estado debe tomar medidas para eliminar los estereotipos y las concepciones de inferioridad de las mujeres en todas las esferas y si no lo hace, es responsable de las discriminaciones que puedan surgir contra las mujeres por estos estereotipos y concepciones.

**5. Define la discriminación y establece un concepto de igualdad sustantiva.**

Todo el contenido de la CEDAW gira alrededor de dos conceptos: la igualdad entre los sexos y la no discriminación contra las mujeres en todas sus formas. Dicho de otra manera, su meta es la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres para lograr la igualdad entre los sexos en todas las esferas.

El art. 1 define lo que se debe entender por discriminación:

---

<sup>76</sup> Ver Rodríguez, Marcela, “Igualdad, Democracia y Acciones Positivas” en Facio y Fries, Ed. GÉNERO Y DERECHO, Ediciones Lom, Chile, 1999

*“A los efectos de la presente convención, 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”.*

Esta definición es importantísima por las siguientes razones:

- Es una definición legal que pasa a ser parte de la normativa nacional cuando el estado ratifica la convención. Esto quiere decir que los jueces y otros funcionarios que administran justicia no pueden crear su propia definición.
- Establece que la discriminación puede revestir distintas formas: distinción, exclusión o restricción, lo que nos alerta sobre la variedad de los comportamientos discriminatorios que se nos pueden presentar a veces hasta en forma de “derechos” o “protección”.
- Determina que el acto discriminatorio es aquel que tenga “por objeto” o “por resultado” la violación de los derechos humanos de las mujeres. Esto quiere decir que se sancionan no sólo aquellos actos que tienen la intención de discriminar tales como las leyes que establecen que las mujeres casadas no pueden tener propiedades, etc. sino que también se sancionan los actos que sin tener la intención de discriminar, terminan discriminándonos como las leyes que “protegen” prohibiéndole sólo a las mujeres la realización de trabajos peligrosos, nocturno, etc. Quiere decir, además, que se prohíbe no sólo el acto discriminatorio consumado sino también la tentativa de discriminar.
- Precisa que el acto discriminatorio puede tener distintos grados, ya que puede ser parcial “menoscabar” o puede ser total “anular”. Así la CEDAW no sólo sanciona la negación total de un derecho sino que también el que se nos nieguen ciertos aspectos de un derecho. Como por ejemplo, que las mujeres puedan ser nacionales de un país pero no pasar la nacionalidad a sus hijos/as.
- También precisa que el acto discriminatorio puede producirse en distintas etapas de la existencia de un derecho: en el reconocimiento, el goce o el ejercicio. La primera etapa se refiere al momento de crear las leyes que establecen derechos. La segunda a las necesidades que se satisfacen con ese derecho y la tercera, al aspecto activo del derecho, lo que implica que debe haber algún mecanismo donde la titular puede denunciar la violación a su derecho y lograr el resarcimiento por la misma. Esto quiere decir que la CEDAW obliga al Estado 1- a reconocer los derechos de las mujeres, 2- a proveer las condiciones materiales y espirituales para que podamos gozarlos y 3- a crear los mecanismos para que podamos denunciar su violación y lograr un resarcimiento.
- Define la discriminación como un acto violatorio del principio de igualdad y a la mujer como sujeto jurídico equivalente al hombre en dignidad

humana, estableciendo una concepción de igualdad no androcéntrica sino basada en la protección de los derechos humanos de las mujeres.

- Prohíbe la discriminación en todas las esferas. La última frase del artículo “o en cualquier otra esfera” claramente incluye la esfera privada o familiar donde se producen tantas de las violaciones a los derechos humanos de las mujeres.
- Precisa que la discriminación se prohíbe “independientemente del estado civil de la mujer” para hacer énfasis en que la convención pretende eliminar todas las discriminaciones que se dan contra las mujeres, incluyendo las que se dan en el matrimonio.

La CEDAW, al pretender eliminar la discriminación de jure y de facto, pretende lograr no sólo la igualdad de jure, sino la igualdad de facto o igualdad real o sustantiva. El objetivo es la transformación social, el cambio social que va más allá del cambio legislativo, aunque lo incluye. Es más, la igualdad de jure se concibe sólo como un medio para lograr la realización práctica del principio de igualdad. Es importante notar que tampoco la igualdad de jure se concibe como un tratamiento exacto por parte de la legislación a hombres y mujeres. Se trata de una igualdad basada en el goce y el ejercicio de los derechos humanos que por lo tanto, permite trato distinto, aún por parte de la ley, cuando la situación es distinta.

Por otro lado, si una lee la convención a la luz de las Estrategias de Nairobi<sup>77</sup>, puede entender que además, la igualdad que busca la CEDAW no se circunscribe solamente a lograrla entre los sexos sino que es una igualdad que sólo podrá alcanzarse eliminando otras desigualdades sociales: “Es por esto que la solución al problema de la discriminación contra la mujer, tiene que buscar las causas y promover los “cambios de las estructuras sociales y económicas que hagan posible la plena igualdad de la mujer y su libre acceso a todas las formas de desarrollo como agente activa y beneficiaria, sin discriminación de ningún tipo.”<sup>78</sup> Esto quiere decir que el Estado está obligado a garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de todas las mujeres lo que implica que debe tomar medidas especiales para con ciertos grupos de mujeres más desaventajados.

En sus “comentarios finales” así como en las Recomendaciones Generales, el Comité de la CEDAW ha ido profundizando y ampliando el significado de la igualdad entre los sexos para incluir a sectores o grupos de mujeres que viven una triple discriminación. Así, por ejemplo, en sus comentarios finales al tercer informe periódico de Venezuela, el Comité le insistió a este país que para lograr la igualdad de todas las mujeres, tenía que fortalecer sus programas de eliminación de la pobreza ya que ésta afecta más severamente a una gran mayoría de mujeres.<sup>79</sup>

## **6. Fortalece el concepto de indivisibilidad de los derechos humanos.**

Otro logro de esta convención es que es un ejemplo concreto de la indivisibilidad de los derechos humanos, principio que se afirma a menudo en abstracto pero que raramente se expresa en concreto. En el discurso de derechos humanos se afirma que todos los

---

<sup>77</sup> En su momento las Estrategias de Nairobi fueron entendidas como el plan de acción para implementar la CEDAW aunque ahora se habla más de la Plataforma de Beijing.

<sup>78</sup> Pár. 53 de las Estrategias.

<sup>79</sup> Ver CEDAW/C/1997/L.1/Add.6

derechos son indivisibles e interdependientes. Se destaca que la promoción y el disfrute de ciertas libertades fundamentales no pueden justificar la denegación de otros derechos humanos y libertades fundamentales. Sin embargo, la realidad es que se le ha dado mayor importancia a los derechos civiles y políticos que a los económicos, sociales y culturales y a los individuales que a los colectivos.

En la CEDAW, aparecen con igual importancia todos los derechos al establecer en un sólo instrumento derechos económicos, sociales, culturales, civiles, políticos, así como derechos colectivos de sectores de mujeres y el derecho al desarrollo. Es más, se ha dicho que la CEDAW, además de un documento legal, es una guía para el desarrollo porque sugiere un programa de acción que, de cumplirse, llevaría a los Estados y a la sociedad en general a un plano de desarrollo superior.<sup>80</sup> Esta idea la encontramos en el Preámbulo cuando justifica la igualdad de los sexos como una necesidad social e indispensable para el desarrollo.

La CEDAW es un instrumento poderoso para la promoción de los derechos humanos de las mujeres. Esta convención, vista a la luz de las Recomendaciones Generales del Comité, las Estrategias de Nairobi, los Programas o Plataformas de Acción de Viena, Cairo, Beijing y Durban y algunas resoluciones del ECOSOC y recomendaciones de otros comités de Derechos humanos, ha demostrado ser un instrumento eficaz para quienes estamos tratando de crear un marco internacional de derechos humanos de las mujeres. Al mismo tiempo, la CEDAW es débil en cuanto a que es el tratado con mayor cantidad de reservas sustantivas planteadas por los países.

Algunas de esas reservas afectan aspectos modulares de los conceptos de igualdad entre los sexos y discriminación contra las mujeres que son la base misma de la CEDAW. Hay reservas que despojan a las mujeres del país reservante de las garantías de igualdad estipuladas en la CEDAW. Hay otras reservas que preservan las facultades de los Estados Partes para continuar con la discriminación en determinadas esferas. Lo más frecuente es que estas reservas sean en la esfera de la familia, que es precisamente donde se dan más violaciones a los derechos de las mujeres.

El Comité de la CEDAW ha expresado en múltiples ocasiones su preocupación frente a la cantidad y amplitud de las reservas pero, aunque algunos países han retirado algunas de las suyas, todavía siguen vigentes algunas que son incompatibles con el objetivo mismo de la convención. El problema es que la CEDAW, aunque expresamente dice en su art. 28 inc. 2 que “no se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y propósito de la presente convención” no contiene ningún mecanismo para rechazarlas en caso de que un Estado ratificante las formule. En mi opinión, el Secretario General debería rechazar este tipo de reservas pero ese no ha sido el caso.

## **EL COMITÉ DE LA CEDAW**

Como sucede en los otros cinco instrumentos principales de derechos humanos del sistema de derechos humanos de la ONU,<sup>81</sup> el Art. 17 de la CEDAW, establece un comité integrado por 23 expertas/os, que elige la Conferencia de Estados Partes cada dos años a título personal. Esto quiere decir que las y los expertos no son representantes del gobierno

---

<sup>80</sup> Ver Freeman, Marsha, Women, “Development and Justice, Using the International Convention on Women’s Rights” en OURS BY RIGHT, Kerr, Joanna, ed. The North South Institute, Canada, 1993.

<sup>81</sup> Los otros cinco instrumentos son: el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de la Discriminación Racial, la Convención Internacional contra la Tortura, y la Convención sobre los Derechos de la Niñez.

del país del cual son nacionales, sino personas que son expertas en los temas de la convención.

De conformidad con el Art. 18, los Estados Partes deben informar al Comité acerca de sus actividades para alcanzar las metas de la convención. Al año de ratificada, el Estado debe presentar su informe inicial y luego debe presentar informes periódicos cada cuatro años.

El Comité examina tales informes en períodos de sesiones que en los primeros años celebraba una vez al año, con duración de 10 días, según lo dispone el Art. 20, y presenta, a su vez, un informe anual a la Asamblea General, por conducto del ECOSOC, sobre el desarrollo de sus trabajos. Después, a propuesta del mismo Comité, la Conferencia de los Estados Partes recomendó a la Asamblea General que aprobara una enmienda al art. 20 por la que se autorizará la celebración de un mayor número de periodos de sesiones, según se requiera. En ese contexto, a partir de 1993, la Asamblea General autorizó provisionalmente al Comité a reunirse por tres semanas cada año y desde 1997, la propia Asamblea General amplió su autorización para que se celebren dos periodos de sesiones anuales, de tres semanas cada uno, con el objeto de que el Comité pueda reducir el número de informes no examinados que se han acumulado por falta de tiempo para su estudio.

El Comité ha aprobado una guía y varias directrices para ayudar a los Estados en la preparación de esos informes. Según éstas, se pretende que el informe inicial sea una descripción detallada e integral de la situación de las mujeres en ese país al momento de presentación del documento. Su propósito es proporcionar un elemento de referencia respecto del cual puedan medirse los adelantos posteriores. Los informes periódicos subsiguientes tienen el propósito de actualizar el informe previo, detallar acontecimientos significativos que se hayan producido en los últimos cuatro años, señalar las tendencias fundamentales e individualizar los obstáculos que se oponen a la cabal aplicación de la CEDAW.

Los informes iniciales son presentados por un/a representante del país quien puede efectuar una presentación suplementaria que no está en el informe que meses antes ha mandado el Gobierno. Las miembras del Comité pueden pedirle que aclare o amplíe cualquier cuestión relativa al informe, la presentación misma. Generalmente la o el representante regresan a los días para contestar las preguntas o dar más información que han solicitado a su Gobierno.

A partir de 1990, los informes periódicos son examinados por un grupo de trabajo del comité compuesto por cinco miembras/os. El grupo de trabajo prepara preguntas para orientar al Comité cuando examine el informe. Esas preguntas son enviadas de antemano al Gobierno para que las responda cuando presenta su informe periódico.

El proceso de presentación de informes es público y cada año se nota un mayor interés por estas sesiones por parte de las ONG's, tanto internacionales como las que llegan de los países que presentan su informe. El comité ha organizado su trabajo a fin de maximizar al máximo la información sobre el país. Así ha invitado a los organismos especializados de la ONU a presentar informes para su consideración. Es así que todos los años UNIFEM, UNICEF, PNUD, UNESCO, FAO, OIT, FNUAP, etc. presentan informes ya sea acerca de su tema con respecto a las mujeres en el mundo, o acerca del país que presenta su informe.

Hace unos años, el Comité decidió invitar a las ONG's a proporcionarle información general y específica sobre la situación de los países cuyos informes se examinan, tanto en

sesiones informales, como mediante informes que preparan las ONG's nacionales con la ayuda de organizaciones internacionales como IWRAW-Asia Pacific, Amnesty International, Human Rights Watch, etc.

El análisis de los informes ha permitido al Comité desarrollar lo que él mismo ha llamado “un diálogo constructivo” con las y los representantes de los Estados, a través de las preguntas y comentarios que las y los expertos miembros del Comité plantean. El examen por el comité de los informes nacionales no tiene el propósito de ser un proceso de enfrentamiento o acusatorio. Se hacen grandes esfuerzos por entablar un diálogo y por eso el Comité nunca acusa a un Estado de haber violado la CEDAW sino que le señala las deficiencias en una sesión de preguntas y respuestas.

Al finalizar las sesiones públicas, el comité revisa la información recibida en respuesta a sus preguntas al Estado Parte, así como la proporcionada por los representantes de ese gobierno durante el diálogo público, en una sesión privada en la que decide cuáles son los comentarios y observaciones finales que habrá de presentar al Estado, mismas que se incluyen en su informe anual a la Asamblea General.

Del análisis de la información que resulta de las sesiones y los distintos informes, el comité emite sus Recomendaciones Generales. Hasta la fecha, estas Recomendaciones Generales no se han referido a Estados determinados sino que son dirigidas a todos los Estados Parte para indicarles qué medidas concretas pueden tomar para cumplir con sus obligaciones con arreglo a la Convención.

Las primeras recomendaciones generales emitidas por el Comité de la CEDAW son breves y de índole general pero en su décimo período de sesiones, el Comité decidió que iba a formular recomendaciones sobre determinados artículos de la convención o sobre temas que no estaban cubiertos explícitamente por la misma. Fue así como en 1992, el Comité abordó el tema de la violencia contra la mujer en su Recomendación General No. 19, en la que define esta violencia como forma de discriminación contra la mujer y por lo tanto, prohibida por la CEDAW. Otras recomendaciones generales muy importantes vinieron después. En 1994, elaboró la Recomendación General No. 21 sobre la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, en 1997, la Recomendación General No. 23, sobre la vida política y pública y en 1999, la Recomendación General No. 24, sobre la mujer y la salud.

### **EL PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CEDAW**

En 1991, 10 años después de que entrara en vigor la CEDAW, como parte de las recomendaciones de una reunión de expertas convocada por la División para el Adelanto de la Mujer de la ONU, se pidió al Secretario General que examinara la posibilidad de crear un mecanismo que permitiera a las víctimas de las violaciones a la *CEDAW* enviar comunicaciones al Comité de la CEDAW. Derecho que ya tenían las víctimas de violaciones a la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de discriminación racial* o las víctimas de violaciones a derechos civiles o políticos o de tortura en el sistema de Derechos Humanos de la ONU. Así se inició un largo camino hacia la creación de un instrumento formal, separado de la CEDAW, que introduciría un procedimiento de recepción de comunicaciones y, posiblemente también, un procedimiento de investigación de conformidad con las normas de la misma CEDAW.

Hay que recordar que en ese camino hubo una gran movilización de mujeres hacia y en las Conferencias de Viena y Cairo y que en las dos, los gobiernos acordaron pedirle a la

Asamblea General de la ONU que iniciara la negociación de un tal mecanismo. Fue así que en julio de 1995, el ECOSOC resolvió que ese mecanismo podría estar contenido en un protocolo facultativo u opcional a la CEDAW. Beijing reiteró el llamado a apoyar un protocolo y ya para 1996, se iniciaron las negociaciones en un grupo de trabajo que sesionó hasta su aprobación por la CSW en 1999 para ser abierto a la firma ese mismo año, el 10 de diciembre. El 22 de diciembre del 2000, el Protocolo Facultativo entró en vigor al haber transcurrido tres meses desde la décima ratificación como lo exige su mismo artículo 16,<sup>82</sup>

Ahora bien, para qué se necesitaba este protocolo facultativo si más de 160 países habían ratificado la CEDAW para ese entonces con lo que quedaba legalmente establecida la obligación de eliminar la discriminación basada en el sexo/género por parte de todos esos Estados. Hay varias razones:

- 1.- Los mecanismos internacionales existentes para la implementación de la CEDAW eran inadecuados o insuficientes.
- 2.- Aunque todos los otros instrumentos de Derechos Humanos de la ONU prohíben la discriminación basada en el sexo y por ende las víctimas de este tipo de discriminación podrían enviar sus comunicaciones a los comités que sí tienen la posibilidad de recibirlas, éstos no tienen la experticia necesaria para realmente entender casos individuales o violaciones extensivas sobre derechos humanos de las mujeres. Es decir antes de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo, no había la posibilidad de una revisión de casos de este tipo por un órgano especializado independiente que incorpore en el análisis el enfoque de género y la perspectiva de los derechos humanos de las mujeres.
- 3.- Un Protocolo Facultativo promovería una implementación más efectiva de la CEDAW a través de la ampliación de su interpretación y de la aplicación práctica de la Convención.
- 4.- El Protocolo permitiría la reparación en casos de comunicaciones individuales. La existencia de recursos internacionales es particularmente significativa para las mujeres porque en general, las leyes nacionales no protegen a las mujeres de violaciones de derechos básicos, como la discriminación de género en el mercado de trabajo o en la legislación de familia.
- 5.- El Protocolo Facultativo podría crear una mayor conciencia pública sobre las garantías internacionales a los derechos humanos de las mujeres, así como una mayor atención a la CEDAW por parte de personas, grupos y organizaciones no gubernamentales de mujeres.
- 6.- El Protocolo contribuiría a la integración de los derechos humanos de las mujeres en los programas de derechos humanos de las Naciones Unidas al crear una doctrina sobre éstos. Otros organismos de derechos humanos de la ONU, podrían inspirarse en el Protocolo Facultativo de la CEDAW, para realizar un análisis más profundo de la naturaleza y el ámbito de los aspectos específicos de la discriminación de género.

---

<sup>82</sup> Art. 16.- 1-El presente Protocolo entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que haya sido depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el décimo instrumento de ratificación o de adhesión. 2- Para cada Estado que ratifique el presente Protocolo o se adhiera a él después de su entrada en vigor, este Protocolo entrará en vigor una vez transcurridos tres meses a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su propio instrumento de ratificación o adhesión.



7.- Un Protocolo Facultativo colocaría a la CEDAW en condiciones de igualdad con otros tratados internacionales que tienen procedimientos de comunicaciones.

Como vemos, fueron muchas las razones que llevaron a la adopción del Protocolo Facultativo y son éstas mismas razones las que deberían llevar a una ratificación universal de este importante instrumento.

Ahora bien, si son tantas las razones que justifican un Protocolo Facultativo y si ya casi todos los Estados se obligaron moralmente a ratificarlo al haber adoptado las Plataformas de Acción de Viena, Cairo y Beijing, así como el mismo Protocolo, por qué hay resistencia a ratificarlo en algunos países. Para entender esta resistencia, hay que recordar que la misma reivindicación específica de una Convención como la CEDAW durante muchos años se consideró innecesaria pues se asumió que con declarar la igualdad entre hombres y mujeres se lograría eliminar prácticas de discriminación y violencia de género históricas ejercidas sistemáticamente contra las mujeres en razón de su género. Fue después de muchas movilizaciones y muchas negociaciones que se logró que se entendiera que la garantía de igualdad y no discriminación no crean derechos para la mujer que sean específicos para la realidad cotidiana de ésta aunque sí ofrecen a las mujeres la oportunidad de ejercer, en igualdad de condiciones con los hombres, derechos reconocidos universalmente, inherentes a la condición humana que compartimos hombres y mujeres. Debido a que las mujeres vivimos situaciones en las que podemos ser tratadas exactamente como se trata a los hombres pero también tenemos necesidades específicas tanto por nuestra condición sexual como por las estructuras de género que nos discriminan, era necesario una convención que no sólo garantizara la igualdad y prohibiera la discriminación, sino que reconociera derechos y delineara medidas concretas para lograrlo. Una vez que se entendió esto, los Estados miembros de la ONU adoptaron la CEDAW y con el tiempo, 168 la ratificarían.

Sin embargo, a pesar de que la CEDAW ya tiene más de 20 años de vida, todavía la diversidad y amplitud de la discriminación contra las mujeres no es universalmente entendida. Muchos/as siguen creyendo que con promulgar la igualdad formal y eliminar las leyes explícitamente sexistas se cumple con la CEDAW. El Protocolo Facultativo ayudará a que se entiendan mejor las múltiples formas que toma la discriminación y que esto sólo beneficios podrá traer tanto a los Estados, como a la Sociedad Civil en su conjunto.

El que se haya necesitado un Protocolo Facultativo no niega que sí hubo logros importantes antes de su adopción. La CEDAW ha sido ratificada por todos los Estados de América Latina y en todos ha sido parcialmente implementada lo que ha significado un avance especialmente a nivel simbólico. Pensemos si no en la derogación de tantas leyes que nos discriminaban explícitamente y el silencio que existía en torno a la violencia contra nosotras. Sin embargo, ante estos logros surgen inevitablemente preguntas sobre qué hacer para que estos avances se reviertan en transformaciones concretas en la vida de las mujeres y permitan pasar de la declaración de principios a la aprobación de mecanismos que garanticen el cumplimiento de los compromisos adquiridos por los gobiernos y fomenten, en amplios sectores de la sociedad civil, la conciencia de que estas reivindicaciones por el disfrute de los derechos humanos de las mujeres compete a la sociedad en su conjunto.

**Como ya se dijo, el Protocolo entró en vigencia el 22 de diciembre de 2000, después de su ratificación por el décimo Estado Parte a la Convención.**

Al ratificar el Protocolo Opcional, un Estado reconoce la competencia del Comité de la CEDAW para recibir y analizar demandas de grupos o de personas individuales dentro de su jurisdicción. Es importante saber que este protocolo no contempla ningún derecho nuevo, es decir, no está reconociendo derechos que no están contemplados en la CEDAW. Algunas personas mal intencionadas han lanzado el rumor de que el protocolo es un instrumento que reconoce los derechos sexuales y reproductivos para asustar a aquellas personas que están en contra de la. Esto no es cierto. Esos derechos ya están reconocidos en otros instrumentos, incluyendo la CEDAW. El Protocolo Facultativo lo que hace es establecer dos procedimientos para que el Comité pueda ayudar a los Estados a cumplir con la obligación que asumieron al ratificar la CEDAW.

Los dos procedimientos contenidos en el protocolo son:

1-Un procedimiento de comunicación que permite a mujeres individuales o a grupos de mujeres, someter al Comité, demandas de violaciones a derechos protegidos por la Convención. El Protocolo establece que para admitir comunicaciones individuales a análisis por el Comité, se deben llenar un cierto número de requisitos, incluyendo el que se hayan agotado los recursos locales.

2-El Protocolo también crea un procedimiento de investigación que le permite al Comité analizar situaciones de violaciones graves o sistemáticas de los derechos de las mujeres. En cualquier caso, los Estados deben ser Parte de la Convención y del Protocolo. El Protocolo incluye una cláusula que permite a los Estados declarar, cuando ratifican o acceden, que no aceptan el proceso de investigación. El Artículo 17 del Protocolo explícitamente dispone que no se permite introducir reservas a sus términos.

En conclusión, con la entrada en vigor del Protocolo Facultativo, la CEDAW se convirtió realmente en nuestra CARTA MAGNA DE DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES. Ahora nuestra carta no sólo reconoce y protege todos nuestros derechos, sino que también los garantiza.

## **Lectura 10**

# La CEDAW y sus Recomendaciones Generales

Por Alda Facio

El artículo 21 de la CEDAW autoriza al Comité de la CEDAW a elaborar recomendaciones generales. Estas recomendaciones las elabora el Comité con base en los resultados de la revisión de los informes periódicos presentados por los Estados parte de la Convención. Son importantes instrumentos de aplicación de la Convención, pues intentan desarrollar una jurisprudencia sustantiva sobre los diferentes artículos de la Convención a partir de la experiencia acumulada por el Comité y los Estados parte, así como de la sociedad civil.

Lo anterior es otra razón por la cual las ONGs de derechos humanos de las mujeres así como el movimiento amplio de mujeres deberían participar más activamente en los procesos de rendición de informes de sus respectivos Estados. Esto lo pueden hacer a través de la realización de informes paralelos o sombra donde describen la situación real de los derechos humanos de las mujeres en su país y el grado de implementación de la CEDAW o llevando casos al Comité a través del Protocolo Facultativo. Es también de estos informes sombra y de las comunicaciones que reciba que el Comité de la CEDAW saca los temas que deben ser desarrollados en futuras recomendaciones generales.

Las recomendaciones generales sirven como pautas para los Estados parte, incluyendo los Poderes Judiciales, las organizaciones no gubernamentales y otro/as actores/actrices involucrado/as, sobre cómo deben interpretarse y aplicarse los distintos artículos de la Convención. Su objetivo es mejorar la calidad de los informes de los Estados parte y aportar a la comprensión de los diferentes derechos incluidos en la Convención por parte de gobiernos y de organizaciones de la sociedad. Éstas indican además los pasos específicos que cada Estado parte debe seguir, para cumplir con las obligaciones establecidas por la Convención.

A la fecha, septiembre del 2005, el Comité ha emitido 25 recomendaciones generales y desde principios de este año trabaja en la elaboración de la Recomendación General 26 que versará sobre el artículo 2. Las R.G. adoptadas durante los primeros diez años del Comité son cortas y bastante modestas, abarcando temas como los contenidos de los informes oficiales, las reservaciones y los problemas de recursos.

En su décima sesion en 1991, el Comité decidió adoptar la práctica de emitir recomendaciones generales sobre artículos específicos de la convención y sobre la relación de ciertos artículos de la Convención con lo que el Comité llama temas transversales a toda la Convención. Después de esta importante decisión, el Comité empezó a emitir recomendaciones generales mucho más detalladas y comprehensivas que le dan un contenido mucho más detallado y concreto a cada artículo.

Estas recomendaciones le facilitan al Estado la implementación de la CEDAW porque claramente establecen cuáles son sus obligaciones con respecto a los artículos que desarrolla y también le dan argumentos jurídicos a todas aquellas personas funcionarias del Estado que tienen la voluntad política de luchar por una justicia social que incluya a todas las mujeres de todas las clases, etnias, edades, habilidades, etc. También deberán ser usadas por juezas/ces y otras/os operadores jurídicos como una especie de

jurisprudencia o doctrina sobre cada uno de los derechos que estás recomendaciones llenan de contenidos pero también para evaluar el grado de cumplimiento de las obligaciones estatales al haber ratificado la CEDAW. Y por supuesto, deberán ser estudiadas y utilizadas por los y las activistas de los derechos humanos de las mujeres y todas aquellas personas interesadas en la justicia social y la eliminación de todas las formas de discriminación como un instrumento que les apoye para cabildear a los poderes públicos con el fin de que cumplan con las obligaciones legales contraídas. Pero más importante aún, para entender el alcance de sus propios derechos y saber que tienen derecho legal a estos derechos que, con estas recomendaciones, se tornan mucho más concretos.

Estas recomendaciones también son muy importantes porque llenan los vacíos o lagunas que tiene la CEDAW. Por ejemplo, La CEDAW no hace mención expresa de la violencia contra las mujeres porque cuando fue redactada, a principios de los setenta, esta gravísima problemática social todavía no había salido a la luz pública. Y no es que no existiera, sino que en esa época, las mujeres la padecíamos en silencio. Pues bien, la Recomendación General 19 llena ese vacío al establecer que La violencia contra la mujer es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre.

En 1997, el Comité de la CEDAW adoptó un Nuevo proceso para la formulación de recomendaciones en tres etapas. La primera etapa consiste en un diálogo abierto entre el Comité, las ONGs y otras personas interesadas sobre el tema de la recomendación. Estos diálogos son muy importantes porque desde ese momento las mujeres pueden influenciar el contenido del tema o derecho en cuestión. Después del diálogo una miembra o miembro del Comité assume la responsabilidad.... A Committee member is then asked to draft the general recommendation, which is discussed at the next session of the Committee in one of its working groups. At the following session, the revised draft is adopted by the Committee.

The following general recommendations have been adopted by the Committee:

- General recommendation No. 1 -- fifth session, 1986 reporting guidelines  
Available in languages: [English](#), [French](#) and [Spanish](#)
- General recommendation No. 2 -- sixth session, 1987 reporting guidelines  
Available in languages: [English](#), [French](#) and [Spanish](#)
- General recommendation No. 3 -- sixth session, 1987 education and public information programmes  
Available in languages: [English](#), [French](#) and [Spanish](#)
- General recommendation No. 4 -- sixth session, 1987 reservations  
Available in languages: [English](#), [French](#) and [Spanish](#)
- General recommendation No. 5 -- seventh session, 1988 temporary special measures  
Available in languages: [English](#), [French](#) and [Spanish](#)
- General recommendation No. 6 -- seventh session, 1988 effective national machinery and publicity  
Available in languages: [English](#), [French](#) and [Spanish](#)
- General recommendation No. 7 -- seventh session, 1988 resources  
Available in languages: [English](#), [French](#) and [Spanish](#)
- General recommendation No. 8 -- seventh session, 1988 article 8  
Available in languages: [English](#), [French](#) and [Spanish](#)
- General recommendation No. 9 -- eighth session, 1989 statistical data  
Available in languages: [English](#), [French](#) and [Spanish](#)

- General recommendation No. 10 -- eighth session, 1989 tenth anniversary of the adoption of CEDAW  
Available in languages: [English](#), [French](#) and [Spanish](#)
- General recommendation No. 11 -- eighth session, 1989 technical advisory services for reporting  
Available in languages: [English](#), [French](#) and [Spanish](#)
- General recommendation No. 12 -- eighth session, 1989 violence against women  
Available in languages: [English](#), [French](#) and [Spanish](#)
- General recommendation No. 13 -- eighth session, 1989 equal remuneration for work of equal value  
Available in languages: [English](#), [French](#) and [Spanish](#)
- General recommendation No. 14 -- ninth session, 1990 female circumcision  
Available in languages: [English](#), [French](#) and [Spanish](#)
- General recommendation No. 15 -- ninth session, 1990 women and AIDS  
Available in languages: [English](#), [French](#) and [Spanish](#)
- General recommendation No. 16 -- tenth session, 1991 unpaid women workers in rural and urban family enterprises  
Available in languages: [English](#), [French](#) and [Spanish](#)
- General recommendation No. 17 -- tenth session, 1991 measurement and quantification of the unremunerated domestic activities of women and their recognition in the GNP  
Available in languages: [English](#), [French](#) and [Spanish](#)
- General recommendation No. 18 -- tenth session, 1991 disabled women  
Available in languages: [English](#), [French](#) and [Spanish](#)
- General recommendation No. 19 -- eleventh session, 1992 violence against women  
Available in languages: [English](#), [French](#) and [Spanish](#)
- General recommendation No. 20 -- eleventh session, 1992 reservations  
Available in languages: [English](#), [French](#) and [Spanish](#)
- General recommendation No. 21 -- thirteenth session, 1994 equality in marriage and family relations  
Available in languages: [English](#), [French](#) and [Spanish](#)
- General recommendation No. 22 -- fourteenth session, 1995 article 20 of the Convention  
Available in languages: [English](#), [French](#) and [Spanish](#)
- General recommendation No. 23 -- sixteenth session, 1997 women in political and public life  
Available in languages: [English](#), [French](#) and [Spanish](#)
- General recommendation No. 24 -- twentieth session, 1999 article 12 - women and health  
Available in languages: [English](#), [French](#) and [Spanish](#)
- General recommendation No. 25 -- thirtieth session, 2004 article 4 paragraph 1 - Temporary special measures

## **Lectura 11**

# **REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD<sup>83</sup>**

Roxana Arroyo Vargas

*"Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros"<sup>84</sup>. (Declaración Universal de Los derechos Humanos, artículo 1)*

La igualdad es un concepto normativo, esto quiere decir que no es un concepto descriptivo de la realidad social, sino una exigencia de cómo deberían ser los seres humanos en la sociedad contemporánea.

*"... no se ocupa de lo que sucede en la realidad, sino de lo que debe suceder a saber: que los seres humanos, sean cuales sean sus rasgos comunes o distintivos, deben ser tratados como iguales. Qué signifique esto es el problema que habrá que resolver, pero tener claro que la igualdad es un principio me parece fundamental para ello"<sup>85</sup>.*

La igualdad en el Derecho es un principio y como tal tiene diversas funciones, tales como la de cuestionar, cambiar o conservar las realidades sociales, y también de justificar la

---

<sup>83</sup> Este artículo forma parte del libro: ARROYO VARGAS, Roxana. Aplicabilidad de la normativa sobre violencia contra la mujer en Centroamérica. 1º edición, Universidad Nacional CEM-MUJER-IEM, Heredia, 2002.

<sup>84</sup> ONU. Declaración Universal de Derechos Humanos. Resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948.

<sup>85</sup> LAPORTA, Francisco: "El principio de Igualdad", en Revista *Sistema*, n° 67, pág. 4.

existencia de determinadas normas. El principio de la igualdad se nos presenta desde esta óptica como una categoría histórica y relacional, o sea que las concepciones sobre la igualdad no son estáticas sino cambiantes <sup>86</sup>.

"La aspiración a la igualdad es tan antigua como su restricción. Cada época pudo sentirla con mayor o menor virulencia, ha podido utilizar diversas retóricas, ha podido incluso darla por hecha. Pero el problema de la igualdad o de su restricción permanece siempre abierto porque su parámetro permanece siempre abierto porque sus parámetros son y serán siempre ilimitados. Pueden ser los bienes, pero los bienes son múltiples; pueden ser las condiciones para su obtención, que siempre son variables; puede ser en último término la equipolencia, que es ella, misma un límite, porque los individuos son diversos y divergentes en lo que quieren ser y en quién quieren ser"<sup>87</sup>.

La razón histórica nos permitirá describir las diferencias que se presentan en un momento dado entre los seres humanos, convirtiéndose en un dato que nos aporta la realidad. Existe por lo tanto una vinculación entre la realidad y las normas y es aquí donde *"el principio de igualdad trata precisamente de establecer cuándo está justificado establecer las diferencias en las consecuencias normativas y cuándo no está justificado"*.

Este tema, como ya lo mencionamos, nos lleva principalmente a los criterios de selección y de aplicación, los cuales son normas determinadas que incluyen las condiciones específicas, ya sean relevantes o no, referidas a una situación fáctica. Estos criterios deben ser razonados y justificados, y responder a una concepción de la igualdad en determinada época.

Facilita la tarea el hecho de respondernos a las preguntas claves de ¿igualdad en qué? e ¿igualdad entre quiénes?, que nos plantea el profesor Bobbio.

El feminismo busca dar respuestas desde la perspectiva y teoría de género a estas importantes preguntas, pretendiendo entre los sexos una igualdad que necesariamente implique la eliminación del sexismo y pase por una aceptación de las diferencias entre los sexos<sup>88</sup>. Esto significa un nuevo acercamiento al tema, en tanto que lo cuestionado es el hombre como paradigma o modelo de ser humano. ¿Qué significa esto para el contenido que históricamente se le ha dado a la igualdad? En cierto sentido significa la aceptación de que la igualdad, al ser reflexionada desde un contexto de género, se torna compleja: entra en juego el poder,<sup>89</sup> y por lo tanto el imperativo de erradicar los privilegios tradicionales masculinos aceptados como naturales y hasta el momento legitimados por el Derecho, de modo que se consolida un sistema construido alrededor de sus características sociales y físicas.

En realidad, pareciera que la búsqueda de la igualdad de las mujeres pasa porque éstas tengan la oportunidad de estar en un mundo no vertido en su contra. Para erradicar la

---

<sup>86</sup> Al respecto véase: CALSAMILGLIA, Albert: "Sobre el Principio de Igualdad", en MUGUERZA, Javier: *El Fundamento de Los Derechos Humanos*, Madrid, Editorial Debate, 1989, pp. 97-110.

<sup>87</sup> VALCARCEL, Amelia. Del miedo a la igualdad. Crítica, Grupo Grijalbo-Mondadori, Barcelona, España, 1993, pág. 20.

<sup>88</sup> FACIO, Alda: *De que igualdad se trata. Caminando hacia la igualdad real*, Naciones Unidas, ILANUD, UNIFEM, Editorial Diseño Alternativo, San José, Costa Rica, 1995, pp. 28-32.

<sup>89</sup> WILLIAMS, Joan: "Igualdad sin discriminación", en FACIO, Alda, y FRIES, Lorena: *Género y Derecho*, Colección Contraseña, serie Casandra, Editorial La Morada, Chile, 1999, pp. 75-99.  
HOSSAIN, Sara: "Igualdad en el hogar: derechos de la mujer y derechos de las personas en Asia del Sur", en *Derechos humanos de las mujeres*, PROFAMILIA, Bogotá, 1997, pp. 469-496.

discriminación se requiere que las normas androcéntricas sean remplazadas por otras que reflejen los cuerpos y experiencias de vida de las mujeres y de los hombres. Aparentemente esta sería una de las alternativas para lograr la igualdad sin discriminación.

Se trata de reconceptualizar la igualdad como principio que refleja una aspiración humana enunciada de diferentes maneras según las épocas. Ya Aristóteles planteaba que este principio "exige tratar a las cosas iguales de igual manera, pero también a las diferentes, de manera diferente". Los modelos de derechos fundamentales francés y norteamericano, hacen referencia a este principio<sup>90</sup>.

Para esta nueva lectura es necesario partir del sexismo en que se fundamenta la formulación de las diferentes explicaciones del origen de lo que conocemos como sociedad civil y por supuesto estos reflejan el debate sobre quienes son los que pactan o sea quienes son sujetos libres e iguales. Las diferentes respuestas que se han dado nos demuestran la diferenciación que se hace entre los sexos, la cual es discriminatoria para las mujeres por su condición de género, estas elaboraciones teóricas condicionan el concepto de igualdad.

Es así como las explicaciones formuladas desde los clásicos contractualistas tales como Hobbes<sup>91</sup>, Locke, hasta llegar a Rousseau<sup>92</sup> y los modernos como Rawls<sup>93</sup>, nos plantean por diferentes razonamientos la subordinación de la mujer ya sea porque legitiman por acción o por omisión en sus análisis el poder para los varones y/o consagran la familia patriarcal.

"La doctrina del contrato supone que hay sólo un origen, convencional, del derecho político, aún así, con la excepción de la teoría de Hobbes donde los dos sexos son descritos como naturalmente libres e iguales, los teóricos del contrato insisten en que el derecho del varón sobre la mujer tiene base natural. Sólo los varones tienen los atributos de los "individuos" libres e iguales. Las relaciones de subordinación entre los varones, si han de ser legítimas, deben tener su origen en el contrato. Las mujeres por su parte nacen en sujeción"<sup>94</sup>

Es así como el concepto de igualdad nace sesgado por las consecuencias que se derivan del pacto primario que da sustento a la sociedad civil, nos referimos al contrato sexual, por medio del cual las mujeres no son ni libres ni iguales y por lo tanto no pueden pactar o porque aún en las interpretaciones como las del Hobbes siendo libres pactan su sujeción, que implica la apropiación de su cuerpo y la imposibilidad de convertirse en individuos civiles.

En las lecturas modernas de autores tales como Rawls el pacto se construye partiendo de la elaboración de la categoría universal y sexualmente neutra de individuo, respondiendo más a una abstracción lógica. El se mueve en el reino de la pura razón con nada humano

---

<sup>90</sup> PECES- BARBA MARTINEZ, Gregorio: *Curso de Derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos II de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 145-154.

<sup>91</sup> HOBBS, Thomas: *Del ciudadano y Leviatán*, Editorial Tecnos, Madrid; 1993.

<sup>92</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques: *El Contrato Social*, en Escritos de combate, trad. Salustino Masó, Madrid, Alfaguara, 1979.

ROUSSEAU, Jean Jacques: *Emilio*, Editores mexicanos unidos, México, 1993.

<sup>93</sup> RAWLS, John: *Justicia como Equidad*, Materiales para una Teoría de la Justicia, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1993.

<sup>94</sup> PATEMAN, Carole. El contrato sexual, Editorial Anthropos, Barcelona, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1998, pág 60.



en él, a pesar de que introduce seres corpóreos masculinos y femeninos en el curso de su argumentación se centra en los descendientes y a las cabezas de familia o sea los varones.

"Simplemente da por sentado que se puede, al mismo tiempo, postular partes des-corporizadas, vaciadas de toda característica sustantiva y asumir la existencia de la diferencia sexual, las relaciones sexuales, el nacimiento de los hijos y la familia formada. Los participantes del contrato original de Rawls son, simultáneamente, meras entidades racionales y " jefes de familia", es decir, varones que representan a sus esposas"<sup>95</sup>

Si estudiamos las diversas ópticas de los autores estos tratan de legitimar ya sea por razones naturales o políticas el derecho conyugal y de sujeción de la mujer que atenta contra el principio de igualdad, pero al mismo tiempo este concepto descansa en la desigualdad por discriminación contra la mujer por su condición de género, por ejemplo Rousseau sostiene que el sistema civil depende en cierta manera del derecho que los varones-maridos tienen sobre sus hembras-esposas y que este tiene su origen en la naturaleza<sup>96</sup>.

Desde una lectura crítica del principio de igualdad es imperativo la de-construcción de este para lo cual es necesario conjugar la igualdad formal con la material, la equidad y la valoración de la diferencia. Esto nos permitirá cuestionar el androcentrismo y buscar resultados que no contengan rasgos sexistas.

Referirse a la igualdad formal, o igualdad ante la ley, responde al imperativo de que todas las personas sean tratadas por igual, (en algunos casos esto es suficiente para avanzar hacia la eliminación del sexismo), siempre y cuando estas normas no se elaboren alrededor de los cuerpos y patrones de vida de los hombres, que exigen estándares no alcanzables para las mujeres, al ser diferentes sus cuerpos y patrones de vida. En estos casos no es suficiente el igual trato ante las leyes.

"La justicia para las mujeres sigue siendo un objetivo a lograr, y es improbable que se consiga a través de la igualdad formal, porque la forma en la que la sociedad está estructurada es el resultado de una historia en la que las mujeres estaban legalmente subordinadas y en la cual se daba por supuesto que su papel natural era prestar servicios sexuales y domésticos ( incluyendo la importante tarea social de cuidar a los hijos/as) a cambio de una seguridad económica que implica depender de los hombres"<sup>97</sup>

Por ejemplo, las normas de trabajo diseñadas a partir del modelo de trabajador ideal que implican tiempo completo y extra, no toman en cuenta la necesidad de considerar tiempo para partos ni crianza de criaturas. Estas normas y políticas están estructuradas sobre patrones y experiencias masculinas.

A pesar de esto, no se puede negar que la igualdad formal ha significado un avance, puesto que transforma los privilegios y los convierte en verdaderos derechos para hombres y mujeres dando un nuevo contenido a la democracia y al poder.

---

<sup>95</sup> PATEMAN, Carole. El contrato sexual, pp 63-64.

<sup>96</sup> COBO, Rosa. Fundamentos del patriarcado moderno Jean Jacques Rousseau. Ediciones Cátedra, Universitat de Valencia, Instituto de la Mujer, Ediciones Cátedra 1995, Madrid, España.

<sup>97</sup> OKIN MOLLER, Susan: "Liberalismo, Política, Justicia y Género", en *Perspectivas feministas en teoría política*, Paidós Estado y Sociedad, Editorial PAIDOS, Barcelona, España 1994, pág 146.

En otros casos es necesario el análisis desde la igualdad real o material. Esto es, analizar las condiciones de las personas y colocarlas en situaciones materiales de igualdad, lo cual requiere muchas veces un trato diferente para lograr un resultado igual. Se busca, por ejemplo, promover la adopción de acciones afirmativas para nivelar las desigualdades históricas. Esta es, en muchos casos, la única manera de dar a las mujeres igualdad de oportunidades y es importante destacar que no sólo alivia las desventajas del pasado, sino que remedia la manera en que los estereotipos y otros tipos de normas masculinas crean desventajas para ellas<sup>98</sup>.

La equidad hace referencia al requerimiento de un trato justo, o sea que se trate a cada cual según sus particulares circunstancias. No se intenta aquí igualar a nadie, sino proveer el trato y las condiciones concretas que cada quien necesita para satisfacer sus necesidades singulares o atender sus reclamos especiales. Para el ejercicio de la equidad es imperiosa la contextualización de las decisiones, de modo que respondan a las diferencias, experiencias y condiciones de vida particulares. Por ejemplo, tomar las medidas necesarias para que las personas con discapacidades pueden gozar y ejercer sus derechos humanos en sociedades pensadas para personas sin discapacidades.

Otra visión de la igualdad es la valoración de las diferencias, que pretende tomarlas en cuenta y asumirlas no para oprimir y subordinar, sino para potenciar y propiciar el desarrollo personal. Este planteamiento critica el enfoque de la igualdad ya que considera que este concepto necesariamente implica un término de comparación<sup>99</sup>. Lo cual no garantiza la liberación de la opresión de las mujeres puesto que si su explotación está basada en la diferencia sexual es sólo sobre esta diferencia sexual que se puede resolver la discriminación existente, lo imperativo es la definición de los valores de la pertenencia a un género y que estos resulten aceptables para cada uno de los sexos. Ello requiere proporcionar las condiciones necesarias para que esas diferencias se mantengan y desarrollen<sup>100</sup>.

"La igualdad entre hombres y mujeres no puede hacerse realidad sin un pensamiento del género en tanto que sexuado, sin una inclusión de los derechos y deberes de cada sexo, considerado como diferente, en los derechos y deberes sociales. Los pueblos se dividen continuamente en rivalidades tan secundarias como sangrientas, sin percibir que su primera e irreductible división es la de los dos géneros. Desde este punto de vista, nos encontramos aún en la infancia de la cultura"<sup>101</sup>

Desde los nuevos planteamientos éticos-jurídicos que sustentan los instrumentos convencionales de protección de los derechos humanos de las mujeres La CEDAW se fundamenta en un concepto de igualdad que trasciende el formal, la convención define la discriminación como "toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la

<sup>98</sup> WILLIAMS, Joan: "Igualdad sin discriminación", en *Género y Derecho*, Colección Contraseña, Serie Casandra, Chile, 1999, pp. 75-99.

<sup>99</sup> RIVERA GARRETAS, María- Milagro: *Nombrar el mundo en femenino, Pensamiento de las mujeres y teoría feminista*, Editorial ICARIA, Barcelona, España, 1994, pp. 179-228.

<sup>100</sup> JAGGAR, Alison M.: "Ética feminista: Algunos temas para los años noventa", en *Perspectivas feministas en teoría política*, Editorial Paidós, Estado y Sociedad, Barcelona, España, 1994, pp. 167-184.

OKIN MOLLER, Susan: "Desigualdad de género y diferencias culturales", en *Perspectivas feministas en teoría política*, Editorial Paidós, Estado y Sociedad, Barcelona, España, 1994, pp. 185- 206.

RIVERA Milagros M. "Partir de sí", en *El Viejo Topo*, número 73, marzo, Madrid, España, 1994.

<sup>101</sup> IRIGARAY, Luce: *Yo, tú, nosotras*, Ediciones Cátedra Universitat de Valencia Instituto de la Mujer, Madrid, España, 1992, pp. 10-11.

mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas, económica, social, cultural y civil y en cualquier otra esfera”. (Artículo 1).

Esta definición tiene una triple importancia: a) establece que una ley o política discrimina si su resultado es discriminatorio, aun cuando tenga la intención de favorecer; b) define lo que legalmente se debe entender por discriminación contra la mujer; c) declara discriminatoria toda restricción basada en el sexo, que menoscabe o anule el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, de los derechos humanos en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. A partir de esta concepción, las restricciones que sufrimos las mujeres no sólo en la esfera pública sino en el campo cultural y doméstico, deben conceptuarse como discriminatorias.

El principio de la igualdad de la persona humana, se expresa a través de principios y normas de segundo orden como el de no discriminación. Es así como la igualdad se fundamenta y se explicita en un espectro muy amplio de normas internacionales y del orden interno de los Estados. Por esta razón, la igualdad y la no discriminación se encuentran en disposiciones separadas y se aplican a diferentes categorías de derechos. Según O’ Donnell, el principio de igualdad abarca un universo de derechos mucho más amplio que los derechos y las libertades consagradas en el derecho internacional porque “se extiende a todo derecho reconocido por la legislación interna”<sup>102</sup>.

Este principio, contenido en el artículo 26 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos<sup>103</sup>, es incompatible no sólo con la discriminaciones relativas al goce de los derechos consagrados en el Pacto, sino en el goce de los derechos civiles, políticos, económicos y sociales reconocidos en el derecho interno.

Lo anterior es importante en cuanto a la posibilidad de ampliar las competencias de los órganos internacionales, ya que en más de una ocasión el Comité de Derechos Humanos ha podido examinar denuncias relacionadas con otros ámbitos que no figuran en el Pacto. Esto ha ocurrido por ejemplo en relación con la seguridad social o los derechos de los extranjeros, que tocan directamente tópicos de derechos sociales o económicos. También la Corte Interamericana lo ha hecho en el tema de la naturalización, aunque este derecho no está contemplado por la Convención Americana<sup>104</sup>.

### **3. La No Discriminación**

El principio de igualdad de las personas y la consecuente ilegitimidad de la discriminación, forman parte de los principios trascendentales del derecho internacional de los derechos humanos y encuentra asimismo su desarrollo en las legislaciones internas de cada uno de los países.

Para el Derecho Internacional la no discriminación y la igualdad de trato son equivalentes, esto quiere decir, que la igualdad de las personas incluye dos nociones, el primero se refiere al principio de no discriminación, como aspecto negativo de la igualdad, esto significa que prohíbe diferencias que no se puedan justificar con criterios razonables y

---

<sup>102</sup> O’DONNELL, Daniel: *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Editorial Comisión Andina de Juristas, Lima 1988, p. 376.

<sup>103</sup> ONU: *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, adoptado por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 6 de diciembre de 1966.

<sup>104</sup> C.I.D.H: Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización.

objetivos y segundo el principio de protección que se desarrolla por medio de medidas especiales dirigidas a la consecución de la igualdad real o positiva.

Desde este punto de vista el contenido moderno de la discriminación se elabora partiendo del significado negativo y peyorativo, o sea, se construye con la prohibición de las distinciones que son irrelevantes, arbitrarias, no razonables, injustas, dirigidas a la negación del goce, disfrute y tutela de los derechos de grupos o personas.

"El actual significado de la palabra discriminación se descubre pues en conexión con la tutela, esto es, la prohibición y erradicación, del fenómeno discriminatorio en las sociedades democráticas y pluralistas, (que se exterioriza en las distinciones entre individuos basadas en la pertenencia aun grupo minoritario y no de sus personales aptitudes o capacidades). Así se afirma en primer lugar, una interpretación negativa de este término, y en segundo lugar, se conecta a circunstancias históricas de discriminación de las personas, frente a las cuales el derecho reacciona para su erradicación"<sup>105</sup>

Refiriéndose al Derecho Constitucional, Karl Josef Partsch coincide con O'Donnell en cuanto a la idea de que existen ciertas dificultades para establecer, dentro del marco de las diferentes legislaciones, en qué situaciones debe aplicarse el principio de igualdad ante la ley. Esto principalmente por la dificultad de definir qué es arbitrario o qué es injusto. En consecuencia, tanto en el campo nacional como en el internacional, se introduce la formulación negativa de este derecho, a fin de conseguir "un mayor grado de claridad y certidumbre en lo tocante a la igualdad". En sus propios términos:

*"La cláusula de no discriminación no se limita a la afirmación de que debe alcanzarse la igualdad, sino que indica también el concepto de qué debe ser igual, y según qué criterios. La noción abstracta de la igualdad es reemplazada por la indicación concreta del campo de aplicación y de los criterios como raza, color o descendencia".*<sup>106</sup>

Esta prohibición de discriminación, se traduce en la cancelación de ciertos rasgos distintivos como posibles razones relevantes para la diferenciación y las consecuencias normativas. Algunos de estos rasgos los encontramos en principios o normas secundarias; los instrumentos internacionales podrían ser un ejemplo de esta afirmación.

El principio de no discriminación es uno de los pilares de cualquier sistema democrático y base fundamental de los Sistemas de Protección Internacional tanto de la Organización de los Estados Americanos<sup>107</sup> como de las Naciones Unidas<sup>108</sup>.

---

<sup>105</sup> SÁEZ LARA, Carmen. Mujeres y Mercado Laboral, Las discriminaciones directas e indirectas. Colección Estudios, Madrid, España, 1994. Pág 35.

<sup>106</sup> PARTSCH, Karl Josef: "Principios Fundamentales de los derechos humanos: autodeterminación, igualdad y no discriminación", en *Las Dimensiones internacionales de Los Derechos Humanos*, Barcelona, UNESCO, 1ª ed., vol I, 1982, pág 113.

<sup>107</sup> Es importante destacar que el artículo 3(1) de la Carta de la Organización de los Estados Americanos establece, como principio básico: "Los Estados Americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo". Los principios de no discriminación y de igual protección ante la ley sirven, a su vez, como bases fundamentales de los principales instrumentos normativos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

<sup>108</sup> En el sistema de Naciones Unidas, se da prioridad comparable a los derechos de igualdad y no discriminación. Precisamente uno de los propósitos de las Naciones Unidas, establecido en el artículo 1(3) de su Carta, es promover el respeto a los derechos humanos sin distinción de raza, sexo, idioma o religión.

Esto es fácilmente comprobable si observamos que los contienen los principales instrumentos internacionales: Declaración Universal 1948, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 1966, la Convención Americana, la Convención Europea de Derechos del Hombre (1959) y Protocolos (1952 y 1963), la Carta Africana sobre los Derechos Humanos de los Pueblos<sup>109</sup>.

Además encontramos instrumentos que no sólo incluyen estos principios sino que prohíben específicamente uno u otro tipo de discriminaciones. Entre ellos la Convención Internacional sobre la Eliminación de toda Forma de Discriminación Racial de 1965, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer de 1979, la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones de 1981, Convenios 100 y 111 de la OIT, Convenio de la UNESCO 1960<sup>110</sup>.

Si estudiamos los principales instrumentos sobre derechos humanos, advertiremos un tratamiento similar en las formas prohibidas de discriminación (rasgos) por el Derecho internacional, por razones de raza, sexo, color, posición económica, nacimiento, etc.<sup>111</sup> A Juicio de Francisco Laporta, un ejemplo típico de esto es la cancelación de la relevancia de rasgos como la raza y el sexo "para establecer diferencias en la atribución de derechos políticos"<sup>112</sup>.

Curiosamente, en los instrumentos generales no se define la discriminación, sino que en algunas de las Convenciones internacionales se nos indica el campo concreto de aplicación y los criterios<sup>113</sup>.

Los principios que se configuran y les dan contenido a las declaraciones y convenciones, son aplicados (o deberían serlo), por los órganos internacionales de derechos humanos, los cuales deben observar tanto la discriminación *de iure* basada en la legislación que establece diferencias formales entre los derechos, como las discriminaciones *de facto* que consiste en

<sup>109</sup> La Convención (1950) y Protocolos (1952 y 1963), prevén la garantía de los derechos y libertades de la persona que son esencialmente de carácter civil y político. Su artículo 14 establece que estos derechos y libertades corresponden a la mujer igual que al hombre. La Comisión y la Carta Europea de los Derechos del Hombre, órganos internacionales judiciales instituidos por la Convención para la vigilancia de su aplicación, han declarado la posibilidad de atender los casos de discriminación por razón de sexo, siempre que se fundamenten en la combinación del citado artículo 14 y de otro artículo de esta Convención donde se reconozca expresamente un derecho o libertad concreta de la persona.

Sobre este tema consúltese: KAREL, Vasak: "El Consejo de Europa", en *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Vol. III, Barcelona, Serbal UNESCO, 1982, pp 622-705.

Sobre la Organización para la Unidad Africana: KÉBA, M Baye y BIRAME, Ndiaye, "La Organización para la Unidad Africana" en *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Volumen III, Barcelona, Serbal UNESCO, 1984, pp 755-814.

<sup>110</sup> Los textos de estos instrumentos pueden consultarse en: *ONU. Derechos Humanos. Recopilación de Instrumentos Internacionales*, Nueva York, Centro de Derechos Humanos, Ginebra, 1988.

<sup>111</sup> Al respecto véase, O'DONNELL, Daniel: *Protección Internacional de Los Derechos Humanos*, Lima, Perú, Comisión Andina de Juristas, 1988, 369-393.

<sup>112</sup> LAPORTA, Francisco: "El Principio de Igualdad", en *Revista Sistema*, nº 67, pág 14.

<sup>113</sup> En relación con el tema de los criterios, es importante destacar que el horizonte día a día se amplía más: desde aquellos contenidos en la Carta de las Naciones Unidas, pasando por la Declaración Universal, constatamos en sus listas un aumento, se habla de color y opiniones políticas, lo que pone de manifiesto esta relación dialéctica entre las necesidades históricas, y el Derecho internacional de los derechos humanos, que convierten estas pretensiones morales en valores protegidos y promovidos por la comunidad internacional. En realidad muchos de estos criterios se vinculan; esto es evidente en el caso de la protección de los derechos de las mujeres, por ejemplo mujer, negra, que sufre doble o triples discriminaciones, no sólo por ser mujer sino también negra, etc.

aplicar, en forma discriminatoria, la legislación que no encierra tales criterios discriminatorios.

Este derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo, incluye dos reglas o derechos subjetivos en las legislaciones. El primero es la prohibición de discriminaciones directas, o sea, de toda norma o acto jurídico-público que dispense un trato diferente y perjudicial en función de la pertenencia a uno u otro sexo, lo que significa la obligación de exigir un trato jurídico indiferenciado para hombres y mujeres como regla general (ya que para lograr una igualdad real sin discriminación se aceptan las acciones positivas). El segundo derecho es la prohibición de la discriminación indirecta, o sea, de aquellos tratamientos jurídicos formalmente neutros o no discriminatorios, pero de los cuales se derivan consecuencias desiguales y perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tiene sobre los miembros de uno u otro sexo<sup>114</sup>.

Ahora bien, es importante tener presente que las diferencias en el trato en circunstancias que son, por lo demás, similares no son necesariamente discriminatorias. Si estas se basan en criterios Razonables y Objetivos, pueden ser necesarias para que se haga justicia o para la protección de grupos o personas que requieren de medidas especiales, " No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia..."<sup>115</sup> Una distinción basada en criterios razonables y objetivos tiene un objetivo legítimo y emplea medios que son proporcionales al fin que se persigue, es totalmente aceptable<sup>116</sup>. Algunas de las distinciones previstas en la ley se basan en criterios relativos a la raza, el sexo, entre otros.

## **Lectura 12**

# **LAS MEDIDAS ESPECIALES DE CARÁCTER TEMPORAL**

---

<sup>114</sup> REY MARTINEZ, Fernando: *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1995, pp. 67-82.

AZKARATE-ASKASUA ALBENIZ, Ana Carmen: *Mujer y discriminación. Del Tribunal de Justicia de las Comunidades al Tribunal Constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1995.

<sup>115</sup> Véase en general, Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Breks contra Holanda*, Com. No 172/1984, párrafo 13, Zwaan de Vries contra Holanda, Com. No 182/1984, párrafo 13.

<sup>116</sup> Véase, Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Belgian Linguistics, supra; Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Aumeeruddy-Cziffra y otros contra Mauritius, Com. No 35/1978, párrafo 9.2 (b) 2 (I) 8 ( que advierte en general que una distinción negativa en el trato requiere una justificación suficiente).

Por Alda Facio

Con su Recomendación General 25, (que todas/os deberían leer y que se encuentra en este manual en la sección sobre materiales de trabajo) el Comité aclaró la naturaleza y el significado del párrafo 1 del artículo 4 para facilitar y asegurar su plena utilización por los Estados Partes en la aplicación de la Convención. Y por cierto, una de las obligaciones que tienen los Estados Partes es traducir esta recomendación general a los idiomas nacionales y locales y difundirla ampliamente a los órganos legislativos, ejecutivos y judiciales del Estado, incluidas las estructuras administrativas, así como a la sociedad civil, en particular a los medios de comunicación, el mundo académico y las asociaciones e instituciones que se ocupan de los derechos humanos y de la mujer.

El alcance y el significado del párrafo 1 del artículo 4 deben determinarse en el contexto del objeto y fin general de la Convención, que es la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer con miras a lograr la igualdad de jure y de ipso (igualdad sustantiva) entre los género en el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales de ambos. Los Estados Partes en la Convención tienen la obligación jurídica de respetar, proteger, promover, cumplir, implementar y garantizar este derecho de no discriminación contra la mujer hasta que se alcance una igualdad sustantiva entre hombres y mujeres.

Es importante recordar que la Convención va más allá del concepto de discriminación utilizado en muchas disposiciones y normas legales, nacionales e internacionales. Si bien dichas disposiciones y normas prohíben la discriminación por razones de sexo y protegen al hombre y la mujer de tratos basados en distinciones arbitrarias, injustas o injustificables, la Convención se centra en la discriminación contra la mujer, insistiendo en que la mujer ha sido y sigue siendo objeto de diversas formas de discriminación por el hecho de ser mujer.

Una lectura conjunta de los artículos 1 a 5 y 24, que constituyen el marco interpretativo general de todos los artículos sustantivos de la Convención, indica que hay tres obligaciones que son fundamentales en la labor de los Estados Partes de eliminar la discriminación contra la mujer. Estas obligaciones deben cumplirse en forma integrada y trascienden la simple obligación jurídica formal de idéntico trato para hombres y mujeres.

En primer lugar, los Estados Partes tienen la obligación de garantizar que no haya discriminación directa ni indirecta contra la mujer en las leyes y que, en el ámbito público y el privado, la mujer esté protegida contra la discriminación que puedan cometer las autoridades públicas, los jueces, las organizaciones, las empresas o los particulares por tribunales competentes y por la existencia de sanciones y otras formas de reparación. La segunda obligación de los Estados Partes es mejorar la situación de facto de la mujer adoptando políticas y programas concretos y eficaces. En tercer lugar los Estados Partes están obligados a hacer frente a las relaciones prevalecientes entre los géneros y a la persistencia de estereotipos basados en el género que afectan a la mujer no sólo a través de actos individuales sino también porque se reflejan en las leyes y las estructuras e instituciones jurídicas y sociales.

8. En opinión del Comité, un enfoque jurídico o programático puramente formal, no es suficiente para lograr la igualdad de facto con el hombre, que el Comité interpreta como igualdad sustantiva. Además, la Convención requiere que la mujer tenga las mismas oportunidades desde un primer momento y que disponga de un entorno que le permita conseguir la igualdad de resultados. No es suficiente garantizar a la mujer un trato

idéntico al del hombre. También deben tenerse en cuenta las diferencias biológicas que hay entre la mujer y el hombre y las diferencias que la sociedad y la cultura han creado. En ciertas circunstancias será necesario que haya un trato no idéntico de mujeres y hombres para equilibrar esas diferencias. El logro del objetivo de la igualdad sustantiva también exige una estrategia eficaz encaminada a corregir la representación insuficiente de la mujer y una redistribución de los recursos y el poder entre el hombre y la mujer.

9. La igualdad de resultados es la culminación lógica de la igualdad sustantiva o de facto. Estos resultados pueden ser de carácter cuantitativo o cualitativo, es decir que pueden manifestarse en que, en diferentes campos, las mujeres disfrutan de derechos en proporciones casi iguales que los hombres, en que tienen los mismos niveles de ingresos, en que hay igualdad en la adopción de decisiones y la influencia política y en que la mujer vive libre de actos de violencia.

10. La situación de la mujer no mejorará mientras las causas subyacentes de la discriminación contra ella y de su desigualdad no se aborden de manera efectiva. La vida de la mujer y la vida del hombre deben enfocarse teniendo en cuenta su contexto y deben adoptarse medidas para transformar realmente las oportunidades, las instituciones y los sistemas de modo que dejen de basarse en pautas de vida y paradigmas de poder masculinos determinados históricamente.

11. Las necesidades y experiencias permanentes determinadas biológicamente de la mujer deben distinguirse de otras necesidades que pueden ser el resultado de la discriminación pasada y presente cometida contra la mujer por personas concretas, de la ideología de género dominante o de manifestaciones de dicha discriminación en estructuras e instituciones sociales y culturales. Conforme se vayan adoptando medidas para eliminar la discriminación contra la mujer, sus necesidades pueden cambiar o desaparecer o convertirse en necesidades tanto para el hombre como la mujer. Por ello, es necesario mantener en examen continuo las leyes, los programas y las prácticas encaminados al logro de la igualdad sustantiva o de facto de la mujer a fin de evitar la perpetuación de un trato no idéntico que quizás ya no se justifique.

12. Las mujeres pertenecientes a algunos grupos, además de sufrir discriminación por el hecho de ser mujeres, también pueden ser objeto de múltiples formas de discriminación por otras razones, como la raza, el origen étnico, la religión, la incapacidad, la edad, la clase, la casta u otros factores. Esa discriminación puede afectar a estos grupos de mujeres principalmente, o en diferente medida o en distinta forma que a los hombres. Quizás sea necesario que los Estados Partes adopten determinadas medidas especiales de carácter temporal para eliminar esas formas múltiples de discriminación múltiple contra la mujer y las consecuencias negativas y complejas que tiene.

13. Además de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, otros instrumentos internacionales de derechos humanos y documentos de política aprobados en el sistema de las Naciones Unidas incluyen disposiciones sobre medidas especiales de carácter temporal para apoyar el logro de la igualdad. Dichas medidas se describen usando términos diferentes y también difieren el significado y la interpretación que se les da. El Comité espera que la presente recomendación general relativa al párrafo 1 del artículo 4 ayude a aclarar la terminología

14. La Convención proscribe las dimensiones discriminatorias de contextos culturales y sociales pasados y presentes que impiden que la mujer goce de sus derechos humanos y libertades fundamentales. Su finalidad es la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, incluida la eliminación de las causas y consecuencias de la



desigualdad sustantiva o de facto. Por lo tanto, la aplicación de medidas especiales de carácter temporal de conformidad con la Convención es un medio de hacer realidad la igualdad sustantiva o de facto de la mujer y no una excepción a las normas de no discriminación e igualdad.

III. Significado y alcance de las medidas especiales de carácter temporal en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

Artículo 4, párrafo 1

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.

Artículo 4, párrafo 2

La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria.

A. Relación entre los párrafos 1 y 2 del artículo 4

15. Hay una diferencia clara entre la finalidad de las "medidas especiales" a las que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 4 y las del párrafo 2. La finalidad del párrafo 1 es acelerar la mejora de la situación de la mujer para lograr su igualdad sustantiva o de facto con el hombre y realizar los cambios estructurales, sociales y culturales necesarios para corregir las formas y consecuencias pasadas y presentes de la discriminación contra la mujer, así como compensarlas. Estas medidas son de carácter temporal.

16. El párrafo 2 del artículo 4 contempla un trato no idéntico de mujeres y hombres que se basa en diferencias biológicas. Esas medidas tienen carácter permanente, por lo menos hasta que los conocimientos científicos y tecnológicos a los que se hace referencia en el párrafo 3 del artículo 11 obliguen a reconsiderarlas.

B. Terminología

17. En los trabajos preparatorios de la Convención se utilizan diferentes términos para hacer referencia a las "medidas especiales de carácter temporal" que se prevén en el párrafo 1 del artículo 4. El mismo Comité, en sus recomendaciones generales anteriores, utilizó términos diferentes. Los Estados Partes a menudo equiparan la expresión "medidas especiales" en su sentido correctivo, compensatorio y de promoción con las expresiones "acción afirmativa", "acción positiva", "medidas positivas", "discriminación en sentido inverso" y "discriminación positiva". Estos términos surgen de debates y prácticas diversas en diferentes contextos nacionales. En esta recomendación general, y con arreglo a la práctica que sigue en el examen de los informes de los Estados Partes, el Comité utiliza únicamente la expresión "medidas especiales de carácter temporal", como se recoge en el párrafo 1 del artículo 4.

C. Elementos fundamentales del párrafo 1 del artículo 4

18. Las medidas que se adopten en virtud del párrafo 1 del artículo 4 por los Estados Partes deben tener como finalidad acelerar la participación en condiciones de igualdad de la mujer en el ámbito político, económico, social, cultural y civil, o en cualquier otro ámbito. El Comité considera la aplicación de estas medidas no como excepción a la regla de no discriminación sino como forma de subrayar que las medidas especiales de carácter

temporal son parte de una estrategia necesaria de los Estados Partes para lograr la igualdad sustantiva o de facto de la mujer y el hombre en el goce de sus derechos humanos y libertades fundamentales. Si bien la aplicación de medidas especiales de carácter temporal a menudo repara las consecuencias de la discriminación sufrida por la mujer en el pasado, los Estados Partes tienen la obligación, en virtud de la Convención, de mejorar la situación de la mujer para transformarla en una situación de igualdad sustantiva o de facto con el hombre, independientemente de que haya o no pruebas de que ha habido discriminación en el pasado. El Comité considera que los Estados Partes que adoptan y aplican dichas medidas en virtud de la Convención no discriminan contra el hombre.

19. Los Estados Partes deben distinguir claramente entre las medidas especiales de carácter temporal adoptadas en virtud del párrafo 1 del artículo 4 para acelerar el logro de un objetivo concreto relacionado con la igualdad sustantiva o de facto de la mujer, y otras políticas sociales generales adoptadas para mejorar la situación de la mujer y la niña. No todas las medidas que puedan ser o que serán favorables a las mujeres son medidas especiales de carácter temporal. El establecimiento de condiciones generales que garanticen los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de la mujer y la niña y que tengan por objeto asegurar para ellas una vida digna y sin discriminación no pueden ser llamadas medidas especiales de carácter temporal.

20. El párrafo 1 del artículo 4 indica expresamente el carácter "temporal" de dichas medidas especiales. Por lo tanto, no debe considerarse que esas medidas son necesarias para siempre, aun cuando el sentido del término "temporal" pueda, de hecho, dar lugar a la aplicación de dichas medidas durante un período largo. La duración de una medida especial de carácter temporal se debe determinar teniendo en cuenta el resultado funcional que tiene a los fines de la solución de un problema concreto y no estableciendo un plazo determinado. Las medidas especiales de carácter temporal deben suspenderse cuando los resultados deseados se hayan alcanzado y se hayan mantenido durante un período de tiempo.

21. El término "especiales", aunque se ajusta a la terminología empleada en el campo de los derechos humanos, también debe ser explicado detenidamente. Su uso a veces describe a las mujeres y a otros grupos objeto de discriminación como grupos débiles y vulnerables y que necesitan medidas extraordinarias o "especiales" para participar o competir en la sociedad. No obstante, el significado real del término "especiales" en la formulación del párrafo 1 del artículo 4 es que las medidas están destinadas a alcanzar un objetivo específico.

22. El término "medidas" abarca una amplia gama de instrumentos, políticas y prácticas de índole legislativa, ejecutiva, administrativa, y reglamentaria, como pueden ser los programas de divulgación o apoyo; la asignación o reasignación de recursos; el trato preferencial; la determinación de metas en materia de contratación y promoción; los objetivos cuantitativos relacionados con plazos determinados; y los sistemas de cuotas. La elección de una "medida" en particular dependerá del contexto en que se aplique el párrafo 1 del artículo 4 y del objetivo concreto que se trate de lograr.

23. La adopción y la aplicación de medidas especiales de carácter temporal pueden dar lugar a un examen de las cualificaciones y los méritos del grupo o las personas a las que van dirigidas y a una impugnación de las preferencias concedidas a mujeres supuestamente menos cualificadas que hombres en ámbitos como la política, la educación y el empleo. Dado que las medidas especiales de carácter temporal tienen como finalidad acelerar el logro de la igualdad sustantiva o de facto, las cuestiones de la cualificaciones y los méritos, en particular en el ámbito del empleo en el sector público y el privado, tienen

que examinarse detenidamente para ver si reflejan prejuicios de género, ya que vienen determinadas por las normas y la cultura. En el proceso de nombramiento, selección o elección para el desempeño de cargos públicos y políticos, también es posible que haya que tener en cuenta otros factores aparte de las cualificaciones y los méritos, incluida la aplicación de los principios de equidad democrática y participación electoral.

24. El párrafo 1 del artículo 4, leído conjuntamente con los artículos 1, 2, 3, 5 y 24, debe aplicarse en relación con los artículos 6 a 16 que estipulan que los Estados Partes "tomarán todas las medidas apropiadas". Por lo tanto, el Comité entiende que los Estados Partes tienen la obligación de adoptar y aplicar medidas especiales de carácter temporal en relación con cualquiera de esos artículos si se puede demostrar que dichas medidas son necesarias y apropiadas para acelerar el logro del objetivo general de la igualdad sustantiva o de facto de la mujer o de un objetivo específico relacionado con esa igualdad.

#### IV. Recomendaciones a los Estados Partes

25. En los informes de los Estados Partes deberá figurar información sobre la adopción o no de medidas especiales de carácter temporal en virtud del párrafo 1 del artículo 4 de la Convención y los Estados Partes deberán preferiblemente utilizar la expresión "medidas especiales de carácter temporal" a fin de evitar confusión.

26. Los Estados Partes deberán distinguir claramente entre las medidas especiales de carácter temporal destinadas a acelerar el logro de un objetivo concreto de igualdad sustantiva o de facto de la mujer y otras políticas sociales generales adoptadas y aplicadas para mejorar la situación de las mujeres y las niñas. Los Estados Partes deberán tener en cuenta que no todas las medidas que potencialmente son o serían favorables a la mujer reúnen los requisitos necesarios para ser consideradas medidas especiales de carácter temporal.

27. Al aplicar medidas especiales de carácter temporal para acelerar el logro de la igualdad sustantiva o de facto de la mujer, los Estados Partes deberán analizar el contexto de la situación de la mujer en todos los ámbitos de la vida, así como en el ámbito específico al que vayan dirigidas esas medidas. Deberán evaluar la posible repercusión de las medidas especiales de carácter temporal respecto de un objetivo concreto en el contexto nacional y adoptar las medidas especiales de carácter temporal que consideren más adecuadas para acelerar el logro de la igualdad sustantiva o de facto de la mujer.

28. Los Estados Partes deberán explicar las razones de la elección de un tipo de medida u otro. La justificación de la aplicación de dichas medidas deberá incluir una descripción de la situación real de la vida de la mujer, incluidas las condiciones e influencias que conforman su vida y sus oportunidades, o de un grupo específico de mujeres que sean objeto de formas múltiples de discriminación, cuya situación trata de mejorar el Estado Parte de manera acelerada con la aplicación de dichas medidas especiales de carácter temporal. Asimismo, deberá aclararse la relación que haya entre dichas medidas y las medidas y los esfuerzos generales que se lleven a cabo para mejorar la situación de la mujer.

29. Los Estados Partes deberán dar explicaciones adecuadas en todos los casos en que no adopten medidas especiales de carácter temporal. Esos casos no podrán justificarse simplemente alegando imposibilidad de actuar o atribuyendo la inactividad a las fuerzas políticas o del mercado predominante, como las inherentes al sector privado, las organizaciones privadas o los partidos políticos. Se recuerda a los Estados Partes que en el artículo 2 de la Convención, que debe considerarse junto con todos los demás artículos, se establece la responsabilidad del Estado Parte por la conducta de dichas entidades.

30. Los Estados Partes podrán informar de la adopción de medidas especiales de carácter temporal en relación con diversos artículos. En el marco del artículo 2, se invita a los Estados Partes a que informen acerca de la base jurídica o de otro tipo de dichas medidas y de la razón por la que han elegido un enfoque determinado. También se invita a los Estados Partes a que faciliten detalles sobre la legislación relativa a medidas especiales de carácter temporal y en particular acerca de si esa legislación estipula que las medidas especiales de carácter temporal son obligatorias o voluntarias.

31. Los Estados Partes deberán incluir en sus constituciones o en su legislación nacional disposiciones que permitan adoptar medidas especiales de carácter temporal. El Comité recuerda a los Estados Partes que la legislación, como las leyes generales que prohíben la discriminación, las leyes sobre la igualdad de oportunidades o los decretos sobre la igualdad de la mujer, puede ofrecer orientación respecto del tipo de medidas especiales de carácter temporal que deben aplicarse para lograr el objetivo o los objetivos propuestos en determinados ámbitos. Esa orientación también puede figurar en legislación referente específicamente al empleo o la educación. La legislación pertinente sobre la prohibición de la discriminación y las medidas especiales de carácter temporal debe ser aplicable al sector público y también a las organizaciones o empresas privadas.

32. El Comité señala a la atención de los Estados Partes el hecho de que las medidas especiales de carácter temporal también pueden basarse en decretos, directivas sobre políticas o directrices administrativas formulados y aprobados por órganos ejecutivos nacionales, regionales o locales aplicables al empleo en el sector público y la educación. Esas medidas especiales de carácter temporal podrán incluir la administración pública, la actividad política, la educación privada y el empleo. El Comité señala también a la atención de los Estados Partes que dichas medidas también podrán ser negociadas entre los interlocutores sociales del sector del empleo público o privado, o ser aplicadas de manera voluntaria por las empresas, organizaciones e instituciones públicas o privadas, así como por los partidos políticos.

33. El Comité reitera que los planes de acción sobre medidas especiales de carácter temporal tienen que ser elaborados, aplicados y evaluados en el contexto nacional concreto y teniendo en cuenta los antecedentes particulares del problema que procuran resolver. El Comité recomienda que los Estados Partes incluyan en sus informes detalles de los planes de acción que puedan tener como finalidad crear vías de acceso para la mujer y superar su representación insuficiente en ámbitos concretos, redistribuir los recursos y el poder en determinadas áreas y poner en marcha cambios institucionales para acabar con la discriminación pasada o presente y acelerar el logro de la igualdad de facto. En los informes también debe explicarse si esos planes de acción incluyen consideraciones sobre los posibles efectos colaterales perjudiciales imprevistos de esas medidas y sobre las posibles fórmulas para proteger a las mujeres de ellos. Los Estados Partes también deberán describir en sus informes los resultados de las medidas especiales de carácter temporal y evaluar las causas de su posible fracaso.

34. En el marco del artículo 3, se invita a los Estados Partes a que informen sobre las instituciones encargadas de elaborar, aplicar, supervisar, evaluar y hacer cumplir las medidas especiales de carácter temporal. Esta responsabilidad podrá confiarse a instituciones nacionales existentes o previstas, como los ministerios de asuntos de la mujer, los departamentos de asuntos de la mujer integrados en ministerios o en las oficinas presidenciales, los defensores del pueblo, los tribunales u otras entidades de carácter público o privado que tengan explícitamente el mandato de elaborar programas concretos, supervisar su aplicación y evaluar su repercusión y sus resultados. El Comité recomienda

que los Estados Partes velen para que las mujeres en general, y los grupos de mujeres afectados en particular, participen en la elaboración, aplicación y evaluación de dichos programas. Se recomienda en especial que haya un proceso de colaboración y consulta con la sociedad civil y con organizaciones no gubernamentales que representen a distintos grupos de mujeres.

35. El Comité recuerda y reitera su recomendación general Nº 9 sobre datos estadísticos relativos a la situación de la mujer, y recomienda que los Estados Partes presenten datos estadísticos desglosados por sexo a fin de medir los progresos realizados en el logro de la igualdad sustantiva o de facto de la mujer y la eficacia de las medidas especiales de carácter temporal.

36. Los Estados Partes deberán informar acerca de los tipos de medidas especiales de carácter temporal adoptadas en ámbitos específicos en relación con el artículo o los artículos pertinentes de la Convención. La información que se presente respecto de cada artículo deberá incluir referencias a objetivos y fines concretos, plazos, razones de la elección de medidas determinadas, medios para permitir que las mujeres se beneficien con esas medidas e instituciones responsables de supervisar la aplicación de las medidas y los progresos alcanzados. También se pide a los Estados Partes que indiquen el número de mujeres a las que se refiere una medida concreta, el número de las que ganarían acceso y participarían en un ámbito determinado gracias a una medida especial de carácter temporal, o los recursos y el poder que esa medida trata de redistribuir, entre qué número de mujeres y en qué plazos.

37. El Comité reitera sus Recomendaciones generales Nos. 5, 8 y 23, en las que recomendó la aplicación de medidas especiales de carácter temporal en la educación, la economía, la política y el empleo, respecto de la actuación de mujeres en la representación de sus gobiernos a nivel internacional y su participación en la labor de las organizaciones internacionales y en la vida política y pública. Los Estados Partes deben intensificar esos esfuerzos en el contexto nacional, especialmente en lo referente a todos los aspectos de la educación a todos los niveles, así como a todos los aspectos y niveles de la formación, el empleo y la representación en la vida pública y política. El Comité recuerda que en todos los casos, pero en particular en el área de la salud, los Estados Partes deben distinguir claramente en cada esfera qué medidas son de carácter permanente y cuáles son de carácter temporal.

38. Se recuerda a los Estados Partes que las medidas especiales de carácter temporal deberán adoptarse para acelerar la modificación y la eliminación de prácticas culturales y actitudes y comportamientos estereotípicos que discriminan a la mujer o la sitúan en posición de desventaja. También deberán aplicarse medidas especiales de carácter temporal en relación con los créditos y préstamos, los deportes, la cultura y el esparcimiento y la divulgación de conocimientos jurídicos. Cuando sea necesario, esas medidas deberán estar destinadas a las mujeres que son objeto de discriminación múltiple, incluidas las mujeres rurales.

39. Aunque quizás no sea posible aplicar medidas especiales de carácter temporal en relación con todos los artículos de la Convención, el Comité recomienda que se considere la posibilidad de adoptarlas en todos los casos en que se plantee la cuestión de acelerar el acceso a una participación igual, por un lado, y de acelerar la redistribución del poder y de los recursos, por el otro, y cuando se pueda demostrar que estas medidas son necesarias y absolutamente adecuadas en las circunstancias de que se trate.

## **Lectura 13**

# **EL SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS<sup>117</sup>**

Alda Facio

La información se presenta organizada según el tipo de organismos o instancias incluidas en el gráfico que se encuentra en la Filmina 12: organismos gubernamentales (cuerpos políticos), órganos expertos (cuerpos técnicos), agencias, fondos o programas (personal contratado de la ONU)..

### *Asamblea General*

La Asamblea General (AG) es el órgano central deliberativo de las Naciones Unidas, en donde cada Estado miembro tiene un voto. Las decisiones importantes se toman por una mayoría de dos tercios del total. La AG se reúne regularmente una vez al año, comenzando el tercer martes de septiembre, por un período de por lo menos tres meses. La AG puede discutir y hacer recomendaciones sobre cualquier tema, aunque las resoluciones adoptadas por la AG son sólo recomendaciones a los Estados miembros y no son obligatorias. La AG admite nuevos Miembros y contrata al secretario general, quien es el gerente de las Naciones Unidas, por recomendación del Consejo de Seguridad. Dada la enorme cantidad de trabajo, la AG creó seis comités para ayudar a tratar temas específicos. Los más relevantes en materia de derechos humanos son el Tercer Comité, responsable de las cuestiones sociales, humanitarias y culturales; y el Sexto Comité, responsable de las cuestiones legales.

### *Consejo de Seguridad*

Es el órgano de las Naciones Unidas cuya responsabilidad primordial es el mantenimiento de la paz y la seguridad. Conforme a la Carta de las Naciones Unidas, los Estados miembros están obligados a aceptar y cumplir las decisiones del Consejo. En apoyo del proceso de paz, el Consejo puede desplegar observadores militares o una fuerza de mantenimiento de la paz en una zona de conflicto. El Consejo tiene el poder de tomar medidas para hacer cumplir sus decisiones. Puede imponer embargos o sanciones económicas, o autorizar el uso de la fuerza para hacer cumplir los mandatos. El CS tiene 15 miembros en total. De ellos, cinco son miembros permanentes (China, Francia, la Federación Rusa, el Reino Unido y los Estados Unidos de América), y los otros son electos por la AG, por un plazo de dos años. El CS no se reúne regularmente pero puede ser convocado en cualquier momento. Cada miembro del Consejo tiene un voto. Las decisiones sobre “cuestiones de procedimiento” se toman por voto afirmativo de, por lo

---

<sup>117</sup> Tomado del borrador de manual de IWRAW Asia Pacific Global to Local.

menos, nueve de los 15 miembros. Las tocantes a “cuestiones de fondo” también requieren nueve votos afirmativos, pero éstos tienen que incluir los de los cinco miembros permanentes. Ésta es la regla de la “unanimidad de las grandes potencias” o, como se dice a menudo, el poder de “veto”. Esto significa que si un miembro permanente no está de acuerdo con una decisión, puede emitir un voto negativo, el cual tiene poder de veto. Cada uno de los cinco miembros permanentes ha ejercido su poder de veto en alguna oportunidad. Si un miembro permanente no apoya una decisión pero no quiere bloquearla con su veto, se puede abstener en la votación.

El Consejo ha establecido tribunales penales internacionales para enjuiciar a personas acusadas de violaciones graves del derecho humanitario internacional, incluido el genocidio.

*Corte Internacional de Justicia:* La Corte Internacional de Justicia (CIJ), también llamada Corte Mundial, es el principal órgano judicial de las Naciones Unidas. Puede responder a cuestiones jurídicas, y para algunos tratados de derechos humanos, puede resolver disputas entre los Estados partes, en relación a la interpretación del tratado en cuestión. Si un país lleva un caso ante la CIJ, debe prometer cumplir con la decisión de la Corte. La sede de la Corte está en La Haya, Países Bajos y está permanentemente en sesión. Tiene 15 juezas y jueces, electos por el Consejo de Seguridad y la Asamblea General. Sólo los gobiernos pueden presentar casos ante la CIJ.

#### *Tribunales “Ad Hoc” de Guerra*

El Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY), creado por una Resolución del Consejo de Seguridad en 1993. Es un tribunal internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda creado por una resolución del CS en 1994. Es un tribunal para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de genocidio y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y de los ciudadanos ruandeses presuntamente responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994.

#### *Corte Penal Internacional*

El tratado para establecer la Corte Penal Internacional (CPI) fue adoptado en 1998 y entrará en vigor cuando sea ratificado, aceptado, aprobado o accedido por 60 estados. La CPI será una corte permanente, ubicada en La Haya, Países Bajos, y tendrá jurisdicción sobre ciertas personas que cometan genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. El CS, los estados parte y fiscales podrán llevar casos ante la CPI. La CPI será un órgano independiente gobernado por los estados parte, pero tendrá relación con las Naciones Unidas. Tendrá 18 juezas y jueces elegidos/as por los Estados parte.

#### *Consejo Económico y Social*

El Consejo Económico y Social es el principal órgano coordinador de la labor económica y social de las Naciones Unidas y de los organismos e instituciones especializados que constituyen el sistema de las Naciones Unidas. El Consejo Económico y Social (ECOSOC) trata temas sociales y problemas económicos que varían desde el comercio, las condiciones de salud al transporte o a los derechos de las mujeres. Sus 54 países miembros son electos por la AG, por un período de tres años. El ECOSOC se reúne generalmente una vez al año. Nueve comisiones funcionales le asisten en su trabajo, entre ellas están la Comisión de Derechos Humanos y la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer. El ECOSOC vigila la coordinación en todo el Sistema de las Naciones

Unidas, para la transversalización de los derechos humanos de las mujeres y la integración de cuestiones de género en todas las actividades de las Naciones Unidas.<sup>118</sup>

El ECOSOC opera a través de distintos órganos, entre los que se incluyen:

Nueve comisiones orgánicas. Se trata de órganos deliberativos que examinan cuestiones en sus respectivas esferas de responsabilidad y conocimientos y hacen recomendaciones: Comisión de Estadística, Comisión de Población y Desarrollo, Comisión de Desarrollo Social, Comisión de Derechos Humanos, Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, Comisión de Estupefacientes, Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, Comisión de Ciencia y Tecnología para el Desarrollo y Comisión sobre el Desarrollo Sostenible. Cinco comisiones regionales, agrupadas conforme a criterios propios de las Naciones Unidas, cuyo mandato principal es el de promover medidas que fomenten el desarrollo económico regional y fortalezcan las relaciones económicas de los países de la región entre sí y con el resto del mundo: Comisión Económica para África (Addis Abeba, Etiopía), Comisión Económica y Social para Asia y el Pacífico (Bangkok, Tailandia), Comisión Económica para Europa (Ginebra, Suiza), Comisión para América Latina y el Caribe (Santiago, Chile) y Comisión Económica y Social para Asia Occidental (Beirut, Líbano). Cuatro comités permanentes: Comité del Programa y de la Coordinación, Comisión de Asentamientos Humanos, Comité Encargado de las Organizaciones no Gubernamentales y Comité Encargado de las negociaciones con las organizaciones intergubernamentales. Una serie de organismos permanentes de expertos sobre temas tales como la planificación del desarrollo, los recursos naturales, y los derechos económicos, sociales y culturales. Las juntas y los comités ejecutivos de diversos órganos de las Naciones Unidas (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo/Fondo de Población de las Naciones Unidas, Programa Mundial de Alimentos, Instituto Internacional de Investigaciones y Capacitación para la Promoción de la Mujer). También está relacionada con el Consejo la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes.

*Comisión de Derechos Humanos (apoyada por la OACNUDH)*

La Comisión de Derechos Humanos (CDH) es una comisión del ECOSOC, establecida en 1946. Los miembros de la CDH son electos por el ECOSOC, por un período de tres años, tratando de mantener una distribución regional. La CDH se reúne anualmente por seis semanas en Ginebra, en marzo y abril. La CDH está autorizada a preparar recomendaciones e informes y juega un papel clave en el establecimiento de protecciones y normas de derechos humanos. La CDH ha establecido varios procedimientos especiales para investigar situaciones en países específicos y en cuestiones temáticas.

*Comisión sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer (apoyada por la DAW)*

La Comisión sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer (CSW por sus siglas en inglés) es una comisión funcional del ECOSOC, establecida en 1946. Está compuesta por 45 Estados miembros electos por el ECOSOC sobre la base de la distribución regional. La CSW se reúne en marzo en Nueva York durante dos semanas. Originalmente fue formada para preparar recomendaciones e informes al Consejo de Seguridad, sobre la promoción de los derechos humanos de las mujeres. Después de la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer en 1995, el mandato de la CSW fue ampliado para incluir el proceso de seguimiento a la Conferencia y para revisar las áreas críticas de preocupación de la Plataforma de

---

<sup>118</sup> Letelier, Fabiola (1987), "Chile: la respuesta de la mujer politizada a la dictadura", en Schuler, M.(comp), Op. Cit, pp. 150-157.



Acción de Beijing.

*Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal (apoyada por la Rama Penal)*

El ECOSOC estableció la Comisión Penal en 1992 para fortalecer la cooperación internacional en el área de prevención del delito y justicia penal. La Comisión está formada por 40 miembros electos por el Consejo de Seguridad, sobre la base de una distribución geográfica equitativa. La Comisión es apoyada por la Rama de Prevención del Delito y Justicia Penal, del Centro para el Desarrollo Social y los Asuntos Humanitarios, con sede en Viena.

*Comité Especial para Investigar las Prácticas Israelíes que afectan los Derechos Humanos de la Población de los Territorios Ocupados*

Este Comité fue establecido por una resolución de la Asamblea General en 1968, después de los ataques israelíes sobre la población civil árabe y para expresar una grave preocupación sobre los abusos de derechos humanos cometidos por Israel en los territorios palestinos ocupados. El Comité parece estar menos activo desde los Acuerdos de Paz de Oslo.

*Órganos expertos*

Todas las personas que integran los comités y otros órganos expertos, lo hacen a título personal y son electos/as para proporcionar una diversa representación de los sistemas legales y de las áreas geográficas, en cada comité o procedimiento particular. Los/as miembros de un comité, relatores/as, etc., no reciben pago alguno y la mayoría tienen trabajos de tiempo completo, además de su trabajo en dichas instancias.

*Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos* La Subcomisión es el principal órgano subsidiario de la Comisión de Derechos Humanos. Fue establecida por la Comisión en su primera sesión, en 1947, bajo la autoridad del Consejo Económico y Social. Conforme a la decisión del 27 de julio de 1999 del Consejo Económico y Social, el nombre de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías se ha cambiado a Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Está formada por 26 miembros expertos/as nominados por los gobiernos y electos por la CDH. La Subcomisión se reúne en agosto en Ginebra por cuatro semanas. Sus funciones son: realizar estudios, especialmente a la luz de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y hacer recomendaciones a la Comisión sobre la prevención de la discriminación de cualquier tipo en relación con los derechos humanos y las libertades fundamentales y la protección de las minorías raciales, religiosas y lingüísticas, entre otras. En la actualidad, la Subcomisión tiene cuatro grupos de trabajo que se reúnen antes de cada sesión: el grupo de trabajo sobre comunicaciones (que examina todas las denuncias recibidas y las respuestas de los gobiernos y selecciona para la Subcomisión las comunicaciones que parezcan revelar un cuadro persistente de violaciones manifiestas y fehacientemente probadas de los derechos humanos y las libertades fundamentales); el grupo de trabajo sobre las formas contemporáneas de esclavitud; el grupo de trabajo sobre poblaciones indígenas, y el grupo de trabajo sobre minorías.

*Relatores especiales y grupos de trabajo de la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos*

Las/os relatores/as especiales y grupos de trabajo fueron desarrollados para avanzar nuevos temas y conceptualizaciones del derecho internacional. A diferencia de los/as relatores/as especiales de la Comisión de Derechos Humanos, que ponen énfasis en violaciones específicas de derechos humanos, los/as relatores/as especiales de la Subcomisión tratan de abrir brecha en su análisis legal de temas emergentes, retomando en su trabajo áreas o tópicos que se ubican como nuevas áreas de reflexión, análisis desde la

teoría de los derechos humanos (por ejemplo cuestiones como derechos de los pueblos indígenas, tráfico de personas, entre otros).

#### *Procedimientos especiales*

Es el término utilizado para describir los mecanismos autorizados por la CDH, para vigilar o monitorear el cumplimiento de los derechos humanos por parte de los gobiernos. Cada procedimiento especial tiene un mandato específico propio y un método de trabajo; el objetivo central de todos los procedimientos especiales es hacer que las normas internacionales de derechos humanos sean más operativas. Originalmente estaban limitados a las/os relatoras/es especiales y los grupos de trabajo, pero ahora incluyen un rango de títulos tales como enviado/a especial, representante especial, experta/o, experta/o independiente, delegado/a, etc. estos puestos son usualmente nombrados por la Presidencia de la CDH.

#### *Relatoras/es especiales*

Las/os relatoras/es especiales son expertas/os independientes que investigan e informan sobre abusos de derechos humanos, ante la CDH. Su mandato puede ser específico a un país o a un tema.

#### *Grupos de trabajo*

Los grupos de trabajo están formados generalmente por cinco expertas/os independientes regionalmente diversas/os, quienes estudian e informan sobre un tema específico y presentan sus hallazgos ante la CDH.

#### *Comités de los tratados de derechos humanos*

##### *Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial / Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR) (apoyado por la OACDH)*

La Asamblea General adoptó la Convención Racial en 1965 y entró en vigor en 1969. El CEDR vigila el cumplimiento de los Estados de la Convención y está formado por 18 miembros. El CERD reporta a la AG a través del secretario general. La Convención Racial define las obligaciones de los Estados para eliminar la discriminación racial. La Convención establece tres procedimientos para revisar las obligaciones de los Estados. Primero, los Estados que ratifican la Convención deben presentar informes periódicos. Segundo, la Convención permite la presentación de casos de Estado a Estado. Finalmente, un individuo o grupo de personas pueden presentar una demanda al CERD contra un Estado, si el Estado acordó permitir las demandas individuales.

##### *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) / Comité de Derechos Humanos (apoyado por la OACDH)*

La AG adoptó el PIDCP en 1966 y entró en vigor en 1976. El Comité de Derechos Humanos está formado por 18 miembros quienes normalmente se reúnen tres veces al año: una vez en Nueva York en marzo y abril; y dos veces en Ginebra, en julio y octubre. Cada sesión está precedida por una semana de sesiones de grupos de trabajo.

#### *Primer Protocolo Opcional al PIDCP*

Es un tratado de derechos humanos que requiere una ratificación por separado que autoriza entonces al Comité de Derechos Humanos a recibir y considerar comunicaciones por parte de individuos que reclaman ser víctimas de abuso por los Estados parte. Para que los individuos usen este procedimiento, su gobierno debe haber ratificado el Primer Protocolo Opcional.

*Segundo Protocolo Opcional al PIDCP*

Permite a los gobiernos abolir formalmente el uso de la pena de muerte.

*Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) / Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC)* (apoyado por la OACDH) El PIDESC fue adoptado por la AG en 1996 y entró en vigor en 1976.

A diferencia de otros comités que fueron establecidos por el tratado correspondiente, CDESC fue establecido por el ECOSOC en 1985, pero ahora funciona igual a los otros órganos de vigilancia de otros tratados. El CDESC se reúne dos veces al año, en sesiones de tres semanas, en mayo y noviembre, en Ginebra. El Comité está formado por 18 integrantes y recibe apoyo de la OACDH. La principal función del CDESC es monitorear la implementación del PIDESC, por los Estados parte. Después de revisar los informes de los estados, el CDESC emite observaciones concluyentes que no son legalmente obligatorias.

En 1998, el Comité comenzó a adoptar Comentarios Generales para apoyar a los Estados parte a que cumplan con sus obligaciones de presentación de informes y proporcionar mayor claridad en el significado y contenido del PIDESC. Un protocolo opcional para permitir la presentación de quejas individuales está siendo elaborado actualmente.

*Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) / Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer* (apoyado por la DAW)

La CEDAW fue adoptada en 1979 y entró en vigor en 1987. El Comité es el órgano de vigilancia de la Convención de la Mujer. El Comité está formado por 23 expertas/os quienes, de acuerdo con la Convención, se reúnen una vez al año por no más de dos semanas. Como esta cantidad de tiempo de reunión era insuficiente, una resolución de la AG permite actualmente al Comité reunirse por dos sesiones de tres semanas, cada año. Protocolo Opcional de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

En 1999 la AG adoptó el Protocolo Opcional a la CEDAW, el cual entró en vigor en el 2000. El Protocolo amplía el mandato del Comité de la CEDAW para recibir comunicaciones individuales o grupales de violaciones a los derechos consagrados en la Convención, así como para realizar investigaciones en casos de violaciones graves o sistemáticas por un Estado parte de la Convención, las cuales incluyen la posibilidad de que integrantes del Comité realicen investigaciones in situ.

*Convención contra la Tortura / Comité contra la Tortura (CAT)* (apoyado por la OACDH)

La Convención contra la Tortura fue adoptada en 1984 por la AG y entró en vigor en 1987. El CAT está formado por 10 expertos/as electos por un plazo de cuatro años, que pueden ser reelectos. El CAT se reúne dos veces al año y presenta informes ante la AG. El CAT está autorizado a recibir informes de los gobiernos, involucrarse en investigaciones confidenciales in situ, mediar disputas entre Estados parte y recibir comunicaciones individuales.

*Convención de los Derechos del Niño (Convención de la Niñez) / Comité de los Derechos del Niño (CDN)* (apoyado por la OACDH)

La Convención de la Niñez fue adoptada por la AG en 1989 y entró en vigor en 1990. El Comité está formado por 10 expertos que reportan a la AG vía el ECOSOC. El Comité tiene tres sesiones al año, por un período de cuatro semanas por sesión. El Comité ha

iniciado la práctica de tener reuniones fuera de Ginebra para facilitar mayor conciencia sobre la Convención de la Niñez y el diálogo entre gobiernos, la sociedad civil y el Comité, para promover la cooperación internacional en el área de los derechos de la niñez.

### **Personal de las Naciones Unidas**

#### *Secretariado*

Es responsable del funcionamiento cotidiano de las Naciones Unidas. El secretariado está formado por alrededor de 14,000 personas que trabajan en muchas áreas y departamentos alrededor del mundo.

#### *Secretario general*

El secretario general (hasta ahora no ha habido nunca una mujer en este puesto) es el oficial en jefe de las Naciones Unidas y es nombrado por la Asamblea General por un período de cinco años, por recomendación del Consejo de Seguridad. El SG actual es Kofi Annan, de Ghana.

#### *Asesora especial del secretario general sobre cuestiones de género y el adelanto de la mujer*

Este puesto fue creado como resultado de las gestiones y cabildeo realizados por el movimiento de mujeres durante la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer en 1995, para asegurar una implementación de la protección de los derechos humanos de las mujeres, en todo el sistema de la

ONU, así como la integración del género en todas las actividades de derechos humanos. La Asesora Superior trabaja de cerca con la DAW. La actual Asesora Especial se llama Angela E.V. King.

#### *Alta/o comisionada/o para los derechos humanos*

Es la oficial de la ONU con la principal responsabilidad de las actividades de derechos humanos de la ONU. Este puesto fue establecido en 1994. La Oficina de la Alta/o Comisionada/o para los Derechos Humanos (OACDH) está formada por tres grandes divisiones: el área de investigación y derecho al desarrollo, los servicios de apoyo, y las actividades y programa. Esta oficina brinda servicios de apoyo para la operación de la mayor parte de los órganos de vigilancia de los principales tratados de derechos humanos de la ONU, con excepción de la CEDAW.

#### *División para el Adelanto de la Mujer (DAW)*

La DAW es parte del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales del Secretariado de la ONU. La DAW es una catalizadora del avance de la agenda global para el avance de las mujeres y para promover la incorporación de la perspectiva de género en todos los sectores. La DAW vigila la integración del género en todas las actividades de la ONU y da seguimiento a la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer, realizada en 1995.

#### *Agencias de la ONU, órganos y fondos*

El sistema de las Naciones Unidas cuenta con diversas instancias de corte más técnico y de desarrollo de políticas públicas y programas, las cuales participan también de la promoción y defensa de los derechos humanos reconocidos en distintos tratados internacionales. Están formadas por personal contratado y voluntario, que no necesariamente representa al gobierno del país de procedencia. Entre ellas se encuentran muchas instituciones ampliamente conocidas y algunas no tan conocidas, tales como: El Fondo de Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM), parte del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). El Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). El Fondo de las Naciones Unidas para la Población (FNUAP). El Instituto Internacional para la Investigación y Capacitación para el Avance de las Mujeres (INSTRAW). La Organización de las Naciones Unidas para el Avance de la Educación, la

Ciencia y la Cultura (UNESCO). El Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo (parte del Grupo del Banco Mundial).

## **Lectura 14**

# **PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CEDAW**

### **Los Estados Partes en el presente Protocolo,**

Observando que en la Carta de las Naciones Unidas se reafirma la fe en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres,

Señalando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos Resolución 217 A (III), se proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona tiene todos los derechos y libertades en ella proclamados sin distinción alguna, inclusive las basadas en el sexo,

Recordando que los Pactos internacionales de derechos humanos Resolución 2200 A (XXI), anexo. y otros instrumentos internacionales de derechos humanos prohíben la discriminación por motivos de sexo,

Recordando asimismo la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer<sup>4</sup> (“la Convención”), en la que los Estados Partes en ella condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas y convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer,

Reafirmando su decisión de asegurar a la mujer el disfrute pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y todas las libertades fundamentales y de adoptar medidas eficaces para evitar las violaciones de esos derechos y esas libertades,

Acuerdan lo siguiente:

### **Artículo 1**

Todo Estado Parte en el presente Protocolo (“Estado Parte”) reconoce la competencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (“el Comité”) para recibir y considerar las comunicaciones presentadas de conformidad con el artículo 2.

## **Artículo 2**

Las comunicaciones podrán ser presentadas por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción del Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos enunciados en la Convención, o en nombre de esas personas o grupos de personas. Cuando se presente una comunicación en nombre de personas o grupos de personas, se requerirá su consentimiento, a menos que el autor pueda justificar el actuar en su nombre sin tal consentimiento.

## **Artículo 3**

Las comunicaciones se presentarán por escrito y no podrán ser anónimas. El Comité no recibirá comunicación alguna que concierna a un Estado Parte en la Convención que no sea parte en el presente Protocolo.

## **Artículo 4**

1. El Comité no examinará una comunicación a menos que se haya cerciorado de que se han agotado todos los recursos de la jurisdicción interna, salvo que la tramitación de esos recursos se prolongue injustificadamente o no sea probable que brinde por resultado un remedio efectivo.

2. El Comité declarará inadmisibile toda comunicación que:

- a) Se refiera a una cuestión que ya ha sido examinada por el Comité o ya ha sido o esté siendo examinada con arreglo a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales;
- b) Sea incompatible con las disposiciones de la Convención;
- c) Sea manifiestamente infundada o esté insuficientemente sustanciada;
- d) Constituya un abuso del derecho a presentar una comunicación;
- e) Los hechos objeto de la comunicación hayan sucedido antes de la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo para el Estado Parte interesado, salvo que esos hechos continúen produciéndose después de esa fecha.

## **Artículo 5**

1. Tras haber recibido una comunicación y antes de llegar a una conclusión sobre sus fundamentos, en cualquier momento el Comité podrá dirigir al Estado Parte interesado, a los fines de su examen urgente, una solicitud para que adopte las medidas provisionales necesarias para evitar posibles daños irreparables a la víctima o las víctimas de la supuesta violación.

2. Cuando el Comité ejerce sus facultades discrecionales en virtud del párrafo 1 del presente artículo, ello no implica juicio alguno sobre la admisibilidad o sobre el fondo de la comunicación.

## **Artículo 6**

1. A menos que el Comité considere que una comunicación es inadmisibile sin remisión al Estado Parte interesado, y siempre que la persona o personas interesadas consientan en que se revele su identidad a dicho Estado Parte, el Comité pondrá en conocimiento del Estado Parte, de forma confidencial, toda comunicación que reciba con arreglo al presente Protocolo.

2. En un plazo de seis meses, ese Estado Parte presentará al Comité por escrito explicaciones o declaraciones en las que se aclare la cuestión y se indiquen las medidas correctivas que hubiere adoptado el Estado Parte, de haberlas.

## **Artículo 7**

1. El Comité examinará las comunicaciones que reciba en virtud del presente Protocolo a la luz de toda la información puesta a su disposición por personas o grupos de personas, o en su nombre, y por el Estado Parte interesado, siempre que esa información sea transmitida a las partes interesadas.

2. El Comité examinará en sesiones privadas las comunicaciones que reciba en virtud del presente Protocolo.

3. Tras examinar una comunicación, el Comité hará llegar sus opiniones sobre la comunicación, conjuntamente con sus recomendaciones, si las hubiere, a las partes interesadas.

4. El Estado Parte dará la debida consideración a las opiniones del Comité, así como a sus recomendaciones, si las hubiere, y enviará al Comité, en un plazo de seis meses, una respuesta por escrito, especialmente información sobre toda medida que se hubiera adoptado en función de las opiniones y recomendaciones del Comité.

5. El Comité podrá invitar al Estado Parte a presentar más información sobre cualesquiera medidas que el Estado Parte hubiera adoptado en respuesta a las opiniones o recomendaciones del Comité, si las hubiere, incluso, si el Comité lo considera apropiado, en los informes que presente más adelante el Estado Parte de conformidad con el artículo 18 de la Convención.

#### **Artículo 8**

1. Si el Comité recibe información fidedigna que revele violaciones graves o sistemáticas por un Estado Parte de los derechos enunciados en la Convención, el Comité invitará a ese Estado Parte a colaborar en el examen de la información y, a esos efectos, a presentar observaciones sobre dicha información.

2. Tomando en consideración las observaciones que haya presentado el Estado Parte interesado, así como toda información fidedigna que esté a disposición suya, el Comité podrá encargar a uno o más de sus miembros que realice una investigación y presente con carácter urgente un informe al Comité. Cuando se justifique y con el consentimiento del Estado Parte, la investigación podrá incluir una visita a su territorio.

3. Tras examinar las conclusiones de la investigación, el Comité las transmitirá al Estado Parte interesado junto con las observaciones y recomendaciones que estime oportunas.

4. En un plazo de seis meses después de recibir los resultados de la investigación y las observaciones y recomendaciones que le transmita el Comité, el Estado Parte interesado presentará sus propias observaciones al Comité.

5. La investigación será de carácter confidencial y en todas sus etapas se solicitará la colaboración del Estado Parte.

#### **Artículo 9**

1. El Comité podrá invitar al Estado Parte interesado a que incluya en el informe que ha de presentar con arreglo al artículo 18 de la Convención pormenores sobre cualesquiera medidas que hubiere adoptado en respuesta a una investigación efectuada con arreglo al artículo 8 del presente Protocolo.

2. Transcurrido el período de seis meses indicado en el párrafo 4 del artículo 8, el Comité podrá, si es necesario, invitar al Estado Parte interesado a que le informe sobre cualquier medida adoptada como resultado de la investigación.

#### **Artículo 10**

1. Todo Estado Parte podrá, al momento de la firma o ratificación del presente Protocolo, o de la adhesión a él, declarar que no reconoce la competencia del Comité establecida en los artículos 8 y 9.

2. Todo Estado Parte que haya hecho una declaración con arreglo al párrafo 1 del presente artículo podrá retirar esa declaración en cualquier momento, previa notificación al Secretario General.

#### **Artículo 11**

Cada Estado Parte adoptará todas las medidas necesarias para garantizar que las personas que se hallen bajo su jurisdicción no sean objeto de malos tratos ni intimidación como consecuencia de cualquier comunicación con el Comité de conformidad con el presente Protocolo.

#### **Artículo 12**

El Comité incluirá en el informe anual que ha de presentar con arreglo al artículo 21 de la Convención, un resumen de sus actividades en virtud del presente Protocolo.

#### **Artículo 13**



Cada Estado Parte se compromete a dar a conocer ampliamente la Convención y el presente Protocolo y a darles publicidad, así como a facilitar el acceso a información acerca de las opiniones y recomendaciones del Comité, en particular respecto de las cuestiones que guarden relación con ese Estado Parte.

#### **Artículo 14**

El Comité elaborará su propio reglamento, que aplicará en ejercicio de las funciones que le confiere el presente Protocolo.

#### **Artículo 15**

1. El presente Protocolo estará abierto a la firma de cualquier Estado que haya firmado la Convención, la haya ratificado o se haya adherido a ella.
2. El presente Protocolo estará sujeto a ratificación por cualquier Estado que haya ratificado la Convención o se haya adherido a ella. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.
3. El presente Protocolo quedará abierto a la adhesión de cualquier Estado que haya ratificado la Convención o se haya adherido a ella.
4. La adhesión se efectuará mediante el depósito del instrumento correspondiente en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

#### **Artículo 16**

1. El presente Protocolo entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que haya sido depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el décimo instrumento de ratificación o de adhesión.
2. Para cada Estado que ratifique el presente Protocolo o se adhiera a él después de su entrada en vigor, este Protocolo entrará en vigor una vez transcurridos tres meses a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su propio instrumento de ratificación o de adhesión.

#### **Artículo 17**

No se permitirá reserva alguna al presente Protocolo.

#### **Artículo 18**

1. Todo Estado Parte podrá proponer enmiendas al presente Protocolo y presentarlas al Secretario General de las Naciones Unidas. El Secretario General comunicará a los Estados Partes las enmiendas propuestas y les pedirá que notifiquen si desean que se convoque una conferencia de los Estados Partes para examinar las propuestas y someterlas a votación. Si un tercio al menos de los Estados Partes se declara en favor de tal conferencia, el Secretario General la convocará bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Toda enmienda aprobada por la mayoría de los Estados Partes presentes y votantes en la conferencia se someterá a la aprobación de la Asamblea General de las Naciones Unidas.
2. Tales enmiendas entrarán en vigor cuando hayan sido aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas y aceptadas por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes en el presente Protocolo, de conformidad con sus respectivos procedimientos constitucionales.
3. Cuando tales enmiendas entren en vigor, serán obligatorias para los Estados Partes que las hayan aceptado, en tanto que los demás Estados Partes seguirán obligados por las disposiciones del presente Protocolo y por toda enmienda anterior que hubiesen aceptado.

#### **Artículo 19**

1. Cualquier Estado Parte podrá denunciar el presente Protocolo en cualquier momento mediante notificación escrita dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto seis meses después de la fecha en que el Secretario General haya recibido la notificación.
2. La denuncia se hará sin perjuicio de que las disposiciones del presente Protocolo sigan aplicándose a cualquier comunicación presentada, con arreglo al artículo 2, o cualquier investigación iniciada, con arreglo al artículo 8, antes de la fecha de efectividad de la denuncia.

#### **Artículo 20**



El Secretario General de las Naciones Unidas comunicará a todos los Estados:

- a) Las firmas, ratificaciones y adhesiones relativas al presente Protocolo;
- b) La fecha en que entre en vigor el presente Protocolo y cualquier enmienda en virtud del artículo 18;
- c) Cualquier denuncia recibida en virtud del artículo 19.

**Artículo 21**

- 1. El presente Protocolo, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, será depositado en los archivos de las Naciones Unidas.
- 2. El Secretario General de las Naciones Unidas enviará copias certificadas del presente Protocolo a todos los Estados mencionados en el artículo 25 de la Convención.

## **Lectura 15**

# **EL PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER**

**Por Alda Facio**

### **INTRODUCCIÓN**

En 1991, 10 años después de que entrara en vigor la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* o CEDAW, entre las recomendaciones que salieron de una reunión de expertas convocada por la División para el Adelanto de la Mujer de la ONU, (DAW) se recomendó que la ONU considerara la posibilidad de crear un mecanismo que permitiera a las víctimas de las violaciones a la CEDAW enviar comunicaciones al Comité de la CEDAW. Este derecho ya existía en la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*, en el *Pacto de Derechos Civiles y Políticos* y en la *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Castigos Inhumanos, Crueles o Degradantes* en el sistema de Derechos Humanos de la ONU. Así se inició un largo camino hacia la creación de un instrumento formal, separado de la CEDAW, que introduciría un procedimiento de recepción de comunicaciones y, posiblemente también, un procedimiento de investigación de conformidad con las normas de la misma CEDAW.

Hay que recordar que en ese camino hubo una gran movilización de mujeres hacia y en las Conferencias de Viena y Cairo y que en las dos, el movimiento internacional por los derechos humanos de las mujeres logró que los gobiernos acordaran pedirle a la Asamblea General de la ONU que iniciara la negociación de tal mecanismo. Fue así que en julio de 1995, el ECOSOC resolvió que ese mecanismo podría estar contenido en un protocolo facultativo u opcional a la CEDAW. En la Conferencia de Beijing se reiteró el llamado a apoyar un protocolo y para 1996, se iniciaron las negociaciones en un grupo de trabajo que sesionó hasta su aprobación por la Comisión sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer (CSW) en 1999 para ser abierto a la firma ese mismo año, el 10 de diciembre. El 22 de diciembre del 2000, el Protocolo Facultativo entró en vigor al haber transcurrido tres meses desde la décima ratificación, como lo exige su mismo artículo 16,<sup>119</sup>

Ustedes podrán preguntarse para qué se necesitaba este protocolo facultativo, si más de 160 países habían ratificado la CEDAW para ese entonces, con lo que quedaba legalmente establecida la obligación legal y política de eliminar todas las formas de discriminación contra las mujeres por parte los Estados Parte. Hay varias razones entre las que podemos enumerar:

- 1.- Los mecanismos internacionales existentes para la implementación de la CEDAW eran inadecuados o insuficientes.
- 2.- Aunque todos los otros instrumentos de Derechos Humanos de la ONU prohíben la discriminación basada en el sexo y por ende las víctimas de este tipo de discriminación podrían enviar sus comunicaciones a los comités que sí tienen la posibilidad de recibirlas, éstos no tienen la experticia necesaria para realmente entender casos individuales o violaciones extensivas sobre derechos humanos de las mujeres. Es decir, antes de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo, no había la posibilidad de una revisión de casos de este tipo por un órgano especializado independiente que incorpore en el análisis el enfoque de género y la perspectiva de los derechos humanos de las mujeres.
- 3.- Un Protocolo Facultativo promovería una implementación más efectiva de la CEDAW a través de la ampliación de su interpretación y de la aplicación práctica de la Convención.
- 4.- El Protocolo permitiría la reparación en casos de comunicaciones individuales. La existencia de recursos internacionales es particularmente significativa para las mujeres porque en general, las leyes nacionales no las protegen de violaciones de derechos básicos, como la discriminación de género en el mercado de trabajo o en la legislación de familia.
- 5.- El Protocolo Facultativo podría crear una mayor conciencia pública sobre las garantías internacionales a los derechos humanos de las mujeres, así como una mayor atención a la CEDAW por parte de personas, grupos y organizaciones no gubernamentales de mujeres.
- 6.- El Protocolo contribuiría a la integración de los derechos humanos de las mujeres en los programas de derechos humanos de las Naciones Unidas al crear una doctrina sobre éstos. Otros organismos de derechos humanos de la ONU, podrían inspirarse en el

---

<sup>119</sup> Art. 16.- 1-El presente Protocolo entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que haya sido depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el décimo instrumento de ratificación o de adhesión. 2- Para cada Estado que ratifique el presente Protocolo o se adhiera a él después de su entrada en vigor, este Protocolo entrará en vigor una vez transcurridos tres meses a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su propio instrumento de ratificación o adhesión.

Protocolo Facultativo de la CEDAW, para realizar un análisis más profundo de la naturaleza y el ámbito de los aspectos específicos de la discriminación de género.

7.- Un Protocolo Facultativo colocaría a la CEDAW en condiciones de igualdad con otros tratados internacionales que tienen procedimientos de comunicaciones.

Como vemos, fueron muchas las razones que llevaron a la adopción del Protocolo Facultativo y son éstas mismas razones las que deberían llevar a una ratificación universal de este importante instrumento.

Ustedes talvez estarán pensando que si son tantas las razones que justifican un Protocolo Facultativo y si ya casi todos los Estados se obligaron moralmente a ratificarlo al haber adoptado las Plataformas de Acción de Viena, Cairo y Beijing, así como el mismo Protocolo, por qué hay resistencia a ratificarlo en algunos países. Para entender esta resistencia hay que recordar que la misma reivindicación específica de una Convención como la CEDAW durante muchos años se consideró innecesaria, pues se asumió que con declarar la igualdad entre hombres y mujeres se lograría eliminar prácticas de discriminación y violencia de género históricas ejercidas sistemáticamente contra las mujeres en razón de su sexo. Fue después de muchas movilizaciones y muchas negociaciones que se logró que se entendiera que la garantía de igualdad y no discriminación no crean derechos específicos para la realidad cotidiana de las mujeres, aunque sí les ofrecen la oportunidad de ejercer, en igualdad de condiciones con los hombres, derechos reconocidos universalmente, inherentes a la condición humana que compartimos hombres y mujeres. Debido a que las mujeres vivimos situaciones en las que podemos ser tratadas exactamente como se trata a los hombres, pero también tenemos necesidades específicas por nuestra condición sexual y por las estructuras de género que nos discriminan, era necesaria una convención que no sólo garantizara la igualdad y prohibiera la discriminación, sino que reconociera derechos y delineara medidas concretas para lograrlo. Una vez que se entendió esto, los Estados miembros de la ONU adoptaron la CEDAW y con el tiempo, más de 170 la ratificarían.

Sin embargo, a pesar de que la CEDAW ya tiene más de 20 años de vida, todavía la diversidad y amplitud de la discriminación contra las mujeres no es universalmente entendida. Muchos/as siguen creyendo que con promulgar la igualdad formal y eliminar las leyes explícitamente sexistas, se cumple con la CEDAW. Estamos convencidas que el Protocolo Facultativo ayudará a que se entiendan mejor las múltiples formas que toma la discriminación y que esto sólo beneficios podrá traer tanto a los Estados, como a la Sociedad Civil en su conjunto.

No estamos diciendo que no ha habido logros importantes. La CEDAW ha sido ratificada por todos los Estados de América Latina y en todos ha sido parcialmente implementada, lo cual ha significado un avance, especialmente a nivel simbólico. Pensemos en la derogación de tantas leyes que nos discriminaban explícitamente y el silencio que existía en torno a la violencia contra nosotras. Sin embargo, ante estos logros surgen inevitablemente preguntas sobre qué hacer para que estos avances se reviertan en transformaciones concretas en la vida de las mujeres; que permitan pasar de la declaración de principios, a la aprobación de mecanismos que garanticen el cumplimiento de los compromisos adquiridos por los gobiernos; que fomente en amplios sectores de la sociedad civil la conciencia de que estas reivindicaciones por el disfrute de los derechos humanos de las mujeres compete a la sociedad en su conjunto.

En este contexto surge la necesidad de apropiarnos de la CEDAW y de su Protocolo Facultativo. Un requerimiento fundamental para ello es manejar ciertos conceptos que por

muchos años han sido asociados exclusivamente al mundo de lo jurídico. Trataremos de manera resumida explicarles:

### **¿QUÉ ES UNA CONVENCIÓN DE DERECHOS HUMANOS?**

Es un acuerdo internacional entre dos o más países, que contiene mecanismos para proteger los derechos humanos. Una convención de la ONU es un acuerdo negociado entre todos los Estados miembros de esa organización.

Estos acuerdos pueden llamarse de diferentes formas: convención, pacto, tratado o convenio. Pero todos son compromisos a través de los cuales los países están obligados a respetar lo que está escrito.

Para que un país acepte las obligaciones o mandatos de una convención, debe firmarla y luego ratificarla, o acceder a ella. Una convención se abre a la firma después de que ha sido adoptada por la Asamblea de Naciones Unidas. Generalmente se establece un lapso de tiempo durante el cual los Estados pueden firmarla. Después de transcurrido ese lapso, los Estados ya no pueden firmarla pero sí pueden ratificarla o acceder a ella. El hecho de firmarla no obliga legalmente al Estado a implementarla, pero sí es un acto por el cual se compromete a ratificarla en un futuro cercano.

Los Estados no pueden ratificar o acceder a una convención hasta que no haya sido adoptada por la Asamblea General de la ONU. Una vez que un determinado número de Estados han ratificado, la convención entra en vigor, es decir ya forma parte del Derecho Internacional.

En casi todos los países de nuestra región, las convenciones de derechos humanos tienen un rango superior a la Constitución Política, o si no, al menos a las leyes nacionales; es decir, tienen mayor importancia que esas leyes. Esto significa que los países que las ratifican deben adecuar su legislación nacional y adoptar todas las medidas necesarias para que esa Convención sea cumplida.

Las convenciones son importantes porque:

- Establecen derechos y logran que los países firmen un acuerdo para que esos derechos sean respetados y formen parte del Derecho Internacional.
- Obligan a los Estados que han ratificado a cumplir lo que fue acordado y a respetar, proteger y garantizar los derechos contenidos en cada convención.
- Logran que se reconozca el valor de esos derechos a nivel internacional, nacional y local.
- Comprometen a los países a desarrollar políticas adecuadas y a crear los mecanismos necesarios para proteger y garantizar esos derechos.
- Comprometen también a toda la sociedad para que participe en el proceso de ratificación, vigilancia y cumplimiento de la convención.
- Obligan al Estado a que le de difusión a los derechos humanos contenidos en cada convención.

## **¿QUÉ IMPLICACIONES TIENE LA RATIFICACIÓN DE UN INSTRUMENTO INTERNACIONAL?**

En Derecho Internacional, la ratificación es el proceso por el cual el tratado y en este caso, el Protocolo, adquiere obligatoriedad para el Estado. A nivel de legislación nacional, la ratificación es el proceso por el cual una legislatura confirma la acción de un gobierno que ha firmado el tratado y por el cual el Estado se obliga ante el tratado.

Para que un tratado, convención, pacto o protocolo tenga vigencia y se convierta en ley al interior de los países, debe ser aprobado y ratificado de acuerdo con lo establecido por las diferentes Constituciones.

Una vez aprobados y ratificados, estos instrumentos son leyes tan obligatorias como las que aprueba el mismo Estado en su interior. Un Estado puede ser sancionado por no cumplir con las normas internacionales así como nosotras podemos serlo si no cumplimos con las leyes de nuestro país.

## **¿QUÉ PASA DESPUÉS DE LA RATIFICACIÓN?**

Una vez ratificada una convención queda mucho trabajo por hacer, porque la ratificación no garantiza:

- Que la convención sea difundida a toda la ciudadanía.
- Que sea cumplida en forma inmediata.
- Que se adopten todas las disposiciones, leyes y políticas públicas necesarias para su cumplimiento.
- Que se creen los mecanismos que aseguren la protección de los derechos consagrados en la misma.
- Que se disponga de los fondos necesarios para garantizar el pleno goce de los derechos que crea la convención.
- Que las y los funcionarios del Estado que deben implementarla entiendan sus alcances.
- Que el proceso de cambio de las tradiciones y costumbres que propone la Convención sea efectivo.

## **¿QUÉ ES LA CEDAW?**

La CEDAW es una de las siete principales convenciones de derechos humanos de la ONU. Como tratado internacional que es, sus disposiciones son legalmente vinculantes para todos los Estados que la hayan ratificado. En ella se incorpora la norma contra la discriminación basada en el sexo/género así como principios relativos a los derechos de las mujeres o particularmente importantes para nosotras, que habían sido consagrados en el pasado en otros instrumentos.

En el preámbulo de la CEDAW se reconoce que a pesar de esos instrumentos y a pesar de que todos las principales convenciones de derechos humanos se garantiza la igualdad entre hombres y mujeres, “las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones.” Declara que esta discriminación “viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana...dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, ...constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y ...entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de las mujeres para prestar servicios a su país y a la humanidad.”

La CEDAW va más allá respecto de la igualdad formal establecida en instrumentos anteriores sobre las mujeres y también va más allá de sancionar la discriminación sexual prohibida en todos los instrumentos internacionales de derechos humanos. Plantea medidas encaminadas a lograr una igualdad sustantiva entre hombres y mujeres, sea cual fuere su estado civil, en todas las esferas de la vida política, económica, social y cultural o en cualquier otra esfera (por ejemplo, la religiosa). Para lograr esta igualdad sustantiva, la CEDAW plantea la necesidad de la aplicación transitoria de medidas de “acción afirmativa” o “correctivas” estableciendo en su art. 4 que “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 ....” Es más, en su art. 3, establece que estas medidas pueden ser “incluso de carácter legislativo. Es decir, los Estados que han ratificado la CEDAW tienen la obligación de eliminar la discriminación, incluso la que se da en la esfera cultural, hasta con leyes que prohíban o sancionen prácticas y tradiciones y prejuicios que “estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.”<sup>120</sup>

Pero la CEDAW va más allá aún. También a diferencia de los otros tratados de derechos humanos, la CEDAW obliga específicamente a los Estados que la han ratificado, a adoptar todas las medidas apropiadas a fin de eliminar la discriminación contra las mujeres por parte de cualquier persona, organización o empresa.

Esta disposición es un logro importante debido a que por lo general, los tratados internacionales de ddhh atañen sólo a la conducción del Estado o sus organismos y establecen el principio jurídico internacional de la responsabilidad estatal en sentido estricto, es decir, en el sentido de que un Estado sólo es legalmente responsable por transgresiones directamente atribuibles o imputables al Estado y sus agentes.

Es cierto que muchas mujeres sufren violaciones a sus derechos por motivos de género atribuibles directamente a acciones del Estado y sus agentes, pero la mayor parte de las violaciones a sus derechos se producen en otras esferas de la vida de índole más privada, y son cometidas por particulares. Por eso la CEDAW establece la responsabilidad estatal por actos cometidos por particulares hasta dentro de esferas tan privadas como la familia, al establecer la responsabilidad estatal por mantener o tolerar un sistema cultural, social o jurídico que permite esas violaciones o porque el Estado omite adoptar medidas para prevenirlas.

Otra característica importante de la CEDAW es que contiene tanto derechos civiles y políticos como derechos económicos, sociales y culturales. Si bien es cierto que la realización de los derechos civiles y políticos de las mujeres es crucial, la importancia que nuestras sociedades le han dado a éstos ha desplazado los derechos económicos, sociales

---

<sup>120</sup> Art. 5 .

y culturales. La CEDAW le da igual importancia a ambos tipos de derechos, reafirmando con esto la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos.

Algunos de los principales derechos reconocidos en la CEDAW son:

- El derecho a ser elegible para todos los organismos cuyos miembros sean objeto de elecciones públicas, a participar en la formulación de las políticas gubernamentales, ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas.
- El derecho a adquirir, cambiar o conservar la nacionalidad.
- El derecho a la educación no sexista y a la capacitación profesional.
- El derecho a trabajar en condiciones dignas y a que el trabajo no remunerado sea valorado.
- El derecho a la salud, incluyendo el acceso a los servicios de atención médica incluyendo servicios de salud sexual y reproductiva.
- El derecho a obtener préstamos bancarios u otros créditos para crear su propia economía.
- El derecho a participar en actividades de esparcimiento, deportes y todos los aspectos de la vida cultural y artística.
- El derecho a vivir libre de violencia de género.
- El derecho de todas las mujeres, sin importar su etnia, clase, edad, discapacidad, sexualidad, estado civil, etc. a disfrutar de todos los derechos humanos en igualdad.
- El derecho de las mujeres rurales de participar y definir cuál es el bienestar rural que quieren y necesitan.
- El derecho a la seguridad alimentaria.
- El derecho al bienestar y seguridad sociales.
- El derecho a firmar contratos y administrar bienes.
- El derecho a circular libremente y elegir el domicilio.
- El derecho a elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio por su libre albedrío.
- El derecho a un medio ambiente sano.

### **¿QUIÉN MONITOREA LA CEDAW?**

Cada tratado o convención tiene un Comité que lo monitorea. La CEDAW crea su propio mecanismo de monitoreo al establecer en el art. 17 un Comité que hoy está compuesto por 23 expertos/as de “gran prestigio moral y competencia en la esfera abarcada por la Convención.” Los y las expertas son elegidas/os por los Estados Partes entre sus nacionales, y ejercen sus funciones a título personal. A la hora de la elección se tienen en cuenta una distribución geográfica equitativa y la representación de las diferentes formas de civilización, así como los principales sistemas jurídicos.<sup>121</sup>

En los art. 18 y 19 la CEDAW faculta a su comité para examinar los progresos realizados por los Estados Parte a través del sistema de informes sometidos por éstos al Comité en reuniones anuales (hoy dos veces al año). Durante el examen de los informes por parte del Comité, éste formula preguntas y alienta a los Estados a que aceleren la eliminación de la discriminación contra las mujeres. Después de examinar los informes con los Estados, el Comité formula sus observaciones finales que son una especie de sugerencias o recomendaciones específicas para cada Estado, basadas en los informes de los mismos.

Según el Artículo 21, el Comité también puede formular “sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en el examen de los informes y de los datos transmitidos por

---

<sup>121</sup> Art. 17.

los Estados Partes.”<sup>122</sup> Una de las recomendaciones generales más conocidas es la Recomendación General No. 19 que trata sobre la violencia de género contra las mujeres, subsanando así una omisión grave en el articulado de la CEDAW que no incluyó un artículo específico sobre esta violación a la integridad física, emocional, espiritual y sexual contra las mujeres.

Como se puede observar, las facultades del Comité para monitorear y hacer sugerencias y recomendaciones concretas eran muy limitadas. Sólo podían referirse a los informes de los Estados que como es lógico, tienden a magnificar los logros y minimizar los fracasos. Por eso se hizo necesario un mecanismo que facultara a este comité a hacer recomendaciones más específicas basadas en casos concretos, así como la facultad de hacer sus propias investigaciones cuando tuviere conocimiento de que en algún Estado o región se estuvieren violando los derechos de las mujeres en forma grave o sistemática.

Es decir, ahora con el Protocolo Facultativo, el Comité de la CEDAW puede examinar los hechos relacionados con una comunicación y los deberes del gobierno bajo la Convención y si encuentra que el gobierno no cumplió con sus obligaciones establecidas en la Convención, el Comité hará las recomendaciones pertinentes para que el gobierno corrija la situación.

Además, el Comité podrá, bajo el procedimiento de investigación, y si recibe información fidedigna, investigar violaciones graves o sistemática de los derechos humanos de las mujeres. Como se puede observar, el Protocolo Facultativo no crea nuevos derechos sino dos procedimientos para ayudar a los Estados a que eliminen la discriminación contra todas las mujeres.

### **ENTONCES ¿QUÉ ES UN PROTOCOLO FACULTATIVO?**

Es un mecanismo jurídico, adjunto a una Convención o Pacto, que introduce aspectos no contemplados en la Convención o Pacto al cual se refiere. Es cierto que un protocolo facultativo podría contener derechos que no están contemplados en el pacto o convención al que se refieren, pero en el caso del Protocolo Facultativo a la CEDAW, como no nos cansaremos de decir, no se crean nuevos derechos sino mecanismos de verificación de la implementación de la CEDAW.

Un Protocolo es un documento que está abierto a la ratificación por parte de aquellos Estados que ya lo hicieron con la Convención o Pacto. Se dice que es opcional o facultativo porque los Estados no están obligados a ratificarlo, aunque ya lo hayan hecho con la Convención.

En cuanto al Protocolo Facultativo de la CEDAW, como ya dijimos, es importante saber que éste no contempla ningún derecho nuevo, es decir, no está reconociendo derechos que no están contemplados en la CEDAW. Algunas personas mal intencionadas han lanzado el rumor de que el protocolo es un instrumento que reconoce los derechos sexuales y reproductivos. Esto no es cierto. Esos derechos ya están reconocidos en otros instrumentos, incluyendo la CEDAW. El Protocolo Facultativo lo que hace es establecer dos procedimientos para que el Comité pueda ayudar a los Estados a cumplir con la obligación que asumieron al ratificar la CEDAW. Pero para que no tengamos duda, veamos el Protocolo artículo por artículo:

#### **Preámbulo:**

---

<sup>122</sup> Art. 21



Es la parte introductoria del Protocolo que describe el objeto y fin del mismo. Hace referencia a los principios de igualdad y no discriminación contenidos en la Carta de la ONU, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la misma CEDAW. Reafirma la determinación de los Estados parte que adopten el protocolo de asegurar el pleno e igualitario goce por las mujeres, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la adopción de medidas eficaces para evitar las violaciones de esos derechos y libertades.

**Art. 1:**

Establece que los Estados que ratifiquen el protocolo reconocen la competencia del Comité de la CEDAW para recibir y considerar las comunicaciones bajo este protocolo.

**Art. 2:**

Establece el procedimiento de comunicaciones el cual permite a una persona o grupo de personas someter una comunicación al Comité en el que alegan ser víctimas de una violación por un Estado Parte de cualquiera de los derechos enunciados en la CEDAW. También establece que las comunicaciones podrán ser sometidas en nombre de personas o grupo de personas con su consentimiento o sin él si se puede justificar el no hacerlo.

**Art. 3:**

Establece que la comunicación sólo será considerada por el Comité si se trata de la violación cometida por un Estado Parte en el Protocolo y que la comunicación debe ser escrita y no anónima.

**Art. 4:**

Estipula los criterios de admisibilidad de una comunicación como haber agotado la vía interna, no haber sido ya examinada por el comité ni por ningún otro mecanismo internacional, ser compatible con las disposiciones de la CEDAW, no ser un abuso del derecho de someter comunicaciones y que los hechos hayan ocurrido antes de la fecha de entrada en vigor del protocolo para el Estado parte. (es decir, tres meses después de que el Estado Parte haya depositado el instrumento de ratificación en la ONU) a no ser que los hechos en que se basa la queja se produjeron antes pero continúan produciéndose.

**Art. 5:**

Faculta al Comité para solicitarle al Estado Parte que adopte medidas provisionales necesarias para evitar posibles daños irreparables a la víctima o víctimas de la supuesta violación.

**Art. 6:**

Establece el procedimiento de comunicación cuando ha sido encontrada admisible consistente en que el Comité informa al Estado Parte en forma confidencial de la comunicación y el Estado Parte tiene 6 meses para presentar por escrito sus declaraciones o explicaciones sobre la cuestión.

**Art. 7**

Define el proceso para la consideración de una comunicación estableciendo que el Comité examinará toda la información en una sesión cerrada y enviará sus opiniones y/o recomendaciones a todas las partes interesadas. El Estado parte tendrá seis meses para considerarlas y enviar al comité una respuesta por escrito en la que incluirá los pasos que haya tomado para remediar la situación. El comité puede requerirle al Estado Parte más información o que la incluya en su próximo informe al Comité.

**Artículo 8**

Establece el procedimiento de investigación que le permite al Comité iniciar una investigación confidencial cuando tiene información confiable o creíble de que en un Estado Parte están sucediendo violaciones graves o sistemáticas de los derechos establecidos en la Convención.

Cuando se justifique y con el consentimiento del Estado Parte, la investigación podrá incluir una visita a su territorio. Tras examinar las conclusiones de la investigación, el Comité las transmitirá al Estado Parte interesado, junto con las observaciones y recomendaciones que estime oportunas, a las cuales éste deberá responder en un plazo de seis meses.

#### **Artículo 9**

Establece el método para que el Comité dé seguimiento a una investigación. Después del período de seis meses al que se refiere el Artículo 8, el Comité puede solicitarle al Estado Parte que le informe sobre las medidas adoptadas en respuesta a la investigación. También se pueden dar detalles en su informe al Comité, bajo el Artículo 18 de la Convención.

#### **Artículo 10**

Provee una cláusula mediante la cual es Estado parte podrá, en el momento de ratificar el Protocolo Opcional, declarar que no reconoce la competencia del Comité para llevar a cabo una investigación que establecen los Artículos 8 y 9 . Sin embargo, el Estado Podrá retirar esa declaración en cualquier momento, previa notificación la Secretario General.

#### **Artículo 11**

Obliga los estados Parte a proteger a las personas de los malos tratos e intimidación de los cuales podrían ser objeto por el hecho de haberse comunicado con el Comité. Esto se aplica tanto al procedimiento de comunicaciones como al de investigaciones.

#### **Artículo 12**

El Comité incluirá en el informe anual que ha de presentar con arreglo al Artículo 21 de la Convención, un resumen de sus actividades en virtud del presente Protocolo.

#### **Artículo 13**

Establece el compromiso de los estados parte de dar a conocer ampliamente la Convención y su Protocolo, así como a facilitar el acceso a información acerca de las recomendaciones y opiniones del Comité, en particular respecto de las cuestiones que guarden relación con ese Estado Parte.

#### **Artículo 14**

Obliga al Comité a elaborar su propio reglamento, que aplicará en ejercicio de las funciones de comunicación e investigación que le confiere el Protocolo.

#### **Artículo 15**

Establece los requisitos formales de los Estados para ser partes del Protocolo. Cualquier Estado que sea parte de la Convención de la CEDAW puede ser parte del Protocolo.

#### **Artículo 16**

Establece que el Protocolo Opcional entrará en vigor cuando haya sido ratificado por diez Estados Parte de la Convención. Una vez que haya entrado en vigor, será vinculante para los Estados que lo hayan ratificado tres meses después de la décima ratificación.

#### **Artículo 17**

Impide que se hagan reservas al Protocolo Facultativo.

#### **Artículo 18**

Establece el procedimiento que se debe seguir para proponer enmiendas al Protocolo. Cualquier Estado Parte puede sugerir enmiendas y presentarlas al Secretario general. Éste a su vez las comunicará a los Estados Parte. Si al menos un tercio de los estados Parte lo solicita, se puede acordar una conferencia para someterlas a votación. Tales enmiendas entrarán en vigor cuando hayan sido aprobadas por la Asamblea General y aceptadas por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes del Protocolo y serán obligatorias para los Estados Parte que las hayan aceptado, en tanto que los demás Estados Partes seguirán obligados por las disposiciones del Protocolo y por toda enmienda anterior que hubiesen aceptado.

#### **Artículo 19**

Reconoce la prerrogativa de los Estados Partes de denunciar el Protocolo Opcional, en forma escrita. La denuncia surte efecto seis meses después de la fecha de notificación al Secretario General. Cualquier investigación iniciada o comunicación recibida antes de la fecha de efectividad de la denuncia no será afectada por la misma.

#### **Artículo 20**

Instruye al Secretario General a informar a los Estados Partes de cualquier enmienda al Protocolo o ratificación o denuncia de éste.

#### **Artículo 21**

Identifica los idiomas oficiales del Protocolo Opcional, que son árabe, chino, español, francés, inglés y ruso, e instruye al Secretario General a enviar copias certificadas del texto a los Estados Partes en la Convención siguiendo la modalidad de otros tratados internacionales de derechos humanos.

### **¿PORQUÉ ES POSIBLE O DESEABLE LA RATIFICACIÓN DEL PROTOCOLO FACULTATIVO POR LOS PAÍSES DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE?**

1. Al no crear ningún nuevo derecho, no requiere estudio para verificar si contradice la Constitución.
2. **Concuerda con la meta latinoamericana y caribeña de lograr igualdad y equidad de género.** La aplicación de la CEDAW mediante los procesos establecidos en el Protocolo Facultativo acercará a la sociedad latinoamericana a la meta de igualdad y equidad entre mujeres y hombres.

Nuestros Estados deberían actuar con responsabilidad internacional y honrar los compromisos que ya adquirieron al ratificar la CEDAW. Entre más rápidamente ratifiquen el Protocolo más prontamente estarán cumpliendo con sus obligaciones.

3. **Latinoamérica es pionera y modelo en el campo de los derechos humanos de las mujeres y una vez más puede abrir caminos hacia la igualdad y la justicia en la región.** Ratificando lo antes posible el Protocolo Facultativo, nuestra región puede jugar una vez más un papel de liderazgo mundial en materia de Derechos Humanos, pues podríamos llegar a ser la primera región en lograr una ratificación por todos los Estados

4. **La ratificación del protocolo es una manera de decirle a las mujeres que el Estado está dispuesto a asumir un mecanismo de rendición de cuentas en el ámbito internacional.** Al ratificar el Protocolo Facultativo, los Estados manifestarían su compromiso con la comunidad internacional de rendir cuentas por el cumplimiento de la CEDAW y demostrarían a la comunidad internacional y a sus propias sociedades civiles, que están dispuestos a llegar hasta el final en la lucha por la erradicación de la discriminación de género.
5. **Es un mecanismo de rectificación pues posibilita corregir situaciones discriminatorias y es un instrumento de defensa de derechos de las mujeres ante situaciones concretas.** El Protocolo facultativo no solo posibilita la denuncia por incumplimiento de los compromisos adquiridos con la ratificación de la CEDAW, sino que también crea mecanismos de rectificación de situaciones discriminatorias que, lamentablemente, continúan presentándose, unas veces en las leyes y otras en las prácticas de las instituciones públicas y privadas.

La necesidad de identificar y abolir esas prácticas o disposiciones normativas o reglamentarias es imprescindible para avanzar en esta lucha y para asegurar la justicia y el respeto a los derechos de las mujeres caribeñas y latinoamericanas.

6. **Profundiza la democracia a través de la creación de mecanismos de participación ciudadana.** Con la ratificación del Protocolo Facultativo, el Estado pone al alcance de toda mujer y grupo de mujeres la posibilidad de recurrir internacionalmente en caso de que considere no haber encontrado justicia internamente. Abrir esa posibilidad es permitir el funcionamiento de mecanismos de participación activa de la ciudadanía en la rectificación de situaciones de discriminación y con ello se contribuye sin duda alguna a la profundización de una democracia representativa con participación ciudadana.

## Lectura 16

### **REPORTANDO BAJO LA CONVENCIÓN PARA LA ELIMINACIÓN DE TODO TIPO DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER: CÓMO FUNCIONA EL PROCESO Y CÓMO PUEDEN UTILIZARLO LAS ONG'S**

<b>Proceso de reportes bajo la Convención CEDAW</b>	<b>¿Cómo pueden involucrarse las ONG's?</b>
<p><b><i>Etapa 1: Entrega del reporte por parte del Gobierno</i></b></p> <p>El gobierno entrega el reporte sobre los pasos que ha tomado para implementar la Convención CEDAW. El reporte del Estado parte debe ser entregado un año después de la ratificación/accesión de la Convención CEDAW por el país (reporte inicial). Posteriormente, el gobierno debe entregar un reporte periódico cada cuatro años.</p>	<p>La lista de los países que reportarán al Comité de la CEDAW y sus respectivos reportes de Estado Parte pueden encontrarse en el sitio Web de la División para el Mejoramiento de la Mujer de las Naciones Unidas:  <a href="http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/">http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/</a></p>
<p><b><i>Etapa 2: La Preparación Preaudiencia</i></b></p> <p>Para cada reporte periódico que se entrega al Comité de la CEDAW, la Relatora CEDAW del país (una persona miembro del Comité que tendrá la responsabilidad principal concerniente a un país en particular) para un análisis del reporte gubernamental. Ella luego envía esto al subcomité de la CEDAW, llamado el grupo de trabajo presesión, que se reúne al finalizar cada sesión de la CEDAW para revisar y preparar una lista de temas y preguntas con respecto a los países que estén programados para presentar sus reportes periódicos en la próxima sesión del Comité. La lista de preguntas y temas es luego remitida al gobierno indicado.</p> <p>Este proceso no se lleva a cabo en el caso de los gobiernos que estén presentando su reporte inicial, ya que el proceso de revisión para los reportes iniciales se realizará en</p>	<p>Para los países que presentan reportes periódicos, el Comité de la CEDAW invita a las ONG's para entreguen información específica sobre el país durante los grupos de trabajo presesión para así ayudar al Comité a crear la lista de temas y preguntas relacionados con los reportes periódicos que serán estudiados por el Comité de la CEDAW durante la próxima sesión.</p> <p>La información puede ser enviada al grupo de trabajo presesión por medio de la División para el Mejoramiento de la Mujer en Nueva York, por medio de su correo electrónico <a href="mailto:daw@un.org">daw@un.org</a> o al fax + (212) 963-3463.</p> <p>El grupo de trabajo presesión también tomará tiempo para escuchar las propuestas orales de las ONG's relacionadas con los reportes periódicos de los gobiernos. La fecha y hora de esta reunión puede obtenerse en el Sitio Web de la División para el Mejoramiento de la Mujer.</p>

<p>dos días, brindando tiempo a los gobiernos para que respondan a cualquier pregunta hecha por el Comité de la CEDAW durante esta revisión.</p>	
<p><b><i>Etapas 3: Reunión pública con el gobierno</i></b></p> <p>El Comité de la CEDAW realiza dos sesiones de tres semanas cada una al año (en enero y junio) en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York, con el fin de revisar los reportes gubernamentales.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Para aquellos países que estén presentando su <b>reporte inicial</b>, la revisión se lleva a cabo durante dos días. Primero, hay un día entero de sesión donde un representante del gobierno presenta oralmente el reporte ante el Comité de la CEDAW. Acto seguido las miembras del Comité de la CEDAW hacen preguntas. La delegación gubernamental luego tiene alrededor de cinco días para preparar las respuestas y regresa por mediodía de sesión ante el Comité de la CEDAW para presentarlas.</li> <li>• Para aquellos países que estén presentando su <b>reporte periódico</b>, la revisión se lleva a cabo por un día entero. El gobierno deberá haber recibido con anterioridad la lista de preguntas y temas preparada por el Comité de la CEDAW durante la reunión del grupo de trabajo presesión y deberá haber entregado las respuestas por escrito al Comité de la CEDAW. La persona representante del gobierno durante esta revisión hará una presentación y se espera también que responda a cualquier pregunta adicional planteada por el Comité de la CEDAW durante esta revisión.</li> </ul>	<p>Las ONG's pueden preparar y entregar al Comité de la CEDAW un reporte sombra/paralelo. Una guía para preparar y escribir este reporte sombra/paralelo puede encontrarse en la página web de IWRAW Asia Pacific: <a href="http://www.iwraw-ap.org/shadowguidelines.html">http://www.iwraw-ap.org/shadowguidelines.html</a></p> <p>Las ONG's también tienen un papel importante que jugar en el cabildeo con las miembras del Comité CEDAW sobre temas críticos que afecten a las mujeres de su país e influir así las preguntas que harán las miembras del Comité a la delegación gubernamental. Las ONG's que observen el proceso de revisión podrán reunirse con miembras del Comité cuando la sesión no se esté realizando, para así presentarles sus reportes sombras y discutir los temas que les gustaría sean discutidos con su gobierno.</p> <p>Durante el segundo día de la sesión del Comité CEDAW, éste usualmente separa algún tiempo para escuchar las presentaciones orales de las ONG's sobre temas críticos que afecten a las mujeres de su país que les gustaría sean enfatizados por el Comité de la CEDAW. La fecha y hora de esta reunión puede obtenerse en el Sitio Web de la División para el Mejoramiento de la Mujer.</p>

***Etapas 4: La adopción de  
Comentarios Finales por el  
Comité de la CEDAW***

Posteriormente a la revisión de un reporte gubernamental, el Comité de la CEDAW aprobará los Comentarios Finales, un documento de unas 3 a 5 páginas que contiene las valoraciones del Comité de la CEDAW sobre el progreso realizado en la implementación de la Convención CEDAW, las principales áreas problemáticas y las recomendaciones detalladas con los pasos que considere que deba tomar el gobierno.

El documento será entregado al gobierno al final de la sesión del Comité CEDAW y se hará público poco tiempo después.

Estos comentarios finales son el instrumento básico para cabildeo de las ONG's a un nivel nacional, para utilizarlos en su trabajo influenciando al gobierno para que implemente la Convención CEDAW.

Los comentarios finales estarán disponibles en el sitio web de la División para el Mejoramiento de la Mujer aproximadamente un mes después a que concluya la sesión del Comité CEDAW.

## **Lectura 17**

# **INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL**

Humberto Francisco GUERRERO ROSALES\*

### **I. NOTA INTRODUCTORIA**

El presente trabajo tiene dos finalidades principales. La primera consiste en brindar al lector la información mínima necesaria comprender el surgimiento y desarrollo del Derecho penal internacional, por lo que de ninguna manera se pretende que se

---

\* Investigador Asistente del Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE)

considere este trabajo una exposición exhaustiva del tema. Al exponer el surgimiento y desarrollo del Derecho penal internacional, se ha centrado la labor en las instancias internacionales, omitiendo referir el papel que han tenido las jurisdicciones nacionales en la formación de este Derecho, lo anterior debido a la amplitud del tema y a lo reducido del espacio de este trabajo.

La segunda finalidad es explicar y lograr la comprensión de la relación que guarda el Derecho penal internacional con el Derecho internacional de los Derechos Humanos, finalidad que se justifica en virtud de una confusión recurrente en la que se considera que el primero depende del segundo o viceversa, o que simplemente se trata de nociones que no tienen absolutamente nada que ver una con la otra.

Para lograr sus cometidos, este trabajo se dividirá en cuatro partes. En la primera se expondrá el tema del Tribunal de Nüremberg como punto de partida del Derecho penal internacional y como impulsor de la internacionalización de los Derechos Humanos. Como segundo punto se hará un breve recuento del desarrollo post-Nüremberg del Derecho penal internacional, después de lo cual se dará pie, como tercer punto, a la explicación de la relación entre el Derecho penal internacional y el Derecho internacional de los Derechos Humanos. Finalmente, se presentará un recuento de las conclusiones del trabajo.

## II. NÜREMBERG: EL PUNTO DE PARTIDA

En 1945, antes de concluir la II Guerra Mundial, los líderes de las potencias aliadas, Francia, Estados Unidos, la Unión Soviética y el Reino Unido, firmaron un convenio conocido como el Acuerdo de Londres<sup>123</sup>. A través de este acuerdo, los aliados preveían, para el final de la guerra, el establecimiento de un tribunal militar internacional para el juzgamiento de los principales criminales de guerra nazis. Este tribunal es lo que conocemos actualmente como el Tribunal de Nuremberg.

De forma anexa al Acuerdo de Londres, se redactó el Estatuto o Carta del Tribunal de Nuremberg, el cual constituyó la fuente primaria de Derecho aplicable para este Tribunal. En su artículo 6, la Carta del Tribunal estableció que la competencia material del mismo se extendía sobre crímenes contra la paz, crímenes de guerra y de, forma indirecta, sobre crímenes de lesa humanidad.

El Tribunal fue pensado para concentrar sus funciones en los crímenes contra la paz y los crímenes de guerra, quedando en un segundo plano los crímenes de lesa humanidad<sup>124</sup>, figura delictiva que surgió como una respuesta a la imposibilidad jurídica del momento de calificar como crímenes de guerra, en el sentido tradicional, los crímenes cometidos por el régimen nazi contra sus propios nacionales o los nacionales de países aliados a éste<sup>125</sup>.

Por su novedad y para atemperar las objeciones basadas en el principio de legalidad penal, los países aliados condicionaron el conocimiento de los crímenes de lesa humanidad por parte del Tribunal a la existencia de un vínculo entre éstos y la comisión de algún otro crimen dentro de su competencia; a decir: crímenes contra la paz o crímenes de guerra, por ellos es que se dice que el Tribunal ejerció una competencia indirecta o accesorio sobre los crímenes de lesa humanidad.

Si uno revisa la Carta del Tribunal de Nüremberg, encontrará que la protección de los Derechos Humanos no fue una tarea que expresamente se le encomendara a este

---

<sup>123</sup> London Agreement of August 8, 1945, 59 Stat. 1544, E.A.S. No. 472.

<sup>124</sup> E. Schewelb, "Crimes against humanity", citado en, Kittichaisaree, Kriangsak, *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 87.

<sup>125</sup> Kittichaisaree, Kriangsak, Op. Cit., nota 2, p. 87.



Tribunal. Además, como se ha explicado, el crimen que relativamente más se acercaba a una noción de protección de los Derechos Humanos; es decir, los crímenes de lesa humanidad, tuvieron un rol secundario en la labor del tribunal.

No obstante lo anterior, los razonamientos de justicia y humanitarios detrás de la sentencia del Tribunal<sup>126</sup>, así como la consternación causada por el recuento hecho, a través de su proceso, de las conductas criminales cometidas durante la guerra, pusieron en marcha un fuerte movimiento de incorporación de los Derechos Humanos al orden jurídico internacional<sup>127</sup>, cuyos primeros cimientos y manifestaciones más concretas los podemos encontrar en las motivaciones y propósitos expresados en la Carta de la ONU<sup>128</sup>.

Adicionalmente, uno de las primeras acciones de la ONU durante su primer año de existencia fue el reconocimiento y ratificación unánime por parte de la Asamblea General de los principios de Derecho contenidos tanto en la Carta del Tribunal de Núremberg, como en su sentencia<sup>129</sup>. En consecuencia, tanto el trabajo en sí del Tribunal, como la posterior ratificación de sus principios por la comunidad de Estados, concretizaron la idea de la responsabilidad penal internacional del individuo, por la comisión de ciertas conductas consideradas como criminales bajo el Derecho internacional, consolidándose así la existencia del Derecho penal internacional<sup>130</sup>.

Ahora la cuestión es determinar la relación entre el Derecho penal internacional y el Derecho internacional de los Derechos Humanos inspirado y desarrollado a partir de los juicios de Núremberg. Sin embargo, antes de abordar este tema, es pertinente exponer brevemente el desarrollo post-Núremberg del Derecho penal internacional.

### III. DESPUÉS DE NÜREMBERG

Poco tiempo después de la ratificación de los principios del Tribunal de Núremberg, la Asamblea General de la ONU encomendó a la Comisión de Derecho Internacional la tarea de desarrollar dos proyectos: uno, la elaboración de un proyecto de Código de

---

<sup>126</sup> *In the first place is to be observed that the maxim nullum crimen sine lege is not a limitation of sovereignty, but is in general a principle of justice. To assert that it is unjust to punish those who in defiance of treaties and assurances have attacked neighboring states without warning is obviously untrue...and so far from it being unjust to punish him, it would be unjust if his wrong were allowed to go unpunished...*

*...Prisoners of war were ill-treated and tortured and murdered, not only in defiance of well-established rules of international law, but in complete disregard of the elementary dictates of humanity...* Judgement of Nuremberg Tribunal, 41 Am.J.Int.L.172 (1947), citada en Steiner, Henry y Alston, Philip, *International Human Rights in context. Law, politics, morals. Text and materials*, 2a ed., Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 116, 118.

<sup>127</sup> *Ibid*, p. 112.

<sup>128</sup> **Preámbulo...** *Nosotros los Pueblos de las Naciones Unidas resueltos... a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas...*

**Artículo 1...** *Los propósitos de las Naciones Unidas son...*

3. *Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión...*

<sup>129</sup> Resolución de la Asamblea General 95 (1) del 11 de diciembre de 1946.

<sup>130</sup> Sobre este tema véase Donde Matute, Javier, “¿Existe el Derecho Penal Internacional?” en *Revista Mexicana de Derecho Público*, México, Vol. 3, abril 2002; Greppi, Edoardo, “La evolución de la responsabilidad penal individual bajo el derecho internacional”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No 835, 30/09/99, pp. 531-554; Cassese, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad<sup>131</sup>; y dos, la redacción de un proyecto de estatuto para la creación de un tribunal penal internacional permanente<sup>132</sup>. Asimismo, en el año de 1948, la Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio contemplaba también ya la futura creación de una corte penal internacional permanente<sup>133</sup>.

De lo anterior se observa que la creación de una corte penal internacional permanente no es una idea que haya surgido espontáneamente en los últimos años. Se ha tratado de un proceso donde los proyectos mencionados al principio de este apartado, por diversas razones, no pudieron retomarse y concretizarse sino hasta la década de los 90 del siglo pasado; cuando a raíz del establecimiento de los Tribunales Penales Internacionales Ad hoc para la Antigua Yugoslavia<sup>134</sup> (1993) y Ruanda<sup>135</sup> (1994), la idea de establecer una corte penal internacional permanente fue retomado por la Comisión de Derecho Internacional<sup>136</sup>.

Así, el 17 de julio de 1998, finalmente se logra la adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, tratado a través del cual se ha instituido el primer tribunal penal internacional permanente de la historia, con competencia para conocer, de forma complementaria a las jurisdicciones nacionales<sup>137</sup>, de los crímenes internacionales considerados más graves por la comunidad internacional<sup>138</sup>: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión.

Actualmente se puede afirmar que el Estatuto de Roma es el instrumento más importante y desarrollado del Derecho penal internacional. Sin embargo, de ninguna manera puede considerársele como un ordenamiento que abarca la totalidad del Derecho existente en esta materia. Lo anterior es confirmado por el propio Estatuto, el cual contempla la posibilidad de que el Derecho penal internacional siga desarrollándose más allá de sus disposiciones<sup>139</sup>.

#### IV. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Como se hizo notar en el apartado II de este trabajo, el origen de la responsabilidad penal internacional fue independiente y anterior al movimiento de incorporación de los Derechos Humanos al orden jurídico internacional. De hecho, como se mencionó, los juicios de Núremberg, punto de partida del Derecho penal internacional, fueron el motor que impulsó este movimiento.

Lo anterior implica que el Derecho internacional de los Derechos Humanos y el Derecho penal internacional son sistemas normativos distintos, cuya relación es

---

<sup>131</sup> Resolución de la Asamblea General 177 (II) del 21 de noviembre de 1947

<sup>132</sup> Cassese, Antonio, "From Nuremberg to Rome: International Military Tribunals to the International Criminal Court", en Cassese, Antonio et. al. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002, vol I, p. 9.

<sup>133</sup> Artículo VI, Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio de 1948.

<sup>134</sup> UN Doc. S/RES/827

<sup>135</sup> UN Doc. S/RES/955

<sup>136</sup> Véase Report of the International Law Comisión, 46th Sess., 2 May-22 July 1994, UN GAOR, 49<sup>th</sup> Sess., Supp. No. 10, UN Doc. A/49/10 (1994)

<sup>137</sup> Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Preámbulo, párrafo 10; artículo 1; y artículo 17.

<sup>138</sup> Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, artículo 5.

<sup>139</sup> Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, artículo 10 y 22, párrafo 3.

contingente; más no necesaria. En otras palabras, la interacción entre estos dos sistemas es posible pero no forzosa.

También es importante señalar que tampoco es apropiado tratar de entender la relación entre estos dos sistemas en términos verticales y, por tanto, jerárquicos, donde uno es accesorio del otro. Como sistemas igualmente distintos e independientes entre sí, la mejor forma de entender su interacción es en términos de horizontalidad y coordinación<sup>140</sup>, donde ambos, dentro de sus respectivos ámbitos, pueden complementarse mutuamente.

Así por ejemplo, debido a que la aplicación en la práctica del Derecho penal internacional es aún reciente, muchas de sus normas requieren todavía de mayor precisión en su contenido, para lo cual se pudiera auxiliar en el desarrollo logrado en la definición de las normas del Derecho internacional de los Derechos Humanos, siempre con sujeción a los límites que las mismas disposiciones del Derecho penal internacional y del Derecho internacional de los Derechos humanos establezcan. Por tanto, la aplicación tampoco puede ser automática<sup>141</sup>.

Por otro lado, se debe reconocer que el Derecho internacional de los Derechos Humanos ha logrado avances importantes; empero, su área de desarrollo ha sido casi exclusivamente el de la responsabilidad internacional del Estado por violaciones a los Derechos Humanos y, por tanto, la mayoría de sus normas van encaminadas únicamente a controlar la conducta de éste con relación al individuo o grupos de individuos.

La situación descrita en el párrafo anterior produce un vacío, donde la responsabilidad internacional del individuo por la violación de ciertos derechos especialmente importantes, bajo características especialmente graves, queda soslayada. Y es precisamente en este vacío donde nuevamente opera la coordinación entre los dos sistemas y, en este caso, el Derecho penal internacional acude en auxilio del Derecho internacional de los derechos humanos para cubrir el vacío existente, a condición de que los derechos afectados puedan ser considerados bienes jurídicos en los cuales la comunidad internacional tiene un interés de protección colectivo, y que la forma de afectación sea lo suficientemente grave para ameritar el recurso al sistema penal internacional<sup>142</sup>.

## V. Conclusiones

---

<sup>140</sup> Sobre las teorías de coordinación véase Delmas-Marty, Mirelle, "The ICC and the interaction of international and national legal systems", en Cassese, Antonio et. al. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002, vol. II, pp. 1915 - 1929

<sup>141</sup> *This Trial Chamber disagrees with that approach and notes that the international human rights instruments referred to by the Kupreskic Trial Chamber provide somewhat different formulations and definitions of human rights. However, regardless of the status of the enumerated instruments under customary international law, the rights contained therein do not necessarily amount to norms recognised by international criminal law... Accordingly, this Trial Chamber hesitates to use such human rights instruments automatically as a basis for a norm of criminal law, such as the one set out in Article 5(i) of the Statute...* (énfasis del autor), *Prosecutor v. Stakic*, Case No. IT-97-24 (Trial Chamber), July 31, 2003, para. 721.

<sup>142</sup> Estos son criterios pertenecientes a la corriente del garantismo penal, para una visión garantista del Derecho penal internacional véase, Dondé Matute, Javier, "Los tipos penales en el ámbito internacional", en *Iter criminis, Revista de ciencias penales*, México, INACIPE, No. 3, tercera época, enero-febrero 2006, pp. 41-58.

De los hechos y razonamientos expuestos se pueden extraer las siguientes conclusiones principales:

1. El Derecho penal internacional y el Derecho internacional de los Derechos Humanos son sistemas normativos igualmente distintos e independientes entre sí. Sin embargo, se relacionan y no se excluyen el uno al otro.
2. La relación entre estos dos sistemas es una contingencia; no una consecuencia necesaria.
3. No es apropiado tratar de comprender la relación entre estos dos sistemas con base en una concepción vertical y jerárquica del Derecho; sino a través de una perspectiva basada en los conceptos de horizontalidad y coordinación.

## **IMPLEMENTACIÓN DEL ESTATUTO DE ROMA**

Master Rodrigo Jiménez

Si deseamos comprender la mecánica de la implementación del Estatuto de Roma debemos empezar comprendiendo la dinámica de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno.

La doctrina jurídica respecto al tema ha desarrollado tres teorías para explicar esta relación:

1-La teoría dualista parte de la existencia de dos sistemas, los cuales se nutren por fuentes diferentes, sujetos diferentes y sistemas coercitivos diversos. Es así como el derecho interno se nutre de leyes, sus sujetos son las personas físicas y jurídicas y existe un sistema coercitivo bien establecido. Por otro lado el derecho internacional su principal fuente son los tratados internacionales, los Estados son los sujetos y el

sistema coercitivo se encuentra en estructuración. Bajo los principios de esta teoría nunca va a existir contradicciones entre el derecho interno y el derecho internacional. Es obvio que esta teoría se encuentra superada con los ejemplos prácticos. Los conflictos existentes entre las reformas constitucionales de Perú y la Convención Americana de Derecho Humanos.

2- Las teorías monistas todas ellas parten de un sistema en el cual se presentan contradicciones y deben de solucionarse. En cuanto a las soluciones se presentan tres teorías:

- a) Teoría monista iusnaturalista donde en caso de conflicto entre el derecho interno y el derecho internacional privará aquella norma que concuerde con la norma natural.
- b) Teoría monista positivista desarrollado por los juristas alemanes Austin y Kelsen donde privará la pirámide siendo jerárquicamente superior las normas constitucional sobre las internacionales.
- c) Teoría monista internacionalista donde el derecho internacional priva sobre el derecho interno inclusive sobre el constitucional debido a la necesidad de limitar la soberanía de los Estados a la relaciones de la comunidad internacional

3-Una tercera teoría es la de la coordinación donde se estipula el deber del Estado de coordinar para que no exista contradicción entre el derecho interno y el internacional. Para ello deberá crear mecanismos como es el caso de la consulta previa de constitucionalidad de los tratados que existe en algunos países de la América Latina.

Estas teorías han influido en los sistemas adoptados por los Estados determinándose tres prácticas:

- 1- El sistema legal donde la norma internacional tiene igualdad jerárquica a la ley. En caso de conflicto privará la norma posterior a la anterior y la específica sobre la general caso de Panamá.
- 2- El sistema supra-legal donde la norma internacional priva sobre la ley pero no sobre la constitución política caso de El Salvador, Honduras Nicaragua etc.
- 3- El sistema supra-constitucional donde la norma internacional priva sobre la norma constitucional caso de Costa Rica y Guatemala etc.

Para el caso del Estatuto de la Corte debemos situarnos en los sistema que sigue cada país. Si el sistema seguido es el de supra-constitucionalidad la ratificación no se encontrará supeditada a la determinación de la constitucionalidad o no del Estatuto. Para el caso del sistema supra-legal deberá analizarse si existen contradicciones constitucionales de previo a la ratificación y una vez ratificado el Estatuto adaptar el resto de la legislación. El caso más complejo es del sistema legal ya que se debe realizar el chequeo previo con la constitución y una vez ratificado asegurarse que no se promulguen leyes que contradigan el texto del Estatuto.

En el caso que nos ocupa partiremos del sistema supra-legal debiendo de previo a la ratificación analizar la existencia o no de contradicciones con la Constitución Política. Expertos/as constitucionalista han determinando algunos casos que podrían causar conflicto. Estos conflictos tienen dos vías de solución la primera por una interpretación complementaria de la Constitución Política y el Estatuto de Roma y la otra por medio

de una reforma constitucional que reconozca la plena jurisdicción de la Corte Internacional Penal y de su Estatuto. Algunos de los posibles conflictos son:

1-El Estatuto en su artículo 27 claramente rechaza cualquier inmunidad de los jefes de estado para evadir su responsabilidad penal. Algunas constituciones de la región regulan la inmunidad de sus jefes de estado y otros funcionarios públicos de alto nivel. El espíritu de esta normativa está encaminado a asegurar la libertad de acción de los funcionarios públicos de rangos altos.

Los argumentos interpretativos utilizados para negar la supuesta contradicción son los siguientes: a) La inmunidad hace referencia a las supuestas funciones y la ejecución de los delitos tipificados en el Estatuto no son funciones de Estado son crímenes gravísimos. b) La gravedad de los crímenes no justifican ningún tipo de inmunidad y la realización de uno de estos crímenes por un funcionarios que goza de inmunidad vendría a romper con el orden constitucional c) Existen en las constituciones políticas procesos para levantar la inmunidad, el Corte Penal Internacional tiene una función complementaria a la de los Estados por que de previo sería juzgado por los tribunales internos d) Las inmunidades parte de la protección a las acciones de los funcionarios inmunes a una injerencia política por los órganos judiciales internos, siendo esta injerencia imposible en el caso de la Corte Penal Internacional.

2-Muchas de las Constituciones Políticas de la región prohíben la extradición de nacionales el artículo 91 del Estatuto hace referencia a la obligación de los Estados a entregar a la jurisdicción de

Corte sin especificar si son nacionales o extranjeros. El primer argumento es que la Corte no hace referencia a extradición este es un proceso entre Estados, el proceso entre la Corte y un estado es de entrega y debe de ser más expedito que el de extradición. El segundo argumento es que al ser ratificado el Estatuto de Roma la Corte Penal Internacional pasa a ser un órgano jurisdiccional del propio estado ratificante. Tercer argumento es la gravedad de los crímenes permite la jurisdicción internacional reconocida en otros tratados internacionales como es el caso de la Convención Contra el Genocidio o la de la Tortura y otros Tratos Cruels. Un último argumento es el de la impunidad y complementariedad la Corte realiza funciones de complementariedad respecto a la jurisdicción interna.

3-Un número significativo de las Constituciones Políticas de la región contemplan la prohibición de la cadena perpetua la cual es aceptada en el Estatuto de la Corte en el artículo 77. Diversos juristas han desarrollado teorías para la interpretación de este artículo sin que exista para ellos choque respecto al mandato constitucional. Para algunos conforme al Estatuto de Roma un Estado que no contemple la pena de muerte no está obligado a que la pena se cumpla en su territorio. Así mismo el estatuto contempla la revisión de la pena al cumplir 25 años de la pena impuesta o a los 2/3 de su cumplimiento. Es obvio dicen los especialistas que la pena se disminuirá y por lo tanto no se cumple la cadena perpetua. La sala constitucional costarricense respecto a la consulta constitucional en referencia a este tema manifiesta: que el artículo 77 debe interpretarse con el artículo 80 donde supedita la aplicación de la pena a lo establecido constitucionalmente al decir “ Nada de lo dispuesto en la presente Parte VII de las Penas se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en la presente parte” por lo tanto concluyen que el artículo 77 no es inconstitucional respecto a la pena de muerte.

4-Imprescriptibilidad de los crímenes es otro aspecto a discusión algunos juristas sostiene que el artículo 29 del Estatuto contradice los principios de prescriptibilidad de los delitos y por lo tanto la norma es inconstitucional. Los delitos contemplados en el estatuto ofenda a la persona humana y contradice la Declaración Universal de Derechos Humanos y el código internacional de derechos humanos. Las normas constitucionales deben interpretarse conforme a la normativa ética y jurídica del

código internacional de los derechos humanos por lo que el principio de prescriptibilidad de estos delitos vendría a violar los principios fundamentales de la tutela de los derechos humanos.

5-El principio de que nadie puede ser juzgado por una misma causa que contienen varias de las constituciones de la región, algunos juristas dicen que se encuentra en contradicción con el Estatuto de Roma que permite juzgar por un mismo hecho cuando se considere que existen vicios en el proceso. El argumento de que el estatuto no es inconstitucional se debe basar en el hecho de la existencia de un vicio tan grave que causa la nulidad del proceso. Recordemos que uno de los objetivos fundamentales de la Corte Penal Internacional es evitar la impunidad la cual triunfa en procesos claramente viciados o normas de “punto final” dirigidas a la famosa frase de “perdón y olvido “ que tiene más características políticas que jurídicas.

6- En el sistema anglosajón se cuestiona la constitucionalidad del Estatuto en referencia la inexistencia de jurados en el proceso. El objetivo de estos de estos jurados es garantizar la imparcialidad del juicio. Para el caso de la Corte Penal Internacional se dice que la imparcialidad está garantizada en su estructura y funcionamiento.

Una vez resuelta las supuestas contradicciones y ratificado el Estatuto de Roma los estados adquieren compromisos para adecuar su legislación interna a las obligaciones adquiridas algunas de estas obligaciones son las siguientes:

<b>TEMAS</b>	<b>OBLIGACIONES</b>	<b>ARTÍCULOS DEL ESTATUTO</b>	<b>ACCIONES A EJECUTAR</b>	<b>POSIBLES ACTORES</b>
1-PRIVILEGIOS E INMUNIDADES PARA FUNCIONARIOS/AS Y OTROS DE CPI	Reconocer los privilegios e inmunidades de los jueces, fiscales etc así como de expertos, testigos etc	Artículo 48 inciso 2,3 y 4	Reconocimiento de dichas inmunidades-Posibilidades: 1-Ratificación en sistemas monistas. 2-Reconocer la inmunidad por medio de Convenios con la CPI 3-Reforma legislativa	- Poder Legislativo - Poder Ejecutivo
2-Ofensas contra la Administración de Justicia	Sancionar las acciones que configuren los delitos contra la administración de justicia y cooperar con la CPI cuando estos se cometan	Artículo 70 inciso 2, 4 a, b; 86	1-Tipificar delitos contra la administración de justicia 2-Reconocer que el estado tiene competencia respecto de estos delitos 3-Ajustar los delitos contra la administración de justicia que existan.	-Poder Legislativo - Poder Judicial - Poder Ejecutivo

3-Investigación del mismo asunto por parte de la CPI y el Estado	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Informar a la CPI sobre la investigación iniciada.</li> <li>- Preservar las evidencias recopiladas</li> </ul>		Establecer los procedimientos administrativos adecuados	Poder Judicial Poder Ejecutivo
4-Provisiones relativas a la cooperación	<ul style="list-style-type: none"> <li>-Cooperar en la investigación y acusación del crimen. Solicitar la cooperación. Correr con los gastos de cooperación</li> <li>-Crear procedimientos que aseguren una cooperación eficaz con la CPI</li> <li>-Acuerdos con Estados no parte del Estatuto</li> <li>-Asegurar la confidencialidad en el proceso</li> <li>-Designación de una instancia adecuada para recibir las solicitudes de cooperación</li> </ul>	Artículo 86, 87, 88, 93, 97 y 100	Revisión de la legislación y de los procedimientos internos para asegurar la cooperación esperada, así como la asignación de recursos	Poder Judicial Poder Legislativo
5-Solicitud de Arresto por parte de la CPI	<ul style="list-style-type: none"> <li>-Garantizar que el arresto se realice conforme a lo estipulado por el Estatuto</li> <li>-Que el arresto se realice en forma inmediata</li> <li>- Informar a la Corte sobre requisitos de arresto.</li> <li>- Asegurar los derechos de la persona detenida y presumir su inocencia.</li> <li>- Asegurar la posibilidad de gozar de la libertad provisional durante el</li> </ul>	Artículos 55;57 inciso 3;58 inciso 5, 7;59 inciso 1, 2 ; 66; 89; 91 y 92	<ul style="list-style-type: none"> <li>-Implementar un proceso que asegure la verificación de requisitos de la CPI en el arresto o detención.</li> <li>-Mantener informada a la Corte sobre requisitos especiales en el arresto</li> <li>-Adaptar la legislación para agilizar la entrega voluntaria del acusado a la CPI</li> <li>-Verificar que los procesos de detención cumplan con</li> </ul>	Poder Legislativo Poder Judicial Poder Ejecutivo



	<p>proceso de entrega a la CPI</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Cumplir con la orden de comparecencia que solicite la CPI</li> </ul>		<p>las obligaciones asumidas en el Estatuto.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-Entrenar al personal para que cumplan con las disposiciones del Estatuto</li> <li>-Acondicionar celdas separadas para las personas arrestadas a solicitud de la CPI</li> <li>- Asignar la autoridad judicial competente para conocer de los casos</li> <li>-Asegurar que la detención sin haber sido llevado a la autoridad judicial no exceda de 24 horas.</li> <li>-Procedimiento para asegurar la libertad provisional</li> <li>-Informar a la CPI sobre la libertad provisional y sobre el tiempo que ha transcurrido la detención</li> </ul>	
6-Entrega de la Persona a la CPI	<p>-Crear un proceso de entrega del detenido a CPI con los requerimientos establecidos por el Estatuto</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-Asegurar la entrega inmediata una vez que se cumpla con los requisitos</li> <li>-Caso de</li> </ul>	Artículos 59 inciso 7; 89; 90, 91	<p>-El proceso de entrega debe ser sencillo y expedito. -Así como la entrega de nacionales y extranjeros. Para el caso o se reforma las leyes o la constitución o una interpretación judicial que no es lo mismo la</p>	<p>Poder Ejecutivo Poder Judicial Poder Legislativo</p>

	conflicto por existir dos solicitudes una de entrega y otra de extradición el Estado debe dar prioridad a la CPI salvo que exista una obligación internacional con un Estado no parte el cual quedará a opción de quien otorga la entrega		entrega ante la Corte que la extradición que de hecho no son lo mismo.	
7-Autorizar que el implicado pase por el territorio nacional en ruta a la CPI	Asegurar que las leyes migratorias permitan el paso del implicado	Artículo 89 inciso 3	-Adaptación de la legislación y cumplimiento de la autorización	Poder Ejecutivo
8-Admisibilidad de Evidencia ante la CPI	-Compromiso que asistir en la recolección de evidencias -Recolectar y proteger la evidencia testimonial	Artículos 64 inciso 9; 69 inciso 4, 5, 93, 99	-Recolectar la evidencia -Mantenerse en contacto con la CPI para la recolección de evidencia -Reconocer el derecho del fiscal de la CPI y de las Cámaras para solicitar la evidencia y suministrarle la información que requiera -Asegurar que el trámite será expedito y eficiente cuando así lo requiera las instancias de la CPI -Recopilar la evidencia testimonial identificar a los testigos etc, obtener la opinión de peritos, realizar las preguntas, documentar,	Poder Judicial Poder Ejecutivo

			conducir la investigación, transferir personas a la CPI, asegurar protección a los testigos o víctimas, brindar todo tipo de asistencia -Examen de sitios, envío y recopilación de documentos, preservar la evidencia	
9-Protección de información que afecte la seguridad del Estado	Obligación de cooperar con la Corte	Artículo 72	Implementar los canales adecuados para comunicar que la información es clasificada como confidencial por seguridad del Estado. Buscar otros canales de asistencia	Poder Ejecutivo
10-Protección de Información de Terceros	Cumplir con el procedimiento establecido por el Estatuto para entregar la información	Artículo 73	Establecer un proceso	Poder Ejecutivo u Poder Judicial
11-Cumplimiento de Ordenes de reparación y pago de multas	Obligación de cumplir con la incautación de bienes, el cobro de multas para la reparación	Artículos 75, 77	Legislar para incautar bienes, cobrar multas, transferir bienes	Poder Legislativos Poder Judicial Poder Ejecutivo
12-Ejecución de la pena en prisión	Determinar si esta dispuesto a aceptar que los condenados cumplan la sentencia en sus cárceles	Artículo 103 inciso 1 b	Cumplir con las condiciones establecidas por la Corte	<b>Poder Ejecutivo</b>

## **Lectura 18**

# **EL DERECHO DE LAS VÍCTIMAS EN EL ESTATUTO DE ROMA**

**Master Rodrigo Jiménez Sandoval**

La victimología se ha definido tradicionalmente como el estudio científico de las víctimas de actos delictivos. Su nacimiento está íntimamente ligado a la criminología la cual influyó en su desarrollo primario, abocándose en sus inicios a descubrir los factores que predisponen a una persona o grupo de personas a ser víctimas.

Todo se encaminaba a determinar cual había sido la contribución de la víctima en el delito y la repercusión que ello debía tener en la pena del autor.

Las nuevas tendencias doctrinarias de la victimología moderna han redefinido el concepto como el estudio de los derechos humanos de las víctimas. Esto ha permitido ampliar el ámbito a no solo la rama penal sino a otras ramas del derecho como es el derecho de familia, civil, internacional etc.

El Estatuto de Roma se ve fuertemente influenciado en esta búsqueda de equidad de las víctimas en el proceso.

El Caucus de Víctimas de la Coalición de organizaciones no gubernamentales por una Corte Penal internacional se abocó a lograr ciertos objetivos principales:

- 1) Evitar una victimización secundaria: “aquella que se deriva de las relaciones de la víctima con el sistema penal. Se considera aún más negativa que la primaria porque es el propio sistema el que victimiza a quien se dirige a él pidiendo justicia y porque afecta al prestigio del propio sistema. Son las llamadas víctimas del proceso que son las personas ofendidas que sufren daño en sus derechos fundamentales, en su dignidad humana y en la consecución de la justicia debido a la inoperancia del sistema penal” y terciaria “ Aquella que se deriva del estigma social de ser víctima del acto delictivo”
- 2) Acompañar a la víctima durante el proceso
- 2) Asegurar la participación de la víctima durante el proceso
- 3) Lograr una protección efectiva de la víctima
- 4) Reconocer la diversidad de la víctima
- 5) Otorgar una reparación efectiva para la víctima.

Un primer paso fue promover la incorporación del tema en el preámbulo del Estatuto de Roma para lograr su transversalidad “que en este siglo millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad”

De esta manera el Estatuto establece como una de sus prioridades el derecho de las víctimas como elemento fundamental de la creación de la Corte Penal Internacional.

Se va incorporando en artículos del Estatuto y con posterioridad en las reglas de procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional los derechos de las víctimas que aseguren el cumplimiento de los objetivos planteados.

El definir quien es una víctima requirió de amplias discusiones tomándose como base las definiciones existentes en la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas del delito y abuso del poder como las contempladas en el Derecho Internacional Humanitario.

La primera de estas definiciones establece la características de individualidad y colectividad de la víctima como consecuencia de un daño ocasionado por una acción u omisión. Agrega que el reconocimiento de víctima como tal no requiere que el victimario se identifique, aprehenda, enjuicie o condene. Es claro que esta definición rompe con la esfera penal ampliando el concepto víctima a aquella persona que sufrió un daño, sin importar si la acción está o no tipificada como delito, siendo fundamental para el reconocimiento de víctimas en otras ramas del derecho.

El derecho internacional humanitario define a la víctima como aquellas personas que no han participado de la hostilidad y hayan sufrido un daño, pero ligadas al incumplimiento de los convenios de La Haya o Ginebra.

Conforme a las reglas del Procedimiento del Estatuto de Roma por víctima se entenderá regla 85 “las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la Competencia de la Corte” o “también las organizaciones o instituciones que hayan sufrido un daños directores a algunos de sus bienes que esté dedicado al culto religioso, la instrucción, las artes, las ciencias o las beneficencia o sus monumentos, hospitales y otros lugares u objetos que tengan fines humanitarios”

Es obvio como la influencia de los dos instrumentos básicos en la definición de víctima ya que incorpora la individualidad y colectividad de la víctima el elemento causal del daño y la comisión del delitos tipificado en el Estatuto de Roma. Vale la pena resaltar que cuando se hace referencia a las víctimas colectivas estas son las reconocidas por el derecho internacional humanitario.

Esta estrategia de incorporar en el preámbulo el tema facilitó el cumplimiento de los objetivos planteados siendo los logros los siguientes:

### **1) EVITAR LA VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA**

Entendemos por victimización secundaria aquella que se deriva de las relaciones de la víctima con el sistema jurídico penal. Se considera aun más negativa que la primaria porque es la propia del sistema el que victimiza a quien se dirige a él pidiendo justicia y porque afecta al prestigio del propio sistema. Son las llamadas “víctimas del proceso” que son las personas ofendidas que sufren daño en sus derechos fundamentales, en si dignidad humana y en la consecución de la justicia, debido a la inoperancia del sistema.

Por otro lado la secretaría de la Corte deberá establecer una Dependencia de Víctimas y Testigos la cual será responsables de estables medidas de protección y dispositivos de seguridad para las víctimas será responsable de otorgar asistencia técnica y asesoramiento y contará para ello de personal especializado<sup>143</sup>. Conforme a las reglas de procedimiento deberá estar integrado por personas expertas en niñez, género, personas de edad, personas con discapacidad etc.

La regla 88 establece la posibilidad de implementar medidas especiales que faciliten la participación de las víctimas.

---

<sup>143</sup> Artículo 43 Estatuto de la Corte

Todos los órganos de la Corte tendrán en cuenta las necesidades de las víctimas y testigos conforme al artículo 68 del Estatuto de Roma y las reglas de procedimiento 86 tomando en cuenta la edad, discapacidad, el tipo de delito (violencia sexual o de género) etc.

Permite las audiencias a puerta cerrada cuando así se amerite en particular en caso de víctimas de agresión sexual, menores de edad o personas con una discapacidad cognoscitiva<sup>144</sup>

## **2) ACOMPAÑAR A LA VÍCTIMA DURANTE EL PROCESO**

Una de las funciones principales de la secretaría de la Corte es establecer una Dependencia de víctimas y testigos que ofrezca acompañamiento a las víctimas durante el proceso. (art 43) La dependencia podrá asignar una persona que le preste asistencia a la víctima durante todas las fases del proceso (regla 17)

Para ello contará con persona experto en diversas áreas para asegurar que la víctima reciba el acompañamiento debido conforme a sus necesidades etáreas, genéricas, discapacidad, tipo de agresión recibida, lenguaje, etc.

La víctima podrá contar con un representante<sup>145</sup>, en caso de que exista más de una víctima se nombrará un representante común. La secretaría para efectos de coordinación podrá otorgar asistencia durante el proceso. Ella será la responsable de remitir la lista de abogados conforme al Colegio Penal Internacional para que se otorgue los servicios necesarios

El representante está autorizado para asistir a las actuaciones y participar en ellas conforme a las decisiones que dicte la Corte.

## **3) PARTICIPACIÓN EN EL PROCESO**

Se establece la complementariedad de los intereses de la víctima con los de la justicia. Rompe de esta manera con el esquema predominante que los intereses de la justicia son idénticos a los intereses de la víctima.

En el caso de la investigación el artículo 53 del Estatuto establece que la investigación deberá tomar en cuenta los intereses de las víctimas. Así mismo respetar a su vez las circunstancias personales como la edad, género, salud y la particularidad de los delitos como violencia sexual, violencia por razones de género y violencia contra los niños.<sup>146</sup> Tanto la fiscalía como la Sala de Cuestiones Preliminares deberán asegurar la protección y respeto de la intimidad de las víctimas resguardando la información que ponga en peligro a la víctima o la revictimice así como dictando ordenes de detención o comparecencia como medidas cautelares que benefician a la víctima<sup>147</sup>.

Las víctimas no son objetos pasivos ni instrumentos de prosecución, sino sujetos activos en todas las etapas del proceso por lo que:

- 1- Podrán dar información al Fiscal para que éste inicie la investigación contra un individuo.
- 2- Deberán ser informadas de todas las actuaciones llevadas a cabo a lo largo del proceso.
- 3- Deberán ser informadas cuando el Fiscal o el Tribunal Preliminar decida no proceder con la investigación.

---

<sup>144</sup> Artículo 68 inciso 2

<sup>145</sup> Regla 90 de las Normas de Procedimiento

<sup>146</sup> Artículo 54 inciso B Estatuto de Roma

<sup>147</sup> Artículo 57 inciso E Estatuto de Roma

4- Podrán presentar sus puntos de vista y preocupaciones ante la Corte para que sean consideradas en el proceso.<sup>148</sup>

5- Deben ser informadas en el caso en que se reduzca la pena o se otorgue libertad condicional.

El Colegio Penal Internacional por medio de sus afiliados será quien ofrecerá el apoyo legal correspondiente a las víctimas para asegurar su participación legal en el proceso

Su participación deben solicitarla a la Secretaría que la deberá transmitir a la Sala que corresponda.

#### **4) PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS Y TESTIGOS EN GENERAL**

Garantizar la seguridad, bienestar físico y psicológico, la dignidad y la privacidad de víctimas, testigos y familiares es fundamental, por ello la Coalición de Organizaciones no gubernamentales para una Corte Penal Internacional desarrollo una serie de acciones para incluir esta temática a través de todo la normativa de la Corte.

Conforme al artículo 68 del Estatuto de la Corte deberá adoptar medias adecuadas para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas. La dependencia de víctimas y testigos podrá asesorar al Fiscal y a la Corte acerca de las medidas adecuadas de protección, seguridad, asesoramiento y asistencia<sup>149</sup>.

La regla 87 establece el proceso para determinar las medidas de protección. La Sala ha solicitud de la fiscalía, la defensa, de un testigo o de una víctima o de oficio podrá adoptar medidas de protección para las víctimas y testigos y en lo posible recabará el consentimiento de quien sea objeto de la medida. La solicitud deberá estar conforme a la regla 87 inciso 2 .

Las medias podrán ser las siguientes:

- a) Borrar los nombre de las personas del expediente
- b) Prohibición de divulgar información a la fiscalía, defensa o cualquier otro participante
- c) Testimonio se preste por medios electrónicos
- d) Se utilice seudónimo
- e) Se celebre las actuaciones a puerta cerrada.

Es por ello que encontraremos artículos dirigidos a garantizar los derechos de las víctimas tanto en el Estatuto de Roma<sup>150</sup> como en las reglas de procedimiento<sup>151</sup>.

Se asiste a las víctimas y testigos por medio de la Dependencia de Víctimas y Testigos, la cual proveerá medidas protectoras, seguridad, orientación y otros tipos de asistencia a las víctimas, testigos que comparezcan ante la CPI.

El Fiscal, durante la investigación y la prosecución, respetará los intereses y las circunstancias personales de las víctimas y los testigos y tomará las medidas apropiadas, particularmente durante las investigaciones y prosecutions de los crímenes para que se proteja la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la privacidad de las víctimas y testigos.

También el Tribunal Intermedio y el Tribunal de Juicio podrán, si juzgan necesario, proveer la protección y la privacidad de las víctimas y testigos.

---

<sup>148</sup> Artículo 68 inciso 3 del Estatuto

<sup>149</sup> Artículo 68 inciso 5

<sup>150</sup> Artículos 15,36,42,43,53,54,55,56,68,75,79,85 y 93

<sup>151</sup> Artículos 17,18,85,86,87,88,89,90,91,92,93,94,95,96,97,98,y 99

Es obligación de la Corte Penal Internacional proteger la identidad de las víctimas y testigos de la prensa y el público.

En casos particulares, se podrá llevar a cabo el proceso por medios de cámaras e incluso a puerta cerrada.

Todas estas normas están encaminadas a lograr una protección efectiva de la víctima y los testigos durante el proceso

## **5) DIVERSIDAD DE VÍCTIMAS**

Una de las grandes luchas fue el reconocimiento del principio de no discriminación en el derecho de la víctimas.

**Algunos de los aspectos principales que se logró tanto en el Estatuto como en las reglas de procedimiento fueron:**

1. Como ya se mencionó los y las Magistrados(as) de la CPI serán juristas especializados en temas concretos que incluyan, entre otros, la violencia contra las mujeres o los niños igualmente el Fiscal deberá nombrar asesores jurídicos especialistas en temas de violencia sexual.
2. La Dependencia de Víctimas y Testigos deberá proteger y asesorar a los testigos y víctimas con personal especializado en víctimas de traumas, especialmente en los delitos de violencia sexual. La regla 17 de las reglas de procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional deberá tomar en cuenta las necesidades especiales de los niños, niñas, personas de edad y personas con discapacidad.
3. El Fiscal deberá respetar los intereses personales de las víctimas en razón de edad, género, estado de salud y la naturaleza de los crímenes de los cuales fueron víctimas
4. La Corte deberá proteger a los testigos, tomando en cuenta todos los factores pertinentes, incluidos la edad, el género, la salud, el delito por violencia sexual o por razones de género o violencia contra niños y niñas.
5. La Corte y todos sus órganos y funcionarios deberán tener en cuenta las necesidades de los niños y niñas, personas de edad, personas con discapacidad y víctimas de violencia sexual o de género.

## **6) OTORGAR REPARACIÓN A LAS VÍCTIMAS**

¿Qué busca la víctima para reparar el daño causado? Esa es una de las preguntas fundamentales planteadas en el Caucus de Víctimas de la Coalición de ONG's por una Corte Penal Internacional.

Las respuestas fueron muy diversas. Para uno/as la víctima buscaba respuestas a una diversidad de preguntas que solamente el victimario podría responderlas. ¿Porqué yo? ¿Cuál era su intención? ¿Qué fue lo que hice?. Muchos descalificaban estas necesidades de las víctimas al considerar banales. Pero muchos mencionaban que la búsqueda de respuestas es volver a recuperar el sentido del mundo.

Otros de las respuestas a ¿qué busca la víctima? fue la seguridad. La seguridad que no va a volver a pasar o no le va a volver a suceder. Es fundamental evitar la impunidad



ya que rompe con el principio de seguridad que requiere la víctima para su restablecimiento

Otra respuesta hace referencia a la restitución pero difícilmente el mundo en este tipo de crímenes volverá a ser como antes. El objetivo de la restitución por lo tanto no será regresar las cosas al estado anterior al hecho delictivo únicamente podemos otorgar una restitución de un mundo seguro, afectuoso y restablecer el sentido de bienestar social.

También podríamos decir que la víctima busca significado o sentido a lo que sucedió, para incorporarse al mundo más fácilmente después de toda la experiencia horrible que vivió. Para lo cual esta vivencia podrá ser utilizada para construir un mundo mejor donde este tipo de cosas no vuelvan a suceder. Es importante brindar esos espacios a las víctimas donde puedan divulgar lo sucedido, educar a la sociedad de porque sucedió y mantener vivo el recuerdo para que no vuelva a suceder.

Por último se da el reconocimiento del daño es probablemente la necesidad más importante de la víctima. Requiere sentir que la sociedad, la comunidad, el sistema del cual es parte reconozca su dolor y el daño ocasionado.

El artículo 75 de la CPI establece el principio de las reparaciones, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación. El procurar el restablecimiento de la situación que se encontraba la víctima antes del daño como se mencionó es muy difícil pero se contempla como una posibilidad. Para el caso de la indemnización la reparación en sentido estricto de los daños resultantes del ilícito valorados económicamente caso de daño físico y mental, dolores y padecimientos físicos o mentales, pérdida de oportunidades, pérdida de ingresos, gastos, daños a bienes, lucro cesantes o daños morales. Por último se menciona la rehabilitación dirigidos a restablecer su dignidad y su reputación.

El procedimiento de solicitud se establece conforme a la regla 94 de las normas de procedimiento. Esta debe ser por escrito e incluir:

- a) identidad y calidades
- b) descripción del daño o lesiones
- c) hechos
- d) caso de restitución la descripción de ellos
- e) indemnización que se pide
- f) rehabilitación o reparación que se pida
- g) Prueba o documentación

La Corte podrá actuar de oficio solicitando la reparación conforme a la regla 95.

La valoración de la reparación se hará tomando en cuenta la magnitud del daño, perjuicio o lesión y esta podrá ser individual, colectiva o ambas.

Todas estas formas de reparación de darán, ya sea por medio de ordenar a la persona condenada a proveer la reparación o asegurar que existe un fondo que otorgará la misma. Crea de esta manera un fondo fiduciario en beneficio de las víctimas que se compondrá por aportes de las partes y multas, el cual a falta de bienes del ofensor deberá cubrir la reparación a la víctima

El caucos de víctimas trato de cumplir y de esta manera ofrecerles derechos durante el proceso ante la Corte Penal Internacional. Al ser ratificado por el Estado el Estatuto de Roma abre las puertas a reformas de implementación del derecho de las víctimas en los sistemas jurídicos nacionales los cuales deberán asumir mayores responsabilidades en el tema y de esa manera otorgar el lugar que las víctimas les corresponde en los procesos judiciales.

## **Lectura 19**

# **DERECHOS DE LA VÍCTIMA DE LA VIOLENCIA BASADA EN EL GÉNERO**

Charla de Alda Facio  
Seminario sobre la violencia contra la mujer en la familia  
Caracas, Junio 2003

### **INTRODUCCIÓN:**

El desarrollo doctrinal y jurisprudencial de los derechos de la víctima en el proceso judicial es uno de los más importantes avances en el tratamiento de la víctima de la violencia basada en el género. Sin embargo, no ha sido estudiado o aprovechado al máximo por el movimiento contra la violencia hacia las mujeres basada en el género (VBG). Por eso, en lo que sigue, me voy a referir a ese desarrollo con la esperanza de que en el futuro se aplique a las víctimas de la VBG.

Según el derecho internacional de los derechos humanos, los derechos de las víctimas incluyen el derecho a la reparación. Esta reparación incluye tanto el retorno parcial de la víctima al momento anterior a que fue victimizada como la indemnización y su rehabilitación. También la reparación incluye el derecho de la víctima a que el Estado tome todas las medidas necesarias para que no vuelva a suceder lo que le pasó a la víctima. Es obvio entonces que la administración de justicia juega un papel relevante, que no único, en la reparación a la víctima. Por eso es tan importante que la administración de justicia reconozca, proteja y garantice los derechos de las víctimas,

y en especial, los derechos de las víctimas de la VBG que por su naturaleza requiere de instancias y mecanismos específicos.

La reforma de la justicia penal y el fortalecimiento de la justicia constitucional, -fenómenos coetáneos que se manifiestan, por una parte, mediante la autonomía de la jurisdicción constitucional y la reactivación de la función normativa de la Constitución y por otra parte, mediante la reforma de los códigos procesales penales-, pueden sintetizarse en una redefinición de la principal competencia de la administración de justicia: la protección de los derechos humanos.

Ambas iniciativas de cambio pueden ubicarse cronológicamente a mediados de la década de los ochenta, con frutos visibles al inicio de los noventa. Vemos así, que los principios rectores seguidos por los redactores del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988 y las ideas de aquellos juristas que sustraen las competencias de otros niveles jurisdiccionales, o de cortes plenas y las que se concentran en salas o tribunales constitucionales autónomos y supremos, se caracterizan por el afán de tutela de los derechos humanos. Dentro de ese universo, necesariamente aparecen las víctimas.

De ambas vertientes, la constitucional y la penal, derivan cambios importantes incluyentes de un fuerte desarrollo de las garantías constitucionales y en la materia penal, del fortalecimiento del juicio como etapa principal del proceso, la separación estricta de las funciones jurisdiccionales de las de investigación, la etapa preparatoria del juicio a cargo del Ministerio Público que se constituye a su vez, o debiera de constituirse, como superior técnico de la policía judicial, la creación del juez de vigilancia penitenciaria y, por supuesto, la fuerte participación de la víctima y de la sociedad civil en los procesos judiciales.

La inclusión de la víctima como sujeta de derechos dentro del proceso, se apoya en otros fenómenos que, a su vez, propiciaron los cambios apuntados en las materias constitucional y penal, entre las que están la necesidad de proteger y garantizar los derechos humanos de las víctimas y ya no sólo de los acusados o imputados, las exigencias del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y las fuertes críticas a la falta de independencia y corrupción dentro de la administración de justicia en nuestra región.

Para entender lo anterior, a continuación me permitiré hacer referencia a tres aspectos que considero importantes:

1. Breve descripción histórica del papel de la víctima en el proceso judicial;
2. Exigencias de la teoría de los derechos humanos acerca del papel de las víctimas.
3. Algunas respuestas que deben dar los y las involucradas.

#### 1- BREVE DESCRIPCIÓN HISTÓRICA DEL PAPEL DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO JUDICIAL.

La víctima fue el eje central en los mecanismos de solución de disputas que los hombres habían desarrollado antes de la aparición del proceso inquisitivo. Esta situación se mantuvo por muchos siglos, como lo sabemos, y no es sino con la aparición del proceso inquisitivo durante la Santa Inquisición que la víctima dejó de ser importante. Con el desarrollo y perfeccionamiento del proceso inquisitivo se le dio al juez un protagonismo desmesurado.

Al ser el Estado el interesado en castigar al acusado, confiscó para sí los derechos de las víctimas, convirtiéndolas en simples testigos -y ello- siempre y cuando le fuera conveniente al sistema. Ya no importaba el daño producido, ya no importaba intentar retornar la situación al momento previo al acto victimizante -lo que se conoce en doctrina como *statu quo ante*-, lo que interesaba era que el Estado impusiera su

voluntad y satisficiera sus intereses de orden político y no jurídico. En otras palabras, el conflicto se somete a la autoridad del Estado, no porque lesiona los derechos de las víctimas, sino porque lesiona el orden impuesto por el Estado.

Desapareció el concepto de reparación que había prevalecido y la víctima quedó reducida a un rol de informante al servicio de un interés ajeno al propio. La administración de justicia siguió su camino de alejamiento de la gente, o sea de aquellos a los que debía de servir.

Ante los abusos del Poder, aparece la noción de Estado de Derecho que incluye entre muchos otros conceptos la idea de una administración de justicia más acorde con los intereses de la ciudadanía. Por supuesto, su desarrollo no es automático ni lineal con lo que la víctima no ha logrado todavía todo el reconocimiento y garantía de todos sus derechos sino que lentamente la justicia se ha ido reformando para incorporar sus derechos humanos.

Vemos entonces que el problema de la víctima ni es nuevo, ni puede decirse que es un problema que sólo lo sufre la víctima de la VBG. Es un problema actual que está evolucionando muy rápidamente. Por ejemplo, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, las víctimas juegan un papel mucho más importante que en la mayoría de los procesos nacionales y se logró que la Corte tuviera una dependencia de protección a las víctimas, especialmente de delitos sexuales, asesoras en género y juezas/ces especializados en el tema de la violencia basada en el género.

Si bien es cierto que las reformas en la administración de justicia de nuestros países han redundado en la adopción de una forma de toma de decisiones tendentes a la solución de los conflictos sociales por medio de la tutela de los derechos fundamentales del imputado y de la víctima, es importante que esa tendencia se mantenga y que no caigamos en la trampa de querer eliminar derechos de los imputados debido a la frustración que sentimos por la impunidad de que gozan la mayoría de los violadores de los derechos humanos de las mujeres, especialmente en la esfera privada.

Eso sí, si vamos a mantener derechos del imputado tales como la presunción de inocencia, el de igualdad de armas en el proceso, o la indivisibilidad del derecho de defensa, la víctima con base en el principio de balance o simetría procesal, debe poder disponer del derecho de ser informada acerca de los resultados del proceso, de apelar ciertas decisiones judiciales, de intervenir en el juicio no únicamente como testiga/o, sino apersonándose en defensa de sus derechos, a examinar las actuaciones, a contar con asistencia jurídica letrada y a una mayor protección frente a la exposición pública, cuando tal exposición genere un efecto de re-victimización.

En síntesis, la tendencia es a establecer un sistema de justicia efectivamente tutelante de los derechos, tanto de aquellos que parecieran no merecerlos como lo son algunos imputados de acciones altamente lesionantes u ofensivas; de aquellos para los que sin duda todas/os creemos que lo merecen, las víctimas de delitos que son considerados como tales; como de aquellas que en los ojos de muchos, se merecen lo que les sucedió: las víctimas de muchas de las manifestaciones de la VBG.

### III.- AVANCES EN LA TEORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS ACERCA DEL PAPEL DE LAS VÍCTIMAS EN LOS PROCESOS JUDICIALES.

En los últimos años ha habido un incremento considerable de normas internacionales referidas a las víctimas, tanto en los pactos o convenios internacionales de derechos humanos, como en una serie de instrumentos jurídicos y sentencias de las cortes internacionales. Entre los instrumentos que establecen derechos para las víctimas están: los Principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del

abuso del poder; el Conjunto de Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad y; los Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones a las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional de los derechos humanos a interponer recursos y obtener reparaciones.

Por supuesto, también están los instrumentos internacionales que sin dirigirse específicamente a la víctima, establecen derechos humanos que también le son propios a las víctimas. Por ejemplo, están los instrumentos de la ONU que son muy conocidos: la Carta de la ONU, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre los Derechos de los Niños y las Niñas, la Convención contra la Tortura y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. En nuestra región contamos además con la Convención Americana de Derechos Humanos, la reciente Convención Interamericana contra la corrupción, la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura, la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas y, por supuesto, la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

También se está dando una internacionalización creciente de la competencia penal tutelante de los derechos de las víctimas como se demostró en el caso Pinochet, con la aceptación cada vez mayor de la jurisdicción universal y con la reciente creación de la Corte Penal Internacional como ya lo señalé. Por ejemplo, el Estatuto de la CPI regula la especialidad con que deberán contar las personas que interactúan con las víctimas y testigos durante la recepción de prueba y a lo largo del proceso ante la CPI. El art. 42 del Estatuto de Roma indica que la o el Fiscal de la CPI deberá nombrar asesores jurídicos especialistas en determinados temas como, por ejemplo, la violencia sexual, violencia basada en el género y la violencia contra niños y niñas.

Además el Estatuto establece que la o el Fiscal tomará (art. 54) “las medidas adecuadas para asegurar la eficacia de la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes de la competencia de la Corte”, respetando los intereses y circunstancias personales de las víctimas. Otro aspecto importante es que el Estatuto establece la Dependencia de Víctimas y Testigos que tendrá como función el tomar medidas de protección y seguridad para ellas. También dice que esta Dependencia deberá contar con personal especializado para atender a las víctimas de la VBG, entre otras. Además, la CPI reconoce el derecho de la víctima a participar en el proceso judicial, no sólo en calidad de testiga sino como participante activa con intereses propios en los resultados del proceso. Las víctimas poseen el derecho a presentar sus opiniones y observaciones en todas las fases del proceso judicial de una manera que no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial.

La víctima tiene también el derecho a elegir libremente a su representante legal, y cuando hay un gran número de víctimas, el Estatuto y sus reglas de procedimiento y prueba prevén que se les asigne uno o más representantes comunes. Además las víctimas que carezcan de los recursos necesarios para pagar un representante legal podrán recibir asistencia de la corte en la organización de dicha representación, e incluso, podrán recibir asistencia financiera.

Las víctimas también tienen el derecho a la reparación del daño que han sufrido, incluyendo la restitución, la indemnización y la rehabilitación. La Corte tiene la discreción de otorgar reparaciones individuales o colectivas que se convertirán en jurisprudencia que servirá de base para el establecimiento de modelos de reparación a nivel nacional.

El Estatuto de la CPI también prevé el establecimiento de un fondo fiduciario en beneficio de las víctimas de los crímenes de su competencia. Este fondo es un órgano

independiente que trabaja con la CPI en el cumplimiento de las funciones restorativas de la Corte.

El hecho de que los derechos de las víctimas hayan sido incluidos en la CPI es un gran avance en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos pero también de esta relativamente nueva rama del derecho que llamamos derecho de las víctimas. Esta nueva rama del derecho se funda en la idea de que la verdadera justicia no podrá alcanzarse si no se incorporan las voces e intereses de las víctimas en el proceso, si no se reconoce su sufrimiento y si no se intenta resarcir el daño causado. Y por supuesto, para poder incorporar las voces e intereses de todas las víctimas, sean hombres o mujeres, hay que hacer un esfuerzo especial para oír las de las mujeres que debido a siglos de silenciamiento y naturalización de la violencia ejercida contra ellas, no se ven ni entienden a primera vista. Siglos de invisibilización no se borran con sólo crear un espacio para las víctimas en forma neutral. Se requieren medidas especiales para que todos los y las involucrados aprendan a ver y oír las voces e intereses de las invisibilizadas y silenciadas.

Talvez lo más importante con respecto a la CPI y su tratamiento de las víctimas es que los países que han ratificado el Estatuto de Roma, al tener la obligación de cooperar con la CPI, deberán crear todos estos mecanismos para poder cumplir con su obligación.

Todos estos instrumentos conforman un derecho internacional que establece estándares mínimos de tratamiento de los sujetos procesales, incluyendo a las víctimas, voluntariamente asumidos por los Estados y cuyo irrespeto provoca la responsabilidad internacional y, antes que aquella, la responsabilidad nacional de tutela efectiva.

Esta muy rápida y superficial visita a la normativa internacional la hago para demostrar que todos nuestros países están en la obligación de adecuar su legislación, así como la estructura y práctica de su aparato de justicia para reconocer, proteger y garantizar los derechos de las víctimas, incluyendo especialmente los derechos de las víctimas de VBG que por su naturaleza requiere de un tratamiento específico con personal capacitado.

### **3. - RESPUESTA A LAS VÍCTIMAS.**

Como ya mencioné en el apartado anterior, la seguridad y el bienestar de las víctimas está reconocido en el derecho internacional, regional y en casi todos los nacionales. Es decir, hay una inquietud creciente por las víctimas, tanto a nivel nacional como a nivel internacional. Por ejemplo, en 1985, las Naciones Unidas adoptaron la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, donde se encuentra, el acceso a la justicia y al trato justo, la indemnización, la compensación y el auxilio para las víctimas. Es más, los y las profesionales que de algún modo se relacionan con el aparato de justicia de un Estado miembro de la ONU, deben consultar la guía de las Naciones Unidas para profesionales en lo tocante a la puesta en práctica de los Principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (A/CONF.144/20), a fin de hacerse una idea general de las estrategias aplicables a las víctimas de la violencia basada en el género.

A continuación enumero algunas medidas o políticas que el sistema jurídico debe implementar para dar respuesta a las víctimas de la VBG, aunque en relación a las respuestas que deben dar las y los profesionales, me he limitado a mencionar algunas respuestas sólo en relación a la violencia doméstica porque para cada tipo de VBG, habría que dar respuestas apropiadas.

#### **A. Respuestas del sistema jurídico**

Las respuestas del sistema jurídico tienen que evitar nuevos sufrimientos de la víctima y deben tener en cuenta sus temores y su experiencia específica. Entre las respuestas deberían figurar:

- Definir la condición y la posición de las víctimas.
- Aumentar el nivel de protección que ofrece el sistema.
- Facilitar la representación y la participación activa de las víctimas en el proceso.
- Resarcir y rehabilitar a las víctimas.

Es preciso que las y los profesionales estén al corriente de las necesidades de la víctima en materia de seguridad, estabilidad y recuperación del bienestar. Las mujeres, especialmente las que han sido víctimas de la violencia doméstica o del abuso sexual incestuoso tienen una amplia gama de necesidades: alojamiento, ingresos, atención a los niños, apoyo emocional, etc.

En el caso de la violencia doméstica o el abuso sexual incestuoso, es probable que el agresor siga teniendo considerable contacto con la víctima, lo que genera un riesgo de venganza o de manipulación. Por eso el sistema judicial debe evitar los sufrimientos subsiguientes de la víctima con reformas y medidas que:

- Mejoren la orientación que se le da a la víctima.
- Proporcionen a la víctima información sobre la ley, la asistencia legal, el alojamiento de emergencia y las líneas telefónicas de urgencia.
- Proporcionen a la víctima información acerca de la evolución del caso y el paradero del agresor (a fin de que pueda protegerse a sí misma y a las y los miembros de su familia).
- Faciliten asistencia letrada a la víctima.
- Hagan uso efectivo de las condiciones de fianza para la libertad condicional y de órdenes de protección.
- Suministren alojamiento seguro de emergencia a las mujeres.
- Implemente procedimientos de reunión de pruebas respetuosos de la situación de la víctima.
- Aceleren el proceso judicial.
- Alteren determinadas prácticas discriminatorias de los tribunales.
- Permitan la intervención de la víctima en el proceso jurídico.
- Manifiesten con firmeza que la comunidad no acepta el comportamiento violento.
- Tomen en consideración los riesgos al determinar la sentencia y las alternativas de tratamiento.

### B. Respuesta de los profesionales (para los casos de la violencia doméstica.)

Los profesionales de todas las disciplinas que estén en contacto con víctimas potenciales, incluyendo a los y las juezas, deben recibir capacitación para que puedan reconocer las señales y secuelas de la violencia doméstica. También precisan saber cuáles son los pasos apropiados para abordar el problema. La primera fase de la intervención práctica es darse cuenta de que se está ante un caso de VBG. El paso siguiente es decidir un curso de acción.

En la práctica, los agentes de policía son a menudo el último recurso para la víctima de la violencia doméstica. En primer lugar, la víctima busca respaldo en la familia o los amigos. En algunos casos, la mujer habla a mujeres que forman parte de agrupaciones de mujeres. Luego quizá se siga un canal más formal; por ejemplo, hablar con un sacerdote o un pastor. Después, la mujer quizá busque la ayuda de enfermeras,

doctores o trabajadores sociales. La policía sólo se verá involucrada si la violencia es muy grave y se repite.

En la pauta mencionada es esencial que, además del personal de policía, otras personas reciban capacitación para sensibilizarlas a las necesidades de la víctima y para que puedan proporcionarle la información apropiada.

Comprender la situación y los sentimientos de la víctima de la violencia doméstica puede ayudar a que los profesionales brinden valiosa asistencia. La víctima de la violencia doméstica ha sufrido intimidación física, emocional o verbal. Como consecuencia es posible que sienta:

- Miedo
- Estrés y conmoción síquica muy agudos
- Daños en su amor propio
- Ansiedad y depresión
- Aislamiento y dependencia
- Dudas y reproches que se plantea a sí misma
- Incertidumbre y ambivalencia
- Sensación de culpabilidad
- Menoscabo de la capacidad decisoria
- Sentimientos de desesperanza
- Sentimientos de impotencia.

Es importante que las y los profesionales reconozcan que las víctimas de la violencia y el maltrato necesitan apoyo práctico y emocional para recuperarse. Los elementos de una intervención profesional que le restituya la fortaleza a la víctima son, entre otros:

**a) Recursos materiales:**

- Alojamiento y vivienda seguros.
- Atención a las y los niños.
- Acceso a los servicios de la comunidad.

**b) Apoyo emocional:**

- Asesoramiento (a corto y a largo plazo).
- Ejercicios para recuperar el respeto a los demás.
- Sesiones para recuperar su amor propio y la seguridad en sí misma.
- Cursos de aptitudes parentales.
- Participación en grupos de autoayuda y/o respaldo.

**c) Defensa y asistencia jurídica práctica sobre:**

- Comunicación con los hijos y custodia.
- Cuestiones de propiedad.
- Respaldo financiero.
- Prestación de asistencia social.

Los y las profesionales no deben olvidar que, a menudo, una víctima que pide socorro está avergonzada, humillada y atemorizada y se siente responsable de la violencia. La víctima necesita consejo y respaldo que deben destinarse a reconstruir su fortaleza. Es posible que haya que convencerla de que no está sola, de que otras muchas mujeres han pasado por experiencias parecidas, de que lo que sucedió no es un reflejo de sí misma y, sobre todo, de que el maltrato no es culpa suya. Es esencial comunicar a la víctima de la violencia doméstica que de ninguna manera es responsable de la violencia del marido.

Las y los profesionales deben animar a las mujeres a que, al ritmo que les convenga, adopten sus propias decisiones. Como la seguridad de ella es un concepto prioritario,



las y los profesionales pueden prestar una verdadera ayuda a una mujer si le ofrecen diversas opciones. No deben obligar a la mujer a aceptar sus propios valores o decisiones, ni deben juzgarla por las decisiones que adopte.

Los consejeros y otros profesionales no deben partir de que la mujer contribuye a la violencia ni deben insinuar que con la violencia se beneficia de alguna manera, pues, si lo hacen, promoverán la revictimización porque las excusas que reciban enmascararán la realidad. Los profesionales deben cuidarse mucho de no echar la culpa a la víctima. Por ejemplo, el psicoanálisis tradicional a menudo culpa a la víctima del maltrato por su papel de esposa sumisa del agresor o por su papel de madre protectora de un hombre que ha cometido una agresión. Esta forma de enfocar el problema se centra en la personalidad de la víctima y no tiene en cuenta para nada el comportamiento violento del agresor.

A menudo, las y los profesionales que de alguna manera tienen relación con una mujer agredida, ejercen presión sobre la víctima para que busque asesoramiento matrimonial o siga terapias familiares. Esto es contrario a los derechos de la víctima ya que buscando las causas únicamente en el matrimonio o en la familia puede muy bien hacer que la mujer se vea en peligro de sufrir más actos de violencia. Otro aspecto negativo del asesoramiento matrimonial es que, de forma sutil, se considera que la mujer es responsable de parte de la violencia; es posible incluso que se sugiera a la mujer agredida que es cambiando ella de comportamiento que quizá se pudiera poner fin a la violencia.

El planteamiento tradicional de la violencia doméstica es problemático. A menudo se echa la culpa a la víctima o se la implica en la agresión; se estima que tiene una personalidad anormal, y no se considera como cuestión fundamental, la seguridad de la víctima. Se estima que el origen del problema se debe al individuo o a la relación. A menudo se considera que la violencia es un problema psicológico, y no un problema delictivo. Generalmente no se da un contexto social a la violencia que ha sufrido la víctima y por lo tanto no se facilita el camino de la reparación. Hay que tener presente que la violencia contra la mujer sólo se sostiene en un entorno cultural, social y político represivo e injusto aunque formalmente se llame una democracia. Si los derechos humanos de la mujer no se ejercen plenamente en todos los rincones del mundo, la Declaración Universal de Derechos Humanos pierde su importancia y las medidas para que prevalezca la justicia se convierten en mera retórica. Así pues, aplicar efectivamente la normativa internacional en lo relativo a los derechos humanos universales de la mujer significa velar por la protección de la mujer contra la violencia y por su acceso a la justicia cuando ha sido víctima de cualquier forma de violencia. Pero como ya lo insinué, la desigualdad entre los géneros/sexos y la discriminación contra la mujer son importantes obstáculos para que las mujeres accedan a la justicia u obtengan de ella lo que necesitan. Aunque hay que estudiar con atención todos los obstáculos que impiden el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de cualquier delito, creo que los siguientes factores, arraigados en el sistema patriarcal que está en la base de todas las sociedades de nuestro planeta, incrementan la falta de acceso de la mujer víctima de violencia de género:

- El hecho de que el concepto mismo de justicia es androcéntrico;
- Los prejuicios sexistas de las instituciones judiciales, legislativas y policiales;
- Las discrepancias e incompatibilidades entre los múltiples sistemas normativos;
- La falta de autonomía económica de las mujeres, aún de las mujeres casadas con hombres ricos y poderosos;

- El desconocimiento de las mujeres de sus derechos humanos y su analfabetismo legal y judicial;
- La falta de más mujeres en los despachos judiciales y policiales;
- La misoginia y actitudes peyorativas hacia las mujeres, la falta de credibilidad en sus palabras y dichos y las prácticas que las culpabilizan por la violencia sufrida;
- La feminización de la pobreza producida por la globalización neoliberal;
- La falta de conocimiento entre los profesionales del derecho sobre la teoría de género y en especial, sobre la VBG;
- El miedo y las inhibiciones que sufren las mujeres en sus demandas, especialmente ante la policía o el poder judicial;

Como se desprende de lo anterior, el acceso a la justicia de las víctimas de violencia doméstica es principalmente una cuestión de voluntad y determinación políticas pero también requiere desarrollar más el nuevo derecho de las víctimas, en especial, desarrollarlo en el marco de los derechos humanos con perspectiva de género. Esto significa que el promover el desarrollo de esta nueva rama del derecho es una responsabilidad de los gobiernos, los parlamentos, y del poder judicial y demás instituciones pertinentes. El acceso a la justicia de las mujeres debe estudiarse junto con la cuestión del cumplimiento de las normas por los Estados y de su rendición de cuentas. Mejorar el acceso de las mujeres a la justicia así como la justicia que se imparte, debe abordarse en diferentes niveles o esferas, empezando por la ratificación de los convenios internacionales, la armonización del ordenamiento jurídico interno con el derecho internacional, la capacitación de abogadas/os y juezas/ces en el derecho basado en los tratados, estudiando debidamente las recomendaciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer. Esto implica la adopción de medidas especiales correctivas de carácter temporal que permitan rectificar las desventajas y desigualdades enraizadas históricamente, la indemnización a las víctimas de actos de violencia por los daños sufridos, la creación de recursos judiciales que ofrezcan alternativas a las mujeres víctimas para que no tengan que permanecer en relaciones abusivas, la elaboración de programas de protección a las víctimas y a las y los testigos, etc.

Pero ninguna de estas medidas surtirá los efectos deseados si no se revalora el papel que han desempeñado las mujeres históricamente y si no se desvincula la masculinidad de la dominación, la violencia y uso opresivo de la fuerza. Esto significa repensar los roles femeninos y masculinos, la reproducción humana y la producción de bienes, para realmente valorar todo lo relacionado con el cuidar y nutrir la vida.

## **Lectura 20**

# **LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS VÍCTIMAS**

**Ana Virginia Calzada Miranda**

### **INTRODUCCIÓN**

El desarrollo doctrinal y jurisprudencial de los derechos de la víctima en el proceso es, desde mi punto de vista, uno de los más importantes aportes del movimiento conocido en América Latina, como "la reforma judicial". Sin embargo, ha sido uno de los menos destacados. Tal como lo han afirmado algunos tratadistas de la reforma, la impunidad extendida en el tiempo, la detestable dominación del victimario sobre la víctima y la falta de independencia judicial fueron, precisamente, las que motivaron, en su origen, esa reacción social e institucional tendente a rescatar un desempeño mucho más efectivo de los sistemas de justicia.

Creo, asimismo, que únicamente la justicia genera la posibilidad de re-escribir la historia y de reducir efectivamente el dolor y el impacto producido por un ilícito.

Es dentro de estas dos perspectivas, la reforma vista como el nacimiento de un nuevo catálogo de derechos tanto para indiciados como para víctimas, y la justicia como única vía de retorno parcial al momento anterior a aquél en que una persona fue victimizada, que en esta ocasión me referiré al tema que nos convoca.

La reforma de la justicia penal y el fortalecimiento de la justicia constitucional, - fenómenos coetáneos que se manifiestan, por una parte, mediante la autonomía de la jurisdicción constitucional y la reactivación de la función normativa de la Constitución y por otra parte, mediante la reforma de los códigos procesales penales-, pueden sintetizarse en una vigorosa retoma de la principal competencia de la justicia: la protección de los derechos humanos fundamentales.

Ambas iniciativas de cambio, pueden ubicarse cronológicamente a mediados de la década de los ochenta, con frutos visibles al inicio de los noventa.

Vemos así, que los principios rectores seguidos por los redactores del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988 y las ideas de aquellos juristas que sustraen las competencias de otros niveles jurisdiccionales, o de cortes plenas y las concentran en salas o tribunales constitucionales autónomos y supremos, se caracterizan por el afán de tutela de los derechos fundamentales de todas las personas. Dentro de ese universo, necesariamente aparecen las víctimas.

De ambas vertientes, la constitucional y la penal, revitalizadoras de lo que me gusta llamar "cultura" de Estado Democrático y Social de Derecho, derivan cambios importantes incluyentes de un fuerte desarrollo de las garantías constitucionales y en la materia penal, del fortalecimiento del juicio como etapa principal del proceso, la separación estricta de las funciones jurisdiccionales de las de investigación, la etapa preparatoria del juicio a cargo del Ministerio Público que se constituye a su vez, o debiera de constituirse, como superior técnico de la policía judicial, la creación del juez de vigilancia penitenciaria y, sin duda, también, lo dicho, la fuerte participación de la víctima y de la sociedad civil en los procesos judiciales.

Esta inclusión de la víctima como sujeto de derechos dentro del proceso, tiene que ver o se apoya en otros fenómenos que, a su vez, propiciaron los cambios apuntados en las materias constitucional y penal, me refiero a la transformación parcial de la democracia representativa en democracia participativa, las exigencias de la globalización y a las fuertes críticas acerca de una justicia lejana, "encastillada" y con el rótulo dirigido hacia dentro de las organizaciones.

Me referiré en los próximos minutos a cada una de estas causas o concausas e intentaré establecer su relación con el nuevo rol de la víctima y con una tutela más efectiva de sus derechos fundamentales.

De previo a analizar las causas a las que atribuyo, en parte, el nuevo rol de la víctima y a pesar de haber sugerido, en consecuencia, que es de manera reciente que aparece la víctima como verdadero sujeto de derechos procesales y de derechos fundamentales de fondo, creo justo con la reflexión doctrinal previa, que recordemos, lo afirmado por el experto argentino Julio Meir cuando dice que "cuando se habla de la víctima en el Derecho Penal o del ofendido en el Derecho Procesal Penal, no sólo se tiene la impresión de ser impulsado por una nueva ola político criminal, sino, además, que esa corriente de opinión se ha formado en el mundo moderno, y más aún que asistimos a un debate que está comenzando, que de manera alguna se ha agotado". Y, sin embargo, agrega de forma muy acertada el Profesor Meir "a pesar que la impresión es correcta, porque se trata del tema de moda de la política judicial, no se puede afirmar sin un estudio del desarrollo evolutivo, que la víctima esté por primera vez en un plano sobresaliente de la reflexión jurídica".

Introducido el tema de esta forma, estructuro a renglón seguido esta muy breve presentación acerca de los derechos fundamentales de las víctimas de la siguiente forma:

- I.** Breve descripción histórico-jurídica del papel de la víctima en el proceso judicial;
- II.** Efecto de la transformación de la democracia en el rol de la víctima y en la tutela de sus derechos; y
- III.** Exigencias de la globalización acerca del papel de las víctimas.

#### **I. BREVE DESCRIPCIÓN HISTÓRICO-JURÍDICA DEL PAPEL DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO JUDICIAL**

Asumo que mis compañeros de mesa habrán de referirse a este tema y sin duda lo harán con mucho mayor propiedad que yo; sin embargo, debo hacer una ligera descripción histórica que me permita encimar en ella, lo que propongo como algunas de las causas menos desarrolladas del renacer del rol de la víctima.

Cuando la composición era el mecanismo único de solución de disputas, la víctima constituía el eje central del proceso. Esta situación se mantuvo por muchos siglos, como lo sabemos, y no es si no con la funesta aparición del proceso inquisitivo, que se remueve tal eje de importancia y se le da al juez un protagonismo desmesurado.

Al darse este traslado, los derechos de las víctimas desaparecieron y se tornaron en graciosas o caprichosas concesiones, que terminaron convirtiendo a la víctima en simple testigo -y ello- siempre y cuando le fuera conveniente al sistema.

Ya no importaba el daño producido, ya no importaba intentar retornar la situación al momento previo al acto victimizante -lo que se conoce en doctrina como statu quo ante-, lo que interesaba era que el Estado, para el efecto el Rey dictador y autárquico,

impusiera su voluntad, satisficiera sus intereses -intereses, por lo demás, de orden político y muy lejanos de lo jurídico y en claro choque con propósitos de establecer justicia en un asunto determinado.

Es así, entonces, que al desaparecer el concepto de reparación que durante el reinado de la composición había prevalecido, la víctima vio con tristeza y con desesperación, limitado su rol al de informante al servicio de un interés ajeno al propio; de esta forma la justicia iniciaba su camino de alejamiento de la gente, o sea de aquellos a los que debía de servir, de aquellos quienes, al fin y al cabo, la pagan. Ante estos abusos y desvíos aparece el concepto de Estado de Derecho, sin embargo ni el concepto nace completo ni el desarrollo del mismo es lineal y por ello la víctima, logra el rescate parcial de sus derechos fundamentales de manera muy lenta. Recordemos que el concepto de Estado de Derecho apareció originalmente como un intento de organizar ideas y valores tendentes a transformar en inválidos al Estado-Policía y a la voluntad absolutista del rey juez como única fuente, de la jurisprudencia y de la ley. Habiendo superado una serie de fases de controversia acerca de la adjetivación de democrático y social del concepto, hoy parece existir un acuerdo en la doctrina de que, en palabras de Manuel García Pelayo: "la jurisdicción constitucional es la culminación del proceso evolutivo del concepto de Estado de Derecho. El desarrollo lógico y el perfeccionamiento técnico de tal concepto no sólo exigen la sumisión del quehacer de la Administración a la legalidad, sino también a la constitucionalidad de la legislación misma. El sentido de la jurisdicción constitucional es precisamente garantizar la tutela de los derechos fundamentales y garantizar que el ejercicio de las funciones del Estado no se desvíe de las normas constitucionales que las disciplinan".

Vemos entonces que el problema de la víctima no es nuevo, aunque sin duda es un problema actual. Dos manifestaciones muy claras de que es un asunto de alto nivel de interés actual para la mejor doctrina constitucional y penal es que, por una parte, la victimología se ha constituido en una rama científica independiente, -nos honra en estas jornadas la presencia de la señora presidenta de la asociación respectiva de la República Argentina, y que por otra parte, los procesos de despenalización, tanto aquellos provenientes del minimalismo como los del abolicionismo y el diversionismo, aunque no traten de hacer re-ingresar la reparación a la víctima, efectivamente intentan reemplazar la pena por otras soluciones que mejoran el sistema de tutela de los derechos de las víctimas.

## II. EFECTO DE LA TRANSFORMACIÓN DE LA DEMOCRACIA EN EL ROL DE LA VÍCTIMA Y EN LA TUTELA DE SUS DERECHOS

La democracia tiene nuevos significados y posibilidades de acuerdo con las experiencias de cada país. Las tradiciones democráticas incluyen un amplio repertorio social de creencias, procesos y de construcción de estructuras institucionales muy difíciles de definir de manera sintética e imposibles de suponer idénticas entre países de una región como la latinoamericana; ello a pesar de que nuestros países se hallen muy próximos en sus orígenes históricos o en su pertenencia a una misma familia jurídica.

Ahora bien, a pesar de tal diversidad, en su proceso de formación, las democracias poseen elementos comunes que, a la vez, se constituyen en sus límites y en elementos esenciales de su composición.

Para efectos de esta breve presentación, y en consecuencia sin pretensión exhaustiva, podemos citar cuatro de estos límites o elementos esenciales: (a), el respeto a las libertades y a los derechos fundamentales y el compromiso con las responsabilidades individuales; (b), el respeto a la idea de soberanía, de igualdad política de las naciones y de la capacidad inteligente de seleccionar a cuales procesos de integración

global conviene adherirse, ello no como obstáculo de naturaleza ideológica sino como elemento práctico a tomar en cuenta para una efectiva y justa globalización; (c), la apertura a la participación razonable, respetuosa y activa de todos los individuos en los procesos de toma de decisiones, sea mediante los tradicionales mecanismos de representación o los innovadores mecanismos de participación y (d), el ejercicio pleno de lo que antes denominé una "cultura" de Estado Democrático y Social de Derecho.

En relación con el respeto a las libertades y al compromiso con los derechos fundamentales y responsabilidades individuales, podemos establecer un directo vínculo con el rescate de los derechos de las víctimas por cuanto, como lo indiqué en la introducción, la impunidad perpetúa el dominio del victimario sobre la víctima.

Permítanme explicarme: no existen derechos para una persona sin su correlativa responsabilidad o derecho simétrico.

Al concederse derechos al imputado tales como la presunción de inocencia, el de igualdad de armas en el proceso, o la indivisibilidad del derecho de defensa, la víctima con base en el principio de balance o simetría procesal, debe poder disponer del derecho de ser informado acerca de los resultados del proceso, de apelar ciertas decisiones judiciales, de intervenir en el juicio no únicamente como testigo, sino apersonándose en defensa de sus derechos, a examinar las actuaciones, a contar con asistencia jurídica letrada y a una mayor protección frente a la exposición pública, cuando tal exposición genere un efecto de re-victimización.

Con respecto al ejercicio pleno de la cultura de Estado de Derecho, la víctima, desde mi punto de vista, es aquella persona que representa en un proceso no solo a la sociedad civil ya agredida por otra persona o por el Estado, sino, también, a la potencialmente agredida. Esta doble condición representativa de la víctima implica no solo la obligación de tutela de derechos fundamentales ya violentados, sino la obligación de generar políticas judiciales que reduzcan la posibilidad de tales violaciones hacia futuro.

Es de esta forma que uso el término de "cultura de Estado de Derecho"; incluyo en él una dimensión inteligente de naturaleza preventiva y no únicamente aquella estrictamente correctiva.

Manteniendo la perspectiva del contexto político de nuestras naciones, debemos aceptar que la declaración de emergencia del sistema judicial es relativamente reciente, no pasará de quince o veinte años.

El proceso de reforma, en consecuencia, se inicia de forma paralela o como consecuencia del advenimiento del modo de vida democrático en una gran cantidad de países de la región o del fortalecimiento de la democracia participativa, -permítanme aclarar que me refiero a esto último de forma muy diferente a la utilizada por las voces populistas que estamos oyendo en los últimos meses. Hablo de democracia participativa, en el sentido que la sociedad civil toma en sus manos aquellas responsabilidades que le corresponden, que dejan de responsabilizar cómodamente a los gobiernos por decisiones, o consecuencias de tales decisiones que ellos habrían tomado o habrían delegado; me refiero a tal participación siempre dentro del límite de la racionalidad y la legalidad-. Los gobiernos autoritarios, paternalistas y aquellos populistas, no permiten la expresión fiel de la conflictividad social y la callan o esconden mediante represiones, postergaciones u ofertas incumplibles. En este sentido, desafortunadamente, la administración de la justicia constitucional y penal no ha sabido establecer límites al abuso de poder, abuso que siempre genera víctimas de algún tipo, la colectiva o difusa o la singularizada. Aún peor, en algunas ocasiones tales administraciones de justicia, ya no por omisión sino por complicidad forman parte de los instrumentos de violación de los derechos fundamentales.

La irrupción del modo de vida democrático significa la adopción de una forma de toma de decisiones tendentes a la solución de los conflictos sociales y plenamente tutelantes de los derechos fundamentales del imputado y de la víctima, de forma tal que tales decisiones judiciales logren mediar entre el poder y los ciudadanos y entre los propios ciudadanos.

En síntesis, esta nueva realidad política de la gobernabilidad democrática reclama un sistema de justicia efectivamente tutelante de los derechos, aún de aquellos que parecieran desde la perspectiva social no merecerlos como lo son algunos imputados de acciones altamente lesionantes u ofensivas, y de aquellos para los que sin duda todos creemos que lo merecen, las víctimas. Hay un claro reclamo de participación de estas últimas; ejemplos de este activismo judicial reglado lo vemos en el auge de la tendencia a agruparse, de víctimas o de personas interesadas en la protección de intereses difusos. Estas participaciones se han hecho tan evidentes que es raro hoy ver en América Latina, un proceso en contra de alguna personalidad política, militar o policial que no esté impulsada por la familia de la víctima o por alguna asociación o grupo de personas.

### III. EXIGENCIAS DE LA GLOBALIZACIÓN ACERCA DEL PAPEL DE LAS VÍCTIMAS

En los últimos años se ha visto no sólo una multiplicación de normas internacionales referidas a las víctimas, ya en la forma clásica de los pactos de derechos humanos, ya en una serie muy compleja de instrumentos jurídicos, sino que se ha visto la necesidad que los tribunales nacionales apliquen tales normas.

Los instrumentos clásicos son muy conocidos; me refiero, dentro de otros, obviamente a la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre los Derechos de los Niños y las Niñas, y la Convención contra toda forma de discriminación contra la mujer. Fuera del ámbito de las Naciones Unidas también contamos con la Convención Americana de Derechos Humanos, la reciente Convención Interamericana contra la Corrupción, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura y la referida a las desapariciones forzadas de personas.

Asistimos también a una internacionalización creciente de la competencia penal tutelante de los derechos de las víctimas como se demostró en el caso Pinochet.

Esta muy rápida y superficial visita a la normativa internacional tiene la virtud de mostrarnos que todos nuestros países se encuentran interrelacionados y eso significa por un lado la creación de un compromiso mutuo y, por otro lado, la formalización de ciertas normas mínimas que unen nuestras concepciones del Derecho y de la Justicia.

En síntesis, todos estos instrumentos nos informan acerca de la existencia de cierto nivel de un derecho común de la humanidad, que sin negar las diferencias culturales y de tradiciones, nos reconocen como parte de una misma familia humana. Familia ésta, que incluye necesariamente a los imputados y a las víctimas.

Es así que este derecho global establece estándares mínimos de tratamiento de estos sujetos procesales, voluntariamente asumidos por los estados y cuyo irrespeto provoca la responsabilidad internacional y, antes que aquella, la responsabilidad nacional de tutela efectiva.

Concluyo de todo lo dicho, que como producto de la reforma judicial, de los principios de la gobernabilidad democrática, de la globalización, la figura de la víctima y sus

derechos han concurrentemente, con la doctrina actual en la materia y los movimientos asociacionistas, fortalecidos de forma muy importante.

Concluyo también, que este fortalecimiento implica correlativamente un mandato a los sistemas de justicia de proteger tales derechos, protección que debe ser privilegiada por cuanto existe una deuda secular de todos nosotros, sociedad civil humana, para con las víctimas.

Finalmente, deduzco que esta ampliación de los sujetos tutelados por el sistema, fortalece y enriquece, sin duda alguna, la concepción de Estado de Derecho, el que a su vez permitirá un desarrollo humano mucho más justo e integral y, por lo tanto, mucho más sostenible.