

# DERECHOS HUMANOS Y MUJERES: TEORÍA Y PRÁCTICA

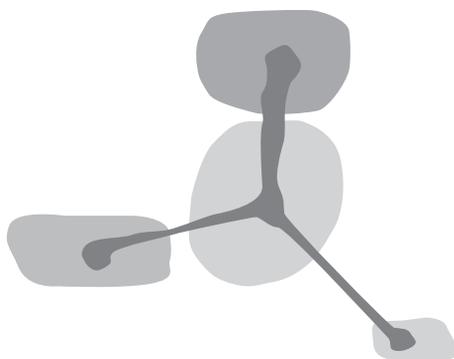
Nicole Lacrampette P. (Editora)  
Claudio Nash R. (Estudio introductorio)

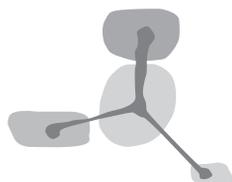
Mónica Arango O.  
Mariano Fernández V.  
Lorena Fries M.  
Catalina Lagos T.  
Patricia Palacios Z.  
Óscar Parra V.  
Claudia Sarmiento R.  
Yanira Zúñiga A.

# DERECHOS HUMANOS Y MUJERES: TEORÍA Y PRÁCTICA

Nicole Lacrampette P. (Editora)  
Claudio Nash R. (Estudio introductorio)

Mónica Arango O.  
Mariano Fernández V.  
Lorena Fries M.  
Catalina Lagos T.  
Patricia Palacios Z.  
Óscar Parra V.  
Claudia Sarmiento R.  
Yanira Zúñiga A.





**Universidad de Chile**  
**Facultad de Derecho**  
**Centro de Derechos Humanos**

**Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica**

**Editora**

Nicole Lacrampette P.

**Autores/as:**

Mónica Arango O.  
Mariano Fernández V.  
Lorena Fries M.  
Nicole Lacrampette P.  
Catalina Lagos T.  
Claudio Nash R.  
Patricia Palacios Z.  
Óscar Parra V.  
Claudia Sarmiento R.  
Yanira Zúñiga A.

**Diseño y Diagramación:**

Maudie Thompson

Registro de Propiedad intelectual: N° 234923  
ISBN: 978-956-19-0833-8

**Impresión:**

Andros Impresores  
Santa Elena 1955, Santiago  
Teléfono-fax: 2555 62 82 - 2556 96 49

Impreso en Chile  
Se imprimieron de esta edición 500 ejemplares

# CONTENIDOS

_____	7
_____	9
_____	13
_____	33
_____	69
_____	113
_____	147
_____	181
_____	211
_____	251
_____	277
_____	339

## PRESENTACIÓN

El Centro de Derechos Humanos (CDH) es una institución académica de alcance regional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, cuya misión es promover los derechos humanos y el fortalecimiento de las democracias en América Latina. Para cumplir con nuestro mandato desarrollamos actividades de investigación, docencia y de articulación de redes.

El CDH desarrolla su trabajo mediante dos Programas: “Democracia y Derechos Humanos” y “Mujeres, Género y Derechos Humanos”.

El Programa Mujeres, Género y Derechos Humanos se dedica especialmente al avance y promoción de los derechos de las mujeres y de las sexualidades diversas en América Latina. Sobre la base del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las teorías feministas, el Programa busca contribuir, desde la academia, a la construcción de una sociedad igualitaria a través del estudio de los fenómenos de exclusión que enfrentan las mujeres y las personas LGBTI (lesbianas, gays, personas trans, bisexuales e intersex) en la región. Asimismo, el Programa trabaja en el fortalecimiento de las capacidades, impacto y estrategias de incidencia de las instituciones del Estado y del movimiento de mujeres y de derechos humanos.

El Programa surge de la experiencia del Centro de Derechos Humanos en la enseñanza de posgrado sobre la teoría y práctica de los derechos humanos de las mujeres, dirigida principalmente a profesionales del Derecho de países latinoamericanos. Actualmente, el Programa desarrolla tres áreas prioritarias de trabajo e investigación: *Mujeres y Democracia*, que pretende, en un sentido amplio, hacer un aporte académico al debate sobre el déficit democrático que supone para nuestra región la discriminación estructural que sufren las mujeres en las diversas esferas de poder, tanto público como privado; *Género y Sexualidades*, que busca explorar la intersección de género y sexualidad en el fenómeno de discriminación y en el goce y ejercicio de los derechos de las mujeres y sexualidades diversas en América Latina; y *Monitoreo e Incidencia*, dedicada al estudio y seguimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su incorporación o integración a los sistemas normativos nacionales desde una perspectiva feminista. Asimismo, se busca la identificación de estrategias jurídicas que permitan avanzar en los derechos de las mujeres y las personas LGBTI en la región.

Para avanzar en estos objetivos, el Programa Mujeres, Género y Derechos Humanos ofrece formación especializada a profesionales de la región y proporciona, en forma permanente, seguimiento y apoyo docente a los organismos nacionales y regionales dedicados a temas afines a sus áreas de trabajo. El Programa, además, desarrolla líneas de investigación sobre estos tópicos y trabaja activamente en el afianzamiento de redes regionales en las distintas áreas que componen su ámbito de acción, principalmente a través del proyecto “Iniciativa Latinoamericana para el avance de los Derechos Humanos de las Mujeres”.

En el marco de sus actividades de formación, el Programa ha organizado el diploma de postítulo “Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica”, que se imparte desde el año 2003. Su principal objetivo es capacitar a abogadas y abogados de Latinoamérica en el uso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos para la adecuada defensa nacional e internacional de casos que tengan en su base la discriminación en razón del sexo o género. Este programa también busca otorgar a sus estudiantes la oportunidad de formar o vincularse a redes de profesionales,

académicos/as, activistas y oficiales públicos/as de la región, además de generar un espacio de sistematización de jurisprudencia y experiencias de defensa de casos en materia de derechos humanos de las mujeres, formando así una comunidad jurídica regional comprometida con su promoción y avance.

Hasta el año 2013 se han dictado diez versiones regionales de este diploma de postítulo y tres versiones *in situ* (en México, Colombia y Centroamérica). En total, el programa cuenta con más de 300 abogadas y abogados graduadas/os. Esto no habría sido posible sin el apoyo de muchas personas e instituciones comprometidas con el avance y promoción de los derechos humanos de las mujeres. Por ello, queremos agradecer al Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, Banco Mundial, Foundation Open Society Institute, Fundación Ford, Gobierno de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores de Noruega, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, The John Merck Fund, The Overbrook Foundation, The Sigrid Rausing Trust y a UN Women.

Agradecemos, además, el apoyo de la Embajada de Suiza en Chile y de The Sigrid Rausing Trust, que han financiado la producción de esta publicación. Aclaramos, en todo caso, que los contenidos de este libro son de exclusiva responsabilidad de sus autores/as.

**Claudio Nash Rojas**

Director del Centro de Derechos Humanos

**Catalina Lagos Tschorne**

Coordinadora del Programa “Mujeres, Género y Derechos Humanos”

## PRÓLOGO

Los libros se independizan de sus autores. Eso es un lugar común. Cada lectora o lector abrirá este libro trayendo sus propias preguntas y lo leerá a la luz de sus experiencias y conocimientos previos. Cada persona va a subrayar distintos pasajes y sacará ideas que después compartirá o aplicará en su trabajo. Quizás algún párrafo remitirá a un ámbito más personal de la propia vida y será atesorado como un aprendizaje significativo.

Pero antes de dejar en manos de las y los lectoras/es el futuro de este libro, me gustaría contarles algo sobre la historia que lo acompaña. El texto recoge los contenidos centrales que el Centro de Derechos Humanos (CDH) imparte anualmente en el Diploma Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica. Cuando leía el borrador para hacer este prólogo, cada capítulo fue trayéndome los recuerdos de alguna de las muchas clases del diploma en las que participé durante los años en que fui directora del Programa Mujeres del CDH y posteriormente como profesora invitada. Quienes colaboran en este libro han sido también profesores del curso en Chile (Lorena Fries, Yanira Zúñiga) o en sus versiones *in situ* (Oscar Parra, en Costa Rica), han sido sus alumnas (Catalina Lagos, quien hoy es la actual coordinadora del Programa Mujeres) o parte del equipo académico del CDH (Patricia Palacios, Claudia Sarmiento, Mariano Fernández Valle y Nicole Lacrampette). Mónica Arango, por su parte y en representación del Centro de Derechos Reproductivos, ha organizado junto al CDH el diploma avanzado sobre Estrategias Jurídicas de Incidencia para el Avance de los Derechos de las Mujeres, para el que también viaja a enseñar a Chile. No pude evitar ir acompañando la lectura con las voces y la gestualidad de los/as autores/os y revivir el ambiente de las clases. Reconocí en el texto muchas ideas que discutimos apasionadamente con nuestras/os estudiantes. Más que una experiencia tradicional de lectura, me sentí revisando un video de los recuerdos de un viaje de aprendizaje y crecimiento personal que hice acompañada de gente querida. Creo que las y los cientos de ex alumnas/os del Diploma podrán gozar de este agregado nostálgico que el libro trae como un regalo secreto.

Creo, sin embargo, que todas aquellas lectoras/es que se sientan convocadas/os por el desafío del avance de los derechos humanos de las mujeres van a compartir la complicidad propia de los afectos y los ideales comunes, aunque no hayan pasado por el CDH. Las mujeres feministas de América Latina vivimos permanentemente constatando cuán refractarias son nuestras comunidades nacionales a las ideas de justicia de género. Quienes luchan por los derechos de las mujeres muchas veces son criticadas/os por traicionar su cultura (nacional, étnica, racial, etc.) cuando denuncian prácticas comunitarias violatorias de derechos. En alguna medida se produce una distancia dolorosa con nuestras comunidades de referencia, aquellas donde desarrollamos nuestros afectos primarios, en el proceso de afirmar la propia identidad como feministas.

Afortunadamente, en el camino descubrimos que ninguna comunidad es monolítica y que es una buena práctica sospechar de quienes se adjudican su representación y definen los supuestos valores comunitarios. Nos encontramos con que hay muchas personas, pluralidad de voces que disienten de las historias oficiales en que las mujeres sólo aparecen retratadas desde la experiencia masculina. Los encuentros con estas otras personas crean complicidades y lazos y van constituyendo una comunidad alternativa de referencia. Para las mujeres, esta comunidad no termina en la frontera. De hecho, muchas veces los primeros gestos de empatía provienen de personas extranjeras que, desde su propia experiencia, nos hacen ver que nuestras demandas

locales de justicia tienen sentido. Las violaciones sistemáticas de nuestros derechos humanos en distintos ámbitos nos hacen a todas las mujeres del mundo, por muy diversas que seamos, compartir experiencias comunes y formar, en un sentido significativo, el elusivo “nosotras” que Beauvoir consideraba indispensable para convertirse en sujetos que pueden iniciar un camino de emancipación.

Las defensoras de los derechos de las mujeres buscan en este “nosotras” global, otra comunidad de pertenencia. Este libro está plagado de relatos de cómo en el derecho comparado y en el derecho internacional lo que en nuestras comunidades locales persiste como “sentido común”, en otros lugares se ha desvanecido y ha sido reemplazado por nuevas comprensiones, más justas e inclusivas, que pasan a ser nuevos “sentidos comunes” y como tales, asumidos y apoyados por la población. Según estos nuevos “sentidos comunes”, por ejemplo, es evidente que la falta de mujeres en los puestos de poder constituye un grave problema de legitimidad democrática, que obligar a una mujer a mantener un embarazo puede bajo ciertas circunstancias constituir una vulneración de derechos, y que la violación sexual en contextos de conflicto armado se utiliza como arma de guerra y corresponde que sea incluida en la tipificación de los crímenes de guerra o de lesa humanidad.

Las/os feministas de aquellos países que van pasos más adelante que nosotros, nos enseñan, alientan y acompañan. Las/os feministas de Chile, El Salvador y Nicaragua conocemos y estudiamos los procesos graduales de reconocimiento de derechos sexuales y reproductivos en Colombia y México, y citamos en nuestros foros jurídicos el desarrollo de la jurisprudencia internacional en estas materias. Desde Costa Rica y Argentina nos enseñan a diseñar leyes de cuotas y el cambio de las decisiones de los tribunales constitucionales europeos, cada vez más favorables a los sistemas de paridad, nos refuerza en la incidencia política en nuestra región, mientras las teóricas francesas nos advierten de ciertos riesgos implícitos en el discurso de la paridad, especialmente respecto de los derechos de las personas de la diversidad sexual.

Resulta fascinante de este libro la posibilidad que brinda de conocer las “fertilizaciones cruzadas” y comparar las diferentes experiencias que se dan en el plano transnacional en materia de derechos de las mujeres. Un ejemplo notable del que trata el capítulo sobre violencia, por ejemplo, es de la influencia del fallo *Akayesu* dictado por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las decisiones *Penal Castro Castro*, *Rosendo Cantú* y *Fernández Ortega*. El trabajo jurídico de las/os teóricas/os feministas a nivel transnacional constituye un enorme laboratorio en el que participamos “científicas/os” de todo el mundo, discutiendo nuestras teorías y trabajos de campo. Los vínculos de solidaridad global son, como se aprecia también al leer los trabajos incluidos en este libro, muy fructíferos en términos de producción teórica y reformas jurídicas.

El vertiginoso ritmo de estos procesos hace muy difícil mantenerse al día, incluso para quienes trabajamos en el tema, sobre lo que está pasando en el campo de los derechos humanos de las mujeres. Por eso se agradece un libro como este, que ofrece una mirada actual no solo a la doctrina y jurisprudencia sobre las diversas aplicaciones del principio de igualdad de género en distintos ámbitos (derechos sociales, derechos sexuales y reproductivos, derechos políticos, violencia contra las mujeres), sino que nos pone al día también respecto de la evolución que han experimentado ciertos conceptos básicos del derecho internacional de los derechos humanos como la obligación de garantía y el estándar de debida diligencia estatal, las condiciones de legitimidad de las restricciones y suspensiones de derechos convencionales y la naturaleza que deben tener las reparaciones cuando se dan en contextos de desigualdad estructural, entre muchos otros.

Sinceramente espero que este libro quede obsoleto en unos pocos años, ya que eso habrá significado que hemos avanzado en las tareas que aún nos quedan pendientes. Porque,

parafraseando un título de Laura Pautassi “¡Cuánto trabajo mujer (nos queda por hacer)!”. Este libro muestra los enormes desafíos que aún tenemos por delante. Solo para nombrar algunos: no tendremos una buena respuesta jurídica al problema de la trata mientras no desarrollemos una comprensión más profunda, desde una perspectiva de derechos humanos y feminista, de la prostitución, que es la actividad principal para la cual se recluta mujeres y niñas mediante la trata. No podremos asegurar a las mujeres y niñas el goce de sus derechos sociales sin encontrar formas de intervenir conjuntamente en los obstáculos que se dan tanto en el ámbito público como en la esfera privada. La defensa de los derechos sexuales requiere avanzar en una mejor conceptualización e identificación de sus contenidos. Para poder articular cuáles son las obligaciones de los Estados respecto de las personas extranjeras que residen en sus territorios (muchas de las cuales son mujeres), se necesita enfrentar los desafíos que imponen las nuevas concepciones de ciudadanía basadas en el paradigma de los derechos humanos y que están tensionando las ideas tradicionales de ciudadanía dependiente de conceptos de territorio y cultura asociados a una nación específica. Cada uno de estos temas (y los muchos otros que falta mencionar) es enormemente desafiante y complejo y requiere de todo el talento de las/os “científicas/os” de nuestra comunidad global. Confío que las próximas ediciones de este libro nos permitan conocer los avances que esperamos en estas y otras áreas.

Este libro está cruzado por una idea muy potente que nos permite poner en perspectiva histórica la relevancia de nuestro trabajo como feministas y defensoras/es de derechos humanos. Vivimos, como dice Yanira Zúñiga en su texto, en democracias excluyentes que, sin embargo, declaran fundarse en principios inclusivos. Y es cierto. Desde la Ilustración asumimos la premisa de la universalidad de los derechos fundamentales. Sin embargo, la noción de universalidad apareció en la historia antes de que pudiéramos ser capaces de vivir a su altura. El trabajo de los últimos siglos ha sido el de cuestionar desde los márgenes (desde la experiencia de aquellos cuya subjetividad y cuyos derechos han sido negados) las sucesivas versiones del principio de universalidad, denunciando uno a uno los recortes ideológicos que la universalidad ha sufrido. Primero se denunció la esclavitud en razón de la raza, después la exclusión de las mujeres del ejercicio de sus derechos civiles y políticos, hoy la privación de grandes masas de migrantes, desplazados y poblaciones empobrecidas de sus derechos económicos, el aislamiento social de las personas en situación de discapacidad, el desconocimiento de los derechos culturales de las personas indígenas y la violencia discriminatoria contra las personas que viven una sexualidad diversa.

Este cuestionamiento desde los márgenes ha nacido y ha sido liderado por las y los defensores de derechos humanos. En general, la academia ha ido reaccionando y, teniendo el privilegio de no estar sometida a las urgencias del día a día que deben enfrentar las/os activistas, ha aportado en la reflexión y articulación de los argumentos que después las/los propios activistas pueden utilizar en la incidencia. Lo que a mí me parece fascinante del diálogo entre defensores de derechos humanos y académicos/as, y uno de los aportes que yo más valoro de la metodología feminista y la de los estudios críticos del derecho, es el desafío que enfrentamos quienes trabajamos en la academia de escribir y hacer propuestas que deben resonar y tener sentido para quienes efectivamente sufren la violación de sus derechos. Estamos sometidas/os a un constante *reality check*. Si la teoría no sirve para la vida, merece ser descartada como irrelevante. Esto no significa en forma alguna que las/os académicas/os con conciencia de género o que trabajamos en derechos humanos debamos ser complacientes con el activismo. Por el contrario, quizás nuestro mayor aporte se da cuando desarrollamos nuestra capacidad crítica para mostrar inconsistencias o riesgos en los propios discursos y prácticas de las/os activistas.

Para quienes además trabajamos en la academia *jurídica*, el desafío de desarrollar teorías y propuestas que respondan a los problemas y experiencias reales de las víctimas de violaciones

a derechos humanos es prácticamente *contra cultural* en el ambiente actual de nuestra disciplina. Estamos obligadas/os a crear argumentos jurídicos que aporten a la emancipación, utilizando leyes, doctrina y jurisprudencia que dicen responder, y en parte responden a la declaración de los ideales de igualdad de nuestras cartas de derecho, pero que en gran medida también encarnan la naturalización del sexismo, la homofobia, el clasismo y la intolerancia frente los múltiples “otros” marginalizados. Trabajar con el derecho es, como bien sabemos, un arma de doble filo. Un aspecto importante de lo que hacemos es mostrar qué pasa si aplicamos, sin las distorsiones de los “recortes ideológicos” que se han instalado en el *statu quo* de la realidad asumida por los operadores del derecho, los principios del derecho (autonomía, no discriminación, *última ratio* del derecho penal, representación democrática, por pensar en sólo algunos). En palabras más simples, tratamos en nuestro trabajo de mostrar las consecuencias que necesariamente debieran deducirse si aplicáramos nuestros principios estando *genuinamente* convencidas/os que todas las personas somos realmente iguales en dignidad y derechos.

Probablemente todas/os las/os lectoras/es de este libro creen, como yo, estar genuinamente convencidas/os de la igual dignidad de todas las personas. Eso no basta. Es solo un principio auspicioso. Necesitamos aprender permanentemente, en primer lugar, a mirar y escuchar. La historia de la marginación es la historia de la invisibilidad. Si no conocemos los detalles de la discriminación que sufren los distintos grupos subordinados (y la de los grupos menos poderosos y acallados dentro de esos grupos, que también suelen existir), vamos a herir y dañar, a pesar de nuestras mejores intenciones. Pero no podemos quedarnos en el reconocimiento de la dignidad de las múltiples identidades que han sido históricamente desplazadas. El desafío no se limita a conceder un lugar en el mapa a los “otros”, sino a reconstruir una comunidad nacional y global amplia en que “el sentido común” sea *efectivamente* el de la igualdad de derechos.

Hay unas pocas personas cuya empatía y lucidez les permiten tratar a los demás como si ya esta comunidad de personas iguales en dignidad fuera una realidad. Actúan como si el “sentido común” al que anhelamos ya estuviera instalado entre nosotros y no dejan nunca de asombrarse, como “si algo no calzara”, frente a los actos de discriminación y desprecio que repetimos incansablemente los seres humanos. Actúan como faros en nuestro camino. Una de esas personas es Cecilia Medina, quien fue fundadora y codirectora del CDH, miembro del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y la primera mujer que presidió la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es ella quien debió escribir este prólogo. Creo representar a todas/os las/os autoras/es de este libro al rendirle un homenaje a esta maravillosa mujer, que a pesar de sus achaques, es probablemente más joven que todos/as nosotras/os. Aprendimos mucho de ella porque tiene una mezcla de capacidad intelectual, claridad mental y una sensibilidad que permite trabajar con los temas jurídicos desde una perspectiva original y fructífera. Pero yo, al menos, y creo que esta experiencia es común a quienes la conocemos, aprendí más de ella cada vez que se asombraba o conmovía ante la injusticia, siempre como si fuera la primera vez en que la enfrentaba (¡ella, que vivió la violencia de género, la violencia del exilio y escuchó interminables testimonios de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos en la Corte!). Revelaba en esos momentos su profunda convicción en la dignidad humana y disolvía, con solo gestos, todas las teorías y excusas que nos hemos inventado para justificar lo injustificable.

Este libro tiene una historia valiosa que se entrelaza con las historias de sus autoras/es, de quienes han pasado por el CDH y de la comunidad global más amplia de quienes compartimos ideales de igualdad de género y tratamos de vivir a su altura. El futuro del libro queda en sus manos.

Verónica Undurraga V.  
Santiago, octubre 2013

# ESTUDIO INTRODUCTORIO: DERECHOS HUMANOS Y MUJERES, TEORÍA Y PRÁCTICA

*Claudio Nash Rojas*

## 1. POR QUÉ EL DIPLOMA Y ESTE ESTUDIO

Desde su diseño original hasta el día de hoy, el eje sobre el cual se ha construido el Diploma de Postítulo *Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica*, que dicta nuestro Centro, ha sido hacer converger dos instrumentos, por una parte el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y, por la otra, el feminismo y las teorías de género. Hoy parece algo obvio, pero hace una década no lo era tanto. Si bien ambas construcciones teóricas y prácticas habían sido relevantes para avanzar en el pleno respeto de los derechos humanos de las mujeres, dichos procesos se habían dado en paralelo e incluso con ciertos recelos mutuos.

Si bien la estructura del Diploma ha ido variando con los años y se ha ido adecuando a la realidad, no hay duda que el objetivo inicial sigue estando vigente. En estos años hemos visto cómo una lectura más sofisticada de la situación que viven las mujeres en nuestra región solo se logra cuando se combina adecuadamente una mirada desde los derechos humanos y desde las teorías feministas y la teoría de género, en caso contrario habrá un permanente riesgo de repetir patrones androcéntricos.

Esta mirada desde la realidad no es casual. No hay forma de avanzar en la protección de los derechos humanos si no se hace una lectura correcta de la realidad. Por ello, nuestra preocupación constante ha sido diseñar metodológicamente y sustantivamente un curso que dé cuenta de la realidad. No tiene sentido una aproximación simplemente teórica cuando el objetivo es transformar la realidad.

Tampoco es casual que nuestra mirada sea la realidad de las mujeres latinoamericanas. Hemos querido centrarnos en los problemas de nuestra región y buscar soluciones que sean coherentes con su historia y su cultura. Si bien recogemos debates que se dan en Europa o Estados Unidos, no perdemos de vista que nuestra realidad y nuestra cultura jurídica tiene particularidades que debemos tener presentes para ser eficaces en nuestro objetivo, que no es otro que mejorar la situación de los derechos humanos de las mujeres en la región.

Este libro da cuenta de estos esfuerzos y de esta mirada compleja.

Cuando se estructuraba el proyecto que dio vida a este libro veíamos dos objetivos que era posible cumplir. Por una parte, poner al alcance de los y las juristas de la región un texto que reuniera una serie de artículos que explicaran la realidad de los derechos humanos de las mujeres en América Latina y aportaran herramientas para transformar dicha realidad usando el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, complementado con las miradas de los feminismos y las teorías de género. Ese ya nos parecía un objetivo que justificaba el esfuerzo.

Pero también queríamos algo más. Buscábamos contar con un instrumento que permitiera replicar los contenidos centrales de nuestro Diploma de Postítulo. Por ello convocamos a una serie de profesores de nuestro curso y les pedimos que tradujeran sus clases en un texto que pudiera ser usado por otros y otras como base de un curso sobre estas materias. En la región no es fácil

encontrar literatura especializada sobre el tema en español y menos que ésta constituya un cuerpo coherente y con una mirada desde Latinoamérica a los problemas de las mujeres.

A continuación daremos algunas ideas introductorias que permitan comprender la lógica que hay tras los textos seleccionados y la forma en que estos pueden ser utilizados individualmente y en conjunto. Para ir sustentando las diversas afirmaciones que se formulan se utilizarán de preferencia los textos que componen este libro, sin perjuicio que el lector debe complementar dichas citas con las fuentes que se contienen en cada texto.

## **2. MARCO CONCEPTUAL Y PROPUESTA METODOLÓGICA**

### **2.1. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las Mujeres**

Para entender la forma en que se relaciona el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) con las teorías feministas y las teorías de género es relevante comprender por qué la mirada desde los sistemas de protección, con pretensiones de universalidad, no han sido suficientes.

Partiremos de la premisa fundamental de que los derechos humanos se insertan en un contexto histórico determinado. Por tanto, no son neutrales ni atemporales, y de ahí que tiendan a aplicarse a la luz de los criterios culturales propios de cada época. Esto tiene como consecuencia que su aplicación debe considerar precisamente esos factores culturales y, particularmente, los sujetos destinatarios de la protección.

Tradicionalmente, el paradigma sobre el cual se han aplicado los catálogos de derechos ha consistido en un titular de derechos que se construye culturalmente con características muy particulares: hombre, propietario, de cierto grupo étnico, adulto; dicho modelo de protección es y ha sido claramente restrictivo. En la primera parte del texto de Fries y Lacrampette se hace un interesante recorrido para mostrar la forma en que se fue construyendo dicho modelo excluyente desde la Ilustración y la forma en que se fue desarrollando una respuesta desde la misma Ilustración hasta el presente. Frente a esta interpretación profundamente excluyente surgió la necesidad de corregir estas prácticas de exclusión y dar efectividad al principio de universalidad, en el entendido de que todas las personas son titulares de los mismos derechos. Y es que la efectividad de un sistema de protección de derechos humanos radica necesariamente en la realización del principio de universalidad, y por consiguiente, en la adopción de medidas particulares en atención a los distintos titulares de derechos. De esta forma se justifica un tratamiento diferenciado a ciertos titulares de derechos: por la lectura restrictiva que se ha dado a los derechos humanos y por la realización del principio de universalidad.

La forma en que el DIDH ha enfrentado esta lectura restrictiva de los derechos humanos ha sido normativa y jurisprudencial. La primera de ellas se ha concretado a través de nuevos instrumentos nacionales e internacionales que consagran, sin margen de duda, los derechos de aquellos que han sido excluidos, en la práctica, de la titularidad de los derechos<sup>1</sup>, y por otra parte, mediante la creación de mecanismos que velan por una efectiva aplicación de estos derechos.<sup>2</sup> Es

---

1 El caso paradigmático que demuestra esta necesidad ha sido la situación de las mujeres, que han necesitado de una serie de instrumentos internacionales y prácticas jurisprudenciales para que se respeten sus derechos humanos, de cuyo goce han sido excluidas por razones culturales.

2 Es interesante en esta materia el caso del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que fue adoptado sin un órgano de control y debió dictarse una Resolución del Comité Económico y Social de Naciones Unidas para crear un comité de control de las obligaciones de los Estados relativas a este tratado (Resolución 1985/17 del Consejo Económico y Social, del 22 de mayo de 1985.)

decir, estamos ante esfuerzos por efectivizar los derechos y no por crear derechos. En efecto, sostener una interpretación diferente implicaría que en los instrumentos fundantes del sistema internacional de protección (Declaración Universal de Derechos Humanos, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Pactos Internacionales de Naciones Unidas, Convención Americana sobre Derechos Humanos) estos sujetos no eran titulares de derechos, lo cual es inaceptable.

En cuanto a la necesidad de ampliar los catálogos de derechos, esta se explica como una forma de dar efectividad a la protección de los principios fundamentales del sistema de derechos individuales. De este modo, frente al caso del surgimiento de ciertas prácticas violatorias particulares (por ejemplo, las desapariciones forzadas de personas) o el ejercicio especial de ciertos derechos (por ejemplo, derechos de pueblos indígenas) o por ciertas condiciones especiales de sus titulares (derechos de los niños), se hace necesario consagrar ciertas normas internacionales que den respuesta a estas situaciones, pero en el entendido que son parte del deber de dar efectividad a las normas generales de derechos humanos. En el caso de las mujeres esto es muy relevante, ya que la justificación de nuevos catálogos de derechos tiene un componente político. En efecto, frente a la lectura de los derechos que las excluía, se hizo necesario contar con instrumentos que definieran claramente y sin lugar a dudas los alcances de las obligaciones del Estado cuando el titular de derechos sea una mujer. No se agregan nuevos derechos, sino que se explicita la forma de interpretarlos.

En cuanto al control de los derechos, el surgimiento de nuevos mecanismos de protección solo es explicable por la necesidad de dar viabilidad a los principios que hemos señalado inspiran el proceso de protección internacional; la efectividad de los derechos, el fortalecimiento de un orden público internacional y la prevención. Cualquier modificación o progresión en los sistemas de protección debe ser analizada en dicha óptica y, por tanto, sería incompatible con la misma tomar medidas que limiten o restrinjan la efectividad de este orden público internacional. Nuevamente, esto es relevante en materia de derechos humanos de las mujeres, ya que la única justificación para contar con un Comité especial en Naciones Unidas o una Relatoría en el Sistema Interamericano, entre otras instituciones, es una decisión estratégica, cual es, contar con un mecanismo de control específico que cautele la actividad de los Estados respecto de los instrumentos de derechos humanos especiales (Convenciones CEDAW o Belém do Pará) o los generales (sistemas Naciones Unidas y OEA).

En este sentido es que el DIDH se ha debido hacer la pregunta acerca de cómo dotar de contenido una interpretación que permita el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos de las mujeres. Es aquí donde las teorías feministas y las teorías de género han sido un instrumento útil para dicho proceso. En el Capítulo I de este libro, el texto de Fries y Lacrampette se adentra en las bases históricas y la evolución de las teorías feministas. Asimismo, indaga en las corrientes que se dan a su interior, para luego entrar en su relación con el DIDH. Aquí es interesante tener en cuenta lo que señalan las autoras sobre cuál es la perspectiva común de estos diversos desarrollos críticos y cómo es posible formular una construcción teórica valiosa desde esa base común:

La diversidad de corrientes feministas es amplísima, sin perjuicio de lo cual es posible identificar un elemento que se reitera, de una u otra forma, en la gran mayoría de los feminismos: la crítica a la separación y oposición entre las esferas pública y privada en la teoría y práctica liberal.

Y es evidente que, en tanto construcción cultural, el Derecho no escapa a dicha crítica:

El debate abierto por la crítica feminista al Derecho como producto e instrumento del poder masculino aborda tanto sus contenidos como su naturaleza y la utilidad de recurrir a él. En este sentido, el pensamiento feminista sobre el derecho va desde las reformas concretas a la

construcción de una teoría jurídica crítica que permita, al reanalizar los distintos conceptos, ramas y educación jurídica, evitar que el derecho sea un instrumento de subordinación y opresión.

El DIDH también ha sido objeto de críticas por su construcción pensada para el goce y ejercicio de derechos humanos de los hombres. Por ello es interesante, como lo exponen las autoras, que:

[L]a crítica feminista ha contribuido a deconstruir los supuestos ideológicos de la tradición clásica liberal y occidental que marcaron el origen y parte del desarrollo de dicho sistema, principalmente a través del cuestionamiento el carácter universal y abstracto del sujeto del derecho de los derechos humanos, que se identifica como sesgado y descontextualizado.

Por último, debemos tener presente el aporte de las teorías de género, que han sido un instrumento muy útil para el DIDH, ya que le han permitido ir construyendo una mirada de la interpretación de los derechos que da cuenta de las construcciones culturales.

## 2.2. Enfoques predominantes en el DIDH

Este proceso de relectura del DIDH desde la situación de las mujeres no ha sido fácil. Por ello, al observar la evolución del tema se ve que han convivido diferentes enfoques en relación con los derechos humanos y las mujeres. Por una parte, una mirada basada en la idea de protección, otra en una perspectiva correctiva y, finalmente, una neutral.

Al igual que en otras áreas, la primera aproximación al tema de mujeres desde el derecho internacional fue la protección. Lo que buscaban las primeras normas era proteger a la mujer en un mundo que comenzaba a modificar los roles tradicionales. Un claro ejemplo de esto fue la normativa dictada en el marco de la OIT para la protección de mujeres que se integraban al ámbito laboral. Pero si miramos estas iniciativas con los instrumentos que nos aporta la teoría feminista, nos damos cuenta de que lo que está tras dicha perspectiva es el control de las mujeres y la protección de su rol materno, y no sus derechos. Un buen ejemplo de lo primero es la norma que regulaba el trabajo de la mujer: "Las mujeres, sin distinción de edad, no podrán ser empleadas durante la noche en ninguna empresa industrial pública o privada, ni en ninguna dependencia de estas empresas, con excepción de aquellas en que estén empleadas únicamente los miembros de la misma familia"<sup>3</sup>. Esta norma no protege a la mujer, lo que hace es controlarla para que no trabaje de noche fuera del hogar, espacio siempre "peligroso" para el hombre. Por su parte, la protección de la maternidad es evidente en la norma del numeral 5 del artículo 6 (derecho a la vida) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "ni se la aplicará (la pena de muerte) a las mujeres en estado de gravidez". Aquí no hay un derecho nuevo o distinto de las mujeres, lo que hay es la intención de proteger al feto que está en el vientre de la madre, no los derechos de esta.

En este sentido, un avance en el sistema de protección internacional fue desarrollar un enfoque correctivo. Este enfoque se basa en la constatación de que las mujeres viven en una situación de discriminación que les impide gozar y ejercer sus derechos en condiciones de igualdad con los hombres. Este enfoque está en la base de la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) que justamente lo que busca es corregir estas desigualdades para generar situaciones de efectiva igualdad. La norma más interesante, en esta perspectiva, es la del artículo 4 de la CEDAW, que establece explícitamente la obligación del Estado de adoptar medidas de corrección:

---

3 OIT. Convenio sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1919, artículo 3.

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.<sup>4</sup>

Ha sido en este sentido corrector que ha centrado sus esfuerzos el Comité de la CEDAW: establecer aquellas situaciones de desigualdad que deben ser corregidas y velar porque se tomen medidas eficaces para erradicar dichas prácticas.

Ciertamente ha sido este enfoque correctivo el que ha primado en los esfuerzos los órganos generales (no especializados). Claro ejemplo de esto es Observación General N° 28 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDH), donde el Comité señala como marco general de análisis que: “los Estados Partes son responsables de asegurar el disfrute de los derechos en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna. Según los artículos 2 y 3, los Estados Partes deben adoptar todas las medidas que sean necesarias, incluida la prohibición de la discriminación por razones de sexo, para poner término a los actos discriminatorios que obstan al pleno disfrute de los derechos, tanto en el sector público como en el privado”<sup>5</sup>. Asimismo, en el Sistema Interamericano se ha señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que:

“Sin embargo, teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos ocurridos en el presente caso y que fue reconocida por el Estado, las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no sólo restitutivo sino también correctivo. En este sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación [...]”<sup>6</sup>.

Finalmente, el DIDH ha ido desarrollando una mirada de neutralidad en materia de sexos. Esta es la base para la regulación de ciertas áreas donde tradicionalmente se tomaban decisiones sobre la base de cuestiones culturales, particularmente, asignación de roles basados en estereotipos de género de orden patriarcal. Una de las áreas más interesantes en este sentido es el cuidado de los hijos, tradicionalmente asignado a las mujeres en su condición de “madres”, que va dando paso a una mirada neutral donde en cada caso concreto se deben ir tomando las decisiones en atención al bienestar de los hijos, pero sin basarse en roles estancos sobre la materia. Señala el numeral 1 del artículo 16 de la CEDAW: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial”.

Vemos que, al igual que en el ámbito estatal, la respuesta internacional ha ido evolucionando para abandonar patrones patriarcales y acercarse a un enfoque basado en el principio de igualdad y no discriminación, siendo este último principio el que ha aportado un sentido transformador de dicha realidad. Esto es central a la hora de analizar casos y situaciones de derechos humanos y mujeres, tal como pasaremos a ver en el apartado siguiente.

---

4 CEDAW, Artículo 4.1.

5 Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 28: “Artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos – La igualdad de derechos entre hombres y mujeres”. 68° periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 207 (2000), párr. 4.

6 CORTE IDH. Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 450.

### **3. LECTURA DE CASOS, DERECHOS HUMANOS Y MUJERES**

#### **3.1. La interpretación neutral no lo es**

El capítulo II de este libro trata el tema del DIDH y las mujeres. El enfoque que nos interesa analizar es cómo la estructura clásica del DIDH ha reaccionado para hacerse cargo de la necesidad de modificar la forma en que se miran aquellas situaciones en que las mujeres son titulares de derechos. Por ello, este capítulo analiza las reglas generales que son aplicables a toda situación de derechos humanos, pone énfasis, en particular, en el principio de igualdad y no discriminación y, además, analiza los mecanismos de protección internacional y su rol en la protección de las mujeres.

¿Por qué es necesario revisitar los elementos estructurantes de la teoría del DIDH y las mujeres?

Tradicionalmente, producto del paradigma de la codificación, la interpretación fue entendida como un proceso mecánico de aplicación de la norma al caso concreto. La orientación hermenéutica era del tipo voluntarista, basándose la actividad interpretativa del juez en la búsqueda de la voluntad cuasidivina del legislador. Bajo este paradigma, lo que el juez debe hacer es “descubrir” esta voluntad y aplicarla en cada caso. Este modelo clásico tiene como supuesto la neutralidad de la norma — vista como expresión máxima del racionalismo— y, por tanto, se excluyen de toda consideración hermenéutica el contexto del conflicto y los titulares del derecho disputado o debatido al momento de interpretar. La aplicación acrítica de este modelo ha traído como consecuencia práctica que la interpretación se ha hecho con un elemento cultural, cual es el paradigma del titular de derechos con características particulares y excluyentes al que hemos hecho referencia. Por tanto, este ejercicio hermenéutico resulta ser muy restrictivo y tiende a la exclusión de importantes grupos sociales al no considerarse sus particularidades en los conflictos jurídicos, lo que ha provocado situaciones de discriminación sistémica. Un ejemplo claro de esto lo constituye la situación del ejercicio de sus derechos por parte de las mujeres.

Desde la perspectiva de los derechos humanos, basada en el principio de universalidad, es posible sostener que la labor interpretativa debe considerar el contexto y las particularidades del titular para lograr un efectivo goce y ejercicio de los derechos.

Cuando hablamos de interpretación, en materia de derechos fundamentales, hacemos referencia al ejercicio consistente en dotar de contenido y alcance a un derecho en un caso concreto, de forma tal de dar efectividad a los derechos. En el DIDH, a partir del principio del cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales del Estado, se han desarrollado criterios particulares para realizar esta labor, atendiendo, principalmente, a la protección de la persona.

La interpretación integral se basa en la interacción de las diversas fuentes del derecho internacional; por ello, la interpretación de cada derecho o libertad debe hacerse teniendo en consideración todo el acervo normativo y jurisprudencial que determina el contenido y alcance de los mandatos normativos contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos. El carácter dinámico o evolutivo de la interpretación se refiere a la obligación que tiene el intérprete, en cada caso, de buscar aquella lectura de la norma que le permita al titular gozar y ejercer sus derechos humanos frente a nuevas realidades que pudieran estar fuera del imaginario de los Estados al momento de consagrar los derechos en instrumentos internacionales sobre derechos humanos; y el principio pro persona es consecuencia directa de que los tratados internacionales deben interpretarse de acuerdo a su objeto y fin (artículo 31 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados), lo que implica que, al ser la protección de los individuos el objeto y fin de los

tratados de derechos humanos, puede concluirse que la interpretación debe orientarse siempre a favor de las personas.

Ahora, tomando en consideración los elementos interpretativos reseñados, veremos cómo estos influyen para el goce y ejercicio de los derechos respecto de las mujeres.

### **3.2. Análisis de casos**

En materia de derechos humanos, trabajar en el plano teórico es importante; es relevante poder fijar ciertos criterios, parámetros y ciertas definiciones generales que nos permitan comprender el marco teórico en el que se desarrolla la temática de los derechos fundamentales. Sin embargo, el momento verdaderamente crucial en el ámbito del DIDH se encuentra en la práctica, es decir, cuando nos enfrentamos a un caso concreto de violación de derechos humanos. Por eso, este libro se organiza sobre la base de poder dotar de elementos de análisis que permitan una lectura de los elementos que estructuran la protección de los derechos humanos desde la perspectiva de las mujeres.

#### **Afectar y violar un derecho humano, cuestiones distintas**

Al examinar un caso desde el punto de vista de los derechos humanos, lo primero que se debe hacer es identificar qué derecho está afectado, para lo cual será preciso analizar cuidadosamente los hechos del caso. Este ejercicio nos permitirá saber qué artículo o disposición se va a aplicar para resolver el caso concreto. Asimismo, la identificación de los derechos afectados nos permitirá saber qué limitaciones se pueden imponer (puesto que no siempre proceden ni son las mismas), lo que finalmente nos permitirá concluir si el derecho fue violado o no.

Una vez identificados los derechos que se ven afectados en el caso en estudio, es necesario examinar si el derecho ha sido violado. Esto nos lleva de inmediato a una distinción trascendental: un derecho puede estar afectado, pero no necesariamente esa afectación va a ser ilegítima. Es decir, no todo derecho que ha sido afectado será un derecho violado. Por ejemplo, el derecho de reunión en sitios públicos puede ser objeto de restricciones con el fin de proteger el derecho de los demás a desplazarse sin interferencias. Ahora, para resolver si la afectación de un derecho es o no legítima será necesario, por una parte, determinar el alcance y contenido del derecho en cuestión y, por otra, tener en consideración las obligaciones internacionales que el Estado ha contraído en relación con aquel.

Al momento de determinar el contenido y alcance tanto de los derechos consagrados como de los compromisos internacionales del Estado, debemos prestar atención a los parámetros o estándares que entregan los órganos de protección de derechos humanos que los propios Estados han creado con ese fin y que integran el sistema internacional de protección para garantizar los derechos. Este sistema no solo busca garantizar el goce de aquellos cuando el Estado falla internamente en dicha labor, sino que también se ha establecido para proporcionarle al Estado una guía de lectura e interpretación de estos derechos, para efectos de su aplicación en el ámbito interno. Por tanto, aquí es interesante ampliar la mirada y darnos cuenta que para el dicho contenido y alcance de los derechos y las obligaciones del Estado será relevante prestar atención a quién es el titular de derechos y cuál es su situación. Como hemos señalado antes, este es el principal esfuerzo de los órganos de protección internacional en materia de derechos humanos y mujeres: entregar pautas concretas para interpretar los derechos cuando su titular es una mujer o mujeres. Desde la

perspectiva del feminismo de la diferencia este es un proceso lógico; desde los feminismos de la igualdad no lo es tanto, y se hace necesario ver que no se estén reinventando pautas segregadoras, debiendo limitarse el intérprete a garantizar el goce y ejercicio del derecho en la situación particular.

## Obligaciones del Estado

Tal como señalamos, corresponde al intérprete determinar el alcance y contenido del derecho identificado, y de acuerdo con ello, dilucidar cuáles son las obligaciones específicas que ha asumido el Estado respecto de este derecho que nos parece ha resultado afectado, a la luz de los hechos del caso. Se debe preguntar entonces ¿cuáles son las obligaciones que adopta el Estado con relación al derecho que hemos identificado como un derecho afectado?

Para determinar claramente a qué se ha comprometido el Estado al asumir obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, debemos considerar que existen dos obligaciones generales ampliamente reconocidas en los instrumentos internacionales. En primer lugar, los Estados se comprometen a respetar los derechos, esto es, a no vulnerarlos a través de órganos y aparatos del Estado; directamente por una acción u omisión. Pero además de esta obligación de respeto pesa sobre ellos la obligación de garantizar los derechos. Esta última supone una exigencia más amplia que importa organizar toda la función estatal para asegurar de manera efectiva el pleno goce de los derechos. Es en este debate en el que entra el texto de Fernández para dotar de contenido dichas obligaciones desde la perspectiva de los derechos humanos de las mujeres. El autor nos señala acertadamente que es el Caso *Campo Algodonero* (2010) de la Corte Interamericana el que de modo más completo asume dicho desafío.

De lo anterior se desprende que, para concluir que se ha comprometido la responsabilidad internacional del Estado, es preciso, por una parte, verificar la existencia de determinados hechos que configuren una violación de derechos y, por otra, se requiere además que tales presupuestos fácticos puedan ser atribuidos al Estado. Para tal efecto, cobra relevancia la pregunta acerca de quién ha actuado o dejado de actuar, pues si aquel ha sido un agente del Estado normalmente podremos afirmar su responsabilidad internacional.

## La limitación legítima: suspensión y restricción de derechos

Identificado entonces el derecho afectado y conocidas las obligaciones del Estado en cuanto al mismo, corresponde que el intérprete determine si es que en el caso concreto los hechos dan cuenta de una violación o si constituyen más bien una afectación legítima del derecho. En otros casos, estos derechos no sólo estarán afectados, sino que además habrán sido violados. Para ello, el DIDH entrega ciertas pautas que es necesario analizar desde la perspectiva de los derechos de las mujeres y eso es lo que hace Fernández en su trabajo.

Los derechos que el Estado se obligó a respetar y garantizar, bajo ciertas condiciones, pueden ser objeto de restricciones o de suspensiones legítimas y en tales circunstancias ellos resultarán afectados, pero no vulnerados. Las condiciones bajo las cuales un derecho puede ser legítimamente restringido o suspendido han sido definidas por el DIDH y consagradas en los Tratados sobre la materia. Señala Fernández en su trabajo:

En un marco que llama a la permanente expansión del alcance de los derechos humanos y que ordena a interpretarlos siempre en el sentido que “más favorece a la persona”, hablar de posibilidades de restricción y suspensión legítimas resulta problemático. Sin embargo, el propio

sistema de derechos humanos regula una serie de reglas, un “test”, a efectos de determinar la validez/invalidéz de las limitaciones de derechos y de reducir la discrecionalidad estatal. Toda limitación, en este sentido, es de último recurso y solo en la medida necesaria en una sociedad democrática. Por su parte, no todo derecho puede quedar sujeto a ellas, siendo que algunos no pueden restringirse ni suspenderse bajo ninguna circunstancia.

Respecto de las restricciones hay ciertas preguntas que son básicas:

1. ¿Había una ley que permitiera la restricción?
2. ¿Era el objetivo invocado uno de los que se podía invocar para restringir ese derecho?
3. ¿Era la restricción necesaria en una sociedad democrática? Para esto último:
  - a. ¿Era la restricción conducente para conseguir el objetivo invocado?
  - b. ¿Era proporcional?
  - c. ¿No había otra alternativa para conseguir el objetivo que no fuera esa restricción del derecho?

En el caso de las suspensiones, también será necesario tener en cuenta algunas cuestiones antes de determinar que el derecho ha sido legítimamente suspendido:

4. ¿Estamos ante un derecho que puede ser objeto de suspensión?
5. Si es un derecho suspendible, ¿se cumplió con las formalidades para declarar la situación de emergencia?
  1. En cuanto al fondo:
    - a. ¿Es la suspensión una medida proporcional?
    - b. ¿Es la medida de suspensión conducente para conseguir el objetivo invocado?
    - c. ¿Se ha informado a la ciudadanía adecuadamente del alcance de la suspensión?

En el caso de las mujeres es esencial observar en la aplicación práctica de cada uno de estos requisitos que si bien la justificación de estos puede ser neutral, la implementación de las medidas puede causar un impacto desproporcionado en el goce y ejercicio de derechos de las mujeres. La prohibición práctica de discriminación indirecta en estos eventos será esencial.

### **La violación a un compromiso internacional atribuible al Estado y la obligación de reparar**

Una vez efectuado todo este análisis, es posible determinar si los hechos constituyen una violación de un derecho, a la luz de las obligaciones internacionales del Estado y en el marco de sus legítimas posibilidades de restricción y suspensión. Pero no debemos olvidar que para hablar de responsabilidad internacional también es fundamental indagar acerca de ¿quién ha violado un derecho humano?, pues además de la constatación de vulneración de un derecho, aún hace falta determinar que esta le es imputable al Estado. Por tanto, es preciso analizar si es que tales hechos —acciones u omisiones— han sido llevados a cabo por un agente del Estado que se encontraba en condiciones de comprometer la responsabilidad estatal.

Una infracción internacional atribuible al Estado configura su responsabilidad y de ahí surge la obligación de reparar. Al situarnos en este punto podremos distinguir tres momentos:

1. El primer momento, la violación de un derecho humano, exige resolver: ¿Cuáles son los derechos violados? ¿Cómo se violó el derecho?, ¿A quién le es imputable?
2. El segundo momento tiene que ver con la determinación de los daños que se causan en el caso concreto a las víctimas de violación a sus derechos humanos. Aquellos pueden ser perjuicios materiales e inmateriales y de acuerdo con ellos, será posible establecer las medidas concretas de reparación.

3. Por último, será necesario determinar cómo se materializa la reparación. En este punto nos ayudará formularnos algunas preguntas como ¿cuál es el tipo y entidad del daño que corresponde reparar? ¿Qué medidas se deben adoptar para hacer efectiva la reparación? ¿Cómo evitar su repetición?

A partir de estas interrogantes se podrá plantear la cuestión de las medidas de reparación desde la perspectiva de las mujeres víctimas de violaciones de derechos humanos. Este es un espacio central para nuestro enfoque, ya que para determinar la situación de la víctima es necesario analizar las causas que provocaron dicha violación y las medidas que deben ser adoptadas por la autoridad para compensar a la víctima, restituirla, satisfacerla y, además, adoptar medidas de no repetición. En este punto es central que el análisis se haga cargo de la lectura de la realidad de la situación de las mujeres y la necesidad de que estas medidas no se basen en estereotipos y sean eficaces para transformar las instituciones que perpetúan la cultura machista que está en la base de gran parte de las violaciones de derechos humanos que sufren las mujeres por condición de género.

### 3.3. La protección internacional

La protección internacional de los derechos humanos, en tanto sistema normativo relativamente nuevo (lo que conocemos actualmente como DIDH se desarrolla desde 1948 hasta nuestros días), tiene dos objetos centrales: darles efectividad a los derechos humanos y colaborar en la prevención de violaciones de dichos derechos en el ámbito local. Tanto en esa faceta de efectivización de los derechos como en la prevención es necesario tener una mirada que se haga cargo de las particularidades de la protección de los derechos de las mujeres.

Desde esa lógica es que se plantea la aproximación de este curso al sistema internacional. No se busca que todas quienes pasan por el curso terminen trabajando en el ámbito internacional, al contrario, el énfasis está puesto en lo nacional. Pero esta mirada nacional debe hacerse de una manera amplia, incorporando estándares internacionales, y para eso es necesario conocerlos.

Es interesante ver cómo se ha ido incorporando el enfoque de los derechos humanos de las mujeres en la protección internacional. Como se ve en el texto de Lacrapette y Lagos, la protección internacional, tanto en sede universal (Naciones Unidas) y regional (OEA), ha dado pasos tanto normativos como jurisprudenciales en el sentido de ampliar la protección a las mujeres. Pese a las críticas que se han formulado al uso del DIDH desde feminismo, se deja establecida en el texto la relevancia de utilizar los sistemas internacionales:

A modo de respuesta, Hillary Charlesworth, una de las principales exponentes del feminismo en el plano del DIDH, sostiene que la adquisición de derechos es una táctica importante en el terreno internacional en dos sentidos: el primero es que el discurso de los derechos para las mujeres tiene la función de habilitar para el poder, permitiendo su visibilización en terrenos donde siguen siendo invisibles; y el segundo es que el discurso de los derechos le permite un enfoque al feminismo internacional, que puede traducirse en acción si las respuestas a las demandas de las mujeres resultan inadecuadas.

En Naciones Unidas ha sido evidente el esfuerzo que se ha hecho desde el punto de vista normativo. Así dan cuenta los principales instrumentos en la materia —Declaraciones y Convenciones— siendo el más importante la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW). Pero el énfasis que nos interesa poner es en la protección a través de los diferentes mecanismos de protección que se han desarrollado en Naciones Unidas.

Esto dice relación con un enfoque que es transversal a todo el curso y es que todos los desarrollos de órganos y procedimientos pueden y deben ser mirados desde una perspectiva de género y, por tanto, todos pueden y deben ser utilizados para lograr la mejor protección de los derechos humanos de las mujeres. En el sistema de tratados de Naciones Unidas destacan los informes periódicos como un espacio relevante para poner en la agenda nacional e internacional los esfuerzos que hacen los Estados y los déficits que presentan en materia de medidas para la plena vigencia de los derechos humanos de las mujeres. El texto de Lacrapette y Lagos desarrolla ampliamente este aspecto. Asimismo, en materia de casos individuales es relevante el espacio que presentan para lograr medidas de protección en casos de violaciones individuales de derechos humanos. Pero el texto también destaca los procedimientos especiales, propios de la protección de derechos humanos basada en la Carta de la ONU.

Naciones Unidas ha demostrado ser un espacio interesante para poner en la agenda internacional el tema de las violaciones de derechos humanos de las mujeres, particularmente el tema de la violencia que sufren las mujeres en todo el mundo. En este ámbito es relevante la discusión sobre el *mainstreaming*. Este debate ha sido planteado como el regreso del tema mujeres a la discusión de los órganos centrales del sistema, particularmente del Comité de Derechos Humanos, órgano del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptado en 1969 y que entró en vigor en 1976). El argumento es que la CEDAW y su Comité fueron un paso relevante en materia de protección de los derechos de las mujeres, pero ya se logró el efecto político que se buscaba y ya estarían dadas las condiciones jurídico-culturales para que los temas de las mujeres no se vean como un gueto separado, sino que como parte de los temas relevantes para todos y todas. Sin duda este es un desafío para los próximos años.

En el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) también nos encontramos con un esfuerzo normativo, aunque menor que en Naciones Unidas. Solo tenemos un instrumento convencional, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, "Convención de Belém do Pará". Si bien este ha sido un documento que ha jugado un rol importante, los principales esfuerzos en materia de derechos humanos de las mujeres han estado centrados en el trabajo de los órganos de protección: la Comisión (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

En sociedades machistas y profundamente patriarcales como las latinoamericanas, no es de extrañar que esto también haya estado reflejado en el trabajo de los órganos de protección de derechos humanos. Han sido largos años de lucha del movimiento de derechos humanos de las mujeres los que han permitido ver algunos avances en este campo. El texto de Lacrapette y Lagos pone énfasis en dos temas: los procedimientos ante la Comisión y ante la Corte, en casos individuales y el trabajo a nivel de la Comisión Interamericana a través de su relatoría de la mujer.

En el ámbito de la Comisión Interamericana hay un caso que marca completamente el desarrollo de la temática de derechos humanos y mujeres: *María da Penha vs. Brasil*<sup>7</sup> (2001). En este caso, la Comisión trata el tema del acceso a la justicia de las mujeres en situación de violencia y establece un estándar muy relevante: un patrón de negligencia por parte del Estado para tratar estos temas (párr. 56). Unos años después, en su informe sobre Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas (2007) da cuenta de que la situación de discriminación y violencia respecto de las mujeres es generalizada en toda la región:

La CIDH ha podido constatar que la violencia y la discriminación contra las mujeres todavía son hechos aceptados en las sociedades americanas, lo cual se refleja en la respuesta y en el

7 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe N° 54/01 (Fondo). Caso 12.051: María Da Penha Maia Fernandes – Brasil. 16 de abril de 2001.

tratamiento de los casos de violencia por parte de los funcionarios de la administración de la justicia y de la policía. En consecuencia, es evidente la necesidad de que los Estados diseñen y fortalezcan programas de capacitación para funcionarios del sistema de justicia y de la policía sobre el problema de la violencia contra las mujeres como una grave violación a los derechos humanos y su obligación de ofrecer un trato digno y humano a las víctimas cuando intentan acceder a instancias judiciales (considerando 11).<sup>8</sup>

Este enfoque ha permitido un desarrollo claramente correctivo para los casos de violaciones de derechos por motivos de género, no solo de cada situación individual, sino que del contexto en que viven las mujeres en las Américas.

A nivel de la Corte IDH el proceso tampoco ha sido sencillo. Luego de largos años de silencio y evidentes errores de interpretación en materia de derechos humanos de mujeres (el ejemplo más claro fue el caso *Loayza Tamayo con Perú*, en 1997, frente a la denuncia de violación sexual por parte de la denunciante), en años recientes ha comenzado a desarrollar una jurisprudencia interesante en este campo. Una de las primeras cuestiones que hizo la Corte fue reconocer que situaciones aparentemente neutras pueden, sin embargo, afectar a hombres y mujeres en formas distintas y, por tanto, requerirán de tratamientos que reconozcan las legítimas diferencias de cada grupo de personas. Este reconocimiento de las condiciones y necesidades propias de las mujeres permite que ciertas políticas y conductas de los Estados que se presentan como neutras, pero que en la práctica provocan efectos perjudiciales para ellas, se visibilicen como formas de discriminación y violencia. En el caso *Penal Miguel Castro Castro*<sup>9</sup> (2006) la interpretación que se hizo del Artículo 5 de la Convención, concordándolo con la Convención Belém Pará y la CEDAW, permitió considerar que la violencia contra las mujeres fue una forma de control y, en ciertos casos, particularmente gravosa.

Pero sin duda que será el caso *Campo Algodonero vs. México* (2009) el que marque definitivamente el enfoque respecto de la situación de las mujeres en la región y el goce de sus derechos. En este caso la Corte hace una serie de consideraciones, dentro de las cuales destacan el contexto de vulnerabilidad de las mujeres, considerando la fuerte discriminación contra la mujer que, en este caso, radica en una concepción arraigada de roles de género y estereotipos. En relación con el derecho a la vida, integridad personal y libertad personal existe un incumplimiento del deber de garantía considerando el contexto en el que estaban inmersas las mujeres. Sobre el derecho a las garantías judiciales y el derecho a un recurso efectivo, la Corte señaló que este derecho tiene mayor relevancia y su cumplimiento debe ser más diligente cuando se trata de mujeres involucradas. La violación al derecho a la igualdad y no discriminación radica en que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye el derecho a ser libre de toda forma de discriminación (ver párr. 394).

La Corte a estas alturas ha establecido con claridad que las violaciones de género pueden darse cuando se afectan los derechos de las mujeres por ser tales, o en casos de afectaciones que son neutrales pero que perjudican en forma desproporcionada a las mujeres (Ver caso *Campo Algodonero* (2009), párr. 395).

Una sentencia de la Corte, en 2011, establece un importante parámetro respecto del derecho que tienen las mujeres a la autonomía de su cuerpo y que este no puede ser cosificado con fines reproductivos:

8 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2007. Informe Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas. OEA/Ser.L/II, 20 de enero.

9 CORTE IDH Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas).

“97. El estado de embarazo en que se encontraba María Claudia García cuando fue detenida constituía la condición de particular vulnerabilidad por la cual se dio una afectación diferenciada en su caso. A su vez, en Argentina ya había sido separada de su esposo y luego trasladada al Uruguay sin conocer el destino de aquél, lo que en sí mismo representó un acto cruel e inhumano. Posteriormente, fue retenida en un centro clandestino de detención y torturas, a saber, el SID, donde su tratamiento diferenciado respecto de otras personas detenidas -pues estuvo separada de éstas- no se dio para cumplir una obligación especial de protección a su favor, sino para lograr la finalidad de su retención ilegal, de su traslado al Uruguay y de su eventual desaparición forzada, cual era, la instrumentalización de su cuerpo en función del nacimiento y el período de lactancia de su hija, quien fue entregada a otra familia luego de ser sustraída y sustituida su identidad. Los hechos del caso revelan una particular concepción del cuerpo de la mujer que atenta contra su libre maternidad, lo que forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Lo anterior es aún más grave si se considera, según fue señalado, que su caso se dio en un contexto de desapariciones de mujeres embarazadas y apropiaciones ilícitas de niños ocurridos en el marco de la Operación Cóndor”.<sup>10</sup>

De esta forma, el desafío del SIDH ha sido, por una parte visibilizar estas situaciones como un tipo específico de violaciones de derechos humanos y, por la otra, lograr que la lectura correcta del contexto y las características de la titular de derechos permitan adoptar medidas efectivas de protección.

### 3.4. Discriminación estructural y múltiple

Tal como ha establecido la jurisprudencia interamericana, para resolver adecuadamente un caso en que la titularidad de derechos radique en una mujer debemos prestar atención al contexto en el que dicha mujer goza y ejerce sus derechos. Por ello, no basta con una mirada de la discriminación en su versión clásica liberal y, consecuentemente, en el texto de Sarmiento se aborda una perspectiva amplia del principio a la igualdad y no discriminación.

Para caracterizar las violaciones sistémicas o estructurales de derechos se debe tener en consideración que en estos casos es la organización del Estado (la institucionalidad) la que permite y facilita las violaciones de los derechos y libertades fundamentales de ciertos grupos de la población (situación de los niños y niñas, indígenas, migrantes y las mujeres). Además, estas estructuras jurídicas y políticas funcionan sobre la base de ciertos estándares culturales que hacen posible mantener vigentes dichas prácticas violatorias, en particular, la invisibilización de los derechos de los grupos desprotegidos. Por tanto, los esfuerzos para hacer frente a estas violaciones deben apuntar tanto a las condiciones jurídicas y políticas como a las culturales, que hacen posible que estas violaciones sistémicas ocurran.

La violencia contra las mujeres se ubica justamente dentro de este último grupo de violaciones. Un elemento que debe tenerse en cuenta en los casos de violencia estructural es el cultural, que en este caso cumple un doble rol: por una parte, provoca la invisibilización de la violencia como una violación de derechos humanos y, por otra, es causa basal de la violencia misma. Nuevamente, aquí los aportes de los feminismos han sido centrales para visibilizar estas situaciones y, particularmente, los efectos que tiene en las estructuras sociales el impacto del patriarcado.

En el capítulo III del libro se desarrollan una serie de temas que están relacionados, precisamente, con las consecuencias que tiene para las mujeres esta situación de discriminación

---

10 CORTE IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones), párr. 97.

estructural en la que se encuentran. El lector se encontrará con texto sobre Ciudadanía y Participación Política (Zúñiga), Derechos Sexuales y Reproductivos (Arango), Autonomía Económica (Parra) y Violencia Contra las Mujeres (Palacios). Lo que se ha buscado en cada uno de estos textos es que el lector tenga una visión de la forma en que las violaciones de derechos humanos de las mujeres se complejizan por el contexto en el que se desarrollan y, por tanto, las medidas que debe tomar el Estado se hacen más amplias, profundas y con una mayor exigencia de efectividad.

En efecto, si bien el Estado está obligado a tomar medidas de garantía de los derechos humanos respecto de toda la población, cuando está ante situaciones de desigualdad estructural que afectan a un cierto sector de la población es necesario que se adopten medidas de acción afirmativa (por ejemplo cuotas). En aquellos casos en que, además, el Estado está en conocimiento de una afectación de derechos de un subgrupo dentro de un colectivo discriminado, es necesario que se tomen medidas de especial diligencia que prevengan dichas violaciones de derechos, bajo un estándar de escrutinio más amplio; finalmente, en aquellos casos en que existe un riesgo evidente de que una persona o un grupo de personas individualizadas puedan verse afectadas en sus derechos, es necesario que se tomen medidas especiales, que deben ser efectivas para la protección de las personas en dicha situación. Este esquema de aplicación de medidas es perfectamente aplicable en distintas situaciones en las que se encuentran las mujeres en nuestra región.

En el caso de la violencia contra las mujeres es evidente que las medidas generales de garantía no son suficientes. Aquí cobran especial relevancia las medidas de debida diligencia, tanto para prevenir las violaciones como para responder adecuadamente cuando estas se producen. El texto de Palacios profundiza en los estándares desarrollados en los casos *María da Penha* (CIDH), *Opuz vs. Turquía* (CEDH) y *Jessica Lenahan* (CIDH). Asimismo, estudia la violencia de género en tiempos de conflictos armado, dictadura y posguerra. El punto de partida de su estudio es “que no se puede entender el fenómeno de la violencia en contra de las mujeres sin entender el sistema de poder patriarcal que oprime a las mujeres todos los días en todas las sociedades”. Es interesante el trabajo que se hace de extraer los principales casos sobre violencia y las preguntas que lo acompañan, que permiten guiar al lector y volver a los textos con nuevas motivaciones.

En materia de derechos sexuales y reproductivos también cobran relevancia las distintas medidas que debe adoptar el Estado para que las mujeres puedan gozar de estos derechos con plena garantía de su libertad, en tanto autonomía. El texto de Arango hace un estudio normativo, principalmente, de la evolución del tema en distintos instrumentos internacionales. Luego analiza los estándares a nivel internacional (Comité CEDAW, Comité de derechos humanos, CIDH y Corte IDH) y nacional (Colombia, México, Perú, Chile, Argentina y Brasil), terminan su estudio con algunas consideraciones sobre los derechos reproductivos en el derecho constitucional comparado. Es interesante observar en esta materia lo que nos indica Arango sobre el amplio alcance que se ha dado a los derechos reproductivos, que es donde centra su estudio: “implica el derecho a acceder a servicios de salud reproductiva sin discriminación e incluye, entre otros, el derecho a la atención obstétrica, el derecho al aborto, el derecho a acceder a la anticoncepción, el derecho a acceder a información sobre salud sexual y reproductiva y el derecho a estar libre de interferencias indebidas en la salud sexual y reproductiva —como es el caso, por ejemplo, de la mutilación genital femenina y las esterilizaciones forzadas o sin consentimiento—”. Además, es muy interesante observar en el texto la jurisprudencia que se ha ido desarrollando tanto a nivel internacional como nacional. Respecto de las decisiones constitucionales que se vienen adoptando en la región, la autora señala:

“Las decisiones expuestas, implícita o explícitamente, muestran una tendencia orientada a cumplir con la obligación de eliminar los estereotipos que pesan sobre las mujeres, a través de la incorporación de la perspectiva de género y la protección de los derechos humanos a la

política criminal. Las decisiones sobre aborto se alejan de la priorización de tutela de la moral colectiva en la criminalización del aborto, para pasar a considerar la tutela específica de los derechos de las mujeres". Esto marca un desafío no menor para la actuación en el ámbito interno, particularmente, de qué forma utilizar los avances jurisprudenciales internacionales y nacionales, para consolidar un sistema normativo constitucional y legal, acorde con una perspectiva no centrada en el control del cuerpo de las mujeres y en el respeto de su autonomía".

En los cursos se han incorporado dos temas que nos parecen relevantes desde la perspectiva de los derechos de las mujeres en situaciones de discriminación estructural, donde el componente cultural cobra un especial sentido: la autonomía económica y la participación política. En el primer tema lo que nos interesa es poder demostrar la forma en que la estructura del trabajo permite la perpetuación de situaciones de discriminación en contra de las mujeres. En el ámbito económico y del mercado del trabajo encontramos situaciones que afectan desproporcionadamente a las mujeres, lo que constituye una forma de discriminación. En este sentido, Parra señala un riesgo que es esencial tener en consideración al momento de evaluar este proceso:

"Sin embargo, estos avances legales involucran nuevas paradojas y desafíos. El discurso por el empoderamiento en ocasiones se ha insertado en formas institucionales que facilitan la dominación y la subordinación de las mujeres. Las reformas legales usualmente definen y reproducen estereotipos y roles de género, así como nuevas formas de subordinación, cuando ocultan la magnitud y sofisticación de las modernas formas de discriminación. Lo mismo ocurre cuando las reformas parecen adecuadas a nivel normativo, pero su implementación acentúa nuevas barreras y discriminaciones".

Sin duda la trampa de la dominación está presente, precisamente, por las condicionantes culturales, que son el hilo conductor de nuestro curso. Es interesante mirar las políticas de transferencias condicionadas que están en boga en la región desde la perspectiva que nos propone Parra en su estudio.

Finalmente, el tema de participación política nos ha parecido relevante, ya que es también un espacio donde se vive la discriminación de las mujeres, pero lo que es más complejo aún, es que es un espacio donde se frustran las modificaciones de las situaciones de discriminación a las que hemos hecho referencia, por la falta de participación de las mujeres en los temas que les afectan. En una sociedad democrática, el acceso al poder debe ser en condiciones de igualdad y eso claramente no se da en el caso de las mujeres. Tal como lo señala Zúñiga:

"Hasta hace pocas décadas, la monopolización masculina del poder a lo largo del orbe no era vista, en general, como un problema para la democracia. En la actualidad, en cambio, y tras el sostenido cuestionamiento proveniente del activismo y de la teoría feminista, se ha logrado sentar las bases para el afianzamiento de herramientas jurídicas tendentes a corregir el déficit de legitimidad de sistemas políticos, caracterizados por una escasa presencia de mujeres en el seno de los órganos de representación".

A partir de esta visión se analizan las cuotas como un instrumento para dar efectividad al derecho de participación política de las mujeres. Es interesante observar la justificación de estas medidas por diferentes órganos constitucionales (Francia, Italia y Colombia). Asimismo, la conclusión de Zúñiga es desafiante con relación a pensar en términos de paridad o de cuotas: "La paridad se caracteriza por una justificación anclada en un principio de representación reconceptualizado y por tener una vocación de permanencia, mientras que las cuotas resultan enlazadas por su propia definición normativa a la igualdad y, al mismo tiempo, limitadas a nivel temporal".

Como podrá observarse, es la discriminación estructural la que está tras cada una de estas situaciones. Por ello, hemos querido entregar una visión amplia y compleja del fenómeno discriminatorio y plantear algunos de los caminos que se están intentando para ir erradicando estas formas de discriminación en la región.

### 3.5. El desafío: la discriminación múltiple que afecta a las mujeres

Hay un par de temas que no hemos incorporado en este libro, pero que hemos comenzado a considerar en nuestro curso: la situación de las mujeres indígenas y la situación de las lesbianas y transexuales. La discriminación y la violencia no afectan siempre en la misma medida a todas las mujeres, ya que algunas están expuestas al menoscabo de sus derechos con base en más de un factor de riesgo.<sup>11</sup> La interacción simultánea de varios motivos de discriminación en un mismo sujeto, como lo son el sexo combinado con la etnia, la raza, la situación socioeconómica o la orientación sexual, entre otras, posee un efecto multiplicador de las consecuencias de la violencia y la discriminación y les hace particularmente vulnerables a ellas.<sup>12</sup>

En ese sentido, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer expresa preocupación “por el hecho de que algunos grupos de mujeres, como por ejemplo las mujeres pertenecientes a minorías, las mujeres-indígenas, las refugiadas, las mujeres migrantes, las mujeres que habitan en comunidades rurales o remotas, las mujeres indigentes, las mujeres recluidas en instituciones o detenidas, las niñas, las mujeres con discapacidades, las ancianas y las mujeres en situaciones de conflicto armado son particularmente vulnerables a la violencia”<sup>13</sup>.

Por su parte, la Convención de Belém do Pará, tomando en cuenta esta cuestión, dispone en su artículo 9 que para la adopción de las medidas que establece en el Capítulo III (artículos 7 y 8),

“[...] los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad”.

Esta situación de discriminación múltiple debe ser un elemento central al momento de interpretar el contenido y el alcance de los derechos humanos de las mujeres. En el caso *Inés Fernández Ortega vs. México* (2011), la Corte IDH señala respecto de las mujeres indígenas:

“[...] En general, la población indígena se encuentra en una situación de vulnerabilidad, reflejada en diferentes ámbitos, como la administración de justicia y los servicios de salud, particularmente, por no hablar español y no contar con intérpretes, por la falta de recursos económicos para acceder a un abogado, trasladarse a centros de salud o a los órganos judiciales y también por ser víctimas de prácticas abusivas o violatorias del debido proceso. Lo anterior ha provocado que integrantes de las comunidades indígenas no acudan a los órganos de justicia o instancias públicas de protección de los derechos humanos por desconfianza o por

11 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2011. Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación. OEA Ser.L/V/II.143 Doc.60, párr. 28.

12 CHACARTEGUI JÁVEGA, C. 2010. Mujer, discriminación múltiple y exclusión social. En: PÉREZ DE LA FUENTE, O. (ed.) Mujeres: Luchando por la igualdad, reivindicando la diferencia. Madrid, Dykinson, p. 41.

13 Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas N° 48/104, de 20 de diciembre de 1993.

miedo a represalias, situación que se agrava para las mujeres indígenas puesto que la denuncia de ciertos hechos se ha convertido para ellas en un reto que requiere enfrentar muchas barreras, incluso el rechazo por parte de su comunidad y otras 'prácticas dañinas tradicionales' (Párrafo 78)".

Por su parte, en el caso *Atala Riffo vs. Chile* (2012), la Corte señaló respecto de la orientación sexual en el caso de una mujer lesbiana:

"Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas, la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual"<sup>14</sup>.

De ahí que en un análisis de contexto y de subjetivación de la protección (en tanto proceso que mira a la víctima, sus características y circunstancias), estas sean situaciones que deben abordarse con especial preocupación por el DIDH.

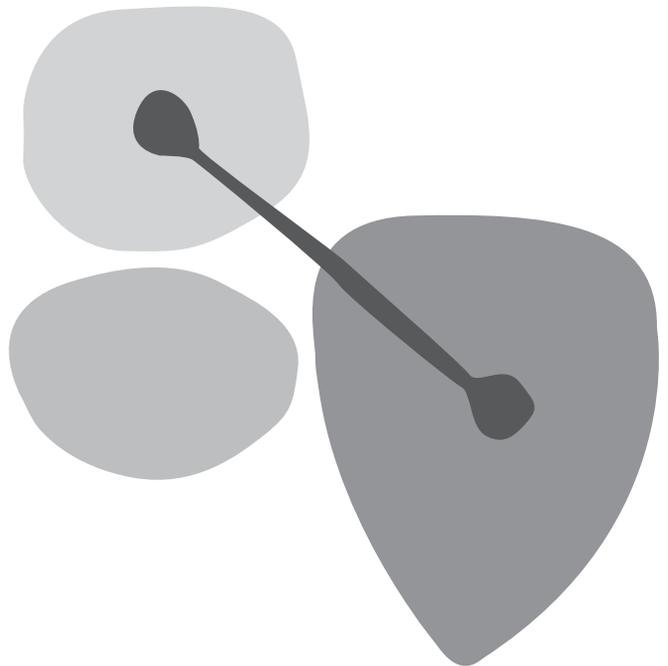
#### **4. A MODO DE COROLARIO**

Como podrá apreciar el lector, el libro ofrece una serie de alternativas de uso. Lo que nos interesa es que se asuma con seriedad del desafío de la protección efectiva de los derechos humanos de las mujeres. La forma en que se utilice el libro, si aporta a dicho fin, no es lo relevante. Lo que se ha desarrollado son pautas generales para entender la lógica que inspira este trabajo y sus posibilidades de uso, nada más.

14 CORTE IDH. Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 91.

Capítulo I

# FEMINISMOS, GÉNERO Y DERECHO



# FEMINISMOS, GÉNERO Y DERECHO

Lorena Fries Monleón

Nicole Lacrampette Polanco

## 1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS FEMINISMOS

En términos generales, los feminismos comprenden un conjunto de teorías críticas que explican la subordinación, dominación, explotación y/o marginación de las mujeres en la sociedad y promueven su plena emancipación. En la base del pensamiento feminista se encuentra la constatación sobre el lugar de inferioridad que ocupan las mujeres respecto de los hombres, en mayor o menor medida, en todas las culturas conocidas.

El origen de los feminismos suele situarse en la Ilustración, como una respuesta a la exclusión de las mujeres de las promesas de igualdad y libertad que fundan este modelo. Esta exclusión que nace con la Ilustración se refuerza en la tradición liberal.

El primer feminismo es un feminismo vindicativo. Surge con la Ilustración, amparada bajo la idea de la razón, de la autonomía y la libertad de los individuos y, por lo tanto, la muerte a los privilegios. En ese contexto las mujeres constatan que las promesas ilustradas no se extienden a ellas y surge la obra fundante del feminismo, la *Vindicación de los derechos de la mujer*, escrita en 1792 por Mary Wollstonecraft. El pensamiento de esta escritora “brota de una doble y firme convicción: de un lado, desde el punto de vista epistemológico, en la existencia de una razón repartida universalmente entre todos los seres humanos; y de otro, desde el punto de vista político, en la creencia de que la igualdad es el lugar en el que desemboca cualquier razón moral. Mary Wollstonecraft es una intelectual ilustrada que pondrá a la Ilustración contra las cuerdas al vindicar para las mujeres aquellos derechos naturales que los pensadores contractualistas habían definido en la teoría como propios de la humanidad entera y en la práctica como exclusivos de los varones”<sup>1</sup>. En este sentido la filósofa española Amelia Valcárcel ha señalado que “el feminismo es un hijo no querido de la Ilustración”, ya que es precisamente la lógica ilustrada la que hace nacer un nuevo discurso crítico, que utiliza las mismas categorías universales de su filosofía política.<sup>2</sup>

La obra de Wollstonecraft, por una parte, “critica a los pensadores ilustrados que conceptualizan la naturaleza femenina como inferior a la masculina y que, en consonancia con ello, postulan la exclusión de las mujeres de los derechos civiles y políticos”<sup>3</sup>. Dentro de esta línea destaca la crítica al carácter excluyente del democratismo rousseauiano, en el cual, para la autora, el cimiento de la igualdad entre los varones es la preponderancia de estos sobre las mujeres.

Para Rousseau, las mujeres no pertenecen al orden de lo público-político sino, que al de lo doméstico-privado. Esa división y, particularmente, la esfera de lo privado, ha de permanecer como fundamento y condición de posibilidad del todo político.<sup>4</sup> En esta lógica, las mujeres no pueden “pagar el precio de la ciudadanía. Regidas por el sentimiento y no por la razón, no podrían mantener la ecuanimidad necesaria en las asambleas y, físicamente endebles, no serían capaces de mantener

---

1 AMORÓS y COBO (2005, p. 127).

2 VALCÁRCEL (2001).

3 AMORÓS y COBO (2005, p. 135).

4 VALCÁRCEL (2001, pp. 10-11).

la ciudadanía como un derecho frente a terceros. Ni las asambleas ni las armas les convienen. Siendo esto así, no se puede ser mujer y ciudadano, lo uno excluye lo otro. Pero esta exclusión no es una merma de derechos, ya que no podrían ser acordados a quien no los necesita porque es la propia naturaleza quien se los ha negado. Las mujeres son, consideradas en su conjunto, la masa pre-cívica que reproduce dentro del Estado el orden natural. No son ciudadanas porque son madres y esposas<sup>5</sup>. Este nuevo modelo de feminidad, que se consagra con la división de papeles políticos, sostiene que el hombre tiene, por naturaleza, preeminencia sobre la mujer.

Por otra parte, Wollstonecraft argumenta, en contra de Rousseau, la necesidad de una sola y única educación para hombres y mujeres, asumiendo nuevamente los principios ilustrados y reafirmando su aseveración del carácter artificial de las diferencias de valor y función entre hombres y mujeres:

“Mary Wollstonecraft criticará tenazmente los libros de conducta para mujeres que escribían tanto clérigos católicos como pastores protestantes y tanto educadores como políticos. En efecto, en su opinión, la educación sentimental en la que se formaban las mujeres del siglo XVIII ‘ha distorsionado tanto la comprensión del sexo, que las mujeres civilizadas de nuestro siglo, con unas pocas excepciones, solo desean fervientemente inspirar amor, cuando debieran abrigar una ambición más noble y exigir respeto por su capacidad y sus virtudes’. Un aspecto importante de esta crítica está centrado no solo en la orientación moral que se da a las niñas para dirigir las hacia el matrimonio sino también en el escaso aprecio que se tiene de sus facultades intelectuales. Wollstonecraft, como antes hiciera Poullan de la Barre, reclama una sola educación para ambos sexos, pues hombres y mujeres son poseedores de una razón que bien utilizada les conducirá a la virtud. Una sola naturaleza, una sola razón, una sola virtud, y por lo tanto, una sola educación”<sup>6</sup>.

Dentro de su crítica, Wollstonecraft recoge el *Emilio, o de la educación*, escrito por Rousseau en 1762. Como acertadamente sintetizan Amorós, Cobo y Valcárcel, para Rousseau existen dos concepciones pedagógicas distintas —una para cada sexo—, basadas en ontologías diferentes: mientras que para los hombres la propuesta normativa es la autonomía, los imperativos imprescindibles en la educación de las mujeres son la obediencia al esposo y la sumisión a la opinión pública.<sup>7</sup> En el concepto rousseauiano, “las mujeres son un sexo segundo y su educación debe garantizar que cumplan su cometido: ayudar, agradar, criar hijos”<sup>8</sup>.

En su *Emilio*, Rousseau plantea que existen tres diferentes educaciones: la de la naturaleza (que corresponde al desarrollo del cuerpo y de las facultades, y que por tanto no depende de la persona), la humana o de los hombres (correspondiente al uso que se aprende a hacer del desarrollo natural, que es la única donde “somos verdaderos maestros”) y la de las cosas (la adquirida por la propia experiencia sobre los objetos del entorno, y que solo está en parte en manos de la persona). En concepto del autor, una buena educación es aquella en que estas tres formas coinciden y apuntan a un mismo fin o meta: la naturaleza (entendida como *lo conforme a la naturaleza*<sup>9</sup>). De ella viene la educación; lo que proviene de ella es bueno y por tanto el desarrollo del hombre deberá guiarse por

5 Ibid., pp. 10-11.

6 AMORÓS y COBO (2005, pp. 132-133).

7 Ibid., p. 140.

8 VALCÁRCEL (2001, p. 8).

9 No debe entenderse que lo que se plantea es un modelo de educación orientado a mantener a los hombres en un estado de naturaleza, sino que la educación debe ser acorde a la naturaleza del hombre y seguir el curso natural de las cosas. Ello, considerando que para Rousseau el hombre es bueno por naturaleza y es la sociedad la que lo pervierte, de manera que la educación debe dirigirse a que el hombre se desarrolle completamente de acuerdo con esa naturaleza.

el cauce natural de las cosas. Para ilustrar sus conceptos sobre la educación que debe darse a los hombres, Rousseau recurre a la figura hipotética de Emilio<sup>10</sup>, relatando cómo debe formarse desde sus primeros años. La educación de los niños debe estar orientada a permitirles la mayor actividad posible para que experimenten el mundo a través de sus sentidos y funciones. A los niños debe concedérseles “más verdadera libertad y menos imperio, permitirles que actúen más por su cuenta y exijan menos de los demás. Acostumbrados desde muy pequeños a regular sus deseos con sus fuerzas, poco sentirán la privación de lo que no está en su mano conseguir”<sup>11</sup>. Lo que se busca, entonces, es que la educación de los niños los convierta en personas libres y autónomas, capaces de valerse por sí mismas en la sociedad.

La situación de la mujer, por su parte, aparece tratada en el Libro V del *Emilio*, a través de la figura de Sofía (cuya primera definición es ser la compañera de Emilio). La educación de Sofía debe encaminarse también al fin de la naturaleza, pero la naturaleza de la mujer es distinta a la del hombre, y por lo tanto también lo será su educación. Rousseau plantea que existen numerosas (y complejas) relaciones y diferencias entre hombres y mujeres, y que ellas deben ejercer influencia en lo moral. La primera diferencia entre las relaciones morales del hombre y la mujer radica en que “[e]l uno debe ser activo y fuerte, y el otro pasivo y débil. Es indispensable que el uno quiera y pueda, y es suficiente con que el otro oponga poca resistencia. Establecido este principio, se deduce que el destino especial de la mujer consiste en agradar al hombre. Si recíprocamente el hombre debe agradarle a ella, es una necesidad menos directa; el mérito del varón consiste en poder, y solo por ser fuerte agrada”<sup>12</sup>. Esta es, para Rousseau, la ley de la naturaleza.

Como corolario de lo anterior, la educación de la mujer debe orientarse con relación a los hombres:

“Agradarles, serles útiles, hacerse amar y honrar de ellos, educarlos cuando niños, cuidarlos cuando mayores, aconsejarlos, consolarlos y hacerles grata y suave la vida son las obligaciones de las mujeres en todos los tiempos, y esto es lo que desde su niñez se las debe enseñar”<sup>13</sup>.

Contrariamente al modelo de libertad y autonomía en que se basa la educación de los niños, a las niñas debe imponérseles siempre autoridad:

[D]esde muy pequeñas deben estar sujetas. Esta desdicha, si lo es para ellas, es imprescindible en su sexo, y jamás se libran de ella, si no es para padecer otras más crueles. Toda la vida han de ser esclavas de la más continua y severa sujeción, que es la del bien parecer. Es preciso acostumbrarlas a la sujeción cuanto antes, con el fin de que nunca les sea violenta; a resistir todos sus caprichos, para sujetarlos a las voluntades ajenas. [...]

[S]iendo la dependencia el estado natural de las mujeres, se inclinan a la obediencia.

Por la misma causa que deben tener poca libertad, se extralimitan en el uso de la que les dejan [...]. Acostumbradlas a que se vean interrumpidas en sus juegos y a que las llamen para otras cosas sin que murmuren. Sólo con el hábito basta para esto, puesto que no hace otra cosa que servir de auxilio a la naturaleza.

De esta presión habitual se obtiene una cualidad muy necesaria a las mujeres durante toda su vida, supuesto que nunca cesan de estar sujetas, o a un hombre o a los juicios de los hombres, y

10 Nótese que Emilio es un niño “de ilustre cuna”. En la concepción rousseauiana los hombres pobres no necesitan educación, puesto que su estado (de pobreza) ya les impone una, y no podrían recibir otra. Además, considera que en la mayoría de los casos ellos logran hacerse hombres por sí solos.

11 ROUSSEAU (2011, Libro I).

12 *Ibíd.*, Libro V.

13 *Ibíd.*

que nunca les es permitido que se muestren superiores a esos juicios. La blandura es la prenda más importante de una mujer; destinada a obedecer a tan imperfecta criatura como es el hombre, tan llena a veces de vicios y siempre cargada de defectos, desde muy temprano debe aprender a padecer hasta la injusticia y a soportar los agravios de su marido sin quejarse; debe ser flexible, y no por él, sino por ella. La acritud y la terquedad de las mujeres nunca logran otra cosa que agravar sus daños y el mal proceder de sus maridos [...]”<sup>14</sup>.

En el mismo sentido, Rousseau sostiene que la investigación de las verdades abstractas y especulativas —todo lo que tiende a generalizar las ideas— no es propio de la mujer, sino que sus estudios deben orientarse hacia la práctica, tocándoles aplicar los principios que descubren los hombres, ya que ellas no poseen la atención ni criterio suficientes para dominar las ciencias exactas, que exceden, entonces, a sus capacidades. Todo lo que deben aprender las mujeres es lo relacionado con las obligaciones de su sexo: la maternidad, el cuidado, la costura. Es decir, lo que la naturaleza les depara como destino.

En definitiva, el modelo rousseauiano de la educación natural puede calificarse como un medio de reproducción de la subordinación de las mujeres en el ideal ilustrado, que favorece a los ya amparados por sus promesas igualitarias —los hombres libres, iguales y propietarios— y excluye a los demás sujetos.

Es debido a lo anterior que Mary Wollstonecraft dedica una buena parte de la *Vindicación de los Derechos de la Mujer* a demostrar las incoherencias y falacias en que incurre Rousseau para sostener su concepto de naturaleza de la mujer. Así, la autora denuncia que la naturaleza de la mujer que se describe en el Emilio no es natural, sino que es fabricada para legitimar la subordinación de las mujeres en la sociedad burguesa ideal o, en otras palabras, la necesidad de que las mujeres ocupen esos espacios subordinados es lo que empuja a los filósofos a fabricar un concepto de naturaleza femenina inferior a la masculina.<sup>15</sup>

Así, Wollstonecraft inaugura la crítica de la condición femenina. En palabras de Valcárcel:

“[Wollstonecraft] [s]upone que bastantes de los rasgos de temperamento y conducta que son considerados propios de las mujeres son en realidad producto de su situación de falta de recursos y libertad. Desde su visión ilustrada niega que la jerarquía masculina sea otra cosa que un privilegio injusto avalado por prejuicios inmemoriales. [...] La situación de las mujeres no tiene otro origen distinto del abuso de poder en que se funda el orden de la nobleza de sangre a abatir. Ambas dominaciones, la de clases y la de sexo, son políticas y no se puede estar contra una de ellas y dejar a la otra intacta. Lo que los varones ejercen sobre las mujeres no es una autoridad natural —no hay ninguna de este tipo—, sino un privilegio injusto [...]. El dar el moderno nombre de privilegio a la ancestral jerarquía entre los sexos era la radical novedad teórica que el primer feminismo ilustrado ejercía. Era posible gracias al empleo de las categorías conceptuales y discursivas de la Modernidad, pero traspasaba los usos para las cuales habían sido concebidas. El feminismo aparecía como un hijo no deseado de la Ilustración. Implicaba la subversión de un orden que muy pocos querían ver producirse. Parecía amenazar a los mismos pilares de la nueva respetabilidad burguesa. La negativa a aceptar la estirpe, de la que provenía el orden de privilegio de la nobleza de sangre, implicaba una nueva forma de familia en la que la jerarquía sexual era básica. Ello entrañaba redefinir los nuevos papeles masculinos y femeninos”<sup>16</sup>.

14 Ibíd.

15 AMORÓS y COBO (2005, p. 137).

16 VALCÁRCCEL (2001, p. 12).

Contemporáneamente a Wollstonecraft, y también en Francia, se elevaron otras voces que buscaron llamar la atención sobre la contradicción inherente a la pretendida igualdad ilustrada. Entre estas destaca Olympe de Gouges, una articulada defensora de los derechos de las mujeres que produjo numerosos escritos clamando por la igualdad. Fue también dramaturga y consiguió que su obra *La esclavitud de los negros*, un alegato contra esta forma de explotación, fuese representada.<sup>17</sup> Su escrito más conocido es la *Declaración de los derechos de la mujer y de la ciudadana*<sup>18</sup>, de 1791, que sigue el modelo de la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* proclamada en Francia en 1789, alcanzando realmente la universalidad que esta última pretendía, pero no consigue, pues excluye de la ciudadanía y sus derechos a las mujeres. La *Declaración* de Olympe de Gouges proclama que la mujer nace libre y permanece igual al hombre en derechos, siendo los derechos naturales e imprescriptibles de mujeres y hombres la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión; todas las ciudadanas y los ciudadanos deben participar en la formación de la ley, que debe ser la misma para todos y, siendo todos iguales ante la ley, mujeres y hombres deben ser admitidos a todas las dignidades, puestos y empleos públicos. Por otra parte, De Gouges insiste en que la dignidad humana exige una revisión del contrato de matrimonio y el respeto a las madres, casadas o solteras; exige que las mujeres divorciadas reciban ayuda económica de sus maridos y que los hijos ilegítimos tengan el mismo derecho que los legítimos a heredar de su padre.<sup>19</sup>

Olympe de Gouges fue guillotinado el 3 de noviembre de 1793, tras difundir un panfleto titulado *Las tres urnas*, en el que llamaba a un plebiscito nacional para elegir entre tres formas de gobierno: república unitaria, federación o monarquía. Su muerte “es un símbolo de la suerte corrida por el movimiento feminista surgido de la Revolución francesa y de sus ideales de igualdad y libertad. El mismo año de su muerte son prohibidos los clubes y sociedades populares de mujeres”<sup>20</sup>.

Entre los pocos hombres de la época que abogaron por los derechos de las mujeres, cabe mencionar al marqués de Condorcet. Filósofo y matemático, afirmó la idea de que el progreso de la humanidad requería de la igualdad entre hombres y mujeres. Concordantemente, argumentó a favor del derecho de las mujeres para acceder a la educación pública en igualdad con los hombres y de su inclusión en la ciudadanía.

En su escrito *Cartas de un burgués de Newhaven a un ciudadano de Virginia*, de 1787, razona a favor de una constitución fundada en los derechos naturales del hombre, anteriores a las instituciones sociales y fundados en la sola existencia de un ser sensible, capaz de razonar y de tener ideas morales. Sobre esta base afirma su defensa de los derechos de las mujeres a participar en la vida pública:

“¿Acaso los hombres no tienen derechos en calidad de seres sensibles capaces de razón, poseedores de ideas morales? Las mujeres deben, pues, tener absolutamente los mismos y, sin embargo, jamás en ninguna constitución llamada libre ejercieron las mujeres el derecho de ciudadanos.

[...]

[A]dmitís sin duda el principio de los ingleses de que sólo se está legítimamente sujeto a los impuestos que se han votado al menos a través de representantes: de este principio se concluye que toda mujer tiene derecho a negarse a pagar las tasas parlamentarias. No veo réplica sólida a estos razonamientos, al menos para las mujeres viudas o solteras. En cuanto a

17 PULEO (1993, p. 153).

18 El texto de la Declaración puede encontrarse en PULEO (1993, pp. 155-163).

19 WAYAND (1992, p. 102).

20 PULEO (1993, pp. 153-154).

las otras, se podría decir que el ejercicio del derecho de ciudadano supone que un ser pueda actuar por voluntad propia. Pero, entonces, responderé que las leyes civiles que establecieran entre los hombres y las mujeres una desigualdad bastante grande para que se les pudiera suponer privadas de la ventaja de tener una voluntad propia, sólo serían una injusticia más”<sup>21</sup>.

En la misma línea sostendrá el derecho de las mujeres a ser elegidas para las funciones públicas, argumentando que su exclusión genera dos injusticias: una para los electores, a quienes se restringe la libertad, y otra para las excluidas, a quienes se priva de una ventaja concedida a otros.<sup>22</sup> En su ensayo *Sobre la admisión de las mujeres al derecho de ciudadanía*, de 1970, desarrolla estas ideas y refiere cómo la exclusión de las mujeres es a la vez causa y consecuencia de su situación desigual en la vida pública:

“¿No han violado todos el principio de igualdad de los derechos al privar tranquilamente a la mitad del género humano del derecho a concurrir a la formación de las leyes, al excluir a las mujeres del derecho a la ciudadanía? ¿Hay acaso prueba más contundente del poder del hábito, incluso en los hombres ilustrados, que la de ver cómo se invoca el principio de igualdad de los derechos en favor de trescientos o cuatrocientos hombres a los que un prejuicio absurdo había discriminado y olvidar ese mismo principio con respecto a doce millones de mujeres? Para que esta exclusión no fuera un acto de tiranía, habría que probar que los derechos naturales de las mujeres no son en absoluto los mismos que los de los hombres, o mostrar que no son capaces de ejercerlos.

Ahora bien, los derechos de los hombres se derivan únicamente de que son seres sensibles susceptibles de adquirir ideas morales y de razonar con esas ideas. De esta manera, puesto que las mujeres tienen estas mismas cualidades, tienen necesariamente iguales derechos. O bien ningún individuo de la especie humana tiene verdaderos derechos o todos tienen los mismos; y el que vota en contra el derecho de otro, cualquier sea su religión, color o sexo, ha abjurado de los suyos a partir de ese momento.

[...]

Se ha dicho que las mujeres, aunque mejores que los hombres, más dulces, más sensibles, menos sujetas a vicios emparentados con el egoísmo y la dureza del corazón, no tenían el sentido de la justicia propiamente dicho; que obedecían más a su sentimiento que a su conciencia. Esta observación tiene algo más de cierto pero no prueba nada; no es la naturaleza, es la educación, es la vida social la que causa esta diferencia. Ni una ni otra han acostumbrado a las mujeres a la idea de lo que es justo sino a la de lo que es honesto. Alejadas de los asuntos públicos, de todo lo que se decide según la rigurosa justicia, según leyes positivas, las cosas de las que ellas se ocupan y sobre las que actúan son precisamente las que se regulan por la honestidad natural y por el sentimiento. ¿Es justo, entonces, alegar, para continuar negando a las mujeres el goce de sus derechos naturales, motivos que tienen algo de realidad sólo porque no gozan de esos derechos?”<sup>23</sup>.

A pesar de los esfuerzos de Wollstonecraft, De Gouges y Condorcet, entre otros, lo que finalmente vence es la perspectiva más misógina de la Ilustración. Si bien en este periodo se consiguió abolir el privilegio por la sangre, que establecía un determinado orden de cosas y jerarquías sociales inmutables, no todo podía reformarse, pues era necesario mantener un cierto orden social que sustentara los nuevos modelos políticos. Y lo que se mantiene y reafirma es la jerarquía sexual básica: familia y Estado delimitan las dos esferas separadas de lo privado-doméstico y lo público-político, en torno a las cuales se construyen y consolidan los Estados liberales.

21 CONDORCET, Cartas de un burgués de Newhaven a un ciudadano de Virginia. En: PULEO (1993, pp. 95-96).

22 Ibíd.

23 CONDORCET. Sobre la admisión de las mujeres al derecho de ciudadanía. En: PULEO (1993, pp. 101-103).

Pues bien, con la llegada del siglo XIX se comienza a gestar la segunda ola del feminismo. En el campo teórico, uno de los grandes desafíos del feminismo de este periodo fue “el de desarticular la ideología de la naturaleza diferente y complementaria de los sexos”<sup>24</sup>, que, como hemos visto, es herencia de Rousseau (y otros teóricos contractualistas). En lo político, el siglo XIX fue consolidando el modelo sociopolítico liberal. “La separación de esferas pública y privada, familia y Estado en que consistía el fundamento del concepto de estado rousseauiano fue admitida completamente por la filosofía política liberal”<sup>25</sup>.

Contra las voces del primer feminismo “se construyó el monumental edificio de la misoginia romántica: toda una manera de pensar el mundo cuyo único referente es la conceptualización rousseauiana y que tuvo como fin reargumentar la exclusión” de las mujeres, una vez superadas las justificaciones religiosas de la inferioridad femenina, que habían perdido validez con la Ilustración. Esto se hace a través de la filosofía<sup>26</sup>, cuyas principales figuras de la época teorizaron acerca de por qué las mujeres debían estar excluidas, entre ellos principalmente Hegel, Schopenhauer, Kierkegaard y Nietzsche.

Hegel fue el primero en abordar la reconceptualización de los sexos. En la *Fenomenología del espíritu* “explica el por qué de los sexos: son realidades del mundo de la vida, del mundo natural, pero en la especie humana están normados. Cada uno tiene un destino distinto. El destino de las mujeres es la familia, el destino de los varones es el Estado. Ese destino no puede contradecirse”<sup>27</sup>. Estas ideas, sin embargo, no fueron tan influyentes como las de Arthur Schopenhauer, filósofo alemán cuya evidente misoginia, de acuerdo con Valcárcel, marcó la impronta del siglo XIX:

“Sobre la teorización rousseauiana y hegeliana añadió algo significativo: no sólo el sexo masculino encarna el espíritu mientras que la naturaleza es el sexo femenino, sino que además la continuidad en la naturaleza es la característica fundamental de la naturaleza. Y esto tiene bastante rendimiento.

Lo femenino dicho en general es una estrategia de la naturaleza para reproducir el ser. En verdad llamamos femenino, a causa de una tergiversación espiritualista, a lo que en términos propios hay que llamar “lo hembra”. La naturaleza es ella misma hembra y persigue perpetuarse porque ese es el fin único que tiene, dado que en ella ni hay ni puede haber una ulterior teleología.

La naturaleza es en sí misma inconsciente e inconsciente de sí misma. Esa inconsciencia, ininteligente, corta de miras, incapaz de formar representaciones o conceptos, incapaz de prever el futuro, incapaz de reflexionar sobre el pasado, en fin, un puro existir sin conciencia de sí mismo. Y como lo hembra es una continuidad a lo largo de la naturaleza se sigue que una vaca, una perra, una gallina y una mujer se parecen mucho más entre sí que una mujer y un varón, que sólo aparentemente son de la misma especie. Lo que aleja a las mujeres de la especie humana es que precisamente son hembras. Aunque a veces parecen seres humanos, hablan, se comportan, parecen seguir normas, esto es pura apariencia. La sabiduría consiste en poder fijar una mirada más profunda y ver cómo a través de ese aparente ser humano lo que en verdad sucede es el surgir de una estrategia de la naturaleza para perpetuarse. Las perfecciones de este ser son falsas y utilitarias: belleza o gracia o atisbos de inteligencia sólo tienen por fin la reproducción y la prueba es que ese ser las pierde en el momento en que se reproduce. [...] Todas las mujeres son la mujer, en el fondo lo hembra, y ninguna de ellas tiene derecho a un trato que sea el de sexo segundo. Lo que avergüenza a las culturas europeas

24 DE MIGUEL (2005, p. 177).

25 VALCÁRCEL (2001, p. 15).

26 *Ibíd.*, p. 15.

27 *Ibíd.*

ante culturas más sabias como el Oriente o el islam es la apariencia de individualidad que una estúpida galantería concede a las mujeres. La dama europea es un ser fallido y ridículo y en buena lógica debería hacerse desaparecer porque todas las mujeres debieran ser seres de harén. Las mujeres, el sexo inestético, deben mantenerse alejadas de toda voluntad propia y todo saber. De entre los muchos dislates de Schopenhauer, quizá uno sirva de muestra y conclusión. Llega a afirmar que la naturaleza quiere, como estrategia, que las mujeres busquen constantemente a un varón que cargue legalmente con ellas. Esto es, parece que la naturaleza prevé la juridicidad. Pero dislate o no, el formidable edificio de la misoginia romántica tuvo en Schopenhauer uno de sus más anchos pilares<sup>28</sup>.

A pesar de estas construcciones teóricas persistieron las iniciativas inspiradas en las ideas del primer feminismo y, en 1848, alrededor de setenta mujeres y treinta varones de diversos movimientos y asociaciones políticas de tendencia liberal se reunieron en Nueva York y firmaron la *Declaración de sentimientos*, más conocida como *Declaración de Seneca Falls*. Este documento, que sigue el modelo de la declaración de Independencia de los Estados Unidos,

“consta de doce decisiones e incluye dos grandes apartados: de un lado las exigencias para alcanzar la ciudadanía civil para las mujeres y de otro los principios que deben modificar las costumbres y la moral. El grupo que se había reunido en Seneca provenía fundamentalmente de los círculos abolicionistas. Varones y mujeres que habían empeñado sus vidas en la abolición de la esclavitud llegaron a la conclusión de que entre ésta y la situación de las mujeres, aparentemente libres, había más de un paralelismo. Desde postulados iusnaturalistas y lockeanos, acompañados de la idea de que los seres humanos nacen libres e iguales, firman: ‘decidimos que todas las leyes que impidan que la mujer ocupe en la sociedad la posición que su conciencia le dicte, o que la sitúen en una posición inferior a la del varón, son contrarias al gran precepto de la naturaleza y, por lo tanto, no tienen fuerza y autoridad’. El gran precepto de la naturaleza que invocan es el resumen de igualdad, libertad y persecución de la propia felicidad. Era el mismo que se había invocado contra el mantenimiento del tráfico, venta y tenencia de esclavos<sup>29</sup>.”

Dos de las mujeres que lideraron el proceso que culminó en la *Declaración de Seneca Falls*, Elizabeth Cady Stanton y Lucretia Coffin Mott, serán también las promotoras de lo que más tarde sería el movimiento sufragista.

Durante el siglo XIX, el nuevo sistema económico capitalista incorporó masivamente a las mujeres proletarias al trabajo industrial, en razón de que ellas constituían mano de obra más barata y sumisa que los varones. En la burguesía, por el contrario, las mujeres fueron quedando cada vez más recluidas dentro de los hogares, que constituían el símbolo del estatus social y éxito laboral de los varones. Al mismo tiempo, las mujeres no tenían acceso a la educación y en el caso de las burguesas, tampoco al trabajo.<sup>30</sup>

En este contexto tendrá origen el sufragismo, un movimiento de agitación internacional, presente en todas las sociedades industriales, que tomó dos objetivos concretos: los derechos educativos y el derecho al voto.<sup>31</sup>

Las mujeres de este periodo comienzan a darse cuenta de que se requiere avanzar para ser parte de la ciudadanía y que ello se logra a través de la educación. Consiguieron acceder primero a

28 Ibid., pp. 15-16.

29 Ibid. p. 17.

30 DE MIGUEL (1995).

31 VALCÁRCEL (2001, p. 17).

la educación primaria, amparadas en razones acordes a su papel en lo doméstico: una formación básica en lectura, escritura y cálculo era necesaria para cumplir adecuadamente las funciones de esposa y madre. Posteriormente, algunas reclamaron su ingreso a los tramos medios de educación, aduciendo igualmente razones acordes a los roles imperantes: ciertas mujeres podrían, por cualquier circunstancia adversa, quedar fuera de la vida matrimonial; ¿no sería bueno que ellas pudieran subsistir ejerciendo una profesión digna y no se vieran condenadas a la dependencia de sus parientes o, lo que es peor, la caída en el oprobio? Para estas mujeres se establecieron escuelas de institutrices y de enfermeras, carreras que proyectan la virtud femenina del cuidado en la sociedad y que permitieron a las mujeres de las clases medias vivir relativamente libres. En ese contexto, un grupo muy selecto de mujeres logró cumplir los requisitos necesarios para la entrada a las universidades, pero estas no las admitían. A partir de 1880, unas pocas universidades europeas comenzaron a admitir mujeres en las aulas. La idea que lo permitió fue la de excepcionalidad: la regla es que para las mujeres una formación superior es inaceptable, salvo, en casos excepcionales. “La existencia misma de las excepciones [...] confirma que la regla está bien tomada. Una mujer con formación superior ni es ni puede ser una mujer corriente, por lo tanto su capacidad o su trabajo revierten sólo sobre ella misma y para nada cambian la opinión que haya de mantenerse sobre el resto. Ella es una excepción y las demás son lo que son. Bajo esta ‘dinámica de las excepciones’ algunas mujeres consiguieron por primera vez abrirse un puesto en el seno de la cultura formal”<sup>32</sup>, lo cual no significó que las mujeres que lograron completar sus estudios profesionales pudiesen acceder al ejercicio de las profesiones. A ello se debe que las primeras generaciones de mujeres con educación superior obtuvieran éxitos en tareas de investigación, que podían realizarse casi solitariamente.<sup>33</sup>

Las demandas por el sufragio, por su parte, tuvieron una relación directa con los avances progresivos en el acceso a la educación. La negación del voto se hacía más difícil de sostener en la medida en que avanzaba la formación de las mujeres.

“El sufragismo se planteó las formas de intervenir desde la exclusión en la política y estas formas tenían que ser las adecuadas para personas no especialmente violentas y relativamente carentes de fuerza física. De modo que la manifestación pacífica, la interrupción de oradores mediante preguntas sistemáticas, la huelga de hambre, el autoencadenamiento, la tirada de panfletos vindicativos, se convirtieron en sus métodos habituales”<sup>34</sup>.

Así, el sufragismo innovó las formas de agitación e inventó la lucha pacífica.

La obtención del voto, finalmente, estuvo íntimamente relacionada con las dos guerras mundiales:

“Cuando las grandes guerras se produjeron en la primera convulsa mitad del siglo XX, los varones fueron llamados a filas y llevados al frente. Los países beligerantes tuvieron entonces que recurrir a las mujeres para sostener la economía fabril, la industria bélica, así como grandes tramos de la administración pública y de los subsistemas estatales. La economía no falló, la producción no descendió y la administración estatal pudo afrontar sin lagunas momentos muy críticos. Quedaba entonces claro que las mujeres podían mantener en marcha un país. En tales condiciones, que siguieran excluidas de la ciudadanía carecía de todo sentido. Ni siquiera las voces más misóginas pudieron oponerse a la demanda del voto. Simplemente se limitaron a augurar los efectos catastróficos que la nueva libertad de las mujeres tendría para la familia.

32 Ibid., pp. 18-19.

33 Ibid.

34 Ibid., p. 19.

Porque el sufragismo ciertamente había engañado o se había autoengañado asegurando frecuentemente que el uso de esa nueva libertad por parte de las mujeres para nada alteraría las relaciones familiares. Posiblemente muchas militantes lo creyeran de buena fe, pero el panorama resultante de su acción se encargó de asegurar que en efecto fuera así<sup>35</sup>.

El sufragismo, en definitiva, reclamó y consiguió, en un lapso de unos ochenta años, justamente los derechos liberales: educación y voto.

Las bases de la teoría política en que se movió el sufragismo fueron dadas por John Stuart Mill y Harriet Taylor Mill. La profunda reforma del primer liberalismo que realiza Mill es el marco teórico que sirvió para pensar la ciudadanía no excluyente.<sup>36</sup>

Mill, el principal exponente de la tradición filosófica utilitarista, se embarca en la tarea de reivindicar el sufragio de las mujeres<sup>37</sup> a partir del Principio de Utilidad, que enuncia en los siguientes términos:

“El credo que acepta como fundamento de la moral la Utilidad, o el Principio de la mayor Felicidad, mantiene que las acciones son correctas (*right*) en la medida en que tienden a promover la felicidad, incorrectas (*wrong*) en cuanto tienden a producir lo contrario a la felicidad. Por felicidad se entiende el placer y la ausencia de dolor; por infelicidad el dolor y la falta de placer”<sup>38</sup>.

Planteado el Principio de Utilidad como fundamento de la moral, se sigue que cada individuo tiene el derecho a defender su felicidad. En su ensayo *The Subjection of Women*<sup>39</sup>, publicado en 1869, Mill se propone fundamentar que el principio que regula las relaciones sociales entre los sexos —la subordinación legal de un sexo al otro— es injusto en sí mismo, y uno de los principales obstáculos para el progreso de la humanidad.<sup>40</sup> Para ello, identifica como problema central del prejuicio patriarcal el hecho de que la dominación de un sexo sobre otro aparece como algo natural y algo a lo que las mujeres consienten, y formula tres argumentos principales para desarticular la ideología de la naturaleza diferente y complementaria de los sexos: el argumento del agnosticismo (que sostiene que en el estado actual del conocimiento humano no es posible saber cuál es la auténtica naturaleza de la mujer, si es que tuviere alguna; lo que se entiende por “naturaleza de la mujer” es una construcción artificial que tiene raíces en la educación de las mujeres y otras circunstancias externas), el argumento empírico (en el que recoge algunos rasgos del carácter actual de las mujeres para argumentar en forma práctica a favor de sus intereses, a raíz de lo cual se le ha criticado la contradicción con la primera línea argumental<sup>41</sup>) y el argumento de la universalidad de la condición humana (referido a que todo lo que es verdadero respecto a la naturaleza y felicidad de los hombres lo es también para las mujeres: una universalización auténtica de la naturaleza humana).<sup>42</sup>

35 Ibíd., p. 20.

36 Ibíd.

37 Mill elevó al Parlamento inglés la primera petición para el voto femenino en 1866, que fue rechazada. Las mujeres inglesas consiguieron el voto en 1919, después de la Primera Guerra Mundial.

38 MILL (1998, pp. 45-46).

39 En sus traducciones al español ha sido titulado como *La Esclavitud de las Mujeres*, *La Sujeción de las Mujeres* y *El Sometimiento de las Mujeres*.

40 MILL (1878, p. 1; traducción libre).

41 La contradicción radica en que, en el primer argumento, Mill sostiene que lo que se entiende por “naturaleza de la mujer” es una construcción cultural, sin embargo, en el segundo argumento acudirá a las características que esa misma construcción social adscribe a las mujeres para formular su defensa del “carácter femenino”. En otras palabras, el segundo argumento reafirma un concepto que el primero niega.

42 DE MIGUEL (2005, p. 186-194).

En el capítulo final de su ensayo, Mill plantea una pregunta fundamental: ¿Qué bien se puede esperar de los cambios propuestos? ¿Se beneficiaría la humanidad si las mujeres fuesen libres?<sup>43</sup> Para el autor, la libertad de las mujeres no las beneficiaría solo a ellas, sino que a la sociedad en su conjunto, pero la ventaja principal de su emancipación sería la moralización de la sociedad, en los términos de su concepción utilitarista. La fundamentación de su postura se desarrolla en torno a tres argumentos: en primer lugar, la igualdad de las mujeres “es una condición necesaria para el desarrollo de la competencia moral de la humanidad”; en segundo lugar, su emancipación significará el incremento de la capacidad o competencia instrumental de la sociedad, ya que duplicaría las “facultades intelectuales utilizables para un mejor servicio de la humanidad”; en tercer lugar, realiza una apología de lo que puede llegar a ser la relación de pareja entre iguales.<sup>44</sup>

Sin quitar crédito a la relevancia que tuvo la teoría política de Mill para la lucha de las mujeres, es necesario señalar que su formulación teórica dejó incuestionado el ámbito doméstico, que el autor imaginaba que podía ser opcional y, siendo así, las mujeres lo preferirían.

Después de la Primera y Segunda Guerra Mundial, los hombres volvieron a sus hogares y trabajos, restringiendo a las mujeres a volver a sus casas. Durante este periodo las políticas públicas y los medios de comunicación contribuyen a redireccionar a las mujeres para que vuelvan al hogar. Pero para entonces estas mujeres habían estudiado, muchas de ellas eran profesionales y habían salido de lo doméstico para trabajar en el mundo público. Ello marca un camino sin retorno puesto que es, de acuerdo con Amorós, en el ámbito público que se concretan los procesos de individuación. Este proceso de individuación, en definitiva, es el que conforma la identidad de cada persona. Así, si las mujeres en el espacio doméstico tienen una identidad difusa que no las hace sino idénticas y por tanto intercambiables entre sí, mientras que el espacio público las inviste de su calidad individuales.

Como bien sintetiza Valcárcel:

“En los años cincuenta las mujeres con derecho a voto y oportunidades educativas debían ser reconducidas al hogar y se pretendió que aceptaran la división de funciones tradicional, que, para tal efecto, fue reacuñada. Esto implicaba que renunciaran a hacer ejercicios verdaderos de sus nuevos derechos. Por una parte los varones que regresaron del frente reclamaban sus antiguos empleos, lo que implicaba que las mujeres los desalojaran y volvieran al hogar, bajo el sobreentendido de que lo habían abandonado de modo provisorio por causas de fuerza mayor. Para hacer esto posible el hogar mismo debía renovarse y el papel femenino tradicional adecuarse al nuevo estado de cosas. Mujeres con derechos ciudadanos recientemente adquiridos y una formación elemental o media, en número significativo, debían poder encontrar en el papel de ama de casa un destino confortable. De los puestos obtenidos como reemplazo de los varones fueron expulsadas sin más. De aquellos que ellas mismas se habían asegurado se intentó desalojarlas por medio de una disuasión optimista en la cual las revistas femeninas tuvieron un gran protagonismo.

Las revistas femeninas habían aparecido en la década de los felices veinte [...] se consolidaron en los años cincuenta. Todas ellas propusieron un modelo de mujer nueva que oponer a la abuela ignorante y caduca. “Antes” y “ahora” se convirtieron en las palabras clave. “Antes” las abuelas hacían inconscientemente y por lo general mal una larga serie de cosas, por falta de perfeccionamiento y de oportunidades [...]. “Ahora” las “mujeres modernas”, que eran ciudadanas y tenían formación, eran libres y competentes. Libres de elegir permanecer en su hogar y no salir a competir en un mercado laboral adusto. Competentes para llevar adelante la unidad doméstica mediante una planificación cuasiempresarial. El nuevo hogar tecnificado

43 MILL (1878, p. 151; traducción libre).

44 DE MIGUEL (2005, p. 199-206).

en el que los electrodomésticos libraban de algunas de las tareas más trabajosas y humillantes necesitaba a una ingeniera doméstica al frente. Una mujer que sabía que el éxito provenía de una correcta dirección de la empresa familiar. Cada ama de casa era una directora gerente de la que dependía el éxito completo de la familia nuclear. [...] Una "mujer moderna" no sólo tenía a punto su hogar tecnificado, sino que establecía las relaciones por las cuales el marido podía progresar [...].

Los modelos de mujer cambiaron, tanto en el cine como en la publicidad y las revistas. [...] En la televisión, cuya influencia se iba extendiendo sin cesar, el modelo de mujer que pudiendo hacerlo todo decide hacer de ama de casa, tuvo ejemplos sobresalientes en series de gran éxito. "Embrujada" es un perfecto resumen de todas ellas. La protagonista no es una vieja bruja como su madre, sino una esposa cariñosa que renuncia de buena gana a sus poderes y se desvive por la vida profesional de un marido mediocre y simpático"<sup>45</sup>.

Esta reconfiguración del rol de las mujeres va a dar lugar a lo que se conoce como "mística de la feminidad":

"La mística de la feminidad afirma que el más alto valor y el único compromiso de las mujeres es la realización de su propia feminidad. Afirma que el gran error de la cultura occidental, a lo largo de la mayor parte de la historia, ha sido minusvalorar esa feminidad. Afirma que esa feminidad es tan misteriosa e intuitiva y está tan próxima a la creación y al origen de la vida que la ciencia artificial nunca será capaz de comprenderla. Pero por muy especial y diferente que sea, en ningún caso es inferior a la naturaleza del varón; incluso en algunos aspectos podría ser superior. El error, afirma la mística, la raíz de los males de las mujeres en el pasado, es que estas envidiaban a los hombres y trataban de ser como ellos en lugar de aceptar su propia naturaleza, que sólo puede hallar la plenitud a través de la pasividad sexual, la dominación masculina y el nutricio amor maternal"<sup>46</sup>.

En *La mística de la feminidad*, Betty Friedan realiza un análisis profundo y clarificador de los diversos ejes de este periodo y la nueva vida doméstica de las mujeres en los Estados Unidos. A mediados del siglo XX las modernas amas de casa estadounidenses repletaron las consultas de los psicólogos para buscar solución a una sensación de insatisfacción y descontento al que Friedan denominó "el malestar que no tiene nombre":

"El malestar ha permanecido enterrado, acallado, en las mentes de las mujeres estadounidenses, durante muchos años. Era una inquietud extraña, una sensación de insatisfacción, un anhelo que las mujeres padecían [...]. Cada mujer de los barrios residenciales luchaba contra él a solas. Cuando hacía las camas, la compra, ajustaba las fundas de los muebles [...] y se acostaba junto a su marido por las noches, le daba miedo hacer, incluso hacerse a sí misma, la pregunta nunca pronunciada: ¿es esto todo?"<sup>47</sup>.

Antes de la emergencia de esta enorme maniobra que devolvió a las mujeres a lo doméstico se había producido una obra fundamental para el feminismo: *El segundo sexo*, de Simone de Beauvoir. En ella, la autora explora el "problema de la mujer" y el origen de su estatus como segundo sexo. Publicado en 1949, este texto es considerado una de las obras fundacionales del feminismo del siglo XX.

Simone de Beauvoir se ubica dentro de la tradición filosófica del existencialismo. Desde este marco conceptual se plantea como primera interrogante: ¿qué es una mujer? La respuesta implica

---

45 VALCÁRCEL (2001, pp. 21-22).

46 FRIEDAN (2009, p. 81).

47 *Ibid.*, p. 51.

explorar la relación entre los sexos y para la autora “la relación entre los dos sexos no es la de dos electricidades, la de dos polos: el hombre representa a la vez el positivo y el neutro [...]. La mujer aparece como el negativo, ya que toda determinación le es imputada como limitación, sin reciprocidad. [...] Prácticamente, lo mismo que para los antiguos había una vertical absoluta con relación a la cual se definía la oblicua, así también hay un tipo humano absoluto que es el tipo masculino. [...] [La mujer] no es otra cosa que lo que el hombre decida que sea; así se la denomina “el sexo”, queriendo decir con ello que a los ojos del macho aparece esencialmente como un ser sexuado: para él, ella es sexo; por consiguiente, lo es absolutamente. La mujer se determina y se diferencia con relación al hombre, y no este con relación a ella; la mujer es lo inesencial frente a lo esencial. Él es el Sujeto, él es lo Absoluto; ella es lo Otro”<sup>48</sup>.

Para explicar la alteridad de la mujer, la autora señala que “el sujeto no se plantea más que oponiéndose: pretende afirmarse como lo esencial y constituir al otro en inesencial, en objeto”. Pero “el otro” siempre opondrá una pretensión recíproca, y entonces “¿por qué no ponen en discusión las mujeres la soberanía masculina? Ningún sujeto se plantea, súbita y espontáneamente, como lo inesencial; no es lo Otro lo que, al definirse como Otro, define lo Uno, sino que es planteado como Otro por lo Uno, al plantearse este como Uno. Mas para que no se produzca el retorno de lo Otro a lo Uno, es preciso que lo Otro se someta a este punto de vista extraño. ¿De dónde le viene a la mujer esta sumisión?”<sup>49</sup>. Para responder a esta pregunta, De Beauvoir se apoya en la dialéctica hegeliana del amo y el esclavo y establece que “la mujer no se reivindica como sujeto, porque carece de los medios concretos para ello, porque experimenta el lazo necesario que la une al hombre sin plantearse reciprocidad alguna, y porque a menudo se complace en su papel de Otro”<sup>50</sup>.

Para la autora, esta relación entre los sexos no tendría sus bases en la naturaleza o en el “eterno femenino”, sino en la “lucha de la conciencia humana por la libertad”. Para De Beauvoir,

“lo que define de forma singular la situación de la mujer es que, siendo como todo ser humano una libertad autónoma, se descubre y se elige en un mundo en el que los hombres le imponen que se asuma como lo Otro; se pretende fijarla en objeto y consagrarla a la inmanencia, ya que su trascendencia será perpetuamente trascendida por otra conciencia esencial y soberana. El drama de la mujer consiste en ese conflicto entre la reivindicación fundamental de todo sujeto que se plantee siempre como lo esencial y las exigencias de una situación que la constituye como inesencial”<sup>51</sup>.

Para responder si ese estado de cosas debe perpetuarse o es posible superarlo, De Beauvoir recurre nuevamente al sentido del ser hegeliano: “ser es haber devenido, es haber sido hecho tal y como uno se manifiesta”<sup>52</sup>, y en ese sentido sostendrá:

“[N]o 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 intermedio entre el macho y el castrado al que se califica de femenino”<sup>53</sup>.

Esta última reflexión es, sin duda, el mayor aporte de la autora a la teoría feminista y a la posterior construcción del concepto de género.

48 DE BEAUVOIR (2008, pp. 17-18).

49 *Ibid.*, p. 20.

50 *Ibid.*, p. 23.

51 *Ibid.*, p. 31.

52 *Ibid.*, p. 26.

53 *Ibid.*, p. 207.

En la perspectiva de Celia Amorós, Simone de Beauvoir lleva a cabo una operación de radicalización de la exigencia emancipatoria ilustrada<sup>54</sup>: la afirmación de que no se nace mujer, sino que se llega a serlo “representa la descalificación más radical de toda posible interpretación de la condición femenina como dimanación de una determinación biológica, por tanto, como una característica adscriptiva de la que, a título de tal, no sería pertinente hacer abstracción a la hora de incluir a las mujeres en el ámbito de todo aquello que había sido definido como lo genéricamente humano”<sup>55</sup>.

La obra de De Beauvoir es difícil de clasificar. Se ha dudado si debe considerársele un cierre del sufragismo o la apertura a la tercera ola del feminismo. En cualquier caso, *El segundo sexo* cobrará su mayor relevancia más adelante, puesto que en su momento coincidió con la construcción de la “mística de la feminidad”.

A mediados de los años sesenta se comenzó a visibilizar que las conquistas del movimiento sufragista no habían tenido los efectos que sus precursoras habían esperado. El “malestar que no tiene nombre” crecía entre las amas de casa, pero ya había sido hábilmente identificado, nombrado y explicado por Betty Friedan, posibilitando que la nueva generación de mujeres realizara un acertado diagnóstico del estado de su situación en los albores de la década de los setenta: “El orden patriarcal se mantenía incólume. “Patriarcado” fue el término elegido para significar el orden sociomoral y político que mantenía y perpetuaba la jerarquía masculina. Un orden social, económico, ideológico que se autorreproducía por sus propias prácticas de apoyo con independencia de los derechos recientemente adquiridos”<sup>56</sup>.

En la década de los sesenta nacen los feminismos radicales, que se proponen buscar la raíz de la dominación. Para ello será clave el modelo racial: “[s]i, como había demostrado la crítica al racismo, la relación entre las razas es política, la conclusión será que también lo es la relación entre los sexos”<sup>57</sup>. Los feminismos radicales comprenden diversas corrientes teóricas y ejes temáticos, entre los que Alicia Puleo identifica algunos puntos comunes:

“La utilización del concepto de patriarcado como dominación universal que otorga especificidad a la agenda militante del colectivo femenino, una noción de poder y de política ampliadas, la utilización de la categoría de género para rechazar los rasgos adscriptivos ilegítimos adjudicados por el patriarcado a través del proceso de naturalización de las oprimidas, un análisis de la sexualidad que desembocará en una crítica a la heterosexualidad obligatoria, la denuncia de la violencia patriarcal, en particular aunque no exclusivamente la sexual, y, finalmente, una sociología del conocimiento que será crítica al androcentrismo en todos los ámbitos, incluidos los de la ciencia.

El feminismo radical se separa de la izquierda tradicional por su atención a las relaciones de poder no originadas por la explotación económica”<sup>58</sup>.

Por otra parte, a la llegada de la década de los setenta los feminismos habían constatado que, aunque los derechos políticos se tenían y ejercían, las mujeres no habían conseguido una posición de igualdad respecto de los varones. La obtención del voto para las mujeres no había significado un cambio en las legislaciones, las desigualdades legales se mantenían vigentes y era necesario identificarlas para luego erradicarlas. Al mismo tiempo, era necesario un cambio profundo en los

54 AMORÓS (2000, p. 66).

55 *Ibíd.*, p. 67.

56 VALCÁRCEL (2001, p. 23).

57 PULEO (2005, pp. 38-39).

58 *Ibíd.*, p. 41.

ámbitos normativos no legislados: la moral y las costumbres.<sup>59</sup> Las feministas impulsaron tanto los procesos de reforma legal como la revolución en la moral, las costumbres y los modales:

“En el terreno legislativo el trabajo principal se realizó en una década, la de los setenta y primeros años de los ochenta. Pero la tercera ola feminista había previsto también que los ámbitos normativos no legales ni explícitos habían de ser alterados. La revolución en la moral, las costumbres y los modales, el conjunto que solemos conocer por *mores*, se iba produciendo en paralelo con la renovación legislativa. Lo que resultaba más notorio y producía mayor escándalo eran los nuevos juicios sobre su sexualidad y las nuevas libertades sexuales de las mujeres “liberadas”. Las relaciones prematrimoniales se hicieron por lo menos tan frecuentes como lo habían sido en el pasado, pero quienes las mantenían se negaban a culpabilizarse o ser culpabilizadas por ellas. El empleo de contraceptivos, dispositivos uterinos, espermicidas, la comercialización y uso semilegal de “la píldora” permitían a las mujeres de las avanzadillas estudiantiles una disposición sobre sí mismas desconocida”<sup>60</sup>.

Esta es la época de los colectivos de mujeres, asociaciones que no solo compartían una visión política, el de la izquierda contracultural, sino que también hacían de la experiencia personal de las mujeres un espacio de politización. Estos colectivos adoptaron la consigna más significativa del periodo: “lo personal es político”, con la que buscan abrir el espacio de lo privado-doméstico a un espacio de politización explícita. Al conceptualizar las experiencias personales de opresión las transforman en categorías generales de opresión de las mujeres, politizándolas. “La nueva filosofía feminista se estaba formando según el consejo kantiano de elevar lo particular a categoría”<sup>61</sup>. Al mismo tiempo, adoptan la “abolición del patriarcado” como el objetivo central de la lucha.

Afirmar que lo personal es político “es precisamente lo que amplía el análisis sobre el poder y el control social a aquellos espacios tradicionalmente excluidos de este tipo de análisis [...]. De esta manera, el feminismo critica la tendencia a ofrecer una serie de valores que deben guiar las interacciones en lo personal o lo privado, y otra serie de valores que deben guiar las interacciones en el mundo público de la política y el poder”<sup>62</sup>.

El lema “lo personal es político” encuentra su principal inspiración en la *Política Sexual* de Kate Millet, una de las obras de cabecera de este periodo y que fue publicada en 1969. En ella, la autora afirma que el sexo envuelve un matiz político que suele pasar desapercibido, entendiendo la política como relaciones estructuradas de poder por las cuales un grupo de personas es controlado por otro.<sup>63</sup> Para la autora, el sistema de relaciones sexuales, en la actualidad y a lo largo de la historia, es un caso del fenómeno que Max Weber definió como una relación de dominación y subordinación.<sup>64</sup> Partiendo de estas bases, Millet realiza un análisis del patriarcado en el que destaca la afirmación referida a que es el carácter patriarcal de la sociedad lo que hace que las relaciones entre los sexos envuelvan relaciones de dominio, y es por ello que esas relaciones son esencialmente políticas. En este sistema, el lugar de desarrollo de las relaciones de dominio y poder es el ámbito privado, que reproduce las relaciones en que se funda el resto de las estructuras de dominación; así, para la autora, la familia es la institución primordial del patriarcado.

El modelo teórico de Millet sostiene que en el campo ideológico la política sexual obtiene consenso a través de la “socialización” de ambos sexos dentro de organizaciones políticas básicas

59 VALCÁRCEL (2001, p. 24).

60 *Ibid.*, pp. 24-25.

61 *Ibid.*, p. 25.

62 FACIO y FRIES (1999, p. 29).

63 MILLET (2000, p. 23; traducción libre).

64 *Ibid.*, pp. 24-25 (traducción libre).

(patriarcales) que delimitan el temperamento, el rol y el estatus de cada sexo: el *temperamento* (componente psicológico) envuelve la formación de la personalidad humana de acuerdo con modelos estereotipados de categoría sexual, basados en las necesidades y valores del grupo dominante y dictadas por lo que sus miembros valoran en sí mismos y consideran conveniente que exista en sus subordinados; los *roles sexuales* (componente sociológico) decretan un elaborado código de conducta, modales y actitudes para cada sexo. El limitado rol adjudicado a las mujeres tiende a confinarlas al nivel de la experiencia biológica. Por último, el *estatus* (componente político) es una consecuencia de la asignación de roles sexuales. La aprobación generalizada del prejuicio de la superioridad masculina asegura un estatus social superior al hombre e inferior a la mujer.<sup>65</sup>

El patriarcado es ampliamente estudiado y teorizado en el periodo posterior a la obra de Millet. En 1988 aparece otro texto clásico del feminismo radical: *El contrato sexual*, de Carole Pateman. Desde el campo de la filosofía política, Pateman “critica el perfil de género de las teorías del contrato social, presentando este último como un pacto patriarcal por el que los varones generan vida política a la vez que pactan los términos de su control sobre las mujeres”<sup>66</sup>:

“El contrato originario es un pacto sexual-social, pero la historia del contrato sexual ha sido reprimida. [...] La historia del contrato sexual es también una historia de la génesis del derecho político y explica por qué es legítimo el ejercicio del derecho –pero esta historia es una historia sobre el derecho político como derecho patriarcal o derecho sexual, el poder que los varones ejercen sobre las mujeres. La desaparecida mitad de la historia señala cómo se establece una forma específicamente moderna de patriarcado. La nueva sociedad civil creada a través de un contrato originario es un orden social patriarcal. [...]

El pacto originario es tanto un pacto sexual como un contrato social, es sexual en el sentido de que es patriarcal –es decir, el contrato establece un orden de acceso de los varones al cuerpo de las mujeres. El contrato original crea lo que denominaré, siguiendo a Adrienne Rich, “la ley del derecho sexual masculino”. El contrato está lejos de oponerse al patriarcado; el contrato es el medio a través del cual el patriarcado moderno se constituye”<sup>67</sup>.

En el ámbito político, durante la década de los ochenta se produce, nuevamente, un fenómeno de resistencia ante las conquistas legales y sociales que habían conseguido las mujeres en las últimas décadas:

“Del mismo modo que a la obtención de las conquistas sufragistas le siguió la mística de la feminidad, los ochenta vieron aparecer una formación conservadora reactiva que intentó volver a poner las cosas en su lugar a fin de deflactar las vías abiertas por los nuevos espacios legales. Se produjo durante la vigencia del conservadurismo Reagan-Thatcher. Ha sido perfecta y admirablemente descrita por S. Faludi en su libro *Reacción*. De nuevo la maniobra fue orquestada en sinergia por los poderes públicos, la industria de los medios y la moda y la red asociativa conservadora de la sociedad civil. Sin embargo, tuvo mucha menos capacidad que su predecesora. Por una parte el panorama internacional no era homogéneo y por otra el feminismo en los ochenta se estaba transformando en una masa de acciones individuales no dirigidas.

Mientras que en algunos países se intentó suprimir o reconstruir a los organismos de igualdad a fin de que contribuyeran a positivar un modelo femenino conservador, en otros, por su distinto signo político, el pequeño feminismo presente en los poderes públicos reclamó la visibilidad mediante el sistema de cuotas y la paridad por medio de la discriminación positiva.

65 Ibid., p. 26 (traducción libre).

66 AMORÓS (2000, p. 100).

67 PATEMAN (1995, pp. 9-11).

Internacionalmente el feminismo, que de suyo siempre ha sido un internacionalismo, llegó a lugares antes impensables, las sociedades en vías de desarrollo, y se encarnó en prácticas 'de género' que nunca habían existido, reclamando su entrada en la construcción de las democracias"<sup>68</sup>.

A partir de la década de los noventa comienza a cobrar relevancia para las feministas la constatación de que no existe un único modelo de mujer, sino que una diversidad de mujeres cuyas realidades son variadas y se encuentran determinadas por elementos de raza, clase, etnia, religión y nacionalidad, entre otras. Las tensiones de la globalización, el multiculturalismo y las relaciones entre los feminismos y las democracias serán los temas clave desde fines del siglo veinte hasta la actualidad.

## 2. CORRIENTES TEÓRICAS DEL FEMINISMO Y SUS PERSPECTIVAS FRENTE AL DERECHO

Hasta aquí hemos hecho un recorrido histórico muy acotado por el camino que han transitado las feministas en la articulación teórica y política de las demandas de igualdad de las mujeres respecto de los varones. Ese recorrido permite visibilizar algunas diferencias fundamentales entre las diversas corrientes del feminismo y sus demandas concretas en relación con la situación de las mujeres.

A fin de concretar las diferencias y rasgos distintivos de las principales corrientes feministas resulta útil pasar de la explicación cronológica desarrollada en la sección anterior a la sistematización de los movimientos feministas según un criterio temático. En este orden de ideas, siguiendo a Isabel Cristina Jaramillo<sup>69</sup>, es posible clasificar las diversas corrientes del feminismo según cómo cada una entiende la opresión de las mujeres en las sociedades contemporáneas:

- a) Feminismos de la igualdad: consideran que las mujeres son oprimidas porque no son tratadas de modo igual a los hombres. Dentro de esta categoría se contienen diversas interpretaciones acerca del significado de la igualdad que se pretende:
  - i. Feminismos liberales:
    - Feminismos liberales clásicos
    - Feminismos liberales sociales
  - ii. Feminismos socialistas
  - iii. Feminismos radicales
- b) Feminismos culturales o de la diferencia: consideran que las mujeres son oprimidas porque no se reconoce como valiosa su diferencia respecto de los varones.

En este esquema, los *feminismos de la igualdad* buscan obtener para las mujeres un tratamiento legal y social igual al de los hombres. Sus diversas variantes difieren en cuanto al tipo de igualdad que se pretende. Así, los *feminismos liberales clásicos*, que encuentran sus raíces en las obras de Mary Wollstonecraft y John Stuart Mill, apuntan a la obtención de una igualdad de oportunidades formales y exigen otorgar a las mujeres la titularidad de los mismos derechos que se les conceden a los hombres. Sus pretensiones principales apuntan a la eliminación de las barreras legales que impiden su acceso a la política, la educación y el empleo. Estas corrientes han sido criticadas por reproducir las falencias del liberalismo, en el sentido de que la sola igualdad formal

68 VALCÁRCEL (2001, p. 27).

69 JARAMILLO (2000, pp. 25 y ss.).

no podría ser una garantía suficiente en sociedades con profundas desigualdades sociales. Por otra parte, se les ha criticado el hecho de asumir de manera acrítica los parámetros sociales masculinos imperantes, sin tener en consideración las especificidades de las mujeres. Los *feminismos liberales sociales*, por su parte, apuntan a una igualdad en las oportunidades materiales o reales. Sus raíces teóricas se encuentran en el liberalismo social, que recoge los planteamientos marxistas y sostiene que la libertad no puede ser ejercida si no se cuenta con los recursos materiales necesarios. Las feministas de esta línea relacionan la desigual distribución de recursos con el género y visibilizan desigualdades concretas en este ámbito: las remuneraciones más bajas de las mujeres respecto de los hombres y la discriminación en el acceso a ciertas áreas del mercado, entre otras. Exigen, además, el reconocimiento de las especificidades de las mujeres y la necesidad de un tratamiento especial en relación con sus funciones reproductivas, principalmente la protección laboral de la mujer embarazada.

Los *feminismos socialistas*, luego, acogen la teoría socialista y la crítica feminista incipiente que identifican en los textos de Engels, según la cual la subordinación de las mujeres es propia del modo de producción capitalista que requiere la reproducción de la mano de obra dentro de la familia, que debe generar nuevos individuos que entren al sistema de producción. Las feministas de esta línea proponen que el patriarcado y el capitalismo sean vistos como sistemas mutuamente dependientes.

Por otra parte, las *feministas radicales* sostienen que el género es la estructura social predominante y que el problema de las mujeres es un problema de falta de poder. En esta postura destaca Catherine MacKinnon, quien sostiene que el género es la estructura fundamental de la sociedad y determina la distribución del poder. El poder de los hombres se manifiesta en su libre acceso a la sexualidad femenina y les otorga la posibilidad de definir qué es ser mujer.

En cuanto a los *feminismos de la diferencia* o *feminismos culturales*, su principal característica es que reivindican la diferencia de las mujeres y reclaman el reconocimiento de esa diferencia. Su principal referente es Carol Gilligan, psicóloga estadounidense que cuyo trabajo muestra las diferencias entre el razonamiento moral de hombres y mujeres. De acuerdo con sus estudios, "las mujeres razonan contextualmente y atendiendo a las conexiones, mientras que los hombres tienen un razonamiento abstracto y se centran en los individuos entendidos como células aisladas". Sobre la base de varias entrevistas realizadas a mujeres y varones de diversas edades, Gilligan concluye que para las mujeres, la moralidad deriva "de la experiencia de la concepción y es concebida como un problema de inclusión más que de peso relativo de derechos contrarios entre sí, y que tendencialmente su atención en las situaciones conflictivas se dirige a la salvaguarda de las relaciones más que a la afirmación de los principios 'justos'"<sup>70</sup>. Esta diferencia en las elecciones morales ante casos de conflicto conduce a Gilligan a formular la idea de una ética del cuidado o de la responsabilidad típicamente femenina en oposición a una ética de la justicia o de los derechos típicamente masculina.<sup>71</sup> Al feminismo cultural se le ha criticado que no considera que lo femenino es una construcción social dentro de una sociedad patriarcal.

La categorización de los feminismos realizada por Jaramillo permite visibilizar que la producción teórica del feminismo se caracteriza por su pluralidad ideológica. La diversidad de corrientes feministas es amplísima, sin perjuicio de lo cual es posible identificar un elemento que se reitera, de una u otra forma, en la gran mayoría de los feminismos: la crítica a la separación y oposición entre las esferas pública y privada en la teoría y práctica liberal.

70 Citada en: FACCHI (2005, p. 32).

71 Ibid., p. 33.

En general, las principales críticas feministas al liberalismo se centran en el hecho de que la dicotomía entre la esfera pública y la privada oculta la subordinación de las mujeres. Partiendo de esta base, las feministas cuestionan, en primer lugar, los principios de universalidad, objetividad y neutralidad que se suponen fundantes del liberalismo, pero que no son aplicables a las mujeres ni toman en cuenta su subordinación; en segundo lugar, critican el carácter excluyente de la noción liberal de igualdad, ya que los sujetos libres e iguales en realidad son los varones, y para serlo requieren necesariamente de la subordinación de las mujeres. Finalmente, las feministas reprochan el carácter patriarcal del liberalismo.<sup>72</sup>

Las críticas feministas al liberalismo no tardan en extrapolarse al Derecho. En palabras de Facchi<sup>73</sup>, el Derecho para el feminismo es ambiguo y controversial: por un lado es una herramienta poderosa para mejorar la condición femenina, por otro, es una de las expresiones más radicales y “peligrosas” de la cultura masculina. Ejemplo de lo primero son las reformas legales que propician una igualdad de derechos formales, pero la sospecha de lo segundo obliga al género, como categoría analítica, a deconstruirlo como producto histórico y social, revelando como elaboró las diferencias entre hombres y mujeres en términos de desigualdades jurídicas y ejercicio masculino del poder.

El debate abierto por la crítica feminista al Derecho como producto e instrumento del poder masculino aborda tanto sus contenidos como su naturaleza y la utilidad de recurrir a él. En este sentido, el pensamiento feminista sobre el derecho va desde las reformas concretas a la construcción de una teoría jurídica crítica que permita, al reanalizar los distintos conceptos, ramas y educación jurídica, evitar que el derecho sea un instrumento de subordinación y opresión.

Tomando como base el sistema dicotómico de lo público y lo privado, Frances Olsen, académica estadounidense de la escuela de la teoría jurídica feminista, analiza las críticas al Derecho a partir de la aseveración de que, desde el surgimiento del pensamiento liberal clásico,

“nuestro pensamiento se ha estructurado en torno de series complejas de dualismos o pares compuestos: racional/irracional”, activo/pasivo, pensamiento/sentimiento, razón/emoción, cultura/naturaleza, poder/sensibilidad, objetivo/subjetivo, abstracto/concreto, universal/particular. Estos pares duales dividen las cosas en esferas contrastantes o polos opuestos”<sup>74</sup>.

Para la autora, este sistema de dualismos tiene tres características relevantes: primero, los dualismos están sexualizados: un término de cada dualismo se considera masculino y otro femenino; segundo, los términos del dualismo no son iguales entre sí, sino que constituyen una jerarquía: el término “masculino” es considerado superior; tercero, el Derecho se identifica con el lado masculino de los dualismos. En consecuencia, las características que se adscriben al derecho son la racionalidad, objetividad, abstracción y universalidad.

Olsen conceptualiza las estrategias feministas para atacar el sistema dual dominante en tres categorías, cada una con su correspondiente posición de crítica al Derecho:

La *primera categoría* comprende las estrategias que rechazan la sexualización de los dualismos y buscan identificar a las mujeres con el lado favorecido de cada par. En este orden de ideas se acepta la jerarquía superior de lo racional, activo, objetivo, etc., pero se refuta que esas características sean exclusivamente masculinas y que las mujeres sean, deban ser o no puedan evitar ser irracionales, subjetivas, pasivas, etc. En la base de esta crítica está la afirmación de que las mujeres no *son* irracionales, pasivas, etc., sino que han sido entrenadas o educadas para serlo.

72 PATEMAN (1996, pp. 37-65).

73 FACCHI (2005).

74 OLSEN (1990, p. 1).

Esta postura es adoptada por los feminismos liberales, cuyo objetivo final es conseguir la igualdad o tratamiento igualitario para las mujeres.

Las críticas feministas al Derecho que se enmarcan dentro de esta categoría se reúnen bajo el concepto de “reformismo legal”:

“La primera categoría de las críticas cuestiona la exactitud de la afirmación de que el derecho es racional, objetivo y universal. Acepta la noción de que el derecho debería ser racional, objetivo y universal, pero denuncia los modos en los que fracasa en esta aspiración cuando se ocupa de las mujeres. En particular, las reformadoras feministas denuncian que las leyes que niegan derechos a las mujeres —o que de alguna manera lesionan a las mujeres— son irracionales, subjetivas y no universales. Esta ha sido la estrategia feminista legal más importante, y es el soporte teórico de todo el movimiento por los derechos de la mujer. Incluye un amplio espectro de argumentos para efectuar reformas legales, desde la pretensión de que el sexo resulte indiferente como criterio legal hasta la idea de que —para ser ‘verdaderamente neutral’— el derecho debe tener en cuenta la actual subordinación de las mujeres y elaborar normas cuidadosamente diseñadas para rectificar y superar esta injusta desigualdad. Cada uno de estos argumentos identifica un aspecto diferente del derecho y denuncia su fracaso en el intento de ser racional, objetivo y universal”<sup>75</sup>.

Las feministas de esta línea identifican y denuncian casos específicos en que el Derecho fracasa en sus pretensiones de racionalidad, objetividad y universalidad: los casos de denegación de igualdad formal y sustancial, la existencia de modelos “asimilacionistas” o masculinos para juzgar la igualdad (las normas sobre discriminación operan comparando a las mujeres con un hombre en la misma situación) y la exclusión del Derecho de la esfera doméstica, cuya consecuencia es perpetuar la subordinación de las mujeres al dejarlas fuera del ámbito de regulación y protección legal.

La *segunda categoría* comprende aquellas estrategias feministas que aceptan la sexualización de los dualismos, pero rechazan la jerarquía de los términos masculinos sobre los femeninos: “estas estrategias se parecen a la ideología dominante en que aceptan en general la afirmación de que los hombres y las mujeres son diferentes —que los hombres son racionales, activos, etc., y que las mujeres son irracionales, pasivas, etc.—. Tienden también a seleccionar, para describir los mismos rasgos, adjetivos alternativos que tengan menor carga valorativa o que estén cargados en la dirección opuesta: racionalista/espontáneo; agresivo/receptivo, etc.”<sup>76</sup>. En esta categoría se sitúan los feminismos de la diferencia, cuyos objetivos principales apuntan a conseguir una revalorización social de los términos femeninos de los dualismos: lo pasivo, irracional, etc.

Las críticas feministas que se siguen de esta categoría apuntan al Derecho como orden patriarcal:

“Estas feministas identifican el derecho como parte de la estructura de dominación masculina, caracterizan lo racional, objetivo, etc., como ‘patriarcal’, y acusan al derecho de ser, por esto, ideológicamente opresivo hacia las mujeres. Dicen que el sistema legal tiene una “masculinidad penetrante”. Toda la estructura del derecho —su organización jerárquica, su estructura procesal litigiosa y adversarial y su regular inclinación en favor de la racionalidad por encima de todos los otros valores— lo define como una institución fundamentalmente patriarcal”<sup>77</sup>.

---

75      Ibíd., p. 10.

76      Ibíd., p. 6.

77      Ibíd., p. 13.

En este contexto, los feminismos de la diferencia se han manifestado “en los reclamos de tratamiento especial, que lograrse una igualdad sustancial a través de la valorización de las diferencias, poniendo a la luz la falsa neutralidad del derecho”<sup>78</sup>. La ética del cuidado postulada por Carol Gilligan ha incentivado la búsqueda de nuevos caminos jurídicos alternativos a los institucionalmente consolidados para la resolución de conflictos, como por ejemplo, la instauración de mecanismos de mediación en materias de familia, que tendería a considerar las formas de actuar femeninas. Sin embargo, al evaluar cómo operan las relaciones de poder en estas instancias se ha constatado que, dejando fuera las garantías procesales, esta clase de acuerdos suelen reflejar el interés de la parte más fuerte, que generalmente es el hombre.<sup>79</sup> En similar sentido se han identificado los riesgos de esta postura:

“La idea de que las mujeres tenemos una difundida propensión por un cierto tipo de actividades y ocupaciones respecto de otras [...] fácilmente puede legitimar políticas conservadoras, que eliminen las conquistas igualitarias precedentes y se traduzcan en la exclusión de las mujeres de determinados sectores y ocupaciones.

En general, se ha constatado que incluso las normas inspiradas en el modelo la diferencia pueden conducir a efectos perversos y tener implicancias dañosas para una política de liberación femenina. Ellas de hecho amenazan con replantear imágenes y roles tradicionales de las mujeres, confirmando la separación del ámbito femenino del masculino y, en última instancia, su subordinación. La reivindicación de tratamientos especiales en base al género puede traducirse en nuevas formas de políticas de tutela de las mujeres, como aquellas difundidas en el siglo pasado y duramente combatidas por el feminismo de la igualdad y de la paridad”<sup>80</sup>.

Al feminismo cultural o de la diferencia suele contraponerse el feminismo radical, “centrado en la idea de que las relaciones sexuales tal como son socialmente construidas concretizan la opresión de los varones sobre las mujeres”<sup>81</sup>. Para los feminismos radicales el Derecho opera en la subordinación de las mujeres a través del control de la sexualidad y sus cuerpos. En consecuencia, la sexualidad debe ser reubicada en el espacio político para crear un nuevo derecho a través del aumento de conciencia. Una de las principales exponentes de esta corriente es Catharine MacKinnon, abogada feminista estadounidense que propone una teoría feminista en analogía a la teoría marxista:

“La sexualidad es al feminismo lo que el trabajo al marxismo: aquello que nos es más propio y, sin embargo, lo que más se nos arrebató. La teoría marxista argumenta que la sociedad se construye fundamentalmente con las relaciones que las personas forman mientras hacen y fabrican las cosas necesarias para sobrevivir humanamente. El trabajo es el proceso social de moldear y transformar el mundo material y social, creando a las personas como seres sociales en la medida en que éstas crean valor. Es aquella actividad a través de la cual las personas llegan a ser quienes son. La clase es su estructura, su consecuencia es la producción, el capital es su forma concreta, y el control es su tema.

Hay un argumento paralelo implícito en la teoría feminista: la modelación, dirección y expresión de la sexualidad organiza a la sociedad en dos sexos —mujeres y hombres— división que subyace a la totalidad de las relaciones sociales. La sexualidad es aquel proceso social que crea, organiza, expresa y dirige el deseo, creando los seres sociales que conocemos como

78 FACCHI (2005, p. 32).

79 *Ibíd.*, pp. 33-34.

80 *Ibíd.*, p. 34.

81 *Ibíd.*, p. 35

hombres y mujeres, así como sus relaciones crean la sociedad. Tal como lo es el trabajo para el marxismo, la sexualidad es para el feminismo algo socialmente construido pero que, a la vez, construye; universal como actividad pero históricamente específica, compuesta conjuntamente de materia y mente. Así como la expropiación organizada del trabajo de algunos para beneficio de otros define una clase —los trabajadores— la expropiación organizada de la sexualidad de unos para el uso de otros define el sexo, mujer. La heterosexualidad es su estructura, el género y la familia son sus formas concretas, los roles sexuales son sus cualidades generalizadas para la persona social, la reproducción es una de sus consecuencias, y el control es su tema. Marxismo y feminismo son teorías sobre el poder y su distribución: la desigualdad. Ofrecen explicaciones acerca de cómo las disposiciones sociales de disparidad organizada pueden ser internamente racionales y, sin embargo, injustas. [...]”<sup>82</sup>.

Así, la sexualidad es una forma de poder que define también las relaciones de género. El Derecho, para Mackinnon, es la institucionalización de un determinado orden de poder: el masculino. Así, este no hace más que “reflejar relaciones definidas por el poder masculino, relación opresiva que se esconde bajo un lenguaje y un método neutro respecto del género”<sup>83</sup>.

Lo anterior, sin embargo, no implica que lo masculino sea una naturaleza necesaria del Derecho y por ello Mackinnon confía en la posibilidad de actuar a través del Derecho para transformarlo, como demuestran sus iniciativas para lograr el reconocimiento de los hostigamientos sexuales como delito y la prohibición de la pornografía.

La *tercera categoría*, que Olsen denomina “androginia”, pretende atacar tanto la sexualización como la jerarquización de los dualismos: “[l]os hombres no son más racionales, objetivos y universales que las mujeres, ni es particularmente admirable ser racional, objetivo y universal, al menos en los términos en los que la ideología dominante masculina ha definido estas ideas”<sup>84</sup>. Esta postura suele ser acompañada por la ruptura de los papeles sexuales convencionales.

Las críticas al Derecho que surgen de la noción de androginia se conjugan en la *Teoría Jurídica Crítica Feminista*. Las feministas de esta línea coinciden con la concepción de que el Derecho frecuentemente es opresivo para las mujeres, pero no están de acuerdo en que el Derecho sea masculino, ya que, al ser una forma de actividad humana, no tendría una esencia inmutable.

“Si bien es verdad que el derecho ha sido dominado por los hombres, los rasgos asociados a las mujeres sólo han sido oscurecidos, no eliminados. El derecho no es masculino. El derecho no es racional, objetivo, abstracto y universal. Es tan irracional, subjetivo, concreto y particular como racional, objetivo, abstracto y universal”<sup>85</sup>.

En conclusión, según los análisis de Olsen<sup>86</sup>, Facchi<sup>87</sup> y Jaramillo<sup>88</sup>, los feminismos están en términos generales de acuerdo en que el Derecho opera para mantener el orden social de género y su sistema de poder. Sin perjuicio de ello, se encuentran divididos a la hora de definir cómo el derecho afecta a las mujeres y a través de qué medios. Esto tiene consecuencias en las estrategias o acciones que se emprendan (o no) para hacer cambios en el derecho.

82 MACKINNON (2005, pp. 165).

83 FACCHI (2005, p. 37).

84 OLSEN (1990, p. 8).

85 *Ibíd.*, p. 14.

86 OLSEN (1990).

87 FACCHI (2005).

88 JARAMILLO (2000).

### 3. LOS FEMINISMOS FRENTE AL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, DIDH) ha desafiado la primacía del Estado en el Derecho Internacional, otorgándole un estatus relevante a los individuos en ese plano. El DIDH, sin embargo, se ha desarrollado de manera desequilibrada y parcial, ofreciéndoles mucho más a los hombres que a las mujeres.<sup>89</sup> Esta premisa puede considerarse la base de las críticas feministas al DIDH, que siguen el camino trazado por la crítica feminista al derecho en general, y que para efectos de este análisis dividiremos en tres ejes: las críticas al sistema de derecho internacional de derechos humanos en general, las críticas específicas a los derechos humanos internacionales de las mujeres y sus mecanismos de protección, y finalmente, los cuestionamientos referidos a la utilidad y conveniencia del uso del DIDH para la protección y avance de los intereses específicos de las mujeres.

Las críticas feministas al sistema internacional de derechos humanos apuntan a que este ha sido creado y desarrollado por los hombres y, por lo tanto, conlleva una visión del mundo masculina. Las mujeres no han sido partícipes de los procesos de construcción de la institucionalidad internacional ni de los instrumentos jurídicos de derechos humanos generales. En razón de ello, por una parte, el DIDH preserva la distinción sexualizada entre las esferas de lo público y lo privado y refuerza la posición subordinada de las mujeres en ambas esferas; por otra, en los tratados internacionales los derechos se definen en relación con los intereses masculinos, de lo que da cuenta la primacía que tradicionalmente se ha dado a los derechos civiles y políticos, que se orientan a la protección de los varones en la esfera de lo público, esto es, en sus relaciones con el Estado. La construcción y desarrollo del DIDH conforme a una perspectiva parcial en favor de los hombres se manifiesta en las formas en que opera el sistema, particularmente, en el hecho de que los derechos humanos no han sido interpretados desde una perspectiva de género que dé cuenta de las experiencias de desigualdad e injusticia que experimentan las mujeres.<sup>90</sup>

Para hacer frente a estos defectos estructurales del DIDH, la crítica feminista ha contribuido a deconstruir los supuestos ideológicos de la tradición clásica liberal y occidental que marcaron el origen y parte del desarrollo de dicho sistema, principalmente a través del cuestionamiento del carácter universal y abstracto del sujeto del derecho de los derechos humanos, que se identifica como sesgado y descontextualizado. En efecto, el "sujeto modelo" del DIDH encubre un parámetro de lo humano que es el hombre, de manera tal que sus intereses son asumidos por el Derecho como intereses generales de la humanidad. Al mismo tiempo, este modelo invisibiliza, en su abstracción, la posición social que tienen los sujetos de acuerdo con el sexo, género, pertenencia étnica y edad, entre otros elementos que determinan las diferencias entre los seres humanos.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el sistema de Naciones Unidas, así como la Declaración Americana de Derechos del Hombre y la Convención Americana de Derechos Humanos, son expresiones del andocentrismo descrito en el párrafo anterior, que coexisten en la práctica con legislaciones nacionales que restringen o impiden a las mujeres el ejercicio de los derechos reconocidos en dichos tratados.

A partir de la información que brindan los Estados a los sistemas de protección de derechos humanos de los que hacen parte se inicia una primera etapa de desarrollo normativo que, a través de convenios y pactos, pretende solucionar aspectos específicos de la discriminación que afecta a las mujeres.

89 CHARLESWORTH y CHINKIN (1993, p. 68; traducción libre).

90 En este sentido: *Ibíd.*; CHARLESWORTH (1997, pp. 55-80) y COOK (1993).

Así, en 1951, tras un estudio de la Comisión sobre el Estatus de la Mujer, la Organización Internacional del Trabajo adopta el Convenio N° 100, que fija un primer estándar en materia de remuneraciones sin distinciones de sexo (artículo 3). Luego, en consideración a que hasta 1945 el derecho a voto de las mujeres no se encontraba garantizado en los países miembros de Naciones Unidas (25 de 50 lo tenían), el trabajo de la Comisión se enfocó prioritariamente en los derechos políticos, logrando que en 1952 se adoptara la Convención sobre Derechos Políticos de las Mujeres, el primer instrumento internacional específico que consagró para las mujeres el derecho al voto, a ser elegida y a participar de los asuntos públicos. En 1957 y en 1962, respectivamente, se aprobaron la Convención sobre Nacionalidad de la Mujer Casada y la Convención sobre el Consentimiento, Edad Mínima y el Registro del Matrimonio.

Una segunda etapa es la adopción de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW). Este instrumento pone de manifiesto que las mujeres se encontraban invisibilizadas y subsumidas en una generalización masculina dentro de los instrumentos internacionales de carácter general. Se trata de un instrumento jurídico que retoma los derechos ya consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, pero que al referirlos a las mujeres los dota de especificidad.

A partir de este desarrollo normativo en el plano internacional, los feminismos han levantado críticas a los instrumentos internacionales de derechos humanos que tratan específicamente sobre las mujeres:

“La mayoría de ellos son elaboraciones de la norma formal de no discriminación, y disponen que, en contextos particulares o generales, las mujeres deben ser tratadas igual que los hombres. Si bien este desarrollo del derecho internacional ha resultado valioso, no ha sido suficiente para abordar la subordinación de la mujer a nivel mundial. Fuera de la promesa restringida de una igualdad formal, [...] la creación de una rama especializada de los derechos humanos ha permitido su marginalización: los organismos de derechos humanos de la ‘corriente dominante’ han tendido a ignorar la aplicación de las normas de derechos humanos de la mujer. Además, la estructura de las instituciones de los derechos humanos internacionales de la mujer son más frágiles que sus contrapartes, que generalmente parecen ser más aplicables: los instrumentos internacionales que tratan a la mujer tienen obligaciones y procedimientos de aplicación más débiles; las instituciones diseñadas para redactarlos y vigilarlos no disponen de suficientes recursos, y sus funciones generalmente están circunscritas, comparadas con las de otros organismos de derechos humanos; la práctica generalizada de los Estados de hacer reservas a las disposiciones fundamentales de los instrumentos es aparentemente tolerada, como lo es la incapacidad generalizada de los Estados de cumplir con las obligaciones contenidas en los instrumentos”<sup>91</sup>.

Finalmente, con relación a la conveniencia de recurrir a los derechos, en general, y a los derechos humanos internacionales de las mujeres, en particular, como parte de las estrategias feministas, se ha argumentado que la búsqueda de los derechos es una estrategia feminista equivocada o derechamente perjudicial para las mujeres, puesto que el lenguaje de los derechos implícitamente reafirma la estabilidad de las estructuras sociales y con ello perjudica las posibilidades de transformación política y social, invisibilizando la necesidad del cambio.<sup>92</sup> En la misma línea argumentativa por otra parte,

“Los y las feministas han sostenido que, mientras que la formulación de igualdad de derechos puede ser útil como un primer paso hacia la mejora de la posición de la mujer, una

---

91 CHARLESWORTH (1997, p. 56).

92 *Ibid.*, p. 57.

atención continua en la adquisición de derechos puede no ser beneficiosa: las experiencias y preocupaciones de las mujeres no son fácilmente traducibles al lenguaje estrecho e individualista de los derechos; el discurso de los derechos simplifica exageradamente complejas relaciones de poder, y su promesa podría frustrarse ante las desigualdades estructurales del poder; la búsqueda de equilibrio entre derechos que están 'en competencia' por parte de entidades que toman decisiones, con frecuencia reduce el poder de la mujer; y los derechos específicos, tales como el derecho a la libertad religiosa o a la protección de la familia, de hecho pueden justificar la opresión de la mujer. Los y las feministas han examinado la interpretación de derechos aparentemente diseñados para beneficiar a las mujeres hecha por tribunales nacionales, y han señalado su construcción típicamente androcéntrica<sup>93</sup>.

A modo de respuesta, Hillary Charlesworth, una de las principales exponentes del feminismo en el plano del DIDH, sostiene que la adquisición de derechos es una táctica importante en el terreno internacional en dos sentidos: el primero es que el discurso de los derechos para las mujeres tiene la función de habilitar para el poder, permitiendo su visibilización en terrenos donde siguen siendo invisibles; y el segundo es que el discurso de los derechos le permite un enfoque al feminismo internacional, que puede traducirse en acción si las respuestas a las demandas de las mujeres resultan inadecuadas.<sup>94</sup>

Por último, se han dirigido críticas al esencialismo que supone el desarrollo de un derecho internacional de los derechos humanos de la mujer, consistente en asumir que todas las mujeres tienen atributos y experiencias similares e ignorar el impacto de otros factores que las afectan, además del sexo (como la raza, la clase, la etnia, etc.). Al respecto, Charlesworth sostiene que el patriarcado y la devaluación de la mujer, aunque se manifiestan de manera diversa en distintas sociedades, son prácticamente universales.<sup>95</sup>

#### 4. EL CONCEPTO DE GÉNERO

A partir de la década de los sesenta, los movimientos feministas se centrarán en explicar las causas y consecuencias de la condición de subordinación de las mujeres en las sociedades. El primer paso en este proyecto consiste en la constatación de que los desarrollos disponibles hasta ese momento en las ciencias sociales y las humanidades no entregaban información suficiente acerca de tal subordinación, ya que los cuerpos teóricos de estas disciplinas o bien no trataban la desigualdad entre hombres y mujeres, o bien la justificaban. En efecto, no existían estudios que evidenciaran los dispositivos de la dominación y predominio de los varones sobre las mujeres.<sup>96</sup>

Ante ese estado de cosas, un grupo diverso de mujeres académicas, en varios países, se propusieron "generar conocimientos sobre las condiciones de vida de las mujeres; rescatar el pasado y presente de los aportes de las mujeres a la sociedad y la cultura y hacerlas visibles en la historia, en la creación y en la vida cotidiana"<sup>97</sup>. Nacen así los "Estudios sobre la Mujer" o "Estudios sobre las Mujeres", los que se multiplican rápidamente en centros académicos y organizaciones no gubernamentales para instalarse de manera definitiva durante la década de los setenta. En paralelo surge un proceso de cuestionamiento a los grandes relatos teóricos sustentados por las ciencias sociales, cuyo primer objetivo es mostrar la invisibilidad de las mujeres en los diversos ámbitos

93 Ibid., pp. 57-58.

94 Ibid., p. 58.

95 Ibid., p. 59.

96 DE BARBIERI (1993, p. 145).

97 Ibid., pp. 147-148.

del saber, cuestión que radicaba no tanto en los trabajos empíricos y descriptivos de las ciencias sociales, sino que más bien en la representación que estos hacían de las mujeres. De allí que se hablará de una “invisibilidad analítica” de las mujeres en las disciplinas sociales.<sup>98</sup>

Los Estudios de la Mujer plantearán la existencia de dos grandes prejuicios que operan interrelacionadamente en las disciplinas sociales: el androcentrismo —una mirada desde y centrada en lo masculino— y el etnocentrismo —referido a que el punto de referencia de la comprensión es la cultura dominante occidental—. Dado que ambas preconcepciones han incidido en los modelos analíticos y en la observación de la realidad, estos Estudios concluyen que agregar el “tema de la mujer” en las diversas disciplinas sociales no solucionaría el problema de su representación, por lo que se hacía necesario desarrollar un proceso de reconstrucción de la información, analizando los fenómenos sociales desde la perspectiva de las mujeres, y discutir los modelos teóricos dominantes en muchas de las disciplinas sociales.<sup>99</sup>

Como señala Teresita de Barbieri:

“[Es posible distinguir] dos posturas diferentes que han acompañado a la investigación sobre las mujeres: una que centra el objeto de estudio en las mujeres, es decir, en generar, acumular y revisar información e hipótesis sobre las condiciones de vida y de trabajo, la creación y la cultura producida por las mujeres. Otra que privilegia a la sociedad como generadora de la subordinación de las mujeres. [...]”

[M]ientras la primera perspectiva puso el énfasis en la generación de conocimientos sobre las mujeres y los determinantes de sus condiciones sociales, con un claro predominio del estudio de las relaciones mujer-varón y mujer-mujer [...], para la segunda, las premisas más generales explícita o implícitamente formuladas sostenían:

a) La subordinación de las mujeres es producto de determinadas formas de organización y funcionamiento de las sociedades. Por lo tanto, hay que estudiar la sociedad o las sociedades concretas.

b) No se avanzará sólo estudiando a las mujeres, el objeto es más amplio. Requiere de analizar en todos los niveles, ámbitos y tiempos las relaciones mujer-varón, mujer-mujer, varón-varón. Es en esta búsqueda donde surge y se expande el concepto de género como categoría que en lo social, corresponde al sexo anatómico y fisiológico de las ciencias biológicas. El género es el sexo socialmente construido<sup>100</sup>.

Una primera aproximación al contenido del concepto de género como construcción social de los sexos será adoptado por las diversas disciplinas de las ciencias sociales, cada una de las cuales lo traduce y reformula dentro de las fronteras de cada campo del saber específico.

El concepto de género proviene de la psicología y la medicina, específicamente del trabajo del psicólogo John Money y del psiquiatra Robert Stoller. Este último publicó en 1968 el libro *Sex and Gender*<sup>101</sup>, al inicio del cual se pregunta cuánto del comportamiento y las preferencias sexuales de un individuo le son impuestas por fuerzas biológicas predeterminadas, en qué medida esas fuerzas biológicas son influenciadas por experiencias de aprendizaje y en qué medida determinadas culturalmente. Para responder a estas interrogantes recurre a la distinción entre sexo y género,

98 MONTECINO (1997, p. 12)

99 *Ibíd.*, pp. 12-13.

100 DE BARBIERI (1993, pp. 148-149).

101 En este libro el autor examina varios casos en que el sexo genético no se corresponde con la identidad sexual asignada, por ejemplo, en el caso de niños genéticamente varones que tras haber sufrido la mutilación del pene fueron socializados como niñas. A partir de estos casos, Stoller concluye que lo que determina la identidad y el comportamiento de género no es el sexo biológico, sino la vivencia del sexo asignado.

restringiendo el sexo a una connotación biológica, y dándole al género connotaciones psicológicas o culturales. En este sentido, afirma que si los términos apropiados para el sexo son macho y hembra, los términos para el género son masculino y femenino. Estos últimos pueden ser independientes del sexo (biológico). El género, así, resulta ser la cantidad de masculinidad o femineidad presente en una persona.<sup>102</sup> Esta distinción inaugura un nuevo camino para las reflexiones respecto de la constitución de las identidades de hombres y mujeres.<sup>103</sup>

En 1972, Ann Oakley introduce por primera vez el término “género” en el discurso de las ciencias sociales, en su famoso tratado *Sexo, Género y Sociedad*. A partir de entonces, la distinción entre sexo y género fue utilizada por las feministas como una categoría válida para explicar la subordinación de las mujeres como una construcción social, no justificada en la biología.<sup>104</sup>

En el campo de la antropología, la introducción del género será consecuencia del cuestionamiento del sesgo androcéntrico de las descripciones etnográficas de los roles sexuales, esto es, aquellos que marcan “la diferente participación de los hombres y las mujeres en las instituciones sociales, económicas, políticas y religiosas [y que] incluyen las actitudes, valores y expectativas que una sociedad dada conceptualiza como femeninos o masculinos”<sup>105</sup>. Las explicaciones antropológicas sobre la diferencia de los sexos han estado marcadas por el debate “naturaleza/cultura”, referido a la cuestión de lo innato o adquirido del comportamiento humano, cuya pregunta central es: ¿hay o no una relación entre la diferencia biológica y la diferencia sociocultural? Y en consecuencia, ¿los roles sexuales son construcciones culturales? ¿por qué siempre las mujeres están excluidas del poder público y relegadas al ámbito doméstico? En otras palabras, ¿por qué la diferencia sexual implica desigualdad social?<sup>106</sup>

Como acertadamente apunta la antropóloga Marta Lamas,

“Que la diferencia biológica, cualquiera que esta sea (anatómica, bioquímica, etc.) se interprete culturalmente como una diferencia sustantiva que marcará el destino de las personas, con una moral diferenciada para unos y para otras, es el problema político que subyace a toda la discusión académica sobre las diferencias entre hombres y mujeres”<sup>107</sup>.

A partir de finales de los sesenta, las antropólogas feministas participaron en una nueva discusión en torno a la relación naturaleza/cultura y el origen biológico o social de la opresión de las mujeres. En una primera etapa, los esfuerzos apuntaron a averiguar si en otras culturas y sociedades las mujeres ocupaban también una posición subordinada en relación con los hombres, lo que llevó a constatar que el estatus de las mujeres variaba entre una cultura y otra, pero siempre con una constante: la subordinación política de las mujeres como grupo a los hombres. La explicación de esa subordinación se justificaba en general, sobre la diferencia biológica entre los sexos y su expresión máxima: la maternidad. De allí la relevancia del concepto de género, que sacaba el debate sobre las diferencias entre hombres y mujeres fuera del terreno biológico, para radicarlo en lo social, que contrariamente a lo biológico, era transformable.

Descartando la hipótesis de la diferencia biológica como explicación de la subordinación de las mujeres, se hacía necesario buscar una explicación alternativa para dicha subordinación. Así, la antropología explica que la posición de las mujeres varía de cultura en cultura, manteniéndose

102 STOLLER (1984, pp. 8-9; traducción libre).

103 MONTECINO (1997, p. 16)

104 FACIO y FRIES (1999, p. 32).

105 LAMAS (1986, p. 174).

106 *Ibid.*, pp. 177-178.

107 *Ibid.*, p. 178.

constante una diferenciación entre actividades consideradas femeninas y masculinas. Sin embargo, el observar que una actividad específica era en algunas culturas femenina y en otras masculina, permite deducir que dicha actividad no está determinada por lo biológico (el sexo), sino que por lo que culturalmente se define como propio de cada sexo, es decir, por el género. En consecuencia, la posición de la mujer no está determinada biológica, sino culturalmente.<sup>108</sup> De esta manera, la antropología transita desde el estudio de los roles sexuales al estudio del género.

Una de las primeras antropólogas que se dedicaron al estudio de la construcción del género en su contexto social fue Gayle Rubin, quien en su renombrado trabajo *El tráfico de mujeres: notas sobre la "economía política" del sexo*, define el género como "una división de los sexos socialmente impuesta. Es un producto de las relaciones sociales de sexualidad"<sup>109</sup>. Al analizar las causas de la subordinación de las mujeres, la autora identifica aquella parte de la vida social en que se origina esa subordinación y la conceptualiza como *sistema de sexo/género*, esto es: "el conjunto de disposiciones por el que una sociedad transforma la sexualidad biológica en productos de la actividad humana, y en el cual se satisfacen esas necesidades humanas transformadas"<sup>110</sup>. Desarrollando este concepto, sostiene:

Un grupo humano tiene que reproducirse a sí mismo de generación en generación. Las necesidades de sexualidad y procreación deben ser satisfechas tanto como la necesidad de comer, y una de las deducciones más obvias que se pueden hacer de los datos de la antropología es que esas necesidades casi nunca se satisfacen en una forma "natural", lo mismo que la necesidad de alimento. El hambre es el hambre, pero lo que califica como alimento es determinado y obtenidos culturalmente. Toda sociedad tiene alguna forma de actividad económica organizada. El sexo es el sexo, pero lo que califica como sexo también es determinado y obtenido culturalmente. También toda sociedad tiene un sistema de sexo género —un conjunto de disposiciones por el cual la materia prima biológica del sexo y la procreación humanas es conformada por la intervención humana y social y satisfecha en una forma convencional, por extrañas que sean algunas de las convenciones"<sup>111</sup>.

Para descubrir cómo se organiza socialmente la sexualidad, Rubin analiza los sistemas de parentesco, pues considera que estos están formados por —y reproducen— formas concretas de la sexualidad socialmente organizada. Su análisis toma como punto de partida los planteamientos de Claude Lévi-Strauss contenidos en *Las estructuras elementales del parentesco*, obra que entiende estos sistemas como una imposición de la organización cultural sobre los hechos de la procreación biológica. Según Rubin, "como para Lévi-Strauss la esencia de los sistemas de parentesco está en el intercambio de mujeres entre los hombres, implícitamente construye una teoría de la opresión sexual"<sup>112</sup>. Este intercambio de mujeres se concreta a través de sistemas sociales primitivos en los que el intercambio de regalos está en la base de la organización social, en tanto crea o afirma un vínculo entre los participantes del intercambio y mantiene la unidad en sociedades no ligadas por instituciones gubernamentales. En estos sistemas, el matrimonio es una forma básica de intercambio, en el que las mujeres constituyen el regalo más valorado. Las mujeres no participan de estas transacciones, sino que constituyen el objeto de la misma, es decir, la relación de intercambio que constituye el matrimonio no se produce entre un hombre y una mujer, sino que entre dos grupos de hombres, que tienen un derecho para "dar" a la mujer, lo que supone que ella no tiene derecho sobre sí misma. A la vez, este sistema de intercambio de mujeres permite explicar el tabú

108 Ibid., pp. 179-184.

109 RUBIN (1986, p. 114).

110 Ibid., p. 97.

111 Ibid., p. 102.

112 Ibid., p. 107.

del incesto —que se repite, con matices diversos, en todas las sociedades primitivas— como un mecanismo para asegurar que esos intercambios se produzcan entre familias o grupos distintos. Así, la prohibición sexual de las mujeres de la misma familia obliga a entregarla en matrimonio a otro hombre, a la vez que establece un derecho a la mujer de ese otro hombre. Si el intercambio de mujeres es un principio fundamental del parentesco, la subordinación de las mujeres puede entenderse como producto de las relaciones que producen y organizan el sexo y el género.<sup>113</sup>

Por otra parte, de acuerdo con Rubin, es relevante también considerar la división sexual del trabajo como presupuesto de los sistemas de matrimonio recién reseñados. En otra de sus obras, *La Familia*, Lévi-Strauss “concluye de un examen general de la división del trabajo por sexos que no es una especialización biológica, sino que debe tener algún otro propósito. Ese propósito, sostiene, es asegurar la unión de los hombres y las mujeres haciendo que la mínima unidad económica viable contenga por lo menos un hombre y una mujer”<sup>114</sup>. De esta manera, la división sexual del trabajo divide los sexos en dos categorías mutuamente exclusivas, exagera las diferencias biológicas y *crea* el género.<sup>115</sup> Al separar a hombres y mujeres en categorías mutuamente excluyentes se reprimen necesariamente los rasgos femeninos en los hombres y los masculinos en las mujeres. Para asegurar los matrimonios es necesario asegurar las relaciones heterosexuales, y así, el género no es solo una identificación con un sexo, implica además dirigir el deseo sexual hacia el otro sexo. La opresión de los homosexuales, en consecuencia, es producto del mismo sistema cuyas reglas y relaciones oprimen a las mujeres.<sup>116</sup>

Finalmente, la autora examina la relación entre psicoanálisis, parentesco y sistema sexo/género, pues el psicoanálisis es una teoría que explica la reproducción del parentesco, es decir, una teoría sobre la sexualidad humana. Integrando los planteamientos de Lévi-Strauss a los de Freud, la autora da cuenta de cómo la teoría del psicoanálisis explica a nivel del individuo la adquisición del género conforme al sistema de ordenación social del sexo y el género.<sup>117</sup>

El trabajo de Rubin ha servido de base para desarrollos posteriores en el área del género y la búsqueda del origen de la opresión de las mujeres. Sin perjuicio de ello, ha sido también criticado por basarse en la dicotomía naturaleza/cultura, ubicando al sexo en la primera categoría y al género en la segunda, de manera tal que el sexo aparece como un elemento estático e invariable, en circunstancias que otras teóricas han hecho notar que la base biológica del género (el sexo) es siempre culturalmente experimentada. Quienes afirman esta postura prefieren hablar de relaciones de género en lugar del sistema de sexo/género, enfatizando el carácter relacional del concepto<sup>118</sup>.

Es así como de una explicación biologicista (sexista) de las diferencias entre hombres y mujeres (en realidad justificaciones de los privilegios masculinos), pasando por teorías que tal vez pecaron de simplistas o esencialistas (las teorías del sistema de sexo-género) se llegó a una (la teoría de las relaciones de género) que devela el esfuerzo de la ideología patriarcal por naturalizar procesos sociales y que demuestra que la creación de seres heterosexuales con una

113 *Ibíd.*, pp. 107-113.

114 *Ibíd.*, p. 113.

115 *Ibíd.*, p. 114.

116 *Ibíd.*, p. 115.

117 “Los sistemas de parentesco requieren una división de los sexos. La fase edípica divide los sexos. Los sistemas de parentesco incluyen conjuntos de reglas que gobiernan la sexualidad. La crisis edípica es la asimilación de esas reglas y tabúes. La heterosexualidad obligatoria es el resultado del parentesco. La fase edípica constituye el deseo heterosexual. El parentesco se basa en una diferencia radical entre los derechos de los hombres y los de las mujeres. El complejo de Edipo confiere al varón los derechos masculinos, y obliga a las mujeres a acomodarse a sus menores derechos” (*Ibíd.*, p. 130).

118 FACIO y FRIES (1999, p. 36).

identidad de género aprobada por su sociedad, se debe a un proceso social extremadamente complejo y profundamente no natural; una teoría que concibe el sexo como una relación vivida y mutable, es decir, que insiste en su naturaleza relacional. De ahí que se entienda que el género es construido no con base en algo inmutable, sino en relación al otro género, tan mutable e histórico como el mismo<sup>119</sup>.

A modo de conclusión, cabe reiterar que el término “género” ha variado en alcance y contenido a lo largo de su estudio y aplicación por las ciencias sociales. Dado que el estatus de la mujer no se debe a un factor único, se han desarrollado diversas teorías sobre el género que enfatizan distintos aspectos de este, sin perjuicio de lo cual es posible afirmar que la mayoría de ellas “coinciden en que a partir de una importancia exagerada a las diferencias biológicas —y de una invisibilización de las grandes similitudes— se construyen las diferencias/desigualdades constitutivas de cada sexo: a los bebés con genitales masculinos — o masculinizados— se les asigna unas características y a los bebés con genitales femeninos —o feminizados— las características contrarias<sup>120</sup>. Esta asignación de características, comportamientos y roles tiene elementos descriptivos y normativos a la vez.

El concepto de género, entonces, permitirá explicar que la subordinación de las mujeres en las sociedades se relaciona con dos elementos: uno de diferenciación y otro de poder o jerarquía<sup>121</sup>. El primero corresponde a la construcción cultural de las diferencias entre lo femenino y masculino y la atribución de estas características a mujeres y hombres desde su nacimiento, definiendo así el estatus que cada uno detendrá en la sociedad y los roles que desempeñarán en la vida pública y privada. El segundo elemento, por su parte, expresa que las características diferenciadas que se atribuyen a hombres y mujeres constituyen una jerarquía en que lo masculino resulta favorecido y socialmente valorado, en detrimento de lo que se construye y señala como femenino. De esta manera, el género no solo construye identidades, sino que también define y legitima relaciones de poder:

“[E]l género es una forma primaria de relaciones significantes de poder. Podría mejor decirse que el género es el campo primario dentro del cual o por medio del cual se articula el poder. [...] Establecidos como conjunto de referentes, los conceptos de género estructuran la percepción y la organización, concreta y simbólica, de toda la vida social. Hasta el punto en que esas referencias establecen distribuciones de poder (control diferencial sobre los recursos materiales y simbólicos, o acceso a los mismos), el género se implica en la concepción y construcción del poder<sup>122</sup>.

Es posible afirmar, por último, como señala Joan Scott, que la incorporación de este concepto a las ciencias sociales brindó a las feministas una herramienta que les permitió repensar los determinantes de las relaciones entre los sexos. Así, en sus primeros desarrollos,

““Género” abría todo un conjunto de cuestiones analíticas sobre cómo y bajo qué condiciones se habían definido los diferentes roles y funciones para cada sexo; cómo variaban los diversos significados de las categorías “hombre” y “mujer” según la época, el contexto, el lugar; cómo se crearon e impusieron las normas regulatorias del comportamiento social; cómo los asuntos relacionados con el poder y los derechos contribuían a las definiciones de masculinidad y feminidad; cómo las estructuras simbólicas afectaban las vidas y prácticas de personas comunes

119 Ibíd., pp. 36-37.

120 Ibíd., p. 33.

121 Para un mayor desarrollo sobre este punto y sobre las diversas perspectivas desde las que se ha abordado el concepto de género, ver: OLIVA (2005).

122 SCOTT (1990).

y corrientes; como se forjaban las identidades sexuales dentro de las prescripciones sociales y contra ellas<sup>123</sup>.

El concepto de género ha dado lugar a complejas trayectorias en el ámbito de las ciencias sociales. Aquí solo hemos enunciado sus bases. Las críticas a la heteronormatividad y a la construcción binaria del género, el peligro del esencialismo y la visibilización de la interseccionalidad de los factores de la opresión de las mujeres son algunos de los tópicos que motivan los debates actuales y que han dado paso a construcciones y deconstrucciones teóricas del género que van más allá de las categorías hombre-mujer, generando diversos desafíos para los feminismos del siglo XXI.

---

123 SCOTT (2011, p. 97).

## BIBLIOGRAFÍA

- AMORÓS, Celia (ed.). 2000. *Feminismo y filosofía*. Madrid, Editorial Síntesis.
- AMORÓS, Celia y COBO, Rosa. 2005. *Feminismo e Ilustración*. En: AMORÓS, Celia y DE MIGUEL, Ana (eds.). *Teoría Feminista: De la Ilustración a la Globalización*. Madrid, Minerva Ediciones. Tomo 1: De la Ilustración al Segundo Sexo.
- AMORÓS, Celia y DE MIGUEL, Ana (eds.). 2005. *Teoría Feminista: De la Ilustración a la Globalización*. Madrid, Minerva Ediciones.
- CHARLESWORTH, Hillary y CHINKIN, Christine. 1993. The gender of jus cogens. *Human Rights Quarterly* 15(1):63-76.
- CHARLESWORTH, Hillary. 1997. ¿Qué son los “derechos humanos internacionales de la mujer”? En: COOK, Rebecca (ed.). *Derechos humanos de la mujer. Perspectivas nacionales e internacionales*. Bogotá, Profamilia.
- COOK, Rebecca. 1993. Women’s international human rights law: The way forward. *Human Rights Quarterly* 15(2):230-261.
- DE BARBIERI, Teresita. 1993. Sobre la categoría de género. Una introducción teórico metodológica. *Debates en Sociología* (18):145-169.
- DE BEAUVOIR, Simone. 2008. *El segundo sexo*. 2ª edición, Buenos Aires, Debolsillo, 2008.
- DE MIGUEL, Ana. 1995. Los feminismos a través de la historia. En: AMORÓS, Celia (dir.). 10 palabras clave sobre mujer. Estella, Verbo Divino.
- DE MIGUEL, Ana. 2005. El feminismo en clave utilitarista ilustrada: John S. Mill y Harriet Taylor Mill. En: AMORÓS, Celia y DE MIGUEL, Ana (eds.). *Teoría Feminista: De la Ilustración a la Globalización*. Madrid, Minerva Ediciones. Tomo 1: De la Ilustración al Segundo Sexo.
- FACCHI, Alejandra. 2005. El pensamiento feminista sobre el Derecho; Un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl. *Academia, Revista sobre Enseñanza del Derecho en Buenos Aires* 3(6):27-47.
- FACIO, Alda y FRIES, Lorena. 1999. *Feminismo, género y patriarcado*. En: FACIO, Alda y FRIES, Lorena (eds.). *Género y Derecho*. Santiago, LOM.
- FRIEDAN, Betty. 2009. *La mística de la feminidad* (traducción de Magali Martínez Solimán). Madrid, Cátedra.
- JARAMILLO, Isabel Cristina. 2000. La crítica feminista al Derecho. En: WEST, Robin. *Género y Teoría General del Derecho*. Bogotá, Universidad de los Andes (Colección Nuevo Pensamiento Jurídico).
- LAMAS, Marta. 1986. La antropología feminista y la categoría “género”. *Nueva Antropología* VIII(30):173-198.
- MACKINNON, Catharine. 2005. *Feminismo, marxismo, método y Estado: Una agenda para la teoría*. En: GARCÍA, Mauricio, JARAMILLO, Isabel Cristina y RESTREPO, Esteban (coords.). *Crítica jurídica: Teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*. Bogotá, Uniandes.
- MILL, John Stuart. 1878. *The subjection of women*. Londres, Longmans, Green, Reader, and Dyer.
- MILL, John Stuart. 1998. *El Utilitarismo* (traducción de Esperanza Guisán). Madrid, Alianza.
- MILLET, Kate. 2000. *Sexual Politics*. Urbana and Chicago, University of Illinois Press.
- MONTECINO, Sonia. 1997. *Devenir de una traslación: de la mujer al género o de lo universal a lo particular*. En su: Palabra dicha. Escritos sobre género, identidades, mestizajes. [En línea] Colección de Libros Electrónicos, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile (Serie Estudios). <<http://www.facso.uchile.cl/publicaciones/biblioteca/docs/libros/palabra.pdf>> [Consulta: 13 de octubre de 2013].

OLIVA, Asunción. Debates sobre el género. 2005. En: AMORÓS, Celia y DE MIGUEL, Ana (eds.). Teoría Feminista: De la Ilustración a la Globalización. Madrid, Minerva Ediciones. Tomo 3: De los debates sobre el género al multiculturalismo.

OLSEN, Frances. 1990. El sexo del derecho (traducción de Mariela Santoro y Christian Courtis). Publicado originalmente en: KAIRYS, David (ed.). The Politics of Law. Nueva York, Pantheon.

PATEMAN, Carole. 1995. El contrato sexual. México, Anthropos/UAM.

PATEMAN, Carole. 1996. Críticas feministas a la dicotomía público/privado. En: CASTELLS, Carmen (comp.). Perspectivas feministas en teoría política. Buenos Aires, Editorial Paidós.

PULEO, Alicia (ed.). 1993. La Ilustración olvidada. La polémica de los sexos en el siglo XVIII. Barcelona, Anthropos (Serie cultura y diferencia). 175p.

PULEO, Alicia. 2005. Lo personal es político: el surgimiento del feminismo radical. En: AMORÓS, Celia y DE MIGUEL, Ana (eds.). Teoría Feminista: De la Ilustración a la Globalización. Madrid, Minerva Ediciones. Tomo II: Del feminismo liberal a la posmodernidad.

ROUSSEAU, Jean Jacques. 2011. Emilio. Buenos Aires, Tecnibook Ediciones

RUBIN, Gayle. 1986. El tráfico de mujeres: notas sobre la "economía política" del sexo. Nueva Antropología VIII(30):95-145.

SCOTT, Joan W. 1990. El género: una categoría útil para el análisis histórico. En: AMELANG, James y NASH, Mary (eds.). Historia y género: las mujeres en la Europa moderna y contemporánea. Valencia, Edicions Alfons el Magnànim/Institució Valenciana d'Estudis i Investigació. 390p.

SCOTT, Joan W. 2011. Género: ¿todavía una categoría útil para el análisis? La Manzana de la Discordia 6(1):95-101.

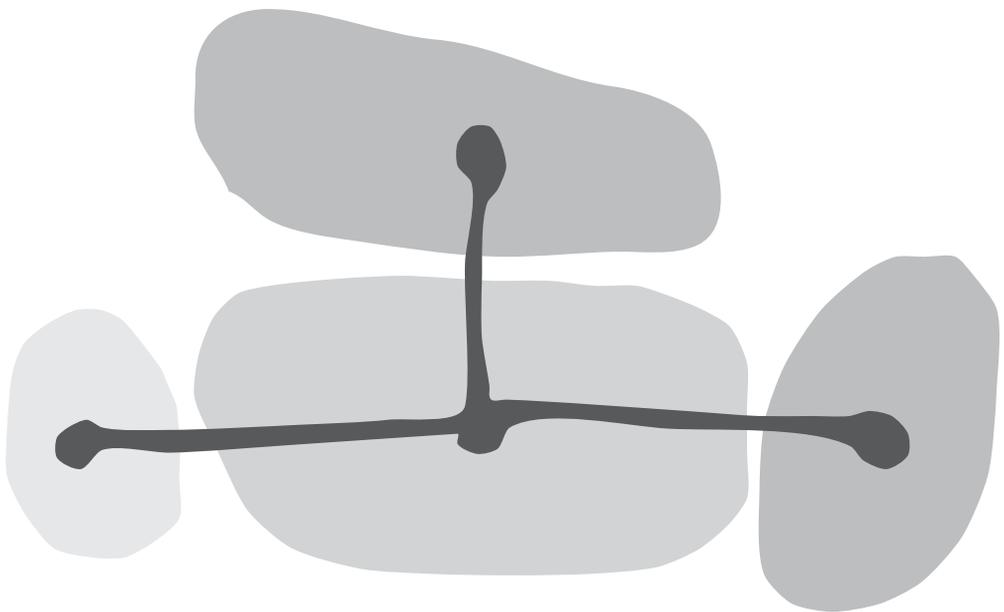
STOLLER, Robert. 1984. Sex and Gender. The development of masculinity and femininity. Londres, Kernac (reimpresión).

VALCÁRCEL, Amelia. 2001. La memoria colectiva y los retos del feminismo. Santiago, CEPAL (Serie Mujer y Desarrollo 31).

WAYAND, Dorothea. 1992. Women in Enlightenment and Revolution and their position in the first modern Civil Codes. Canadian Journal of Law and Society 7(2):93-122.

Capítulo II

# **EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS MUJERES**



# LOS SISTEMAS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Nicole Lacrampette Polanco

Catalina Lagos Tschorne

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) propiamente tal surge en la segunda mitad del siglo veinte. Con anterioridad —concretamente, antes de la Segunda Guerra Mundial y de la fundación de la Organización de Naciones Unidas (ONU)—, la protección internacional de los individuos se centraba en el tratamiento que debían dar los Estados a los extranjeros que se encontraran en sus territorios de manera temporal o permanente (a través de la protección diplomática), en la normativa humanitaria de los conflictos armados y en la protección de ciertas minorías.<sup>1</sup> Tras las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra se hizo patente la necesidad de establecer un orden público internacional por encima de los Estados, que previniera la repetición de situaciones similares en el futuro.<sup>2</sup>

En este contexto comenzó a desarrollarse un sistema internacional de protección de los individuos frente a los excesos del ejercicio del poder por parte de los gobernantes, cuya característica distintiva respecto de los desarrollos que le precedieron radica en que, bajo este nuevo modelo de protección, las personas poseen derechos internacionalmente garantizados como individuos y no como ciudadanos de algún Estado en particular.<sup>3</sup>

Un hito que sienta las bases para la construcción del actual sistema internacional de protección de los derechos humanos está dado por la firma de la Carta de Naciones Unidas (en adelante, la Carta) al término de la Conferencia de San Francisco, en 1945. Durante el proceso de elaboración del texto de la Carta se eludió casi por completo la incorporación de principios de derechos humanos y libertades fundamentales, pues, como explica Buergenthal:

“Era de esperarse que cada una de las naciones vencedoras tuviese penosos problemas con sus propios derechos humanos. La Unión Soviética tenía su *gulag*, los Estados Unidos su discriminación racial *de jure*, Francia y Gran Bretaña sus imperios coloniales. Dada su propia vulnerabilidad en lo tocante a derechos humanos, estos países no tenían interés político en esbozar una Carta que estableciera un sistema internacional efectivo para la protección de los derechos humanos, por el cual abogaban algunas naciones democráticas más pequeñas. Si bien las grandes potencias prevalecieron hasta el punto en que la Conferencia de San Francisco no generó ningún sistema de protección como tal, la Carta de la ONU proporcionó, no obstante, los fundamentos legales y conceptuales para la creación de la legislación internacional de derechos humanos contemporánea”<sup>4</sup>.

Una de las disposiciones relevantes en este sentido es el artículo 68 de la Carta, que exige al Consejo Económico y Social de la ONU crear “comisiones de orden económico y social y para la

1 Para una descripción de los antecedentes históricos de la protección internacional de los derechos humanos, ver: BUERGENTHAL (1996, pp. 31-46).

2 NASH (2009, pp. 24-25).

3 BUERGENTHAL (1996, p. 45).

4 *Ibíd.*, pp. 52-53.

promoción de los derechos humanos”. En cumplimiento de este mandato, durante la primera sesión de la Asamblea General de la ONU —en 1946— se estableció la Comisión de Derechos Humanos, que se reunió por primera vez en 1947 y emprendió entonces la tarea de elaborar un proyecto de Declaración Universal de Derechos Humanos, el cual fue aprobado por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948. Casi veinte años más tarde, en 1966, se adoptaron el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (que entró en vigor el 23 de marzo de 1976) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (que entró en vigor el 3 de enero de 1976). Ambos instrumentos constituyen la piedra angular de una serie de tratados internacionales que se han suscrito con posterioridad, abarcando un amplio rango de materias del campo de los derechos humanos.<sup>5</sup>

Paralelamente a la evolución de la protección internacional de los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas comenzaron a gestarse procesos similares, a nivel regional, en América, Europa<sup>6</sup> y, más tardíamente, en África<sup>7</sup>. Así, durante la Novena Conferencia Internacional Americana<sup>8</sup>, celebrada en 1948, se adoptó la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Posteriormente, en 1959 se creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y en 1969 se firmó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que entró en vigor en 1978.

Tras esta breve reseña del origen de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, a continuación se examina la estructura y los mecanismos de protección en el Sistema de Derechos Humanos de Naciones Unidas —también conocido como Sistema Universal— y en el Sistema Interamericano, con énfasis en los mecanismos orientados hacia la protección específica de los derechos humanos de las mujeres.

## 1. EL SISTEMA DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS

### 1.1. ESTRUCTURA

Dentro del Sistema de la ONU pueden reconocerse dos clases de organismos: por una parte, aquellos basados en la Carta de Naciones Unidas —denominados *extraconvencionales*— y, por otra, los órganos de supervisión creados por los tratados de derechos humanos —llamados *órganos de tratados o convencionales*—.

Hasta el año 2006, los principales órganos de protección de derechos humanos basados en la Carta fueron la Comisión de Derechos Humanos (sustituida por el Consejo de Derechos Humanos<sup>9</sup>,

5 Para un mayor desarrollo de los procesos enunciados en este párrafo y de los primeros antecedentes del sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas, ver: BUERGENTHAL (1996, pp. 51-126); COHEN (1949) y OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2005).

6 El Consejo de Europa adoptó en 1950 el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (también conocido como la Convención Europea de Derechos Humanos), que entró en vigor en 1953. Este instrumento contemplaba la creación de dos organismos: la Comisión Europea de Derechos Humanos (que funcionó entre 1954 y 1999) y la Corte Europea de Derechos Humanos. Esta última celebró su primera sesión en el año 2006.

7 La Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul) fue adoptada el 27 de junio de 1981 y entró en vigor el 21 de octubre de 1986. La misma estableció la creación de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que fue inaugurada en 1987. En 1998 se adoptó el Protocolo sobre el establecimiento de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, organismo que celebró su primera sesión en el año 2006.

8 Esta Conferencia forma parte de una serie de reuniones de delegados, ministros de relaciones exteriores y presidentes de los Estados americanos que se realizaron entre 1889 y 1954, conocidas también como *Conferencias Panamericanas*.

9 El 15 de marzo de 2006, la Asamblea General adoptó la resolución A/RES/60/251, que establece el Consejo de Derechos Humanos. Este órgano sustituyó a la Comisión de Derechos Humanos, la cual había sido establecida en 1946 y concluyó su última sesión el 27 de marzo de 2006. Para más antecedentes sobre la creación del Consejo, ver: HALPERIN y ORENTLICHER (2007); WESCHLER (2008) y GIFRA (2009).

que asumió todos sus mandatos) y la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos (cuya última sesión se celebró en julio y agosto de 2006).<sup>10</sup> En la actualidad el principal órgano basado en la Carta es el Consejo de Derechos Humanos. Este es un órgano subsidiario de la Asamblea General, responsable de promover el respeto universal de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas, de enfrentar las situaciones de violación de derechos humanos y hacer recomendaciones al respecto, entre otras funciones.<sup>11</sup> Al Consejo se le encomienda la realización de un Examen Periódico Universal,

"basado en información objetiva y fidedigna, sobre el cumplimiento por cada Estado de sus obligaciones y compromisos en materia de derechos humanos de una forma que garantice la universalidad del examen y la igualdad de trato respecto de todos los Estados; el examen será un mecanismo cooperativo, basado en un diálogo interactivo, con la participación plena del país de que se trate y teniendo en consideración sus necesidades de fomento de la capacidad; dicho mecanismo complementará y no duplicará la labor de los órganos creados en virtud de tratados [...]".<sup>12</sup>

Dentro de los órganos extraconvencionales se ubican también los Procedimientos Especiales, a los que se hará referencia más adelante.

Los órganos de tratados, por su parte, son creados por las convenciones de derechos humanos para controlar el cumplimiento de sus disposiciones en cada Estado parte. Están compuestos por expertos independientes elegidos por los Estados Partes de cada Convención, quienes ejercen sus funciones a título personal.

Actualmente existen diez órganos de tratados:

- Comité de Derechos Humanos, encargado de la supervisión del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP).
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, encargado de la supervisión del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC).
- Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, encargado de la supervisión de la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* (CERD).
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, encargado de la supervisión de la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (CEDAW).
- Comité contra la Tortura, encargado de la supervisión de la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* (CAT).
- Subcomité para la Prevención de la Tortura, encargado de la supervisión del *Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura*.
- Comité de los Derechos del Niño, encargado de la supervisión de la *Convención sobre los Derechos del Niño* (CDN).
- Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, encargado de la supervisión de la *Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares* (MWC).
- Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, encargado de la supervisión de la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* (CRPD).

10 UPRIMNY (2008, p. 34).

11 ASAMBLEA GENERAL ONU (2006).

12 *Ibid.*, párr. 4 letra e).

- Comité contra las Desapariciones Forzadas, encargado de la supervisión de la *Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas* (CED).

Sus funciones comprenden el examen de los informes periódicos que deben presentar los Estados parte, el examen de comunicaciones individuales referidas a violaciones de los derechos consagrados en el tratado bajo su supervisión y la formulación de recomendaciones u observaciones generales sobre la interpretación del mismo. Las dos primeras, que se examinan a continuación, constituyen los principales mecanismos de protección a cargo de estos Comités.

## 1.2. MECANISMOS DE PROTECCIÓN

### 1.2.1. Supervisión internacional: la consideración de informes periódicos por parte de los órganos de tratados

Si bien no todos los órganos de tratados, o Comités, tienen las mismas funciones y competencias, hay al menos una facultad que la mayoría de ellos posee<sup>13</sup>, cual es la de considerar informes periódicos de los Estados a fin de examinar, en general, el nivel de cumplimiento de las disposiciones de la Convención que supervisan en el ámbito doméstico de los distintos Estados Parte.

No todos los Comités han desarrollado un procedimiento idéntico para la consideración de los informes de los Estados, pero en términos generales se pueden identificar las siguientes etapas:

- La presentación de informes por parte de los Estados (y otras fuentes) al Comité respectivo.
  - La adopción de la Lista de Cuestiones Previas y Preguntas por parte del Comité.
  - El examen de los informes de los Estados Partes (diálogo constructivo).
  - Adopción de las Observaciones Finales del Comité.
  - Seguimiento de las recomendaciones.
- **La presentación de informes por parte de los Estados (y otras fuentes) a los Comités**

Las nueve principales convenciones sobre derechos humanos que se han adoptado en el marco de la Organización de las Naciones Unidas establecen la obligación de los Estados Parte de presentar a los Comités informes periódicos sobre las medidas que se hayan adoptado para dar cumplimiento a las obligaciones asumidas y efecto a los derechos reconocidos en ellas.

Normalmente, los Estados deben presentar un informe inicial en el plazo de uno o dos años desde la entrada en vigencia del convenio e informes periódicos o suplementarios cada cuatro o cinco años, como también en las demás ocasiones en que los Comités lo soliciten.

Los informes de los Estados normalmente deben incluir referencia a las medidas legislativas, judiciales, administrativas y de otra índole que se hayan adoptado para dar cumplimiento a las disposiciones de las referidas convenciones, con indicación de los progresos obtenidos, los desafíos o dificultades que se han debido enfrentar y los factores o circunstancias que han afectado el grado de cumplimiento de las obligaciones impuestas por dichos instrumentos.<sup>14</sup>

13 La única excepción la constituye el Subcomité para la Prevención de la Tortura.

14 CERD, Artículo 9; PIDCP, Artículo 40; PIDESC, Artículo 16 y 17; CEDAW, Artículo 18; CAT, Artículo 19; CDN, Artículo 44; MWC, Artículo 74; CRPD, Artículo 35; CED, Artículo 29.

Sin perjuicio de todo lo anterior, es importante señalar que algunos Comités, como por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura, han diseñado procedimientos opcionales simplificados para la presentación de informes, a los cuales los Estados pueden someterse voluntariamente.<sup>15</sup>

Además de los informes de los estados, los Comités reciben información de otras fuentes, ya sea porque así lo han establecido al regular sus procedimientos, o bien, porque así lo disponen las propias convenciones.<sup>16</sup> Al respecto, se pueden mencionar los informes que emiten los organismos especializados de Naciones Unidas, los informes de las instituciones nacionales de derechos humanos y los informes que remiten las organizaciones de la sociedad civil, conocidos como informes sombra o alternativos.

- **La adopción de la Lista de Cuestiones y Preguntas por parte de los Comités**

Una vez enviado por el Estado Parte el informe al Comité, y con anterioridad a la realización de la sesión en que se efectúa el examen o consideración del informe, el Comité emite una Lista de Cuestiones y Preguntas mediante la cual solicita información adicional al Estado sobre determinadas materias o formula preguntas sobre determinadas cuestiones que se hayan o no abordado en el informe.

Las respuestas a la Lista de Cuestiones y Preguntas que remiten los Estados complementan sus informes originales. Adquieren particular relevancia cuando se producen retrasos importantes entre la presentación del informe periódico o inicial y la consideración o examen del mismo por parte del Comité<sup>17</sup>, ya que permiten actualizar parte de la información.

- **El examen de los informes de los Estados Parte (diálogo constructivo)**

Luego de recibidos los informes por escrito que envían los Estados al Comité, se efectúa la consideración o examen de los mismos durante una sesión previamente fijada para ello. A esta sesión son invitados los representantes del Estado, para participar de un diálogo constructivo con los y las miembros del Comité.

En el examen también pueden participar organismos especializados de Naciones Unidas<sup>18</sup>, los Institutos Nacionales de Derechos Humanos y las organizaciones de la sociedad civil<sup>19</sup>.

15 Estos se desarrollan en forma paralela a los procedimientos tradicionales de consideración de informes periódicos. Como su nombre lo indica, tienen por objeto simplificar la labor de los Estados en relación con la presentación de informes, a la vez que permiten al Comité contar con informes más específicos de los Estados. El procedimiento simplificado —a diferencia del procedimiento tradicional— no comienza con la entrega del informe periódico del Estado parte, sino que con la adopción por parte del Comité de una *Lista de Cuestiones Anteriores a la Presentación de Informes*, de forma tal que la respuesta del Estado a dicha lista de cuestiones previas constituirá el informe en base al cual se realizará el examen del Estado. El órgano que ha desarrollado con mayor detalle este procedimiento facultativo de presentación de informes es el Comité contra la Tortura, que ya en 2007 estableció esta posibilidad para los Estados mediante la Resolución A/62/44, adoptada en mayo de 2007, durante su 38º periodo de sesiones (párr. 23 y 24). Para mayor información, ver: CAT. New optional reporting procedure adopted by the Committee against Torture. [En línea] <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CAT/Pages/ReportingProcedures.aspx>> [Consulta: 8 de octubre de 2013].

16 MWC, Artículo 74.4; CRPD, Artículo 33.3.

17 OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2008, p. 40).

18 CDN, Artículo 45 letra a); MWC, Artículo 74.5 y 74.6.

19 MWC, Artículo 33.3

- **Adopción de las Observaciones Finales del Comité**

Con posterioridad al examen del informe del Estado, los Comités adoptan un documento llamado "Observaciones Finales" o "Comentarios Finales", en el que junto con destacar los avances y aspectos positivos en relación con la aplicación de tratado por el Estado, efectúa las sugerencias, comentarios y recomendaciones que considere oportunos, sobre la base de la información recibida por escrito y durante el examen. Las Observaciones Finales son luego transmitidas al Estado Parte, que a su vez pueden realizar observaciones o comentarios sobre las mismas.<sup>20</sup>

- **Seguimiento de las recomendaciones**

Algunos Comités, como por ejemplo el Comité CEDAW, han comenzado a desarrollar prácticas para hacer seguimiento a cuestiones prioritarias o de mayor urgencia identificadas durante el examen a los Estados Parte, consistentes en solicitar al Estado que informe al Comité dentro de un plazo determinado (y anterior a la próxima revisión periódica) sobre el cumplimiento de una determinada recomendación o cuestión prioritaria. Otra práctica de seguimiento consiste en la realización de visitas de algún/a miembro del Comité al Estado Parte, a fin de monitorear el nivel de implementación de las Observaciones o Comentarios Finales.<sup>21</sup>

### 1.2.2. Los sistemas de peticiones individuales

Nueve de los diez órganos de tratados de Naciones Unidas contemplan un procedimiento de denuncias o comunicaciones individuales, en virtud de los cuales los Comités pueden conocer casos de violaciones de derechos a individuos o grupos de individuos, cometidas por un Estado Parte. A la fecha, sin embargo, solo en siete de estos Comités se encuentran vigentes dichos procedimientos.<sup>22</sup>

Para que una petición individual pueda ser conocida por un Comité es menester que se cumplan diversos requisitos. Algunos de ellos se refieren a la competencia del Comité en relación con los autores de la comunicación, con la fecha y el lugar en que ocurren los hechos que motivan la denuncia y con la materia del caso. Otros tienen relación con criterios de admisibilidad de las peticiones, es decir, con cuestiones de forma y diversas circunstancias que se deben verificar para que un Comité pueda examinar una comunicación, como por ejemplo, el agotamiento de recursos internos o que el asunto no se encuentre pendiente de resolución ante otro procedimiento internacional.<sup>23</sup> A continuación revisaremos en detalle los distintos requisitos que exigen el Comité de Derechos Humanos y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW), distinguiendo entre aquellos referidos a la competencia del Comité y aquellos referidos a la admisibilidad de las comunicaciones.

20 CERD, Artículo 9.2; PIDCP, Artículo 40.2; CEDAW, Artículo 21.1; CAT, Artículo 19.3; CDN, Artículo 45 letra d); MWC, Artículo 74.1; CRPD, Artículo 36.1; CED, Artículo 29. 3.

21 OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2008, p. 42).

22 No se encuentran vigentes los procedimientos de comunicaciones individuales del Comité de Derechos del Niño y del Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. El primero entrará en vigencia tres meses después de que 10 Estados Parte hayan ratificado el protocolo facultativo y el segundo entrará en vigencia una vez que 10 Estados Parte hayan realizado la declaración de aceptación de competencia de acuerdo con el Artículo 77 de la Convención.

23 MEDINA y NASH (2007, p. 54).

- **Competencia**

En materia de competencia *ratione personae*, debemos distinguir, por una parte, quién tiene el derecho a iniciar una comunicación (legitimación activa) y, por otra parte, contra quién puede dirigirse una comunicación (legitimación pasiva).

En cuanto a la legitimación activa, de acuerdo con los artículos 1 y 2 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos está facultado para conocer comunicaciones de individuos que aleguen la violación por un Estado Parte de cualquiera de los derechos enumerados en el Pacto. En el caso del Comité CEDAW, el Protocolo Facultativo de la Convención dispone en su artículo 2 que pueden presentar comunicaciones las personas o grupos de personas que aleguen ser víctimas de una violación por un Estado Parte de cualquiera de los derechos enunciados en la Convención, o bien, la comunicación puede ser presentada por alguien a nombre de las personas o grupos de personas que hayan sufrido una vulneración de derechos, con su consentimiento, a menos que se justifique el actuar a nombre de dichas personas sin su consentimiento.

En relación con la segunda faz de la competencia *ratione personae*, es decir, la legitimación pasiva, es posible sostener que para que un Estado sea sujeto pasivo del procedimiento de comunicaciones ante un Comité, no basta que aquel tenga la facultad de recibir comunicaciones individuales, sino que además se requiere, por una parte, que el Estado contra el cual se dirige la denuncia haya ratificado la Convención que dicho órgano de tratado supervisa y, por otra, que dicho Estado haya aceptado expresamente la competencia de dicho Comité para conocer de las denuncias o comunicaciones individuales. La competencia de un órgano de tratado para conocer comunicaciones individuales puede estar regulada en la misma convención que lo crea, o bien, estar establecido en un protocolo facultativo, de modo que la forma de aceptar la competencia del Comité puede consistir en una declaración con arreglo a un artículo de la convención (así ocurre por ejemplo con el Comité contra la Tortura) o bien en la ratificación de un protocolo facultativo (como en el caso del Comité de Derechos Humanos y del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer).

Por su parte, la competencia *ratione materiae* se refiere a los derechos cuya violación puede ser examinada por un determinado Comité. El Comité de Derechos Humanos, de acuerdo con los artículos 1 y 2 del Protocolo Facultativo, está facultado para conocer las violaciones a los derechos enunciados en el Pacto, y el Comité CEDAW, a su vez, para examinar la vulneración de los derechos enunciados en la Convención CEDAW.

En virtud de la competencia *ratione temporis*, los Comités serán competentes para examinar una comunicación dependiendo de la fecha en que hayan ocurrido los hechos que originan la vulneración de derechos. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1979 establece en su artículo 28, sobre la irretroactividad de los tratados, que las disposiciones de los tratados no obligan a un Estado por hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia del mismo para esa parte, a menos que del propio tratado se desprenda una intención diferente o conste de otro modo.

Tanto el Protocolo del PIDCP como el de la CEDAW establecen —en sus artículos 9 y 16, respectivamente— que su entrada en vigor se verifica transcurridos tres meses desde la fecha en que haya sido depositado el décimo instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas y, para los Estados que ratifiquen dichos protocolos después de su entrada en vigor (o de depositado el décimo instrumento de ratificación o adhesión), la entrada en vigor tendrá lugar transcurridos tres meses a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su propio instrumento de ratificación.

El Comité de Derechos Humanos ha reconocido mediante su jurisprudencia una excepción a la regla general, por cuanto ha entendido que es posible admitir a tramitación una denuncia relativa a una violación de derechos del Pacto que haya comenzado antes de la entrada en vigencia del Protocolo Facultativo si esta sigue cometándose después de la fecha de entrada en vigor o si tiene efectos que constituyen a su vez una violación del Pacto.<sup>24</sup> En el caso *Konye y Konye c. Hungría* (520/92), el Comité señaló que “una violación continuada debe interpretarse como una reafirmación, mediante un acto o una implicación evidente, después de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo, de las violaciones anteriores del Estado Parte”<sup>25</sup>. Otro ejemplo de aplicación de este criterio es el caso *Sankara y otros c. Burkina Faso* (1159/03)<sup>26</sup>.

El Protocolo Facultativo de la CEDAW ha incorporado de manera expresa esta excepción dentro de los requisitos de admisibilidad de las comunicaciones, disponiendo que serán inadmisibles las comunicaciones en que los hechos invocados hayan sucedido antes de la fecha de entrada en vigor del Protocolo para el Estado interesado, “salvo que esos hechos continúen produciéndose después de esa fecha”. En todo caso, es menester detallar con claridad al Comité CEDAW que se está frente a una violación continuada. En el caso *B. J. c. Alemania* (Comunicación N° 1/2003), el Comité descartó la posibilidad de examinar la comunicación por razón del tiempo, por considerar que la autora no aportó pruebas convincentes de que los hechos hubiesen seguido produciéndose con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia del Protocolo. En un sentido diverso, en el caso *A.T. c. Hungría* (Comunicación N° 2/2003), si bien la mayoría de los incidentes denunciados había ocurrido con anterioridad a la entrada en vigencia del Protocolo para el Estado Parte interesado, el Comité se consideró competente *ratione temporis* para conocer de la comunicación en su totalidad “porque los hechos a que se refiere abarcan la presunta falta de protección o la inacción culpable del Estado Parte en relación con la serie de agresiones graves y amenazas de violencia que ha caracterizado de manera ininterrumpida el periodo comprendido entre 1998 y el momento actual”. Otro ejemplo de la aplicación de esta excepción en la jurisprudencia del Comité CEDAW lo constituye el caso *Rahime Kayhan c. Turquía* (Comunicación N° 8/2005), en el que consideró “que los hechos continúan produciéndose después de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo para el Estado Parte y justifican la admisibilidad de la comunicación *ratione temporis*”.<sup>27</sup>

Por último, la competencia *ratione loci* se determina por el lugar en el que se cometieron los hechos considerados violatorios de derechos humanos, el que debe estar bajo la jurisdicción del Estado cuya responsabilidad se alega. El artículo 1 del Protocolo Facultativo del Pacto y el artículo 2 del Protocolo Facultativo de la CEDAW se refieren a este elemento de la competencia, indicando que sus respectivos Comités podrán conocer comunicaciones de individuos o personas que se hallen bajo la jurisdicción del Estado Parte y aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto o en la Convención.

- **Requisitos de admisibilidad de las comunicaciones**

Antes de examinar el fondo de una comunicación, los Comités deben verificar que esta cumpla con los requisitos de admisibilidad que a continuación se detallan:

24 JOSEPH (2006, p. 63).

25 *Konye y Konye c. Hungría* (520/92), Párr. 6.4. Citado en: *Ibid.*, p. 63.

26 JOSEPH (2006, p. 64).

27 *Ibid.*, pp. 310 y ss.

## a) Formalidades

En cuanto a las *Formalidades*, es posible señalar que tanto el Protocolo del Pacto como el de la CEDAW disponen que las comunicaciones deben presentarse por escrito y que no deben ser anónimas (artículo 2 y 3 del Protocolo del Pacto y artículo 3 del Protocolo Facultativo de la CEDAW).

Respecto de su contenido, las comunicaciones deben como mínimo reunir una descripción de los hechos que la motivan, hacer mención al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad, referirse a la competencia del respectivo Comité, indicar qué derechos se consideran violados e identificar a las partes, es decir, a los peticionarios, víctimas, sus representantes y el Estado a quien se imputan los hechos que originaron la presentación de la comunicación.<sup>28</sup>

En cuanto a las personas o grupos de personas que presenten la comunicación, se establece claramente —como señalábamos— que las comunicaciones no deben ser anónimas, sino que debe identificarse a las presuntas víctimas. El Comité de Derechos Humanos ha aceptado, a solicitud de la presunta víctima, eliminar su nombre de los documentos que publica<sup>29</sup>. En el mismo sentido, el artículo 74 del reglamento del Comité CEDAW lo faculta para decidir —previa solicitud de los autores de una comunicación o de las presuntas víctimas— que el Comité, el autor o el Estado Parte interesado no puedan dar a conocer los nombres ni datos que permitan determinar la identidad de los autores de la comunicación o de las personas que aleguen ser víctimas. Ahora bien, en ambos casos el secreto del nombre los autores o víctimas de una determinada comunicación rige para terceros y no para el Estado, puesto que el Estado debe conocer el nombre de las personas para poder investigar las alegaciones que se han planteado.<sup>30</sup>

## b) Agotamiento de recursos internos.

Otro requisito de admisibilidad para las comunicaciones tiene que ver con el *Agotamiento de Recursos Internos*. El Protocolo del Pacto establece en el artículo 5.2b) que “El Comité no examinará ninguna comunicación de un individuo a menos que se haya cerciorado de que: b) El individuo ha agotado todos los recursos de la jurisdicción interna. No se aplicará esta norma cuando la tramitación de los recursos se prolongue injustificadamente”. Por su parte, el Protocolo Facultativo de la CEDAW dispone en el artículo 4.1 que “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”.

Este requisito de agotar los recursos internos descansa sobre la idea de subsidiariedad de los órganos de protección internacionales en relación con los Estados, por cuanto exige que los individuos, antes de recurrir ante ellos, deban impetrar todos los recursos que estén disponibles en el ámbito doméstico para enfrentar la situación de vulneración de derechos de que han sido objeto. En otras palabras, este requisito cautela que el Estado tenga la posibilidad de hacer frente a una situación que compromete su responsabilidad internacional en la jurisdicción nacional, antes de recurrir a la vía internacional de protección<sup>31</sup>.

Ahora bien, tanto el Protocolo Facultativo del Pacto como el Protocolo de la CEDAW establecen excepciones a esta norma. El primero señala en el artículo 5.2.b) que no se exigirá el requisito

28 IIDH y CEJIL (2004, p. 102).

29 JOSEPH (2006, p. 59).

30 *Ibíd.*

31 IIDH, CEJIL (2004, p. 103).

“cuando la tramitación de los recursos se prolongue injustificadamente”, mientras que el segundo establece la excepción al requisito de agotamiento de los recursos internos en su artículo 4.1: “que la tramitación de esos recursos se prolongue injustificadamente o no sea probable que brinde por resultado un remedio efectivo”. Estas excepciones han sido ampliamente desarrolladas por la jurisprudencia de los comités.

Es importante mencionar que tanto el Comité de Derechos Humanos como el Comité CEDAW han exigido para declarar admisible una comunicación en relación con el requisito de agotamiento de recursos internos que los autores hayan planteado el fondo de su denuncia ante las autoridades locales (Al respecto, ver los casos *Perera c. Australia* (541/93) y *Antonio Parra Corral c. España* (135/05), del Comité de Derechos Humanos, o el caso *Rahime Kayhan c. Turquía* (8/2005), del Comité CEDAW). Desde esta perspectiva, para agotar los recursos internos, no se requiere necesariamente que se esgrima ante la autoridad nacional una disposición específica del tratado, sino que debe exponer el fondo de su denuncia (véase *B.d.B c. los Países Bajos* del Comité de Derechos Humanos).<sup>32</sup>

- c) No sometimiento del mismo asunto ante otro procedimiento de examen o arreglo internacionales.

Este requisito, establecido en el artículo 5.2.a) del Protocolo del Pacto y en el artículo 4.2a) del Protocolo Facultativo de la CEDAW, es posible señalar que tiene por objeto evitar que el mismo asunto sea conocido a través de más de un procedimiento internacional. El Comité de Derechos Humanos ha interpretado que la expresión “el mismo asunto” empleada en el Protocolo del Pacto debe “entenderse como la misma denuncia presentada por el mismo particular o por otra persona autorizada para actuar en su nombre ante el otro órgano internacional” (caso *Fanali c. Italia*, párr. 7.2).<sup>33</sup>

- d) Otros criterios de inadmisibilidad

Un primer criterio de inadmisibilidad es el *abuso del derecho de presentar comunicaciones*, establecido en el artículo 3 del Protocolo del Pacto y en el artículo 4.2d) del Protocolo de la CEDAW. Este motivo de inadmisibilidad ha sido invocado en pocas oportunidades, de modo que aún no ha habido un desarrollo jurisprudencial importante sobre su significado y alcance. Sin embargo, podría verificarse este motivo de inadmisibilidad ante una denuncia que contiene información deliberadamente falsa y —eventualmente— frente a una denuncia presentada mucho tiempo después de ocurridos los hechos que la motivan. El caso de *Gobin c. Mauricio* (787/97), conocido por el Comité de Derechos Humanos, fue rechazado por este último motivo. La víctima denunciante alegaba una violación al artículo 26 del Pacto fundado en una presunta discriminación por parte del Estado al no reconocer su elección al Parlamento mauriciano, sin embargo, la comunicación fue presentada cinco años después de la referida elección, frente a lo cual el Comité declaró que “la pretendida violación se efectuó durante las elecciones periódicas que se celebraron cinco años antes de que se presentara la comunicación al Comité en nombre de la presunta víctima, sin ninguna explicación convincente que justificara el lapso. Sin esa explicación, el Comité opina que se debe considerar un abuso del derecho correspondiente la presentación de la comunicación una vez transcurrido ese lapso, de modo que la comunicación es inadmisibile con arreglo al artículo 3 del Protocolo Facultativo” (caso *Gobin c. Mauricio*, párr. 6.3).<sup>34</sup>

32 JOSEPH (2006, pp. 71 y 305).

33 *Ibid.*, p. 78.

34 *Ibid.*, p. 80.

Al respecto, es importante tener en cuenta que el recientemente modificado Reglamento del Comité de Derechos Humanos<sup>35</sup> en su artículo 96.c), al regular este criterio de inadmisibilidad, sostiene que “[e]n principio, la demora en presentar una comunicación no puede invocarse como base de una decisión de inadmisibilidad *ratione temporis* fundada en el abuso del derecho a presentar una comunicación. Sin embargo, podrá constituir abuso de ese derecho la presentación de una comunicación cinco años después del agotamiento de los recursos internos por su autor o, en su caso, tres años después de la conclusión de otro procedimiento de examen o arreglo internacionales, a menos que la demora esté justificada habida cuenta de todas las circunstancias de la comunicación”. Se expresa, en todo caso, que esta norma se aplicará a las comunicaciones recibidas por el Comité a partir del 1 de enero de 2012.

El segundo criterio, establecido en el artículo 4.2c) del Protocolo Facultativo de la CEDAW, consiste en que la *comunicación sea manifiestamente infundada o insuficientemente sustanciada*. Este requisito no se agota en fundar de manera suficiente el escrito de denuncia, sino que también abarca la necesidad de justificar las argumentaciones y entregar información adicional que pueda ser requerida a lo largo de la tramitación de la comunicación. En el caso *M.P.M c. el Canadá* (Comunicación N° 25/2010), la presunta víctima, de nacionalidad mexicana, alegaba que Canadá habría violado sus derechos a una vida sin discriminación, a no ser sometida a tratos inhumanos en razón de su condición de mujer, a la vida privada y a la protección de la familia, al devolverla (deportarla) a su país de origen en circunstancias que su vida corría peligro allí al ser perseguida por su excompañero (un agente de la policía judicial). El Estado Parte en sus observaciones sobre la admisibilidad, entre otras cosas, señaló que la autora luego de la presentación de la denuncia abandonó voluntariamente Canadá con destino a México, de modo que el Comité debía declarar la inadmisibilidad de la comunicación “por falta de objeto”. En los comentarios del abogado de la autora sobre las observaciones del Estado Parte no se ofreció explicación alguna sobre lo alegado por Estado y se señaló que se harían llegar al Comité los comentarios de la autora sobre las observaciones del Estado en breve, lo que no ocurrió pese a los diversos recordatorios del Comité. Este último, al resolver la admisibilidad de la comunicación, sostuvo que “Sobre la cuestión de la salida voluntaria de la autora hacia México, el Comité señala que esta no ofreció ninguna explicación de los motivos que la movieron a regresar. El abogado de la autora se limitó a señalar, en términos generales, que enfrentaba circunstancias difíciles en México y que se encontraba asustada, pero nunca aportó los comentarios de la autora sobre las alegaciones de inadmisibilidad presentadas por el Estado Parte y, en concreto, sobre la cuestión de su salida voluntaria hacia México y las razones de la misma. El Comité concluye que la salida del Canadá de la autora sin dar explicaciones al Comité y sin dar curso a su denuncia inicial, a pesar de diversos recordatorios, hace que la comunicación carezca manifiestamente de base y esté insuficientemente fundamentada. Considera pues que la comunicación es inadmisibile en virtud del artículo 4, párrafo 2 c), del Protocolo Facultativo”<sup>36</sup>.

Finalmente, un último motivo de inadmisibilidad de las comunicaciones es que sean *incompatibles con las disposiciones de la Convención*. Este criterio se encuentra consignado en el artículo 3 del Protocolo del Pacto y en el artículo 4.2b) del Protocolo de la CEDAW.

35 El reglamento provisional fue aprobado inicialmente por el Comité de Derechos Humanos en sus períodos de sesiones primero y segundo, y posteriormente fue enmendado en sus períodos de sesiones tercero, séptimo y trigésimo sexto. En su 918ª sesión, el 26 de julio de 1989, el Comité decidió hacer definitivo su reglamento, suprimiendo en el título el término “provisional”. El reglamento fue modificado posteriormente en sus períodos de sesiones 47º, 49º, 50º, 59º, 71º, 81º, 83º y 100º. La versión actual del reglamento fue aprobada en la 2852ª sesión de la Comisión, durante su 103º período de sesiones.

36 COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. Caso M.P.M. vs. Canadá (Comunicación 25/2010), 51º período de sesiones (13 de febrero al 2 de marzo de 2012), CEDAW/C/51/D/25/2010. Párr. 6.2

- **El examen de las comunicaciones**

La práctica generalizada es que los Comités examinen las denuncias exclusivamente sobre la base de la información escrita suministrada por el peticionario y por el Estado<sup>37</sup>. En consecuencia, los Comités no suelen recibir presentaciones orales ni evidencias audiovisuales, así como tampoco indagan más allá de la información proporcionada por las partes<sup>38</sup>.

Los Comités deben examinar tanto la admisibilidad de una comunicación como el fondo del asunto, cuestiones que pueden realizarse por separado (primero analizar la admisibilidad y posteriormente el fondo) o de forma conjunta. Estas materias están reguladas en detalle en los artículos 99 y siguientes del Reglamento del Comité de Derechos Humanos y en los artículos 64 y siguientes del Reglamento del Comité CEDAW.

#### Las Medidas Provisionales

En situaciones de extrema urgencia o gravedad, tanto el Comité de Derechos Humanos como el Comité CEDAW pueden solicitar al Estado la adopción de medidas destinadas a evitar daños irreparables para la presunta víctima del caso.

El Comité de Derechos Humanos, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 92 de su Reglamento, podrá, “antes de transmitir su dictamen sobre la comunicación al Estado Parte interesado, comunicar a ese Estado su opinión sobre la conveniencia de adoptar medidas provisionales para evitar un daño irreparable a la víctima de la violación denunciada [...]”. Por su parte, el Protocolo Facultativo y el Reglamento del Comité CEDAW disponen en sus artículos 5 y 63, respectivamente, que el Comité puede dirigir al Estado Parte interesado la solicitud de adoptar estas medidas en cualquier momento después de recibir una comunicación y antes de tomar una decisión sobre el fondo .

Asimismo, se dispone que el ejercicio de esta facultad discrecional por parte del Comité de Derechos Humanos y/o del Comité CEDAW no implica decisión alguna sobre el fondo de la comunicación o su admisibilidad

- **Opiniones y recomendaciones**

Una vez que los Comités hayan llegado a la conclusión de que el Estado Parte es efectivamente responsable de la violación de alguno de los derechos garantizados por las convenciones cuyo cumplimiento vigilan, pueden recomendar al Estado en cuestión adoptar medidas para poner fin a la situación que motivó la comunicación y para reparar a las víctimas.

- **Seguimiento de las opiniones y recomendaciones**

Una vez que se hayan adoptado y dado a conocer las observaciones y recomendaciones sobre una comunicación, los Comités solicitan al Estado Parte interesado que transmita una respuesta por escrito con información sobre las medidas adoptadas en respuesta a las observaciones

---

37 Sin perjuicio de lo anterior, las reglas de procedimiento de algunos Comités contemplan ciertos componentes orales. Así, el Comité contra la Tortura y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial pueden invitar a las partes a estar presentes durante algunas reuniones específicas de cada Comité, a fin de clarificar ciertos aspectos o responder preguntas acerca de los méritos de la denuncia. Estas instancias, sin embargo, son excepcionales.

38 CORPORACIÓN HUMANAS (2013, p. 64).

y recomendaciones, en el plazo de 90 días en el caso del Comité de Derechos Humanos<sup>39</sup> y de 6 meses en el del Comité CEDAW<sup>40</sup>.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos designa a un relator especial para el seguimiento de las opiniones y recomendaciones, el que debe cerciorarse de que el Estado en cuestión haya adoptado las medidas para dar efecto al dictamen del Comité. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 101.2 del Reglamento, “[e]l Relator Especial podrá tomar las medidas y establecer los contactos apropiados para el debido cumplimiento del mandato de seguimiento. El Relator Especial recomendará las medidas complementarias cuya adopción por el Comité sea necesaria”. En cambio, el Comité CEDAW puede designar ya sea a un relator o bien a un grupo de trabajo para verificar las medidas adoptadas por el Estado Parte, con el fin de poner en práctica las observaciones o recomendaciones del Comité. Al igual que en el Reglamento del Comité de Derechos Humanos, el artículo 73.5 del Reglamento del Comité CEDAW señala que “[e]l relator o grupo de trabajo podrán establecer los contactos y adoptar las medidas que consideren adecuadas para el desempeño de sus funciones, y formularán al Comité recomendaciones sobre la adopción de medidas que sean necesarias”.

### 1.2.3. Los Procedimientos Especiales

Los procedimientos especiales son mecanismos extraconvencionales de protección y promoción de los derechos humanos, destinados a examinar, vigilar, asesorar e informar públicamente sobre la situación de los derechos humanos<sup>41</sup>, ya sea en una temática específica o bien en un país determinado, distinguiéndose así entre mandatos *temáticos* y mandatos *por país*. Estos mecanismos pueden estar conformados por una sola persona (experto independiente, relator especial) o bien, por un grupo de personas (grupo de trabajo).<sup>42</sup>

Los *procedimientos especiales temáticos* se encargan de investigar la situación de los derechos humanos en todas las partes del mundo, independientemente de si un determinado país es parte en uno de los tratados pertinentes de derechos humanos. El mandato les exige tomar las medidas necesarias para vigilar y actuar rápidamente ante las denuncias de violaciones de los derechos humanos contra personas o grupos, ya sea a escala mundial o en un país o territorio específico, e informar sobre sus actividades.<sup>43</sup>

En el caso de los *mandatos por país*, los titulares deben examinar la totalidad de los derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales), salvo que se les instruya de otra manera.<sup>44</sup>

En términos generales, los mandatos de los procedimientos especiales por lo general encomiendan a sus titulares “examinar, supervisar, prestar asesoramiento e informar públicamente sobre las situaciones de derechos humanos en países o territorios específicos, o sobre los principales problemas de violaciones de derechos humanos a nivel mundial”<sup>45</sup>.

39 JOSEPH (2006, p. 158).

40 Reglamento del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Artículo 73.1.

41 OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2008, p. 107).

42 CORPORACIÓN HUMANAS (2013, p. 50).

43 MANUAL de los Procedimientos Especiales de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2006).

44 CORPORACIÓN HUMANAS (2013, p. 49).

45 OACNUDH. Subdivisión de Procedimientos Especiales. [En línea] <<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/chr/special/index.htm>> [Consulta: 4 de octubre de 2013].

Algunas de las principales funciones de los procedimientos especiales son<sup>46</sup>:

- Analizar en nombre de la comunidad internacional la cuestión temática o la situación del país de que se trate.
- Asesorar sobre las medidas que deberían tomar el o los gobiernos en cuestión y otros actores pertinentes.
- Confeccionar informes temáticos, anuales o sobre la situación de un país.
- Realizar visitas a países para conocer directamente y sin intermediarios la situación de los derechos humanos. Es importante destacar que para que un procedimiento especial pueda visitar un país se requiere que el Estado lo autorice expresamente. Puede suceder que un procedimiento especial solicite permiso al Estado para hacer una visita o bien que el Estado voluntariamente extienda una invitación para visitar el país al titular del mandato.
- Alertar a los órganos y organismos de las Naciones Unidas y a la comunidad internacional en general sobre la necesidad de resolver situaciones y cuestiones específicas. En este sentido, contribuyen a poner en marcha sistemas de “alerta temprana” y a promover la adopción de medidas preventivas.
- Defender a las víctimas de violaciones mediante distintas medidas, por ejemplo, solicitando a los Estados pertinentes que adopten medidas urgentes e instando a los gobiernos a que respondan a denuncias concretas de violaciones de los derechos humanos y a que proporcionen reparación;
- Activar y movilizar a la comunidad internacional y la comunidad nacional para que aborden determinadas cuestiones de derechos humanos, y alentar la cooperación entre los gobiernos, la sociedad civil y las organizaciones intergubernamentales.

Para comprobar cuáles de estas funciones poseen un determinado procedimiento especial, es necesario revisar la resolución del Consejo de Derechos Humanos (o de la antigua Comisión de Derechos Humanos) que lo crea —y eventualmente la o las resoluciones dictadas con posterioridad que puedan haber modificado su mandato o haberlo renovado, incorporando nuevas funciones o restringiéndolas—. <sup>47</sup>

Actualmente existen 36 mandatos temáticos, establecidos entre 1980 y 2012 por la Comisión de Derechos Humanos y el Consejo de Derechos Humanos<sup>48</sup>. A su vez, existen 13 mandatos por país, establecidos entre 1992 y 2013 por la antigua Comisión y el Consejo de Derechos Humanos.<sup>49</sup>

En relación con los mandatos temáticos existen dos procedimientos especiales encargados de investigar de manera exclusiva la situación de los derechos humanos de las mujeres: la *Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias* y el *Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica*. Además, se cuenta con un mandato dedicado preferentemente —pero no exclusivamente— a la investigación de la situación de los derechos de las mujeres, cual es la *Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente las mujeres y los niños*. Si bien los demás procedimientos especiales no investigan ni de manera exclusiva ni preferente la situación de los derechos humanos de las mujeres en relación con alguna temática puntual, la gran mayoría de ellos deben —en virtud de su mandato— aplicar la perspectiva de género en el desempeño de sus funciones. Así, por ejemplo, el párrafo operativo N° 2 letra d) de la resolución 15/8 del Consejo de Derechos Humanos dispone que se prorroga el

46 MANUAL de los Procedimientos Especiales de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2006).

47 CORPORACIÓN HUMANAS (2013, p. 51).

48 OACNUDH. Mandatos Temáticos. [En línea] <<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/chr/special/themes.htm>> [Consulta: 21 de septiembre de 2013].

49 OACNUDH. Mandatos por países. [En línea] <<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/chr/special/countries.htm>> [Consulta: 21 de septiembre de 2013].

mandato de la *Relatora Especial sobre una vivienda adecuada* para que entre otras cosas “Aplique una perspectiva de género, en particular mediante la identificación de los obstáculos específicos de género que dificultan el ejercicio del derecho a una vivienda adecuada”.<sup>50</sup>

#### 1.2.4. La protección específica de los derechos humanos de las mujeres: la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

Casi dos siglos después de que la revolucionaria francesa Olympe de Gouges —autora de la *Declaración de los derechos de la mujer y de la ciudadana*— muriera guillotinado en 1789, se adoptó en el marco de las Naciones Unidas un instrumento jurídico que establece las distintas medidas que deben adoptar los Estados “para lograr que las mujeres posean y gocen de los mismos derechos que los hombres, en una situación de igualdad no solo jurídica (formal), sino que también de facto (sustantiva)”<sup>51</sup>.

La elaboración de una convención internacional orientada a eliminar todas las formas de discriminación contra las mujeres comienza en 1975, por iniciativa de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer (CSW) de la ONU y con el respaldo de la Conferencia Mundial del Año Internacional de la Mujer, celebrada en México ese mismo año. Después de cuatro años de trabajo de la CSW y de la Tercera Comisión de la Asamblea General (organismo encargado de los asuntos sociales, humanitarios y culturales), el 18 de diciembre de 1979 fue adoptada la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), mediante la Resolución 34/180 de la Asamblea General. La Convención entró en vigor finalmente el 3 de septiembre de 1981, luego de que 20 Estados la hubiesen ratificado, de acuerdo con lo establecido en su artículo 27<sup>52, 53</sup>.

Si bien a la fecha de creación de la CEDAW los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ya contenían normas que garantizaban la igualdad de todos los seres humanos y prohibían la discriminación por razones de sexo, ello no fue suficiente para garantizar a las mujeres la protección de sus derechos.<sup>54</sup> En palabras de Alda Facio, lo anterior “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”<sup>55, 56</sup>.

Se ha llamado a la CEDAW “la Carta Internacional de los Derechos Humanos de las Mujeres”, porque es el primer instrumento internacional que incluye todos los derechos humanos de las

50 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2010, párr. 2 letra d)

51 CHAMBERLAIN (2004, p. 34).

52 Artículo 27.1: “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. 2. Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o de adhesión”.

53 FACIO (1998, p. 542).

54 Así lo reconoce el propio Preámbulo de la CEDAW, en el que se establece que “a pesar de estos diversos instrumentos las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones”.

55 FACIO (1998, p. 542).

56 Ahora bien, la CEDAW tampoco ha estado exenta de críticas, así por ejemplo, la australiana Hilary Charlesworth ha sostenido en relación con la definición de discriminación del Artículo 1, que la medida de la igualdad continúa siendo masculina y que la discriminación que prohíbe está limitada a los derechos humanos aceptados y a las libertades fundamentales (CHARLESWORTH 1997, p. 61).

mujeres, ya sea de manera explícita o implícita, al prohibir todas las formas de discriminación por razones de sexo, en todas las esferas de la vida (de acuerdo al artículo 1 se prohíbe discriminar en “las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”). Es también el primer instrumento internacional en tomar como punto de partida la histórica desigualdad de poder entre los sexos, “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”<sup>57</sup>.

El objeto y fin de la Convención es la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, con miras a lograr la igualdad *de jure* y *de facto* entre el hombre y la mujer en el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales de ambos.<sup>58</sup> Para ello, la CEDAW establece una definición de la discriminación contra la mujer (artículo 1), determina las obligaciones que surgen para los estados en virtud de la Convención (artículos 2 al 5 y artículo 24), se refiere al deber de los Estados de tomar las medidas apropiadas para suprimir todas las formas de trata de mujeres y la explotación de la prostitución de la mujer (artículo 6) y “enumera ciertos ámbitos en los cuales los Estados deben trabajar en pos de la eliminación de la discriminación: la vida política y pública (artículo 7), las organizaciones internacionales (artículo 8), la educación (artículo 10), el empleo (artículo 11), la atención médica (12), el crédito financiero (artículo 13.b), la vida cultural (artículo 13.c), el sector rural (artículo 14), la ley (artículos 9 y 15) y la familia (artículo 16)”<sup>59</sup>. En los artículos siguientes, la Convención establece un Comité para examinar los progresos de los estados en su aplicación (artículos 17, 19 y 20) y dos procedimientos para proteger los derechos reconocidos en ella, uno referido a los informes que deben presentar los Estados para la consideración del Comité (artículo 18, 21 y 22) y otro con relación a las controversias que puedan surgir entre dos o más Estados respecto de la interpretación o aplicación de la Convención (artículo 29).

Muchas razones justifican la importancia y la necesidad de contar con una convención como la CEDAW. De acuerdo con Alda Facio existen a lo menos seis motivos que demuestran su carácter único: (i) la Convención amplía la responsabilidad estatal a actos que cometen personas privadas, empresas o instituciones no estatales; (ii) obliga a los Estados a adoptar medidas concretas para eliminar la discriminación contra las mujeres; (iii) permite medidas transitorias de “acción afirmativa”<sup>60</sup> o medidas correctivas que aceleren el logro de la igualdad entre los sexos, sin que estas puedan ser interpretadas como discriminatorias para los hombres; (iv) 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 estereotipos en los roles de hombres y mujeres; (v) define la discriminación y establece un concepto de igualdad sustantiva; y (vi) fortalece el concepto de indivisibilidad de los derechos humanos, dando igual importancia a todos los derechos (a los civiles y políticos y a los económicos, sociales y culturales, y asimismo a los derechos individuales y a los colectivos).<sup>61</sup>

57 FACIO (1998, pp. 542 y ss.).

58 Comité CEDAW. Recomendación General N° 25, “sobre el párrafo 1 del Artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal” (trigésimo periodo de sesiones, 2004), párr. 4

59 JOSEPH (2006, p. 273).

60 En la Convención estas se denominan *medidas especiales de carácter temporal* y se encuentran reguladas en el Artículo 4.1, conforme al cual tales medidas estarán encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer. El carácter *especial* de las medidas se refiere a que están destinadas a alcanzar un objetivo específico, mientras que su carácter temporal implica que no debe considerarse que sean necesarios para siempre, sino que deben suspenderse cuando los resultados deseados se hayan alcanzado y se hayan mantenido durante un período de tiempo (Comité CEDAW. Recomendación General N° 25, párrs. 18-24).

61 FACIO (1998, pp. 543 y ss.).

- **El Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer**

Diez años después de la entrada en vigor de la CEDAW, en 1991, comienza el largo camino hacia la creación del Protocolo Facultativo, luego de que como resultado de una reunión de expertas convocada por la División para el Adelanto de la Mujer, se pidiera al Secretario General de la ONU examinar la posibilidad de crear un mecanismo que permitiera a las víctimas de violaciones de derechos reconocidos en la CEDAW enviar comunicaciones al Comité CEDAW. En julio de 1995, habiéndose desarrollado ya una gran movilización de las mujeres en las Conferencias de Viena y El Cairo, el ECOSOC resolvió que ese mecanismo podría contenerse en un protocolo facultativo u opcional a la CEDAW. En 1996, a continuación de la Conferencia de Beijing —en que se reitera el llamado a apoyar un protocolo—, se iniciaron las negociaciones para su redacción en un grupo de trabajo. Finalmente, la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer (CSW) aprobó el Protocolo en 1999. Dicho instrumento fue abierto a la firma el 10 de diciembre del mismo año<sup>62</sup>, entrando en vigencia un año más tarde, el 22 de diciembre del año 2000, tres meses después de la ratificación del décimo Estado Parte, de acuerdo con lo establecido por su artículo 16.1<sup>63</sup>.

El Protocolo Facultativo de la CEDAW constituye una herramienta adicional a la Convención que permite al Comité garantizar por medios cuasijurisdiccionales los derechos de las mujeres reconocidas en ella.<sup>64</sup> Este instrumento internacional no contempla el reconocimiento de nuevos derechos de las mujeres distintos de aquellos contenidos en la CEDAW, sino que se limita a establecer dos procedimientos para ayudar a los Estados a cumplir con las obligaciones que asumieron al ratificar la Convención.<sup>65</sup>

Los dos procedimientos establecidos por el Protocolo Facultativo de la CEDAW son:

- a) El procedimiento de *comunicaciones individuales*, en virtud del cual el Comité CEDAW puede conocer las denuncias presentadas por personas o grupos de personas que aleguen ser víctimas de la violación de alguno/s de los derechos reconocidos por la Convención, que ya ha sido examinado en detalle en las páginas precedentes.
- b) El procedimiento de *investigación de violaciones graves o sistemáticas* a los derechos de las mujeres enunciados en la Convención. Esta investigación puede iniciarse con la recepción por parte del Comité de información fidedigna que revele que un Estado Parte ha cometido violaciones graves o sistemáticas de alguno/s de los derechos reconocidos por la Convención, tiene carácter confidencial y —en casos justificados— puede incluir una visita al territorio del Estado en cuestión (previa autorización del mismo). Una vez finalizado el proceso de investigación —en el cual el Estado Parte puede colaborar no solo presentando información, sino que también en el examen de la misma— el Comité debe transmitir al Estado las conclusiones de la investigación, junto con las observaciones y recomendaciones que estime oportunas.<sup>66</sup> En relación con este procedimiento, es preciso tener en cuenta que el artículo 10 del Protocolo establece que los Estados Parte, al momento de la firma o de la

62 Ibid., p. 554.

63 Artículo 16. 1. "El presente Protocolo entrará en vigor una vez 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".

64 CHAMBERLAIN (2004, p. 49).

65 FACIO (1998, pp. 557 y ss.).

66 El procedimiento de investigación se encuentra establecido en los Artículos 8 y 9 del Protocolo.

ratificación del mismo, pueden declarar que no reconocen la competencia del Comité para conducir investigaciones de violaciones graves o sistemáticas, pudiendo posteriormente retirar esa declaración en cualquier momento.<sup>67</sup>

A la fecha de creación del Protocolo Facultativo, más de 160 países habían ratificado la CEDAW, “con lo que quedaba legalmente establecida la obligación de eliminar la discriminación basada en el sexo/género por parte de todos esos Estados”<sup>68</sup>. Sin embargo, numerosos argumentos se esgrimían a favor de un protocolo adicional. Alda Facio identifica siete razones que justifican la necesidad del Protocolo: en *primer lugar*, la insuficiencia o inadecuación de los mecanismos internacionales existentes para la implementación de CEDAW; en *segundo lugar*, la falta de experticia de los demás Comités de Naciones Unidas —que sí tienen la posibilidad de recibir comunicaciones individuales— para entender casos individuales o violaciones extensivas sobre los derechos humanos de las mujeres e incorporar en el análisis el enfoque de género (esto, en el entendido que todos los otros instrumentos de derechos humanos de la ONU prohíben la discriminación basada en el sexo, por lo que las víctimas de este tipo de discriminación podían enviar sus comunicaciones a los Comités que sí tenían competencia para conocerlas); en *tercer lugar*, un protocolo opcional promovería una implementación más efectiva de la CEDAW a través de la ampliación de su interpretación y de la aplicación práctica de la Convención; en *cuarto lugar*, permitiría a las mujeres víctimas de violación de sus derechos acceder a la reparación mediante el procedimiento de comunicaciones individuales; en *quinto lugar*, ayudaría a crear una mayor conciencia pública sobre las garantías internacionales de los derechos humanos de las mujeres y una mayor atención a la CEDAW por parte de personas, grupos y organizaciones no gubernamentales de mujeres; en *sexto lugar*, el Protocolo contribuiría, gracias a la creación de una doctrina sobre los derechos humanos de las mujeres, a integrarlos en los programas de las Naciones Unidas y a promover o inspirar a otros organismos de derechos humanos de la ONU a realizar análisis más profundos sobre la naturaleza y especificidad de la discriminación por motivos de género; en *séptimo y último lugar*, un protocolo adicional colocaría a la CEDAW en condiciones de igualdad con los demás tratados de derechos humanos que sí contemplan procedimientos de comunicaciones individuales.<sup>69</sup>

En palabras de Facio, “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 solo reconoce y protege nuestros derechos, sino que también los garantiza”.

## 2. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

### 2.1. ESTRUCTURA

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH) cuenta con dos órganos encargados del control de la actividad de los Estados: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Los primeros pasos del sistema se centran alrededor de la CIDH y de la *Declaración Americana de Derechos Humanos*:

67 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 párr. 1 del presente Artículo podrá retirar esa declaración en cualquier momento, previa notificación al Secretario General”.

68 FACIO (1998, p. 555).

69 *Ibíd.*, pp. 555 y ss.

“La creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1959 fue un mandato de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores. El Consejo de la OEA cumplió con éste en 1960, al adoptar el Estatuto de la Comisión y elegir a sus siete primeros miembros, puesto que la Carta de la OEA de 1948 no enunciaba nada respecto a la creación de la Comisión, el Consejo determinó que fuese “una entidad autónoma” de la OEA, “cuya función es el fomento del respeto de los derechos humanos”. Estos derechos se definieron de la siguiente manera en el art. 2 del Estatuto: “para fines de este Estatuto, se entienden por derechos humanos todos aquéllos enunciados en la Declaración Americana de los Derechos y Obligaciones del Hombre”. La adopción del Estatuto de la Comisión y las palabras que empleó echaron a andar el largo proceso que transformó la Declaración en el importante instrumento en que se ha convertido”<sup>70</sup>.

En 1970 se enmendó la Carta de la OEA y se transformó a la CIDH en un organismo formal de la Organización. La misma reforma introdujo en la Carta dos disposiciones relevantes: el artículo 112.2 (hoy artículo 106), según el cual “una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento” de la Comisión, y el artículo 150 (hoy artículo 145), que dispone que mientras no entre en vigencia la referida convención, la Comisión continuará supervisando la observancia de los derechos humanos.

La *Convención Interamericana sobre Derechos Humanos*, como se mencionó anteriormente, fue adoptada en 1969 y entró en vigor en 1978. Atendiendo a las disposiciones de la Carta de la OEA respecto de la CIDH, la Convención asignó a la Comisión dos funciones distintas: por una parte, aquellas que desempeñaría en relación con todos los Estados Parte de la OEA, y por otra, las funciones que se aplicarían solo a los Estados Parte de la Convención.<sup>71</sup>

De lo anterior surge una característica particular del SIDH, referida a que este se divide en dos subsistemas: el primero emana de la Carta de la OEA y se aplica a todos sus Estados miembros, mientras que el segundo emana de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y solo se aplica a los Estados que forman parte de ella.

Respecto de este último, la CADH contempla el establecimiento de la CIDH y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La CIDH, así, es tanto un órgano de la Carta como un órgano de la Convención. Su organización, funciones y competencia están establecidas en el capítulo VII de la CADH (artículos 34 a 51). Su composición es de siete miembros, que son elegidos a título personal por la Asamblea General.

La CIDH ejerce la función de protección de los derechos humanos a través de diversos procedimientos: el examen de casos de violaciones de derechos humanos, la preparación y publicación de informes, la actuación ante la Corte IDH y las observaciones *in loco*.

La Corte, en tanto, es un órgano judicial con competencia contenciosa para conocer de casos individuales relativos a violaciones a la CADH y con competencia consultiva, que podrá ejercer ante las consultas que le dirijan los Estados Parte en relación con la interpretación de la CADH u otras convenciones y acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales. Su competencia contenciosa está contemplada en el artículo 62 de la CADH:

“Artículo 62.

1. Todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como

70 BUERGENTHAL (1996, pp. 198-199).

71 *Ibíd.*, pp. 200-201.

obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.

2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados miembros de la Organización y al Secretario de la Corte.

3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial”.

En consecuencia, los Estados no aceptan la competencia de la Corte con solo ratificar la CADH, sino que deben realizar una manifestación expresa en tal sentido, en los términos de la disposición recién citada.<sup>72</sup>

De esta forma, en materia del conocimiento de denuncias individuales,

“el sistema interamericano contempla un sistema dual, dependiente de si los Estados han dado o no competencia a la Corte Interamericana. Respecto de todos los Estados Parte del sistema, la Comisión tiene facultades para recibir denuncias individuales en las que se aleguen violaciones aisladas de derechos humanos consagrados en aquellos instrumentos internacionales respecto de los cuales la Comisión tiene competencia. El acceso a la Comisión es muy amplio y podrá presentar un caso cualquier persona e incluso la Comisión de *mutuo proprio* podrá iniciar una investigación. Los Estados también tienen esta facultad, cumpliendo con ciertas formalidades. [...]

En aquellos casos en que el Estado ha dado competencia a la Corte, la Comisión está facultada para someter casos contenciosos al conocimiento de la Corte Interamericana sobre la aplicación o interpretación de la Convención. Esta facultad es relevante, ya que es el único mecanismo para que una persona individual pueda hacer llegar un caso ante la Corte (el otro camino sería que el Estado presente el caso, lo que en la práctica no ocurre). El procedimiento ante la Corte es de carácter judicial, con recepción de pruebas escritas u orales. Las sentencias que dicta la Corte Interamericana son obligatorias para los Estados y si en un caso determina que existe una violación a la Convención, está facultada para adoptar medidas de reparación”<sup>73</sup>.

El procedimiento de peticiones individuales ante la CIDH y la remisión de los casos a la Corte se examinan en detalle en la sección siguiente.

Por último, los tratados internacionales de derechos humanos que actualmente conforman el Sistema Interamericano son los siguientes:

- Convención Americana sobre derechos humanos<sup>74</sup>
- Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura<sup>75</sup>
- Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”<sup>76</sup>

72 A octubre de 2013, los países que han aceptado la competencia de la Corte son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay.

73 NASH (2009, pp. 70-71).

74 Adoptada en 1969. Entró en vigor en 1978.

75 Adoptada en 1985. Entró en vigor en 1987.

76 Adoptado en 1988. Entró en vigor en 1999.

- Protocolo a la Convención Americana sobre derechos humanos relativo a la abolición de la pena de muerte<sup>77</sup>
- Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención de Belem do Para"<sup>78</sup>
- Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas<sup>79</sup>
- Convención Interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia<sup>80</sup>
- Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia<sup>81</sup>

## 2.2. MECANISMOS DE PROTECCIÓN

### 2.2.1. El Sistema de Casos Individuales

- **El procedimiento ante la Comisión Interamericana**

La competencia de la CIDH para conocer peticiones individuales se encuentra establecida en el artículo 44 de la CADH: "cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte".

Para que la CIDH pueda conocer de estas peticiones es necesario que se verifique previamente el cumplimiento de determinados requisitos referidos a la competencia de la Comisión respecto de la denuncia y a la admisibilidad de la misma. Ambas categorías de requisitos se examinan brevemente a continuación.

#### Competencia

- a) La competencia *ratione personae*: se refiere a los sujetos activos facultados para presentar denuncias ante la CIDH, así como a la calidad del Estado contra el cual se dirige la denuncia:
  - Legitimación activa: el ya referido artículo 44 de la CADH otorga la facultad de acceder al mecanismo de peticiones individuales a cualquier "persona, grupo de personas y entidad no gubernamental legalmente reconocida". Esta disposición permite que terceras personas activen y lleven adelante el procedimiento ante la Comisión sin que se requiera autorización ni la intervención de la víctima<sup>82</sup>, y en este sentido se ha entendido esta norma como una *actio popularis*. Sin perjuicio de ello, para que la comunicación sea admisible debe existir a lo menos una víctima concreta y determinada, ya que la Comisión no puede utilizar este procedimiento para pronunciarse *in abstracto* sobre una ley o una práctica administrativa.<sup>83</sup>

77 Adoptado en 1990. Su entrada en vigor, de conformidad con el artículo 4, se produce para los Estados que lo ratifiquen o se adhieran a él, a partir del depósito del instrumento de ratificación o adhesión.

78 Adoptada en 1994. Entró en vigor en 1995.

79 Adoptada en 1994. Entró en vigor en 1996.

80 Adoptada en 2013. Entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado el segundo instrumento de ratificación o adhesión de la Convención en la Secretaría General de OEA. A octubre de 2013, la Convención había sido firmada por seis Estados: Antigua y Barbuda, Argentina, Brasil, Costa Rica, Ecuador y Uruguay.

81 Adoptada en 2013. Entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado el segundo instrumento de ratificación o adhesión de la Convención en la Secretaría General de la OEA. A octubre de 2013, la Convención había sido firmada por cuatro Estados: Argentina, Brasil, Ecuador y Uruguay.

82 MEDINA y NASH (2011, pp. 29-30).

83 NASH (2009, p. 71).

- Legitimación pasiva: solo los Estados pertenecientes al sistema interamericano pueden ser sujetos pasivos del procedimiento ante la Comisión.
- b) La competencia *ratione loci*: dice relación con “la norma que dispone que la CIDH solo puede conocer de comunicaciones que se refieran a hechos que afectan a personas bajo la jurisdicción del Estado supuestamente responsable de las violaciones a los derechos humanos que se han alegado”.<sup>84</sup>
- c) La competencia *ratione temporis*: la CADH solo obliga a los Estados Parte desde que entra en vigencia para cada uno de ellos, es decir, no se aplica a hechos ocurridos con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la Convención en el Estado de que se trate.

Sin perjuicio de ello, la CIDH ha sostenido que los Estados no pueden reclamar la inexistencia de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos antes de la entrada en vigencia de la CADH, ya que los Estados miembros de la OEA se encontraban sujetos, antes de la Convención, a las normas de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, respecto de la cual la Comisión tiene también competencia.<sup>85</sup>

Por otra parte, esta regla admite la excepción de las llamadas *violaciones continuas*, o *efectos continuos de una violación*, conforme a las cuales se reconoce la competencia para conocer de hechos que se han iniciado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Convención para un Estado, pero continúan produciéndose o tienen efectos que en sí mismos configuran violaciones, con posterioridad a esa fecha. El alcance de estas excepciones se ha desarrollado principalmente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, particularmente respecto de casos de denegación de justicia y de desaparición forzada de personas.

- d) La competencia *ratione materiae*: la CIDH “solo puede conocer de hechos que constituyan una violación a los derechos humanos consagrados en los instrumentos vinculantes del sistema interamericano que le dan esta competencia, eso es, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, respecto de todos los Estados Partes de la OEA; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respecto de aquello que la hayan ratificado. Además puede conocer algunas materias relativas al Protocolo Adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador); la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; y respecto del artículo 7 de la Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer”<sup>86</sup>.

### Requisitos de admisibilidad

- a) Agotamiento de los recursos internos

Conforme al artículo 46.1 letra a) de la CADH, para que una petición sea admitida se requerirá “que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos”.

La Convención establece también tres casos en que el agotamiento de los recursos internos no será exigible (artículo 46.2):

- Cuando no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados.

84 MEDINA y NASH (2011, p. 58).

85 *Ibid.*, p. 57.

86 NASH (2009, p. 72).

- Cuando no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos.
- Cuando haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

La principal característica de la institución procesal del “agotamiento de los recursos internos” es que se encuentra establecida a favor de los Estados y, por lo tanto, es renunciable. Será el Estado denunciado el que podrá invocarlo como excepción de admisibilidad en la etapa que corresponda ejercerla.<sup>87</sup>

- b) Presentación de la comunicación dentro del plazo de seis meses contados desde “la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva” (46.1.b de la CADH). El Reglamento de la CIDH, en su artículo 32.2, agrega que “[e]n los casos en los cuales resulten aplicables las excepciones al requisito del previo agotamiento de los recursos internos, la petición deberá presentarse dentro de un plazo razonable, a criterio de la Comisión. A tal efecto, la Comisión considerará la fecha en que haya ocurrido la presunta violación de los derechos y las circunstancias de cada caso”.
- c) Que la materia no esté pendiente de resolución ante otro procedimiento de arreglo internacional (artículo 46.1 letra c) de la CADH). El artículo 33 del Reglamento de la CIDH especifica el contenido de este requisito en los siguientes términos:
  - “1. La Comisión no considerará una petición si la materia contenida en ella:
    - a. se encuentra pendiente de otro procedimiento de arreglo ante un organismo internacional gubernamental de que sea parte el Estado en cuestión; o
    - b. reproduce sustancialmente otra petición pendiente o ya examinada y resuelta por la Comisión u otro organismo internacional gubernamental del que sea parte el Estado en cuestión.
  2. Sin embargo, la Comisión no se inhibirá de considerar las peticiones a las que se refiere el párrafo 1 cuando:
    - a. el procedimiento seguido ante el otro organismo se limite a un examen general sobre derechos humanos en el Estado en cuestión y no haya decisión sobre los hechos específicos que son objeto de la petición ante la Comisión o no conduzca a su arreglo efectivo; o
    - b. el peticionario ante la Comisión sea la víctima de la presunta violación o su familiar y el peticionario ante el otro organismo sea una tercera persona o una entidad no gubernamental, sin mandato de los primeros”.
- d) Cumplimiento de los requisitos formales: la comunicación debe contener el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición (artículo 46.1 letra d) de la CADH).
- e) Fundamentación de la petición, de conformidad con artículo 34 del Reglamento de la CIDH:
 

“La Comisión declarará inadmisibles cualquier petición o caso cuando:

  - a. no exponga hechos que caractericen una violación de los derechos a que se refiere el artículo 27 del presente Reglamento<sup>88</sup>;

87 MEDINA y NASH (2011, p. 59).

88 Artículo 27:

“Condición para considerar la petición.

La Comisión tomará en consideración las peticiones sobre presuntas violaciones de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos aplicables, con relación a los Estados miembros de la OEA, solamente cuando llenen los requisitos establecidos en tales instrumentos, en el Estatuto y en el presente Reglamento”.

- b. sea manifestamente infundada o improcedente, según resulte de la exposición del propio peticionario o del Estado; o
- c. la inadmisibilidad o improcedencia resulten de una información o prueba sobreviniente presentada a la Comisión”.

La decisión sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de las peticiones recibidas por la CIDH es pública.

Antes de pasar a describir la etapa procesal del examen del fondo de las peticiones, que sigue a la declaración de admisibilidad, conviene tener en cuenta que durante todo el procedimiento ante la CIDH existe la posibilidad de que las partes alcancen una solución amistosa del asunto reclamado. La institución de la solución amistosa, consagrada en el artículo 48.1 letra f) de la CADH, se encuentra regulada en mayor detalle en el Reglamento de la CIDH:

“Artículo 40. Solución amistosa.

1. La Comisión se pondrá a disposición de las partes en cualquier etapa del examen de una petición o caso, por iniciativa propia o a solicitud de cualquiera de ellas a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana y otros instrumentos aplicables.
2. El procedimiento de solución amistosa se iniciará y continuará con base en el consentimiento de las partes.
3. Cuando lo considere necesario, la Comisión podrá encomendar a uno o más de sus miembros la tarea de facilitar la negociación entre las partes.
4. La Comisión podrá dar por concluida su intervención en el procedimiento de solución amistosa si advierte que el asunto no es susceptible de resolverse por esta vía, o alguna de las partes no consiente en su aplicación, decide no continuar en él, o no muestra la voluntad de llegar a una solución amistosa fundada en el respeto de los derechos humanos.
5. Si se logra una solución amistosa, la Comisión aprobará un informe con una breve exposición de los hechos y de la solución lograda, lo transmitirá a las partes y lo publicará. Antes de aprobar dicho informe, la Comisión verificará si la víctima de la presunta violación o, en su caso, sus derechohabientes, han dado su consentimiento en el acuerdo de solución amistosa. En todos los casos, la solución amistosa deberá fundarse en el respeto de los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana y otros instrumentos aplicables.
6. De no llegarse a una solución amistosa, la Comisión proseguirá con el trámite de la petición o caso”.

De esta manera, si la petición ha sido declarada admisible y no se ha llegado a una solución amistosa, la tramitación del caso continuará con el examen del fondo del asunto. El procedimiento que se seguirá en esta etapa se enuncia en el artículo 48 de la CADH:

“Artículo 48.

1. La Comisión, al recibir una petición o comunicación en la que se alegue la violación de cualquiera de los derechos que consagra esta Convención, procederá en los siguientes términos:
  - a. si reconoce la admisibilidad de la petición o comunicación solicitará informaciones al Gobierno del Estado al cual pertenezca la autoridad señalada como responsable de la violación alegada, transcribiendo las partes pertinentes de la petición o comunicación. Dichas informaciones deben ser enviadas dentro de un plazo razonable, fijado por la Comisión al considerar las circunstancias de cada caso;

- b. recibidas las informaciones o transcurrido el plazo fijado sin que sean recibidas, verificará si existen o subsisten los motivos de la petición o comunicación. De no existir o subsistir, mandará archivar el expediente;
  - c. podrá también declarar la inadmisibilidad o la improcedencia de la petición o comunicación, sobre la base de una información o prueba sobrevinientes;
  - d. si el expediente no se ha archivado y con el fin de comprobar los hechos, la Comisión realizará, con conocimiento de las partes, un examen del asunto planteado en la petición o comunicación. Si fuere necesario y conveniente, la Comisión realizará una investigación para cuyo eficaz cumplimiento solicitará, y los Estados interesados le proporcionarán todas las facilidades necesarias;
  - e. podrá pedir a los Estados interesados cualquier información pertinente y recibirá, si así se le solicita, las exposiciones verbales o escritas que presenten los interesados;
  - f. se pondrá a disposición de las partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Convención.
2. Sin embargo, en casos graves y urgentes, puede realizarse una investigación previo consentimiento del Estado en cuyo territorio se alegue haberse cometido la violación, tan solo con la presentación de una petición o comunicación que reúna todos los requisitos formales de admisibilidad”.

A esta regulación general, el Reglamento de la CIDH agrega<sup>89</sup> que se otorgará un plazo de cuatro meses para que los peticionarios presenten sus observaciones adicionales sobre el fondo, cuyas partes pertinentes serán transmitidas al Estado para que este, a su vez, remita sus observaciones en un plazo de igual duración. Si dentro de este plazo el Estado no suministra información relevante para controvertir los hechos alegados que le han sido transmitidos, estos se presumirán verdaderos, siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria<sup>90</sup>.

Durante la tramitación del asunto la CIDH podrá celebrar audiencias, ya sea por iniciativa propia —si lo estima necesario para avanzar en el conocimiento del caso— o a solicitud de una parte interesada. En cualquiera de estos dos casos, la audiencia tendrá por objeto “recibir exposiciones verbales y escritas de las partes sobre hechos nuevos e información adicional a la que ha sido aportada durante el procedimiento. La información podrá referirse a alguna de las siguientes cuestiones: admisibilidad; inicio o desarrollo del procedimiento de solución amistosa; comprobación de los hechos; fondo del asunto; seguimiento de recomendaciones; o cualquier otra cuestión relativa al trámite de la petición o caso”<sup>91</sup>. Durante la audiencia la Comisión podrá recibir prueba documental, testimonial, informes periciales y otros elementos probatorios.

A fin de decidir sobre el fondo del asunto, la CIDH deliberará en privado y preparará un informe en los términos del artículo 50 de la CADH<sup>92</sup>, en el cual examinará los alegatos y pruebas suministradas por las partes, además de la información obtenida en las audiencias y observaciones

89 Reglamento de la CIDH, Artículo 37.

90 Reglamento de la CIDH, Artículo 38.

91 Reglamento de la CIDH, Artículo 64.

92 CADH, Artículo 50:

“1. De no llegarse a una solución, y dentro del plazo que fije el Estatuto de la Comisión, esta redactará un informe en el que expondrá los hechos y sus conclusiones. Si el informe no representa, en todo o en parte, la opinión unánime de los miembros de la Comisión, cualquiera de ellos podrá agregar a dicho informe su opinión por separado. También se agregarán al informe las exposiciones verbales o escritas que hayan hecho los interesados en virtud del inciso 1.e. del Artículo 48.

2. El informe será transmitido a los Estados interesados, quienes no estarán facultados para publicarlo.

3. Al transmitir el informe, la Comisión puede formular las proposiciones y recomendaciones que juzgue adecuadas”.

*in loco*<sup>93</sup>. Las conclusiones de este informe pueden configurar dos situaciones alternativas: (1) que la CIDH establezca que no hubo violación de derechos en el caso examinado; bien (2) que la CIDH establezca la existencia de una o más violaciones.

En el primer caso, el informe sobre el fondo manifestará la inexistencia de violaciones en el caso examinado. El informe será transmitido a las partes, y será publicado e incluido en el Informe Anual de la Comisión a la Asamblea General de la OEA<sup>94</sup>.

En el segundo caso, por el contrario, se seguirá lo dispuesto en el artículo 44 del Reglamento de la CIDH y el artículo 51 de la CADH:

Reglamento de la CIDH:

"Artículo 44. Informe sobre el fondo.

Luego de la deliberación y voto sobre el fondo del caso, la Comisión procederá de la siguiente manera:

[...]

2. Si establece una o más violaciones, [la Comisión] preparará un informe preliminar con las proposiciones y recomendaciones que juzgue pertinentes y lo transmitirá al Estado en cuestión. En tal caso, fijará un plazo dentro del cual el Estado en cuestión deberá informar sobre las medidas adoptadas para cumplir las recomendaciones. El Estado no estará facultado para publicar el informe hasta que la Comisión adopte una decisión al respecto.

3. Notificará al peticionario la adopción del informe y su transmisión al Estado. En el caso de los Estados Parte en la Convención Americana que hubieran aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, al notificar al peticionario la Comisión le dará la oportunidad de presentar, dentro del plazo de un mes, su posición respecto del sometimiento del caso a la Corte. Si el peticionario tuviera interés en que el caso sea sometido a la Corte, deberá presentar los siguientes elementos:

- a. la posición de la víctima o sus familiares, si fueran distintos del peticionario;
- b. los fundamentos con base en los cuales considera que el caso debe ser remitido a la Corte; y
- c. las pretensiones en materia de reparaciones y costas".

Artículo 51 CADH:

"1. Si en el plazo de tres meses, a partir de la remisión a los Estados interesados del informe de la Comisión, el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte por la Comisión o por el Estado interesado, aceptando su competencia, la Comisión podrá emitir, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración.

2. La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada.

3. Transcurrido el período fijado, la Comisión decidirá, por la mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe".

En consecuencia, una vez que el Estado ha sido notificado del informe del artículo 50 "comienza a correr un plazo de tres meses dentro del cual (i) el caso puede ser solucionado, por ejemplo por un arreglo amistoso, o por haber el Estado tomado las medidas recomendadas por la Comisión, o (ii) el caso puede ser enviado a la Corte, ya sea por la Comisión o por el Estado

---

93 Reglamento de la CIDH, Artículo 43.

94 Reglamento de la CIDH, Artículo 44.1.

correspondiente<sup>95</sup>. Si el caso no se soluciona ni es enviado a la Corte IDH dentro del plazo de tres meses, la Comisión podrá emitir un segundo informe, en los términos del artículo 51 de la CADH, en el cual formulará sus opiniones y conclusiones sobre el caso, hará nuevamente recomendaciones al Estado y fijará un plazo para que este las cumpla. De este modo, si “el caso no se presenta a la Corte y la Comisión emite el informe del artículo 51, este señala el fin del examen de la comunicación”<sup>96</sup>.

### Medidas cautelares.

La facultad de la CIDH de dictar medidas cautelares está regulada exclusivamente en el artículo 25 de su Reglamento. El hecho de que estas medidas no estén expresamente contempladas en la CADH ni en el estatuto de la CIDH ha motivado cuestionamientos acerca de su fuerza obligatoria y de la autoridad de la CIDH para atribuirse la facultad de dictarlas<sup>97</sup>. Al respecto, se ha entendido que este tipo de disposición reglamentaria surge de la autonomía y la independencia de la CIDH para definir las medidas idóneas que le permitan cumplir con las funciones y atribuciones que le han sido encomendadas:

“[A] juicio de la Comisión, los Estados miembros de la OEA, al crear la Comisión y encomendarle, a través de la Carta de la OEA y del Estatuto de la Comisión, la promoción de la observancia y protección de los derechos humanos de los pueblos americanos, se han comprometido implícitamente a implementar medidas de esta naturaleza en los casos en que ello es esencial para preservar el mandato de la Comisión”<sup>98</sup>.

Tras las modificaciones al Reglamento aprobadas en el 147° período ordinario de sesiones de la Comisión<sup>99</sup>, el artículo 25 señala expresamente cuáles son los antecedentes normativos que fundamentan las medidas cautelares: “los artículos 106 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, 41.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 18.b del Estatuto de la Comisión y XIII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Comisión”<sup>100</sup>. Junto con esto se incorporaron varias modificaciones al artículo 25, resultando la regulación de las medidas cautelares que se describe brevemente a continuación.

La CIDH, por iniciativa propia o a solicitud de parte, podrá solicitar a un Estado que adopte medidas cautelares, sea que guarden o no conexidad con una petición o caso, relacionadas con “situaciones de gravedad y urgencia que presenten un riesgo de daño irreparable a las personas o al objeto de una petición o caso pendiente ante los órganos del Sistema Interamericano”<sup>101</sup>. Los elementos que configuran este supuesto se definen expresamente:

- a. la “gravedad de la situación”, significa el serio impacto que una acción u omisión puede tener sobre un derecho protegido o sobre el efecto eventual de una decisión pendiente en un caso o petición ante los órganos del Sistema Interamericano;
- b. la “urgencia de la situación” se determina por la información que indica que el riesgo o la amenaza sean inminentes y puedan materializarse, requiriendo de esa manera acción preventiva o tutelar; y

95 NASH (2009, p. 76).

96 *Ibíd.*, p. 76.

97 Sobre esta discusión, ver: RODRÍGUEZ-PINZÓN (2013).

98 CIDH. Informe N° 52/01. Caso 12.243: Juan Raúl Garza - Estados Unidos. 4 de abril de 2001, párr. 117.

99 CIDH. Resolución 1/2013. Reforma del Reglamento, políticas y prácticas. 18 de marzo de 2013. Esta resolución es producto del “Proceso de fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos” llevado adelante entre 2011 y 2013.

100 Reglamento de la CIDH, Artículo 25.1.

101 *Ibíd.*

c. el “daño irreparable” significa la afectación sobre derechos que, por su propia naturaleza, no son susceptibles de reparación, restauración o adecuada indemnización”<sup>102</sup>

Las medidas podrán orientarse a la protección de personas o grupos de personas, “siempre que el beneficiario o los beneficiarios puedan ser determinados o determinables, a través de su ubicación geográfica o su pertenencia o vínculo a un grupo, pueblo, comunidad u organización”<sup>103</sup>.

Las solicitudes de medidas cautelares deberán contener los datos de los beneficiarios, la descripción de los hechos que las sustentan y la descripción de las medidas de protección solicitadas.<sup>104</sup> Antes de decretarlas, la CIDH requerirá el Estado que proporcione información relevante, salvo que la inmediatez del daño potencial no admita demora.<sup>105</sup> Una vez decretadas las medidas, la CIDH las evaluará con periodicidad, de oficio o a solicitud de parte, a fin de decidir acerca de su mantención, modificación o levantamiento.<sup>106</sup> Toda decisión a este respecto deberá ser emitida mediante resolución fundada.<sup>107</sup>

El otorgamiento de medidas cautelares y su adopción por el Estado no constituirán prejuzgamiento sobre violaciones de derechos contenidos en la CADH u otros instrumentos aplicables.

#### • **El procedimiento ante la Corte Interamericana**

Según ha sido señalado más arriba, solo los Estados Partes de la CADH y la CIDH se encuentran facultados para someter un caso a la decisión de la Corte. Asimismo, para que la Corte pueda conocer de un caso es necesario que se haya finalizado el procedimiento ante la Comisión.<sup>108</sup>

A continuación se describen brevemente los elementos que determinan la competencia de la Corte respecto de un caso, el procedimiento ante ella y las formas de término del proceso.

#### La competencia

- a. Competencia *ratione personae*:
  - Legitimación activa: solo pueden presentar casos ante la Corte la CIDH y los Estados que han reconocido su competencia.
  - Legitimación pasiva: el Estado demandado ante la Corte debe haber reconocido su competencia contenciosa.
- b. Competencia *ratione materiae*: la Corte solo podrá conocer de los casos en que se aleguen violaciones a la CADH y a:
  - Los derechos del artículo 8.a) (asociación) y 13 (educación) del Protocolo de San Salvador.
  - La Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas.<sup>109</sup>

---

102 Ibíd., Artículo 25.2.

103 Ibíd., Artículo 25.3.

104 Ibíd., Artículo 25.4.

105 Ibíd., Artículo 25.5.

106 Ibíd., Artículo 25.9.

107 Ibíd., Artículo 25.7.

108 CADH, Artículo 61.

109 De conformidad a su artículo XII.

- La Convención Interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia.<sup>110</sup>
- La Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia.<sup>111</sup>

Además, la Corte se ha atribuido competencia para aplicar la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura<sup>112</sup> y el artículo 7 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará)<sup>113</sup>. Respecto de esta última cabe detenerse en el argumento que construyó la Corte en el caso “Campo Algodonero” para fundar su competencia material sobre el artículo 7. En esta sentencia, la Corte desarrolló un argumento de interpretación literal, sistemática y teleológica del artículo 12 de la Convención<sup>114</sup>, aplicando también el principio del efecto útil y los trabajos preparatorios de la Convención como criterio complementario de interpretación, tras lo cual ratifica su competencia contenciosa para conocer de violaciones al artículo 7. En particular, interpretando el artículo 12 bajo el criterio del tenor literal de la norma, la Corte señala:

“La Convención Belém do Pará establece que la Comisión considerará las peticiones respecto de su artículo 7 “de acuerdo con las normas y los requisitos de procedimiento para la presentación y consideración de peticiones estipulados en la Convención Americana [...] y en el Estatuto y el Reglamento de la Comisión”. Esta formulación no [...] excluye ninguna disposición de la Convención Americana, por lo que habrá que concluir que la Comisión actuará en las peticiones sobre el artículo 7 de la Convención Belém do Pará “de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de [la Convención Americana]”, como lo dispone el artículo 41 de la misma Convención. El artículo 51 de la Convención y el artículo 44 del Reglamento de la Comisión se refieren expresamente al sometimiento de casos ante la Corte cuando ocurre incumplimiento de las recomendaciones del informe de fondo al que se refiere el artículo 50 de la Convención Americana. Asimismo, el artículo 19.b del Estatuto de la Comisión establece que entre las atribuciones de la Comisión está la de “comparecer ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos previstos en la Convención”.

En suma, parece claro que el tenor literal del artículo 12 de la Convención Belém do Pará concede competencia a la Corte, al no exceptuar de su aplicación ninguna de las normas y requisitos de procedimiento para las comunicaciones individuales<sup>115</sup>.

110 De conformidad a las reglas establecidas en su artículo 15.iii.

111 De conformidad a las reglas establecidas en su artículo 15.iii.

112 Ver: Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre de 1999 (Fondo), párrs. 247-252; *Caso Masacre de las dos Erres vs. Guatemala*, Sentencia de 24 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 141 y 153; *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México*, Sentencia de 30 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 128; *Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México*, párr. 128.

113 Ver: *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 265 y 293; *Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 40-77; *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México*, Sentencia de 30 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 131; *Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México*, párrs. 108, 174, 177 y 182

114 Artículo 12: “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violación del Artículo 7 de la presente Convención por un Estado Parte, y la Comisión las considerará de acuerdo con las normas y los requisitos de procedimiento para la presentación y consideración de peticiones estipulados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Estatuto y el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”.

115 CORTE IDH. *Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 40-41.

- c. Competencia *ratione temporis*: la competencia en razón del tiempo puede estar referida a dos situaciones distintas:<sup>116</sup>
- Una condición de admisibilidad de la demanda: se refiere al plazo dentro del cual puede presentarse un caso al conocimiento de la Corte, referido anteriormente.
  - Una condición de aplicación de la actividad jurisdiccional de la Corte: se refiere a la regla según la cual la CADH solo se aplica a los Estados una vez que ha entrado en vigencia para ellos, salvo que se configure la excepción de violaciones continuas o efectos continuos de una violación. De conformidad a la jurisprudencia de la Corte, deberá examinarse tanto la fecha de ratificación o adhesión a la Convención como la fecha de reconocimiento de la competencia de la Corte, ya que esta “no ha aceptado conocer de casos en que los hechos que se invocan como sustento fáctico del caso son posteriores a la fecha de ratificación de la Convención, pero anteriores al reconocimiento de competencia contenciosa de la Corte”<sup>117</sup>.
- d. Competencia *ratione loci*: al igual que en el caso de la competencia de la CIDH, la Corte solo podrá conocer de comunicaciones que se refieran a hechos que afectan a personas bajo la jurisdicción del Estado supuestamente responsable de las violaciones a los derechos humanos que se han alegado.

### El procedimiento

La tramitación del caso ante la Corte está regulada en los artículos 66 a 69 de la CADH y artículos 34 a 64 de su Reglamento. Consta de una parte escrita y una parte oral.

El sometimiento de un caso a la Corte se realiza por escrito, mediante “la presentación del informe al que se refiere el artículo 50 de la Convención, que contenga todos los hechos supuestamente violatorios, inclusive la identificación de las presuntas víctimas”<sup>118</sup>. Si las presuntas víctimas no cuentan con representación legal debidamente acreditada, la Corte podrá designar de oficio un Defensor Interamericano que las represente durante la tramitación del caso.<sup>119</sup>

El caso sometido ante la Corte será notificado por el Secretario del Tribunal a los miembros de la Corte, al Estado demandado y a la presunta víctima, sus representantes o al Defensor Americano, si corresponde.<sup>120</sup> A partir de esta notificación, las presuntas víctimas o sus representantes tendrán un plazo improrrogable de dos meses para presentar a la Corte su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, que contendrá:

116 MEDINA y NASH (2011, p. 80) y NASH (2009, p. 78).

117 MEDINA y NASH (2011, p. 80).

118 Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Artículo 35.1. El mismo Artículo señala la información que debe recibir la Corte para que el caso pueda ser examinado:

- a. los nombres de los Delegados;
- b. los nombres, dirección, teléfono, correo electrónico y facsímil de los representantes de las presuntas víctimas debidamente acreditados, de ser el caso;
- c. los motivos que llevaron a la Comisión a presentar el caso ante la Corte y sus observaciones a la respuesta del Estado demandado a las recomendaciones del informe al que se refiere el Artículo 50 de la Convención;
- d. copia de la totalidad del expediente ante la Comisión, incluyendo toda comunicación posterior al informe al que se refiere el Artículo 50 de la Convención;
- e. las pruebas que recibió, incluyendo el audio o la transcripción, con indicación de los hechos y argumentos sobre los cuales versan. Se hará indicación de las pruebas que se recibieron en procedimiento contradictorio;
- f. cuando se afecte de manera relevante el orden público interamericano de los derechos humanos, la eventual designación de peritos, indicando el objeto de sus declaraciones y acompañando su hoja de vida;
- g. las pretensiones, incluidos las referidas a reparaciones.

119 Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Artículo 37. Con anterioridad al Reglamento actual, la Comisión asumía la defensa de las víctimas que carecían de representación legal

120 Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Artículo 39. Si el caso fue presentado por el Estado, se notificará además a la CIDH.

- a. [la] descripción de los hechos dentro del marco fáctico fijado en la presentación del caso por la Comisión;
- b. las pruebas ofrecidas debidamente ordenadas, con indicación de los hechos y argumentos sobre los cuales versan;
- c. la individualización de declarantes y el objeto de su declaración. En el caso de los peritos, deberán además remitir su hoja de vida y sus datos de contacto;
- d. las pretensiones, incluidas las referidas a reparaciones y costas<sup>121</sup>.

En este escrito las víctimas podrán alegar violaciones de derechos que no han sido mencionadas por la Comisión en el informe del artículo 50, siempre que ellas se funden en hechos que estén contenidos en ese informe.<sup>122</sup>

El Estado tendrá un plazo improrrogable de dos meses, contados a partir de la notificación de este escrito, para remitir su contestación. En ella podrá aceptar o contradecir las pretensiones y los hechos e indicará la prueba que ofrecerá, los datos de testigos y/o peritos, los fundamentos de derecho, las observaciones a las reparaciones y costas solicitadas, y sus conclusiones respecto del caso.<sup>123</sup> Es también la oportunidad procesal para interponer excepciones preliminares. Estas, por lo general, serán resueltas antes de decidir sobre el fondo del asunto, a menos que la Corte estime que están vinculadas con este. En tal caso resolverá tanto las excepciones preliminares como el fondo en la sentencia definitiva.

Respecto de la prueba que podrán ofrecer y rendir las partes es preciso señalar que la Corte ha establecido que “[a] diferencia del Derecho penal interno, en los procesos sobre violaciones de derechos humanos, la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado. Es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio. [...]”<sup>124</sup>

La fase oral del procedimiento, en tanto, se encuentra regulada en los artículos 45 a 55 del Reglamento y se realiza mediante audiencias fijadas por la presidencia de la Corte.<sup>125</sup>

“Respecto al desarrollo de éstas, el actual Reglamento de la Corte regula, primero, la determinación de la lista de declarantes que intervendrán en dichas audiencias. Para tal efecto la Corte solicitará a la Convención —si ésta ha presentado peritos—, a las presuntas víctimas o sus representantes, al Estado demandado y, en su caso, al Estado demandante su lista definitiva de declarantes [...]. La Corte o su presidencia emitirá, posteriormente, una resolución en la que decidirá acerca de las observaciones, objeciones y recusaciones que se hayan formulado a los declarantes propuestos. [...]

En la audiencia, la Comisión es quien debe comenzar exponiendo los fundamentos del informe emitido de conformidad al artículo 50 de la Convención, así como los motivos de la presentación del caso ante la Corte. [...] A continuación, la Corte llamará a los declarantes que haya decidido convocar [...] para que sean interrogados. [...]”<sup>126</sup>.

Por último, el Reglamento establece la posibilidad de que las presuntas víctimas o sus representantes y el Estado demandado presenten a la Corte alegatos finales escritos, mientras que la Comisión podrá presentar observaciones finales escritas.<sup>127</sup>

121 Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Artículo 40.

122 MEDINA y NASH (2011, p. 86).

123 Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Art. 41

124 CORTE IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo), párrs. 135-136.

125 Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Artículo 45.

126 MEDINA y NASH (2011, pp. 86-87).

127 Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Artículo 56.

## El término del proceso

Los casos sometidos al conocimiento de la Corte podrán terminar por diversas vías, a saber:

- a) El desistimiento de quien hizo la presentación del caso a la Corte (artículo 61 del Reglamento)
- b) La aceptación de los hechos o el allanamiento total o parcial del Estado a las pretensiones que constan en el escrito de sometimiento del caso o en el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas de las presuntas víctimas o sus representantes (artículo 62 del Reglamento)
- c) La solución amistosa (artículo 63).
- d) La sentencia.

En los tres primeros casos señalados, la Corte podrá determinar la prosecución del examen del caso, con arreglo al artículo 64 de su Reglamento.

Las sentencias dictadas por la Corte, en tanto, son definitivas e inapelables.<sup>128</sup> Si la sentencia declara la violación de un derecho o libertad protegido por la Convención, la Corte dispondrá:<sup>129</sup>

- Que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados
- Si es procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos
- El pago de una justa indemnización a la parte lesionada

Si existiese desacuerdo acerca del sentido y alcance de la sentencia, cualquiera de las partes podrá solicitar a la Corte —dentro del plazo de noventa días desde su notificación— que la interprete.<sup>130</sup> Esta solicitud de interpretación puede promoverse respecto de las sentencias de excepciones preliminares, fondo o reparaciones y costas, y no suspenderá la ejecución del fallo.<sup>131</sup>

La Corte, finalmente, tiene la facultad de supervisar el cumplimiento de sus sentencias, cuya fuerza obligatoria para los Estados se establece en el artículo 67.1 de la CADH. Dicha supervisión se realizará “mediante la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de las víctimas o sus representantes. La Comisión deberá presentar observaciones al informe del Estado y a las observaciones de las víctimas o sus representantes”<sup>132</sup>.

## Las medidas provisionales

La Corte, de oficio o a petición de parte y en cualquier etapa del procedimiento, podrá ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes en los asuntos que esté conociendo, cuando ello sea necesario para evitar daños irreparables a las personas y en casos de extrema gravedad y urgencia.<sup>133</sup> Si se tratase de un asunto que aún no esté sometido al conocimiento de la Corte, esta solo podrá decretar dichas medidas a solicitud de la CIDH.<sup>134</sup>

La Corte o su presidencia, antes de resolver al respecto, podrá “requerir al Estado, a la Comisión o a los representantes de los beneficiarios, cuando lo considere posible e indispensable, la presentación de información”<sup>135</sup> sobre la medida solicitada. Podrá, adicionalmente, requerir datos relevantes a otras fuentes de información y solicitar peritajes a fin de apreciar la gravedad y

---

128 CADH, Artículo 67.

129 CADH, Artículo 63.1.

130 CADH, Artículo 67.

131 Reglamento Corte IDH, Artículo 68.1.

132 Reglamento Corte IDH, Artículo 69.

133 CADH, Artículo 63.2 y Reglamento Corte IDH, Artículo 27.

134 Reglamento CIDH, Artículo 25.12; Reglamento Corte IDH, Artículo 27.2; CADH, Artículo 63.2.

135 Reglamento Corte IDH, Artículo 27.5.

urgencia de la situación, así como convocar a la Comisión, a los beneficiarios de las medidas, o sus representantes, y al Estado a una audiencia pública o privada sobre las medidas provisionales.<sup>136</sup>

La facultad de dictar medidas provisionales ha sido ampliamente utilizada por la Corte, generando un extenso desarrollo jurisprudencial. En el desarrollo de esta actividad han surgido algunas discusiones relevantes en torno a los límites de las medidas y su obligatoriedad para los Estados:

“Es difícil determinar cuándo una situación es de extrema gravedad y urgencia y se discute si con esto se permite proteger solo los derechos a la vida, a la integridad y a la libertad personales o si, por el contrario, la norma autoriza a la Corte para dictar medidas provisionales en protección de cualquier derecho. La discusión no está zanjada. También se discute dónde exactamente debe trazarse la línea entre una medida provisional de protección y otra que, junto con proteger, de alguna manera decide sobre el fondo del asunto. Un ejemplo típico de esto último son las medidas provisionales pedidas por la Comisión y ordenadas por la Corte respecto de la pavorosa situación de las cárceles en nuestra región. La Corte ha rechazado medidas sustentando la decisión, precisamente, en que debe distinguirse entre la medida y la solución del fondo del caso, aun cuando sea una solución provisoria.

Un punto que no se ha discutido mayormente es si la resolución de la Corte ordenando una medida provisional es obligatoria para los Estados. En su artículo 68, la Convención solo explicita la obligatoriedad de “la decisión” de la Corte después de hablar del “fallo”, por lo que podría pensarse que la disposición solo se refiere a este. Sin embargo, todo indica que la decisión de una medida provisional es obligatoria para el Estado, puesto que, de lo contrario, el Estado podría anular el efecto del fallo de la Corte respecto de lo sustantivo de un caso o impedir que la Corte pudiera allegar las pruebas que necesita para su fallo, lo que implicaría un incumplimiento de la Convención y una violación del principio *pacta sunt servanda*. El actual Reglamento de la Corte parece recoger esta posición al establecer para las medidas provisionales básicamente el mismo sistema de supervisión que para las sentencias. En efecto, el nuevo N° 7 del artículo 27 del mentado Reglamento dispone expresamente que “la supervisión de las medidas urgentes o provisionales ordenadas se realizará mediante la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de los beneficiarios de dichas medidas o sus representantes”, debiendo la Comisión presentar observaciones a ambos. Los Estados, en general, han cumplido con las medidas que la Corte ha ordenado, pero hubo un caso de infracción grave de esta obligación: la Corte dictó medidas provisionales para la protección de unos individuos que habían sido condenados a la pena de muerte que, de conformidad a la ley interna, era una pena obligatoria. Estando vigentes dichas medidas, el Estado procedió igualmente a ejecutar a dos de los sujetos en cuyo favor se habían dictado las medidas (Joel Ramiah y Anthony Briggs). Es preciso señalar que, desafortunadamente, no hubo pronunciamiento condenatorio alguno para con el Estado infractor por parte de la OEA<sup>137</sup>.

### 2.2.2. Relatorías y unidades temáticas

Las relatorías son unidades creadas en virtud de las funciones de promoción y protección de los derechos humanos de la CIDH, que cuentan con un mandato específico referido a un área de especial interés para el cumplimiento de tales funciones. Concretamente, el mandato estará definido por un derecho o derechos en particular o por determinados colectivos vulnerables. El Reglamento

136 Reglamento Corte IDH, Artículos 27.8 y 27.9.

137 MEDINA y NASH (2011, pp. 92-93).

de la CIDH las contempla en su artículo 15, que establece dos modalidades para su funcionamiento: (i) relatorías temáticas, a cargo de un miembro de la CIDH; y (ii) relatorías especiales, a cargo de otras personas designadas por la CIDH.

En la actualidad se encuentran en funcionamiento siete relatorías temáticas, una relatoría especial y dos unidades temáticas:

- Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (creada en 1990)
- Relatoría sobre los Derechos de las Mujeres (creada en 1994)
- Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes (creada en 1996)
- Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (creada en 1997)
- Relatoría sobre los Derechos de la Niñez (creada en 1998)
- Relatoría sobre Defensoras y Defensores de Derechos Humanos (creada en 2001)
- Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad (creada en 2004)
- Relatoría sobre los Derechos de las Personas Afrodescendientes y contra la Discriminación Racial (creada en 2005)
- Unidad para los Derechos de las Lesbianas, los Gays y las Personas Trans, Bisexuales e Intersex (creada en 2011)
- Unidad sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (creada en 2012)

En relación con sus actividades, “[c]on mayor o menor intensidad, dependiendo en buena medida de los recursos disponibles, estas relatorías efectúan estudios, realizan visitas a algunos países, efectúan un acompañamiento de la tramitación de denuncias y de medidas cautelares, y participan en la elaboración de algunos instrumentos internacionales”<sup>138</sup>.

En particular, la Relatoría sobre los Derechos de las Mujeres fue creada durante el 85° periodo ordinario de sesiones de la CIDH, celebrado en 1994, en el que se nombró al Comisionado Claudio Grossman para actuar como Relator sobre los derechos de la mujer, con el mandato de “analizar e informar en qué medida las leyes y prácticas de los Estados miembros, relacionadas con los derechos de la mujer, observan las obligaciones consignadas en la Declaración Americana de los Derechos Humanos y Deberes del Hombre y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”<sup>139</sup>, a los que se agrega posteriormente la Convención de Belém do Pará, que entró en vigor en 1995.

“La iniciativa de crear esta Relatoría tuvo su origen en una convergencia de factores. En primer lugar, como órgano principal de la OEA que tiene a su cargo la promoción y protección de los derechos humanos en las Américas, las acciones conducentes a asegurar que la mujer pued[a] disfrutar plenamente sus derechos, en pie de igualdad, constituyen una parte integral del mandato de la Comisión. A través de sus actividades normales de protección, la Comisión había tomado conciencia en forma creciente sobre las variadas formas en las cuales ciertas leyes y prácticas continúan impidiendo a la mujer el ejercicio pleno y libre de sus derechos en el ámbito nacional. Además, se inspiró en el compromiso histórico de la OEA a favor de la promoción de los derechos de la mujer, así como los desarrollos recientes en el campo de derechos humanos al nivel regional y mundial. Cabe mencionar que, a nivel regional, los Estados miembros de la OEA han identificado la habilitación de la mujer en el goce del libre y pleno ejercicio de sus derechos humanos, y de su participación plena en la vida y desarrollo nacional como elemento prioritario. Este acuerdo de fomentar la participación femenina en el ejercicio efectivo de la

138 GONZÁLEZ (2009, p. 44).

139 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1997): Capítulo 6.1: “Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la condición de la Mujer en las Américas”.

democracia es una condición esencial para lograr avances en el respeto de los derechos humanos. Igualmente, una democracia verdaderamente participativa no puede florecer hasta que el sector femenino de la sociedad participe de forma efectiva en la vida nacional<sup>140</sup>.

Las actividades de la Relatoría comprenden la elaboración de recomendaciones especializadas a los Estados Miembros de la OEA, orientadas al avance en el respeto y la garantía de los derechos humanos de las mujeres; la asesoría a la CIDH en la tramitación de peticiones y casos individuales humanos con causas y consecuencias específicas de género y la realización de estudios temáticos y estudios sobre la situación de las mujeres en los países miembros, para lo cual realiza visitas a los Estados y organiza diversas reuniones, seminario y talleres, entre otros.<sup>141</sup> El reporte de las actividades desarrolladas por esta y las demás Relatorías se incluye en el Informe Anual de la CIDH.

Entre los principales informes temáticos de alcance regional impulsados por la Relatoría sobre los derechos de las mujeres, hasta el año 2013, destacan los siguientes:

- Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas.<sup>142</sup>
- Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de Derechos Humanos.<sup>143</sup>
- Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos.<sup>144</sup>
- Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual: La educación y la salud.<sup>145</sup>
- El camino hacia una democracia sustantiva: la participación política de las mujeres en las Américas.<sup>146</sup>
- El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: La ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales.<sup>147</sup>

### **2.2.3. La protección específica de los derechos humanos de las mujeres: la Comisión Interamericana de Mujeres y la Convención de Belém do Pará.**

Entre el 16 de enero y el 20 de febrero de 1928 se celebró en La Habana la Sexta Conferencia Internacional Americana, a la que acudieron asociaciones de mujeres de toda la región —de forma extraoficial, pues no formaban parte de las delegaciones de los Estados ni habían sido invitadas a concurrir— para abogar por su derecho de participación en la Conferencia y por la adopción de un Tratado de Igualdad de Derechos. Si bien no consiguieron este último objetivo, en la referida Conferencia se resolvió constituir una Comisión Interamericana de Mujeres, “encargada de preparar la información jurídica y de cualquier otra naturaleza que pueda considerarse conveniente para que la Séptima Conferencia Internacional Americana pueda abordar el estudio de la igualdad civil y política de la mujer en el Continente”<sup>148</sup>. La primera Conferencia de esta Comisión fue celebrada

140 ABI-MERSHED (2009, pp. 146-147).

141 CIDH. Relatoría sobre los derechos de las mujeres. Funciones e iniciativas. [En línea] <<http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/mandato/funciones.asp>> [Consulta: 2 de octubre de 2013].

142 CIDH (2007).

143 CIDH (2010).

144 CIDH (2011a).

145 CIDH (2011b).

146 CIDH (2011c).

147 CIDH (2011d).

148 SEXTA Conferencia Internacional Americana. Acta final: Mociones, Acuerdos, Resoluciones y Convenciones (La Habana, 1928). En: SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES DE MÉXICO (1990a, pp. 425-426).

en La Habana en febrero de 1930 y participaron en ella 15 países. Su segunda reunión se efectuó en Montevideo en 1933, conjuntamente con la Séptima Conferencia Internacional Americana, a la cual la Comisión presentó una serie de recomendaciones y resoluciones a partir de las cuales la Conferencia aprobó el anteproyecto de la Convención sobre Nacionalidad de las Mujeres —que fue redactado por la Comisión y suscrito por todos los países representados en la Conferencia— y adoptó una resolución relativa a las labores de la Comisión y su continuación<sup>149</sup>, sosteniendo que esta debía “proseguir sus estudios a fin de que la próxima Conferencia pueda contar con proyectos que permitan llevar a la práctica, en las diversas legislaciones, el principio de igualdad de derechos entre hombres y mujeres [...]”<sup>150</sup>. En las Conferencias sucesivas se reiteró la conveniencia de contar con la Comisión y se determinó su carácter permanente como organismo de carácter consultivo.

Posteriormente, en 1948, en el marco de la Novena Conferencia Internacional Americana —en la cual se adoptó la Carta de la OEA—, se suscribieron la *Convención Interamericana sobre concesión de los derechos políticos a la mujer* y la *Convención Interamericana sobre concesión de los derechos civiles a la mujer*. Asimismo, se aprobó el Estatuto orgánico de la Comisión Interamericana de Mujeres, que en su artículo primero le otorga el carácter de entidad permanente que funcionará adscrita a la Secretaría General de la OEA<sup>151</sup>.

Esta breve reseña del origen de la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) da cuenta del progresivo avance en el posicionamiento de los derechos de las mujeres en el contexto Interamericano y del papel que ha jugado en ello la CIM.

De conformidad con sus estatutos actuales, la misión de esta Comisión es apoyar a los Estados Miembros de la OEA “en sus esfuerzos para cumplir con sus respectivos compromisos adquiridos a nivel internacional e interamericano en materia de derechos humanos de las mujeres y equidad e igualdad de género, para que estos se conviertan en políticas públicas efectivas, contribuyendo a la plena e igualitaria participación de las mujeres en los ámbitos civil, político, económico, social y cultural”<sup>152</sup>. Sus funciones son las siguientes<sup>153</sup>:

- a) Apoyar a los Estados Miembros, que así lo soliciten, en el cumplimiento de sus respectivos compromisos adquiridos a nivel internacional e interamericano en materia de derechos humanos de las mujeres y equidad e igualdad de género, incluyendo la implementación de los instrumentos internacionales e interamericanos, las provisiones adoptadas por las conferencias internacionales o interamericanas especializadas en la materia, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (la “Asamblea General”), las Cumbres de las Américas y la Asamblea de Delegadas de la CIM (la “Asamblea”);
- b) Apoyar los esfuerzos de los Estados Miembros para promover el acceso, la participación, la representación, el liderazgo y la incidencia, plenos e igualitarios, de las mujeres en los ámbitos civil, político, económico, social y cultural;
- c) Promover la participación y el liderazgo de las mujeres en la planificación e implementación de políticas y programas públicos;
- d) Asesorar a la Organización en todos los asuntos relacionados con los derechos de las mujeres y la igualdad de género;

149 Ibíd.

150 Ibíd., p. 492.

151 NOVENA Conferencia Internacional Americana. Acta Final. Estatuto Orgánico de la Comisión Interamericana de Mujeres. En: SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES DE MÉXICO (1990b, pp. 188-191.

152 Estatuto de la CIM, Artículo 2.

153 Estatuto de la CIM, Artículo 3.

- e) Colaborar con los Estados Miembros, otras organizaciones internacionales, grupos de la sociedad civil, la academia y el sector privado para apoyar los derechos de las mujeres y la igualdad de género en la región;
- f) Informar anualmente a la Asamblea General sobre el trabajo de la CIM, incluyendo aspectos relevantes de la condición de las mujeres en el hemisferio, los progresos alcanzados en materia de derechos humanos de las mujeres y la equidad e igualdad de género y sobre temas de especial preocupación en este contexto, y elevar a los Estados Miembros recomendaciones concretas en relación con lo anterior;
- g) Contribuir al desarrollo de la jurisprudencia internacional e interamericana sobre los derechos humanos de las mujeres y la equidad e igualdad de género;
- h) Fomentar la elaboración y adopción de instrumentos interamericanos para el reconocimiento de las mujeres como sujetos de derechos y agentes de la democracia;
- i) Promover la adopción o adecuación de medidas de carácter legislativo necesarias para eliminar toda forma de discriminación contra las mujeres”.

Durante la década de los ochenta, los informes emitidos por la CIM en el cumplimiento de estas funciones fueron evidenciando “que uno de los problemas más graves y que afectaba de manera directa la vida de las mujeres, era el problema de la violencia y sus múltiples manifestaciones”<sup>154</sup>. El trabajo desarrollado por la CIM a partir de esta constatación derivó en la elaboración del *Proyecto de la Convención Interamericana sobre la Mujer y la Violencia*, que fue remitido a la Asamblea General de la OEA y dio origen a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, adoptada en la ciudad de Belém do Pará durante el 24° periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, en 1994, y que entró en vigor el día cinco de marzo de 1995.

Este instrumento, conocido también como la *Convención de Belém do Pará*, afirma en su preámbulo que la violencia contra la mujer es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres, que constituye una violación de sus derechos humanos y libertades fundamentales y que su eliminación es una condición indispensable para el desarrollo individual y social de las mujeres y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de vida.

Dentro de su articulado destaca, en primer lugar, una definición amplia de violencia, en los siguientes términos:

“Artículo 1.

Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

Artículo 2.

Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

- a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;
- b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y
- c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra”.

En segundo lugar, la Convención reconoce, entre otros, el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia (artículo 3) y su derecho de ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, bajo el entendido de que la violencia impide y anula el ejercicio de esos derechos (artículo 5).

Por último, la Convención impone a los Estados la obligación de adoptar políticas, medidas jurídicas, legislativas o de otra índole para prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra las mujeres; el deber de actuar con la debida diligencia para dichos fines y de establecer procedimientos legales eficaces y accesibles para proteger a las mujeres sometidas a violencia (artículo 7), entre otros.

Las particularidades de esta regulación normativa permiten afirmar que la Convención de Belém do Pará rompe el paradigma según el cual solo los Estados y sus agentes, por acción directa de estos o bajo su aquiescencia, podían ser responsables por las violaciones de derechos humanos. Bajo tal modelo quedaban excluidos del ámbito de protección de los derechos humanos todos aquellos hechos ocurridos en el espacio privado o doméstico —donde suelen ocurrir los actos de violencia contra las mujeres—<sup>155</sup>, mientras que la Convención extiende los deberes estatales de prevención y protección hacia el interior de la familia u otras relaciones interpersonales.

Por otra parte, la Convención contempla también algunos mecanismos de protección de los derechos que consagra, a saber, la inclusión en los informes nacionales a la CIM de la información relativa a las medidas que los Estados hayan adoptado “para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer, para asistir a la mujer afectada por la violencia, así como sobre las dificultades que observen en la aplicación de las mismas y los factores que contribuyan a la violencia contra la mujer” (artículo 10); la posibilidad de requerir opiniones consultivas a la Corte IDH para la interpretación del tratado (artículo 11) y la posibilidad de presentar denuncias por violaciones del artículo 7 ante la CIDH (artículo 12). Cabe recordar que, como se señaló anteriormente, la Corte IDH se ha atribuido también competencia contenciosa respecto del artículo 7.<sup>156</sup>

Finalmente, un aspecto clave para la protección y garantía de los derechos consagrados en la Convención de Belém do Pará dice relación con su efectiva implementación en el ámbito interno de los Estados. Con este objetivo en mira, en el año 2004 la CIM estableció el Mecanismo de Seguimiento a la Convención de Belém do Pará (MESECVI), “diseñado para dar seguimiento a los compromisos asumidos por los Estados Parte de la Convención, contribuir al logro de los propósitos establecidos en ella y facilitar la cooperación técnica entre los Estados Parte, así como con otros Estados Miembros de la OEA y Observadores Permanentes. Se basa en los principios de soberanía, no intervención, e igualdad jurídica de los Estados contenidos en la Carta de la OEA, debiendo respetar los principios de imparcialidad y objetividad en su operación, a fin de garantizar una aplicación justa y tratamiento igualitario entre los Estados Parte”<sup>157</sup>. El mecanismo se compone de dos órganos:<sup>158</sup>

- La *Conferencia de Estados*, que es su órgano político y está compuesta por los representantes de los 32 Estados que firmaron, ratificaron o accedieron a la Convención de Belém do Pará. Sus principales funciones comprenden la formulación de directrices para el trabajo del Comité

155 Ibid., p. 194.

156 Ver *supra*, la competencia en el procedimiento ante la Corte Interamericana, págs. 96-98.

157 COMISIÓN INTERAMERICANA DE MUJERES (2012).

158 Ibid.

de Expertas (CEVI); la recepción, análisis y evaluación de los informes y recomendaciones del CEVI y la publicación y difusión del Informe Hemisférico del MESECVI.

- El *Comité de Expertas*, que es su órgano técnico, integrado por especialistas en las esferas que abarca la Convención. Las expertas son designadas por sus respectivos Estados, pero ejercen sus funciones a título personal y de manera independiente. Sus funciones principales comprenden la formulación de una metodología de evaluación y el establecimiento de un cronograma de trabajo; la recepción y evaluación de los informes de los Estados y la preparación de recomendaciones; y la presentación de sus informes a la Conferencia de Estados.

El MESECVI funciona a través de Rondas de Evaluación Multilateral, que constan de dos fases:

- Una *fase de evaluación*, durante la cual el CEVI adopta un cuestionario que aborda las disposiciones de la Convención y lo envía a los Estados. A partir de sus respuestas y con base en la información recabada, el CEVI emite un informe final que contiene recomendaciones orientadas al fortalecimiento de la implementación de la Convención. Al final de esta fase de evaluación se publican los informes nacionales y un Informe Hemisférico consolidado.
- Una *fase de seguimiento*, durante la cual el CEVI establece indicadores sobre la implementación de las recomendaciones específicas que se efectuaron durante la etapa de evaluación, los cuales son remitidos a los Estados en un cuestionario. A partir de la información proporcionada por los Estados sobre dichos indicadores se elabora un Informe de Seguimiento a las Recomendaciones.

A modo de cierre, cabe señalar que uno de los desafíos prioritarios que se han identificado en las Rondas de Evaluación Multilateral que han tenido lugar hasta el momento dice relación con la persistencia de la violencia pese a la multiplicidad de leyes, políticas públicas y otras medidas adoptadas para hacerle frente. Esta situación evidencia que la violencia en la región continúa teniendo características endémicas y que, en consecuencia, los esfuerzos futuros deben abocarse a procesos de transformación cultural y de eliminación de los estereotipos que profundizan y reproducen esta violencia.<sup>159</sup>

### **Preguntas:**

1. ¿Cuáles son las diferencias entre los sistemas de comunicaciones individuales regulados en el marco del Sistema Universal y el Sistema Interamericano?
2. ¿Qué criterios considera usted que deben tenerse en cuenta al elegir a cuál sistema (Universal o Interamericano) acudir para presentar una denuncia de violación de derechos humanos?
3. Respecto de los mecanismos específicos de protección de los derechos de las mujeres, tanto en el Sistema Universal como en el Interamericano, ¿qué propuestas haría para avanzar hacia una protección más efectiva de las mujeres?
4. Explique y compare la fuerza obligatoria de: las decisiones de los Comités de tratados de Naciones Unidas, los informes de la CIDH, las sentencias de la Corte Interamericana y los acuerdos de solución amistosa en el marco del Sistema Interamericano.

159 Luz Patricia Mejía, en NAVARRETE (2013).

## BIBLIOGRAFÍA

ABI-MERSHED, Elizabeth. 2009. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y su relator especial sobre los derechos de la mujer: una iniciativa para fortalecer la capacidad de la mujer para ejercer sus derechos libre y plenamente. *Revista IIDH* (29):145-152.

ASAMBLEA GENERAL ONU. 2006. Resolución 60/251. Consejo de Derechos Humanos. Aprobada por la Asamblea General el 15 de marzo de 2006 (A/RES/60/251).

BUERGENTHAL, Thomas. 1996. *Derechos humanos internacionales*. 2ª ed., México, Ediciones Gernika. 377p.

CHAMBERLAIN, Cynthia. 2004. La Convención CEDAW. Conociendo los derechos de la mujer, un primer paso para su defensa. [En línea] *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*. Número 10, pp. 35-51 <[http://www.uam.es/otros/rjuam/numero\\_10.html](http://www.uam.es/otros/rjuam/numero_10.html)> [Consulta: 4 de octubre de 2013].

CHARLESWORTH, Hilary. 1997. ¿Qué son los “derechos humanos internacionales de la mujer”? *En*: COOK, Rebecca. *Derechos humanos de la mujer. Perspectivas nacionales e Internacionales*. Bogotá, Profamilia. 602p.

COHEN, Benjamin. 1949. Human rights under the United Nations Charter. *Law and Contemporary Problems* 14(3):430-437.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 1997. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1997. OEA/Ser.L/V/II.98 Doc. 6, 17 febrero 1998.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2007. Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas. [En línea] OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 enero. <<http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/Informe%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20Español%20020507.pdf>> [Consulta: 2 de octubre de 2013].

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2010. Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de Derechos Humanos. [En línea] OEA/Ser.L/V/II. Doc. 69, 7 junio. <<http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/SaludMaterna2010.pdf>> [Consulta: 2 de octubre de 2013].

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2011a. Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos. [En línea] OEA/Ser.L/V/II. Doc. 61, 22 noviembre. <<http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/ACCESO%20INFORMACION%20MUJERES.pdf>> [Consulta: 2 de octubre de 2013].

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2011b. Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual: La educación y la salud. [En línea] OEA/Ser.L/V/II. Doc. 65, 28 diciembre. <<http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/VIOLENCIASEXUALEducycSalud.pdf>> [Consulta: 2 de octubre de 2013].

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2011c. El camino hacia una democracia sustantiva: la participación política de las mujeres en las Américas. [En línea] OEA/Ser.L/V/II. Doc. 79, 18 abril. <<http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/MUJERES%20PARTICIPACION%20POLITICA.pdf>> [Consulta: 2 de octubre de 2013].

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2011d. El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: La ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. [En línea] OEA/Ser.L/V/II.143 Doc. 59, 3 noviembre. <<http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/MujeresDESC2011.pdf>> [Consulta: 2 de octubre de 2013].

COMISIÓN INTERAMERICANA DE MUJERES. 2013. Informe sobre el Mecanismo de seguimiento de la Convención de Belém do Pará en cumplimiento de la Resolución AG/RES. 2711 (XLII-O/12). [En línea] OEA/Ser.L. CIM/doc.122/13. <<http://www.oas.org/es/mesecvi/docs/MESECVI-AnnualReport2012.ESP.doc>> [Consulta: 2 de octubre de 2013].

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. 2010. Resolución 15/8, de 6 de octubre de 2010. A/HRC/RES/15/8.

CORPORACIÓN HUMANAS. 2013. La ruta de la incidencia. Santiago, Humanas.

FACIO, Alda. 1998. La Carta Magna de todas las mujeres. Módulo sobre la CEDAW. ILANUD. Costa Rica.

GIFRA, Julia. 2009. La reforma de los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos: ¿una mejora de los mecanismos extra convencionales? [En línea] Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 10, pp. 223-259. <<http://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/view/21553>> [Consulta: 4 de octubre de 2013].

GONZÁLEZ, Felipe. 2009. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: antecedentes, funciones y otros aspectos. [En línea] Anuario de Derechos Humanos 2009, pp. 35-57. <<http://www.anuariodch.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/11516/11875>> [Consulta: 4 de octubre de 2013].

HALPERIN, Morton y ORENTLICHER, Dione. 2007. El nuevo Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. [En línea] Anuario de Derechos Humanos 2007, pp. 113-120. <<http://www.anuariodch.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13465/13734>> [Consulta: 4 de octubre de 2013].

IIDH y CEJIL. 2004. Los derechos humanos de las mujeres: Fortaleciendo su promoción y protección internacional. De la formación a la acción. San José, IIDH.

JOSEPH, Sarah *et. al.* 2006. Cómo hacer valer los derechos de las víctimas de la tortura: un manual sobre los procedimientos de presentación de denuncias individuales ante los órganos de tratados de Naciones Unidas. [En línea] Ginebra, Organización Mundial contra la Tortura. <[http://www.omct.org/files/2006/11/3979/handbook4\\_esp\\_00\\_indice\\_general.pdf](http://www.omct.org/files/2006/11/3979/handbook4_esp_00_indice_general.pdf)> [Consulta: 4 de octubre de 2013].

MANUAL de los procedimientos especiales de derechos humanos de las Naciones Unidas. 2006. CH/NONE/2006/158. Borrador. [En línea] <[http://www2.ohchr.org/english/bodies/chr/special/docs/Manual\\_Spanish\\_23jan.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/chr/special/docs/Manual_Spanish_23jan.pdf)> [Consulta: 4 de octubre de 2013].

MEDINA, Cecilia y NASH, Claudio. 2007. Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus mecanismos de protección. Santiago, Centro de Derechos Humanos (Facultad de Derecho, Universidad de Chile). 229p.

MEDINA, Cecilia y NASH, Claudio. 2011. Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus mecanismos de protección. 2ª ed., Santiago, Centro de Derechos Humanos (Facultad de Derecho, Universidad de Chile). 216p.

MEJÍA, Luz Patricia. 2012. La Comisión Interamericana de Mujeres y la Convención de Belém do Pará. Impacto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista IIDH* (56):189-213.

NASH, Claudio. 2009. El Sistema Interamericano de derechos humanos en acción. Aciertos y desafíos. México, Editorial Porrúa. 305p.

NAVARRETE, Claudio. 2013. Entrevista a Luz Patricia Mejía: La violencia contra las mujeres desde una perspectiva regional. *Género, Sexualidades y Derechos Humanos* 1(2):62-63.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. 2005. Civil and Political Rights: The Human Rights Committee. Fact Sheet No. 15 (Rev.1). [En línea] Ginebra, ONU, 2005 <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet15rev.1en.pdf>> [Consulta: 4 de octubre de 2013].

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. 2008. Trabajando con el Programa de las Naciones Unidas en el ámbito de los Derechos Humanos. Un manual para la sociedad civil (HR/PUB/06/10/Rev.1). Nueva York y Ginebra, OACNUDH.

RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego. 2013. Precautionary Measures of the Inter-American Commission on Human Rights: Legal Status and Importance. *Human Rights Brief* 20(2):13-18.

SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES DE MÉXICO. 1990a. Conferencias Internacionales Americanas 1889-1936. Recopilación de tratados y otros documentos. [En línea] Segunda reimpresión, pp. 425-426. <[http://biblio2.colmex.mx/coinam/coinam\\_1889\\_1936/base2.htm](http://biblio2.colmex.mx/coinam/coinam_1889_1936/base2.htm)> [Consulta: 3 de octubre de 2013].

SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES DE MÉXICO. 1990b. Conferencias Internacionales Americanas. Segundo suplemento 1945-1954. [En línea] Segunda reimpresión, 1990, pp. 188-191. <[http://biblio2.colmex.mx/coinam/coinam\\_2\\_suplemento\\_1945\\_1954/base2.htm](http://biblio2.colmex.mx/coinam/coinam_2_suplemento_1945_1954/base2.htm)> [Consulta: 3 de octubre de 2013].

UPRIMNY, Inés. 2008. La protección internacional de los derechos humanos: el Sistema de Naciones Unidas. En: ERAZO, X., ABRAMOVICH, V. y ORBE, J. Políticas públicas para un Estado social de derechos. El paradigma de los derechos universales. Vol. II. Santiago, LOM Ediciones, Fundación Henry Dunant América Latina. 272p.

WESCHLER, Joanna. 2008. Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas: Avances y retrocesos en la creación de su diseño institucional. [En línea] Anuario de Derechos Humanos 2008, pp. 129-137. <<http://www.anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13502/13773>> [Consulta: 4 de octubre de 2013].

## Jurisprudencia y casos citados

### COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS

- Antonio Parra Corral c. España. Comunicación N°1356/2005. U.N. Doc. CCPR/C/83/D/1356/2005.
- B.d.B c. los Países Bajos. Comunicación N° 273/1988.
- Fanali c. Italia. Comunicación N°75/1980.
- Gobin c. Mauricio. Comunicación N° 787/1997. U.N. Doc. CCPR/C/72/D/787/1997
- Konye y Konye c. Hungría. Comunicación N° 520/1992. U.N. Doc. CCPR/C/47/D/496/1992.
- Perera c. Australia. Comunicación N° 541/1993.
- Sankara y otros c. Burkina Faso. Comunicación N°1159/2003. U.N. Doc. CCPR/C/86/D/1159/2003.

### COMITÉ CEDAW

- A.T. c. Hungría. Comunicación N° 2/2003. U.N. Doc. CEDAW/C/36/D/2/2003. [En Línea] <[http://www2.ohchr.org/english/law/docs/Case2\\_2003\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/english/law/docs/Case2_2003_sp.pdf)> [Consulta: 11 de octubre de 2013].
- B.J. c. Alemania. Comunicación N° 1/2003. U.N. Doc. CEDAW/C/36/D/1/2003. [En Línea] <[http://www2.ohchr.org/english/law/docs/Case1\\_2003\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/english/law/docs/Case1_2003_sp.pdf)> [Consulta: 11 de octubre de 2013].
- M.P.M. v. Canada. Comunicación N°25/2010). U.N.Doc. CEDAW/C/51/D/25/2010. [En Línea] <[http://www2.ohchr.org/english/law/docs/CEDAW/CEDAW-C-51-D-25-2010\\_sp.doc](http://www2.ohchr.org/english/law/docs/CEDAW/CEDAW-C-51-D-25-2010_sp.doc)> [Consulta: 10 de octubre de 2013].
- Rahime Kayhan c. Turquía. Comunicación N° 8/2005. U.N. Doc. CEDAW/C/34/D/8/2005- [En Línea] <[http://www2.ohchr.org/english/law/docs/Case8\\_2005\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/english/law/docs/Case8_2005_sp.pdf)> [Consulta: 11 de octubre de 2013].

## CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre 1999 (Fondo). [En línea] <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_63\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf)> [Consulta: 10 de octubre de 2013].
- Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). [En línea] <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_160\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf)> [Consulta: 10 de octubre de 2013].
- Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Sentencia de 30 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). [En línea] <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_215\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf)> [Consulta: 10 de octubre de 2013].
- Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). [En Línea] <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_205\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf)> [Consulta: 10 de octubre de 2013].
- Caso Masacre de las dos Erres vs. Guatemala. Sentencia de 24 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). [En línea] <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_211\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_211_esp.pdf)> [Consulta: 10 de octubre de 2013].
- Caso Rosendo Cantú y otras vs. México. Sentencia de 31 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). En línea: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_216\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf)> [Consulta: 10 de octubre de 2013].
- Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo). [En Línea] <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_205\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf)> [Consulta: 10 de octubre de 2013].

# EL SISTEMA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS EN CLAVE ANTIDISCRIMINACIÓN: REGLAS COMUNES Y OBLIGACIONES ESTATALES

Mariano Fernández Valle

## 1. INTRODUCCIÓN

Tanto el Sistema Universal como los Sistemas Regionales de Derechos Humanos<sup>1</sup> se estructuran sobre una serie de reglas comunes que determinan el catálogo de derechos protegidos, sus posibilidades de restricción y suspensión legítimas, las obligaciones que pesan en cabeza de los Estados para hacerlos valer, las formas de atribución de responsabilidad y las distintas directrices interpretativas que operan frente a la normativa internacional.

El objetivo del presente trabajo es dar cuenta de estas reglas comunes, especificando sus contenidos y alcances, así como algunos de los debates que han generado. Lo cierto es que, a varias décadas de su creación y puesta en funcionamiento, el Sistema Internacional de los Derechos Humanos ha ido evolucionando, sofisticándose y ampliando de manera progresiva sus formas de intervención. En particular, ha dirigido una especial atención a la situación de grupos afectados por discriminación y violencia, tanto por parte de actores públicos como privados. En esa línea han proliferado normativas específicas en el plano internacional, acompañadas también por nuevas olas de reforma constitucional en la Región.<sup>2</sup> Este desarrollo progresivo ha ido modificando el significado y los alcances de las reglas comunes, que no pueden ser vistas hoy día de la misma manera que años atrás.

Este trabajo se incluye dentro de una compilación más general que mira a la efectiva satisfacción de derechos de colectivos víctimas de violencia y discriminación de género, en particular mujeres y grupos LGTBI<sup>3</sup>. Son numerosos los informes que documentan la extensión de estos fenómenos y los daños que generan.<sup>4</sup> Por dicha razón, los aspectos generales trabajados en estas páginas se informan por la experiencia política de estos grupos, que a través de años de protesta, lucha social y movilización legal fueron forzando a los Estados —e incluso al propio Sistema Internacional— a honrar en mayor medida las promesas constitutivas de los derechos humanos. Espero que el esfuerzo a continuación esté a la altura de la importancia que caracteriza a la temática.

1 Ver la sección anterior de este libro, en que se desarrollan los distintos sistemas de protección de derechos humanos, así como sus órganos de monitoreo y contralor: "Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos", pp. 69 y ss.

2 Ver: COURTIS y GARGARELLA (2004, p. 31).

3 Esta sigla, marcada por la revisión, la impugnación, la transformación y la apertura, tiende a utilizarse para referir al activismo de colectivos de lesbianas, gays, travestis, transexuales, transgéneros, bisexuales e intersexuales, sin perjuicio de las diferencias entre ellos y hacia su interior.

4 Sobre la situación de las mujeres y el goce de sus Derechos Humanos en la Región, entre muchos otros, ver: COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2007a, 2011a y 2011b); COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (2007). Sobre la situación de colectivos LGTBI en la Región y en el mundo, ver: ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2011); COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012a); e INTERNATIONAL LESBIAN, GAY, BISEXUAL, TRANS AND INTERSEX ASSOCIATION (2012).

## 2. LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA INTERNACIONAL

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), como todo campo de intervención política, ideológica y cultural, se encuentra en permanente disputa. Su alcance no es suficientemente claro, como ha puesto de resalto su conflictiva evolución.

Tanto las Declaraciones como los Tratados de derechos humanos incorporan catálogos de derechos protegidos. En general, estos catálogos se expresan en sentidos similares<sup>5</sup>, incluyendo libertades y garantías básicas para las personas sometidas a la jurisdicción de los Estados. Los derechos reconocidos “deben aplicarse de modo que coexistan en armonía y se refuercen recíprocamente”, sin que uno de los catálogos pueda “inhibir la aplicación de otro cuando este es más favorable”<sup>6</sup>. A su vez, deben interpretarse siempre en el sentido que más favorezca a la persona.<sup>7</sup> Sin perjuicio de ello, la existencia de disposiciones que indican cómo proceder frente a los conflictos de derechos sugiere que la armonía y la coherencia que el sistema predica en términos generales, puede verse alterada frente a situaciones concretas.<sup>8</sup>

Por otra parte, existe algún acuerdo respecto de ciertas características que compartirían los derechos humanos<sup>9</sup>, entre ellas, su *universalidad*, su *indivisibilidad*, su *interdependencia* y su *progresividad*.<sup>10</sup> La *universalidad* se relaciona, formalmente, con el principio de no discriminación —que cruza transversalmente a todo el sistema y es considerado norma de *ius cogens*—<sup>11</sup> e indica que las personas tienen derechos humanos por el hecho de ser tales. La *indivisibilidad* y la *interdependencia* se vinculan con el hecho de que todos los derechos humanos tienen la misma jerarquía y deben ser respetados por igual, dado que resultan esenciales para el desarrollo de la vida humana y que la violación de uno de ellos afecta la vigencia de los restantes.<sup>12</sup> La *progresividad*

5 Ver: MEDINA y NASH (2003, p. 10).

6 *Ibid.* Pueden verse también las normas de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

7 *Ibid.* Esta mecánica de interpretación tiende a denominarse principio *pro homine* o, más recientemente, principio *pro persona*, atendiendo al sesgo androcéntrico de la primera de las denominaciones mencionadas. Sobre sus alcances puede verse a Pinto, quien entiende que “es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria” (PINTO 1997, p. 163).

8 Con posterioridad en este escrito se analizan las normas de derecho internacional que operan frente a la restricción y suspensión de derechos, así como frente a conflictos entre ellos.

9 Las características enumeradas a continuación pueden verse en: NIKKEN (2010, pp. 55-56 y 68-73); PUJÓ (2008, pp. 29-30); VÁSQUEZ y SERRANO (2011), entre muchos/as otros/as.

10 Esta afirmación, así expresada o con variaciones, puede verse en distintos pronunciamientos de organismos internacionales, en doctrina y en jurisprudencia. En particular, la Declaración y Programa de Acción de Viena del año 1993 sostiene en su párrafo número 5: “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso”.

11 Ver: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC 18/03: “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, de 17 de septiembre de 2003. Allí, el Tribunal Interamericano consideró que: “el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *ius cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico” (párr. 101). Esta afirmación resulta consistente con el hecho de que prácticamente todos los instrumentos internacionales incorporan una cláusula contra la discriminación. Sin perjuicio de ello, como se verá posteriormente, sus alcances usualmente varían, sus incumplimientos son patentes y la discriminación contra ciertos grupos humanos ha recibido una ocupación secundaria y errática. Tal es el caso de las comunidades afectadas por discriminación de género, orientación sexual e identidad y expresión de género, sin perjuicio de algunos avances recientes.

12 VÁSQUEZ y SERRANO (2011, p. 152) distinguen entre los alcances del principio de *interdependencia* y el de *indivisibilidad*, indicando que el primero de ellos refiere a las relaciones recíprocas que los derechos humanos establecen entre ellos, mientras que el segundo refiere a la necesidad de no tomarlos de forma aislada o separada, sino como un conjunto.

indica que tanto los derechos humanos como los mecanismos para su realización deben evolucionar de forma constante.<sup>13</sup> Por su parte, la garantía de *progresividad* se complementa con aquella que manda a la *no regresividad* frente a los logros obtenidos. Finalmente, existe también un consenso generalizado referido a que “el conjunto de derechos que compone el catálogo constituye el mínimo exigible al Estado”<sup>14</sup>, que debe ser ampliado en los ámbitos locales atendiendo a elementos como el contexto, los recursos, el capital económico y social, las diferencias entre programas y fuerzas políticas, etcétera.

Aun cuando la proclama de estas características está sostenida formalmente por un amplio consenso y por la Carta Internacional de los Derechos Humanos<sup>15</sup>, la práctica ha demostrado que no solo los Estados le faltan el respeto de manera más o menos constante, sino que también el propio campo del DIDH ha tenido algunos problemas para cumplirla. De ello da cuenta, desde un análisis histórico, la evolución de dicho Sistema y la incorporación permanente de normativa de carácter específico dirigida a clarificar en mayor medida el contenido de los derechos, a fin de acercarlos a los ideales de *universalidad*, *interdependencia*, *indivisibilidad*, *progresividad* y *no regresividad*. Estos procesos muestran el carácter abierto de los derechos humanos<sup>16</sup>, y la conflictiva interpelación a la que están sujetos.

## 2.1. La universalidad puesta a prueba

### • Los Derechos Civiles y Políticos. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

La Carta Internacional de Derechos Humanos contiene un amplio catálogo de derechos, que comprende las típicas caracterizaciones de Derechos Civiles y Políticos (DCyP) y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC).<sup>17</sup> Mientras que los primeros se entienden mayormente asociados con las libertades individuales y los derechos políticos, los segundos se supone que tienen una relación más estrecha con las condiciones materiales y estructurales que permiten llevar adelante una vida digna y plena. Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) reserva capítulos distintos a unos y a otros.<sup>18</sup> Sin perjuicio de ello, como sostiene Pujó:

13 Esto no implica, como han observado distintos/as autores/as, que la eficacia y la operatividad de los derechos quede supeditada a esos avances. Aún así, es claro que la inexistencia de condiciones apropiadas de goce de derechos (por ejemplo, normativa e instituciones locales dirigidas a su satisfacción) puede llevarlos, en la práctica, a letra muerta.

14 MEDINA y NASH (2003, p. 10). Agregan los autores que: “[n]ada autoriza a que el Estado lo restrinja y todo alienta al Estado para que agregue otros derechos en su ordenamiento jurídico nacional, para que amplíe el alcance y contenido de un derecho del catálogo o mejore las posibilidades de ejercicio y goce de los derechos existentes”.

15 La Carta Internacional de los Derechos Humanos se compone de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, 1966), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, 1966), y sus respectivos Protocolos Facultativos.

16 Según MEDINA y NASH (2003, p. 10): “La formulación de los catálogos de derechos es siempre relativamente general, con el fin de proporcionar la flexibilidad suficiente a la norma para que pueda ser interpretada dinámicamente”. Esta apreciación encuentra correlato en una de las tantas mecánicas de interpretación que manejan los tribunales —la Corte Interamericana entre ellos—, que llama a interpretar las normas (internacionales, constitucionales, etc.) como “textos vivos”, es decir, de forma dinámica y/o evolutiva. Una mirada crítica sobre el comportamiento de los tribunales frente a la “dificultosa tarea” de la interpretación puede verse en: GARGARELLA (2008).

17 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).

18 Ver: CADH, Capítulo II (Derechos Civiles y Políticos) y Capítulo III (Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Asimismo, el lacónico Capítulo III de la CADH (compuesto por un único artículo, el 26), se vio complementado por el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), sancionado por la OEA en el año 1998. Sin perjuicio de ello, el Protocolo reconoció facultades algo limitadas a la Corte Interamericana, lo cual genera discusiones que exceden el marco de este trabajo, pero que pueden verse en los votos concurrentes citados *infra*, en la nota al pie N° 36.

“[s]i bien existen numerosos obstáculos para el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, lo cierto es que estos debates han dejado de lado —al menos en el marco del discurso oficial de los organismos de derechos humanos y de los organismos vinculados a la promoción del desarrollo económico y social— la tensión de carácter histórica entre los derechos individuales y los derechos sociales. A este efecto, se ha asumido la imposibilidad de avanzar en un solo sentido y se ha reconocido que la falta de protección de los derechos sociales torna impracticables los derechos individuales —y viceversa—. De hecho, justamente porque la evidencia muestra que las violaciones a los derechos civiles y políticos van acompañadas de la violación de los derechos económicos, sociales y culturales, es que existen determinados grupos de personas que sufren violaciones sistemáticas y masivas a sus derechos humanos y que presentan, a su vez, características de clase, raza, etnia, edad, género y sexualidad similares, independientemente del país de residencia”<sup>19</sup>.

Las históricas tensiones que refiere la cita han originado extensos desarrollos conceptuales, normativos y jurisprudenciales. Asimismo, de ellas se han nutrido algunas críticas lanzadas originalmente al DIDH, por entenderlo mayormente inclinado a la protección de intereses hegemónicos y no a la transformación radical de las condiciones que afectan sistemáticamente la vida y la integridad de millones de personas en el mundo.<sup>20</sup>

Teniendo esto en cuenta, los trabajos de Abramovich y Courtis<sup>21</sup> han sido pioneros en la deconstrucción de las distinciones artificiales entre DCyP y DESC, así como en la denuncia de las dificultades de acceso a la justicia que dichas distinciones han generado.<sup>22</sup> En particular, en numerosos trabajos han sostenido que de manera frecuente se exageran las diferencias entre los DCyP, por un lado, y los DESC, por otro. Desde su mirada, si pudieran reconocerse diferencias en sus estructuras, estas serían más bien de grado y no sustanciales.<sup>23</sup> Para arribar a dicha conclusión, los autores han analizado algunos de los mitos sobre los cuales se fundó la rígida división. El mito central indica que mientras los DCyP solo generan deberes negativos para los Estados, los DESC demandan deberes positivos que, en tanto tales, deben ser cubiertos por el presupuesto público y quedar sujetos a decisiones políticas de distribución de recursos, ajenas al ámbito de actuación legítima de las estructuras judiciales.<sup>24</sup> Frente a esta concepción, los autores han indicado que, lejos de la creencia mítica, los DCyP requieren para su efectiva garantía un enorme despliegue estatal y su correspondiente erogación de recursos. Por su parte, aun cuando la faceta más visible de los DESC sea la de “prestación”<sup>25</sup>, es claro que también conllevan una serie de obligaciones negativas, de no hacer.<sup>26</sup>

A mayor abundamiento, los autores citados también han señalado que “la regulación jurídica concreta de varios derechos tradicionalmente considerados “derechos-autonomía” o derechos que

19 PUJO (2008, pp. 29-30).

20 Boaventura de Sousa expresa una de estas críticas de la siguiente manera: “El sello liberal occidental en el discurso dominante de los derechos humanos puede ser rastreado en muchas otras instancias: en la Declaración Universal de 1948, que fue preparada sin la participación de la mayoría de los pueblos del mundo; en el reconocimiento exclusivo de los derechos individuales, con la única excepción del derecho colectivo a la autodeterminación que, no obstante, fue restringido a los pueblos sometidos al colonialismo europeo; en la prioridad dada a los derechos civiles o políticos sobre los derechos económicos, sociales y culturales, y en el reconocimiento del derecho a la propiedad como el primero y, por mucho años, único derecho económico” (DE SOUSA SANTOS 2002, p. 68).

21 Ver: ABRAMOVICH y COURTIS (2004), entre muchos otros trabajos, de autoría individual y/o conjunta.

22 Ver también: NIKKEN (2010, pp. 110-135).

23 Ver: ABRAMOVICH y COURTIS (2004, pp. 24-25).

24 *Ibíd.*, pp. 21-24.

25 *Ibíd.*, p. 25.

26 En términos de Pisarello: “Todos los derechos fundamentales pueden caracterizarse como pretensiones híbridas frente al poder: positivas y negativas, en parte costosas y en parte no costosas” (citado en: CARBONELL 2009, p. 73).

generan obligaciones negativas por parte del Estado, ha variado de tal modo, que algunos de los derechos clásicamente considerados “civiles y políticos” han adquirido un indudable cariz social<sup>27</sup> y que “muchos derechos tradicionalmente abarcados por el catálogo de derechos civiles y políticos han sido reinterpretados en clave social, de modo que las distinciones absolutas también pierden sentido en estos casos”<sup>28</sup>. En otros trabajos, desvirtuaron algunos argumentos vinculados con la génesis de estos derechos y de los tratados que los consagraron, así como argumentos vinculados con las distintas herramientas de protección que se reconocen frente a unos y otros.

Apreciaciones en una línea similar han sido sostenidas por organismos internacionales. El propio Comité DESC ha señalado que:

“Aunque sea necesario tener en cuenta el planteamiento general de cada uno de los sistemas jurídicos, no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que posee en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos, de justiciabilidad. [...] La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad”<sup>29</sup>.

En relación con su exigibilidad judicial, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se expresa de forma emparentada:

“El reconocimiento de derechos impone la creación de acciones judiciales o de otro tipo, que permitan a su titular reclamar ante una autoridad judicial u otra con similar independencia, ante la falta de cumplimiento de su obligación por parte del sujeto obligado. Por ello, el reconocimiento de derechos es también el reconocimiento de un campo de poder para sus titulares y en ese sentido, puede actuar como una forma de restablecer equilibrios en el marco de situaciones sociales marcadamente desiguales. De esta manera, el reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales conduce a reconocer la necesidad de contar con mecanismos adecuados y efectivos de reclamo de estos derechos de índole individual y colectiva”<sup>30</sup>.

Por otra parte, si bien al día de hoy la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) no ha declarado violaciones directas al capítulo III (artículo 26)<sup>31</sup> de la CADH, sí ha reafirmado recientemente sus competencias para hacerlo, en tanto “los términos amplios en que está redactada la Convención indican que la Corte ejerce una jurisdicción plena sobre **todos** sus artículos y disposiciones”<sup>32</sup>. Asimismo, ha señalado que dicho artículo está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la CADH<sup>33</sup> y ha recordado “la interdependencia existente entre

27 Ver: ABRAMOVICH y COURTIS (2004, p. 26)

28 Ibíd. La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha avanzado en este razonamiento, como señalan NASH y SARMIENTO (2010, p. 92).

29 COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (1998, párr. 10).

30 CIDH (2007b, párr. 236).

31 CADH, Artículo 26. Desarrollo progresivo: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

32 CORTE IDH. Caso Acevedo Buendía y otros (Cesantes y Jubilados de la Contraloría) vs. Perú. Sentencia de 1 de julio de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 16 (citas a jurisprudencia previa omitidas). El resultado me pertenece.

33 Ibíd., párr. 100.

los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello<sup>34</sup>, afirmando a la par “que la regresividad resulta justificable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate”<sup>35</sup>. Finalmente, existen votos concurrentes que comienzan a comprometerse en mayor medida con la exigibilidad directa de este capítulo.<sup>36</sup> Uno de ellos, de 2013, explicita este objetivo del siguiente modo:

“La intención del presente voto razonado es invitar a la reflexión sobre la necesaria evolución que en mi concepto debe darse en la jurisprudencia interamericana hacia la eficacia normativa plena del artículo 26 del Pacto de San José y así otorgar transparencia y tutela real a los derechos económicos, sociales y culturales, lo que exige aceptar su justiciabilidad directa y, de ser el caso —como sucede con los derechos civiles y políticos—, llegar eventualmente a declarar la violación autónoma de estos derechos, en relación con las obligaciones generales previstas en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana cuando las circunstancias del caso concreto así lo exijan”<sup>37</sup>.

En estos términos, una vez debilitadas las distinciones, los argumentos que niegan operatividad y posibilidades de exigibilidad judicial a los DESC se debilitan junto con ellas. Así, más que a las distinciones rígidas debería estarse a los distintos niveles de obligaciones que comparten los DCyP y los DESC.<sup>38</sup> Es claro que hay ciertas facetas de los derechos que pueden generar mayores dificultades de exigibilidad —o interpelar en mayor grado la legitimidad de la intervención del Poder Judicial—, pero esas dificultades no son privativas de un tipo de derechos en particular, sino que pueden detectarse frente a todo el catálogo de derechos humanos<sup>39</sup> y al complejo de obligaciones que involucra. Distintos países de la Región, a propósito de la evolución de las intervenciones jurídicas y políticas, han revisado las prácticas de exigibilidad, sobre todo aquellas de exigibilidad judicial.

Las discusiones que se acaban de repasar, asociadas mayormente con la construcción dogmática y con el alcance formal de los derechos, han sido continuadas por otras que se detienen en las dificultades de ejecución de sentencias y en la construcción de indicadores de medición

34 Ibid., párr. 101.

35 Ibid., párr. 103. Más allá de las apreciaciones generales, la Corte IDH no encuentra en el caso una violación al artículo 26. Sobre esta decisión, NASH y SARMIENTO (2010, p. 91) afirman que: “Si bien en el caso Acevedo la Corte no analiza la medida de restricción de las pensiones como una medida regresiva, es clara en señalar que una acción de este tipo sería justiciable. Esto abre las puertas hacia la revisión de políticas públicas que disminuyan el pleno goce, entre otros, del derecho a la salud, la educación o los derechos sindicales, no solo a través de la interpretación amplia de los derechos civiles y políticos, sino directamente”.

36 Ver el voto concurrente de la jueza Margarette May Macaulay en: CORTE IDH. Caso Furlán y familiares vs. Argentina. Sentencia de 31 de agosto de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). El voto declara la violación del artículo 26, en relación con el artículo 5 y 1.1 de la CADH.

Ver también el voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en: CORTE IDH. Caso Suárez Peralta vs. Ecuador. Sentencia de 21 de mayo de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

37 Del voto del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (*supra*, nota 36), párr. 10. El voto contiene un detalle de las discusiones alrededor de la exigibilidad de los DESC, algunas de las cuales se incluyen en este trabajo. A su vez, en el ámbito específico del Sistema Interamericano, el voto analiza las distintas posibilidades y juegos interpretativos entre el artículo 26 de la CADH y el Protocolo de San Salvador, así como las atribuciones de la Corte IDH de ejercer jurisdicción y reconocer la exigibilidad directa de ciertos aspectos de las normas mencionadas.

38 Ver: ABRAMOVICH y COURTIS (2004). Más adelante se hace referencia a las obligaciones que pesan sobre los Estados en el marco del DIDH.

39 Ver: COURTIS (2009, p. 93).

de su cumplimiento, mirando ya no a los alcances formales sino a las posibilidades de lograr una verdadera transformación a través del uso del litigio en derechos sociales<sup>40</sup>.

### Preguntas:

1. ¿En qué medida la distinción DESC, por un lado, y DCyP, por otro, se hace presente en el discurso jurídico y en la actividad jurisdiccional de su país?
2. ¿Qué posibilidades y qué límites identifica a propósito del litigio en DESC? En particular, ¿cree que los recursos judiciales disponibles para efectivizar estos derechos son idóneos?
3. ¿Qué estrategias pueden pensarse para avanzar en mayor medida en la satisfacción de los DESC? ¿Qué opinión le merece la exigibilidad indirecta de los DESC a través de la relectura en “clave social” de los DCyP?
4. Sobre la base de las siguientes apreciaciones de la CIDH, ¿qué vinculaciones haría entre fenómenos como el racismo y el sexismo, por un lado, y la sistemática falta de acceso a DESC por otro lado?

“[...]de acuerdo con la información disponible, de manera sistemática, las personas afrodescendientes en la región habitan en las zonas más pobres y con menor infraestructura y se encuentran más expuestas al crimen y la violencia. Asimismo, las personas afrodescendientes enfrentan serios obstáculos para acceder a los servicios de salud y educación, como así también para obtener una vivienda y acceder a empleos, especialmente en los niveles gerenciales y jerárquicos. En este sentido, la Comisión concluye que las personas afrodescendientes enfrentan importantes obstáculos en relación con el ejercicio y la garantía de sus derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales”<sup>41</sup>.

“[...] la población afrodescendiente se ve afectada por múltiples niveles de discriminación, teniendo en cuenta la estrecha relación que existe entre pobreza y raza y entre raza y clase, y cómo estas categorías se entrelazan profundizando la situación de riesgo de la población afrodescendiente. En particular, la CIDH observa con preocupación la especial situación de riesgo de las mujeres afrodescendientes, quienes han sufrido una triple discriminación histórica, en base a su sexo, pobreza extrema y a su raza. Esta situación puede agravarse en contextos sociopolíticos particulares, como es el caso de conflictos armados, entre otros”<sup>42</sup>.

5. ¿Qué pasos podría dar la Corte IDH para avanzar hacia una mayor exigibilidad judicial de los DESC?

40 A propósito de distintas experiencias en la Región, FILIPPINI y ROSSI (2008, p. 16) señalan que: “Hoy en día, puede afirmarse que la discusión en América Latina no gira ya en torno a la posibilidad del reclamo judicial de los derechos sociales, sino en torno a cuál es el papel que los tribunales deben desempeñar; cuál es el tipo de situaciones en las que deben intervenir y con qué alcance; cuál es el contenido normativo de los derechos en juego; qué tipo de órdenes y remedios deben emitir los jueces y principalmente, cuáles son las variables institucionales que deben fortalecerse para que la intervención judicial se traduzca en cambios concretos”.

41 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011c, párr. 11).

42 *Ibid.*, párr. 13.

- **La universalidad desde los márgenes**

En otro orden de ideas, el catálogo de derechos humanos también se ha visto sacudido por la demanda de progresividad impulsada por distintos grupos sociales excluidos de sus interpretaciones tradicionales. De la misma forma que, por razones ideológicas, los DESC se convirtieron por mucho tiempo —y todavía— en cláusulas “dormidas”<sup>43</sup>, la extensión del catálogo de derechos hacia las necesidades, exigencias y problemáticas prevalentes de distintos colectivos discriminados también ha enfrentado heterogéneos obstáculos, interpelando la universalidad que caracteriza formalmente al campo de los derechos humanos. La denuncia de esos recortes ideológicos se origina en distintos sectores, y se alienta con objetivos diversos. Una de particular relevancia provino históricamente de la teoría legal feminista y de sus referentes a nivel local e internacional, que han extendido sus críticas generales al ámbito más específico del Sistema Internacional de Derechos Humanos. En este punto, es elocuente la apreciación de Palacios Zuloaga:

“El derecho internacional de los derechos humanos no debe entenderse como una rama del derecho exenta de prejuicios de género. De hecho, como explican Charlesworth, Chinkin y Wright, dado que la base del derecho internacional son las convenciones y la costumbre, quienes crean este derecho son los representantes de los Estados naciones, Estados que son organizados de forma tal que excluyen a las mujeres. Por ende, el interés manifestado por los Estados en el ámbito internacional tiende a ser el predominante en el ámbito interno, es decir, el interés que reafirma el punto de vista masculino. El derecho internacional de los derechos humanos, como rama específica del derecho internacional, ha sido formulado y aplicado con las mismas discapacidades de género que tienen las demás ramas del derecho y, desde hace muchos años, ha estado en proceso de reformulación en un intento por alcanzar sus propias aspiraciones. En la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Naciones Unidas del año 1993, se proclamó que los derechos de las mujeres son derechos humanos. Llama la atención que en el año 1993, cuarenta y cinco años después de la Declaración Universal de Derechos Humanos, fuera necesario hacer esa aclaración, la que dado el tiempo transcurrido y el alarmante estado de los derechos humanos de las mujeres a nivel mundial, resultó más bien un mea culpa de parte de la comunidad global”<sup>44</sup>.

Las referencias a Charlesworth, Chinkin y Wright desde ya no son casuales, en tanto han dedicado parte de sus esfuerzos académicos a pensar la evolución del Derecho Internacional desde una clave sensible a temáticas de género. Estos procesos no han sido pacíficos ni sencillos. Un representativo artículo de la primera de estas autoras alertaba en 1997 sobre las dificultades de ejercer un rol crítico en este ámbito, dado que “[l]os análisis de los fundamentos y del alcance del derecho internacional de derechos humanos frecuentemente caen en un lenguaje heroico o místico [...] casi como si esta rama del derecho internacional fuera demasiado valiosa y demasiado frágil para resistir ser criticada”<sup>45</sup>.

43 En palabras de COURTIS y GARGARELLA (2009, p. 33), a propósito de los diseños constitucionales en la Región: “Hoy por hoy todavía estamos lejos de contar con Constituciones socialmente “activadas”, “despiertas”. Sin embargo, parece un hecho que —como ha ocurrido ya con otras cláusulas constitucionales— una sección entera de la Constitución, que parecía dormida, ha comenzado a desperezarse, y muestra voluntad de ponerse de pie, de ir incorporándose de a poco. Es difícil saber, todavía, si ello terminará ocurriendo y, en todo caso —y lo que es más relevante—, cuáles podrán ser las implicaciones que se sigan a partir de tal acontecimiento”.

44 PALACIOS (2011, pp. 7-8; citas omitidas).

45 CHARLESWORTH (1997, p. 56). Asimismo, en otro artículo, la autora señalaba: “Las críticas feministas al Derecho Internacional están en una etapa embrionaria. La mayoría de los abogados internacionalistas, aun quienes poseen una inclinación crítica, típicamente han considerado su disciplina como neutral en términos de género, incluso mucho después de que las críticas feministas en otras áreas del derecho destacaran la omnipresencia de los preconceptos de género en los sistemas legales nacionales” (CHARLESWORTH 1995, p. 1; traducción propia).

Sin embargo, los procesos críticos se han dado y la teoría legal feminista ha tomado parte en ellos. En relación con el DIDH, la crítica feminista se construye en torno a distintos tópicos, entre los cuales cabe mencionar la exclusión de las mujeres en su desarrollo, el uso de lenguaje androcéntrico y el reforzamiento de una distinción entre lo “público” y lo “privado” que relega a las mujeres a las esferas domésticas, las priva de acceso a derechos y habilita la discriminación y la violencia en su contra. También se ha detenido en los límites de las miradas occidentalizadas y en su impermeabilidad a la heterogeneidad de modalidades de dominación de género existentes. En definitiva, afirmará Charlesworth, los derechos “están contruidos sobre experiencias de vida típicamente masculinas, y en su forma actual no responden a los riesgos más urgentes que enfrentan las mujeres”<sup>46</sup>. Sin perjuicio de ello, lejos de sugerir el abandono de la lucha por los derechos, hace un llamado a corregir los distintos sesgos de género que los han caracterizado. En este punto, Charlesworth toma parte de un proceso que, sirviéndose de la deconstrucción, pretende reconstruir un panorama más inclusivo de una variedad de experiencias y vivencias.<sup>47</sup>

Saliendo del marco de pensamiento de las autoras citadas, es posible recuperar dos de las estrategias generalmente ensayadas para interpelar/reformular la idea de universalidad y dirigirla hacia la mejora de la situación de los grupos oprimidos. Por un lado, releer los instrumentos locales e internacionales de derechos humanos en clave de “diversidad”, desnudando el abstracto y restrictivo ideal de “persona” titular de derechos instituido a través de las interpretaciones tradicionales de sus disposiciones. Por otro lado, generar normativa de protección específica, orientada a los colectivos involucrados o a situaciones, demandas y exigencias que prevalecen en sus comunidades.<sup>48</sup> Estas estrategias parecen haber tenido lugar frente a las víctimas de racismo, de sexismo, de etnocentrismo y de homofobia, dando origen a normativa internacional específica.

Con relación a víctimas de discriminación y violencia de género, la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1967), la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979) y su Protocolo Facultativo (1999), la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (1993), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, 1994), así como distintas conferencias internacionales, programas de acción, resoluciones de organismos del sistema universal y regional, jurisprudencia e informes, han implicado notorios avances. De forma incipiente, comienzan a asomar desarrollos todavía más específicos, centrados en la situación de ciertas mujeres, bajo el obvio entendimiento de que no todas ellas experimentan la opresión de la misma manera. Por mencionar un ejemplo, no fue sino hasta 2010 que el Comité CEDAW expresó su preocupación por la situación de mujeres lesbianas, bisexuales y trans en la Argentina<sup>49</sup>, aun

46 CHARLESWORTH (1997, p. 56.) Por otra parte, la autora revela una preocupación particular y adicional por la diversidad que caracteriza a “las mujeres”, resistiendo —aún con dificultades— formas de universalismo esencialistas y rígidas. Sobre este último punto, ver: CHARLESWORTH (1995).

47 “El análisis feminista del Derecho Internacional tiene dos roles centrales, uno deconstructivo y otro reconstructivo. La deconstrucción de los valores implícitos y explícitos del sistema jurídico internacional significa desafiar su proclama de objetividad y racionalidad, por la limitada base en la que se construyen. Todas las herramientas y las categorías de análisis jurídico internacional se tornan problemáticas cuando comprendemos la exclusión de las mujeres en su construcción” (CHARLESWORTH 1995, p. 3; traducción propia).

48 En general, estas estrategias coexisten, pero también pueden presentar tensiones, como ejemplifica el *International Council on Human Rights*: “algunos temen que los esfuerzos por crear nuevos instrumentos internacionales de derechos humanos acaben debilitando la protección de los derechos, en vez de fortalecerla. Se teme inclusive que se pueda socavar todo el sistema internacional de protección de los derechos humanos. Por lo tanto, hay quienes argumentan que los Estados y los activistas de derechos humanos en vez de crear nuevas normas deberían trabajar con las normas ya existentes para ampliar su aplicación y proteger a personas no cubiertas” (INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS 2006, p. 4).

49 Ver: COMITÉ CEDAW. Observaciones Finales para la Argentina. U.N. Doc. CEDAW/C/ARG/CO/6, 16 de agosto de 2010, párr. 43-44.

cuando se arrastraban varias décadas de activismo local denunciando las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra.

La situación de los colectivos LGBTI también ha sido objeto de preocupación tardía por el Sistema Internacional de Derechos Humanos. Señala Miller que “[e]l principio de la no-discriminación, que es fundamental para los derechos humanos, ha tenido una influencia sorprendentemente tibia en casos y políticas sobre temas de identidad y relaciones sexuales, tanto en el plano internacional como regional”<sup>50</sup>. Sin perjuicio de ello, la pionera declaración que tuvo lugar en el 2007 en Yogyakarta (Indonesia) y que se plasmó en los *Principios sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género* (Principios de Yogyakarta), abrió la puerta hacia algunos desarrollos posteriores. Como indica Quinn, a propósito de los mencionados principios:

“Eran necesarios un mayor conocimiento y una comprensión más amplia de la medida en que las leyes internacionales de derechos humanos se aplican a la orientación sexual y la identidad de género. Aclarar las obligaciones ayudará a los Estados a cumplir su tarea, a los órganos de los tratados a aplicar las estipulaciones de manera coincidente, y a los activistas a promover el cambio”<sup>51</sup>.

En lo que refiere al Sistema Interamericano, en 2011 se creó una Unidad especializada en la CIDH para monitorear las condiciones de acceso a los derechos humanos de las personas LGBTI en la Región<sup>52</sup> y no fue hasta 2012 que la Corte IDH decidió el primer caso de discriminación por orientación sexual e identidad de género.<sup>53</sup> La Unidad mencionada recientemente ha reiterado “su profunda preocupación ante la violencia y discriminación contra las lesbianas, los gays y las personas trans, bisexuales e intersex (LGTBI), y en contra de las personas percibidas como tales en las Américas” y ha instado “a los Estados Miembros de la OEA a adoptar medidas urgentes para prevenir esta violencia y discriminación”<sup>54</sup>.

En definitiva, lejos de desacreditar el desarrollo de este campo, las críticas han permitido reformular sus alcances y ponerlo en mayor medida a disposición de aquellos grupos privados de recursos materiales y simbólicos<sup>55</sup>. Aun cuando algunas corrientes teóricas han desconfiado de las posibilidades del Derecho para cambiar las condiciones estructurales que generan la opresión<sup>56</sup>, lo cierto es que el Derecho, bajo determinadas condiciones, podría desplegarse estratégicamente como un poderoso discurso para la emancipación. Como indica una muy citada apreciación de Williams, solo quienes tienen derechos pueden darse el lujo de abandonarlos, en tanto “[p]ara los históricamente impotentes, la concesión de derechos es símbolo de todos los aspectos de su humanidad que le han sido negados”<sup>57</sup>. Incluso desde los grupos más críticos se ha reconocido la necesidad de realizar análisis situados y localizados, bajo la comprensión de que abandonar la herramienta de los derechos puede implicar, quizás, el abandonar la única herramienta que se tiene

50 MILLER (2010, p. 45; citas omitidas).

51 Ver: QUINN (2010, p. 22).

52 Ver: CIDH. Unidad para los Derechos de las Personas LGBTI. [En línea] <<http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/>> [Consulta: 5 de octubre de 2013].

53 CORTE IDH. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas). La Corte reconoce en el caso que la “orientación sexual” y la “identidad de género” son categorías protegidas por la CADH (ver párr. 91).

54 Ver: CIDH. Comunicado de Prensa: La CIDH expresa preocupación por la violencia y discriminación contra personas LGBTI, en particular jóvenes, en las Américas. [En línea] 15 de agosto de 2013. <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/060.asp>> [Consulta: 5 de octubre de 2013].

55 Ver: FRASER (1997, pp. 21-22).

56 Ver: KENNEDY (2006), entre otros.

57 WILLIAMS (2003, p. 55).

a disposición. En estos términos, un hecho innegable en la Región es que el activismo organizado, en mayor o menor medida, ha apostado a la movilización legal —local e internacional— como estrategia para hacer frente a la opresión.

### Preguntas:

1. ¿Qué aspectos positivos y qué aspectos negativos visualiza en el uso del discurso de los derechos por parte de colectivos históricamente privados de ellos? En particular, ¿qué posibilidades y límites observa, en su contexto específico, en el uso del litigio judicial para garantizar los derechos humanos de las mujeres? ¿Y de los colectivos LGTBI?
2. ¿Cree que existe alguna tensión entre la proclama de universalidad de los Derechos Humanos y los procesos de especificación que se verifican? ¿Cree que estos procesos resultan útiles para mejorar la situación de grupos sociales oprimidos?
3. ¿Qué opinión le sugiere el siguiente párrafo?

“Algunos/as historiadores/as y activistas de derechos humanos presentan la evolución de los estándares y la jurisprudencia internacionales como un trayecto unidireccional y progresivo, hacia una promoción cada vez más completa de los derechos, en un contexto de consenso generalizado entre las organizaciones que trabajan por los derechos. Otros/as se concentran en la forma como los derechos y las normas han surgido a partir de necesidades e intereses históricos específicos, y muchas veces han sido objeto de disputas. Lo que exponemos a continuación sigue esta segunda escuela de pensamiento y considera que la creación de normas de derechos humanos es, por su misma naturaleza, una tarea caótica”<sup>58</sup>.

4. ¿Cree que las críticas de la teoría legal feminista al Derecho Internacional de los Derechos Humanos mantienen vigencia? ¿Cuáles y en qué sentido?

### 3. RESTRICCIONES Y SUSPENSIONES LEGÍTIMAS AL CATÁLOGO DE DERECHOS

En un marco que llama a la permanente expansión del alcance de los derechos humanos y que ordena interpretarlos siempre en el sentido que “más favorece a la persona”<sup>59</sup>, hablar de posibilidades de restricción y suspensión legítimas resulta problemático. Sin embargo, el propio sistema de derechos humanos regula una serie de reglas —un “test”— a efectos de determinar la validez/invalidéz de las limitaciones de derechos y de reducir la discrecionalidad estatal. Toda limitación, en este sentido, es de último recurso y solo en la medida necesaria en una sociedad democrática.<sup>60</sup> Por su parte, no todo derecho puede ser sujeto a limitaciones; algunos no pueden restringirse ni suspenderse bajo ninguna circunstancia.<sup>61</sup>

58 MILLER (2010, p. 31).

59 Ver la nota al pie N° 7, sobre los alcances del principio propersona.

60 MEDINA y NASH (2003, p. 11).

61 El ejemplo clásico es el derecho a no ser objeto de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Sobre la falta de realización práctica de este mandato frente a las mujeres y los colectivos LGTBI puede verse: CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2013, párrs. 36-38, 45-50 y 76-79), entre otros.

### 3.1. Las restricciones a los Derechos Humanos

Como sostiene Nash:

“Los catálogos contenidos en los tratados de derechos humanos regulan la restricción general de derechos por parte del Estado. La facultad de restringir, sin embargo, no es discrecional para el Estado, sino que está limitada por el Derecho Internacional. Este exige el cumplimiento de ciertas condiciones, cuya ausencia transforma la restricción en ilegítima y, por lo tanto, en violatoria de las obligaciones internacionales del Estado. Los requisitos de una restricción legítima son: (a) respeto del principio de legalidad; (b) objetivo legítimo; (c) respeto del principio de proporcionalidad”<sup>62</sup>.

En los términos señalados, el principio de **legalidad** (punto a) ordena que toda posibilidad de restricción esté contemplada normativamente y de forma previa a su operación. Asimismo, la norma que la contemple debe cumplir ciertos requisitos formales y materiales, como fuera afirmado por la propia Corte IDH<sup>63</sup>. Este requerimiento es de una relevancia particular en nuestra Región, marcada por una historia de uso abusivo de herramientas normativas distintas a las leyes para llevar adelante políticas de gobierno. Distintos autores/as señalan la impronta excesivamente presidencialista que ha caracterizado a buena parte del constitucionalismo latinoamericano, problema que no ha sido ajeno a los procesos de reforma más recientes. Al respecto, señala Gargarella que:

“Como una particularidad propia del constitucionalismo latinoamericano, muchos países de la región adoptaron Constituciones fuertemente presidencialistas. La opción por un sistema presidencialista resulta, nuevamente, polémica, pero no importa en principio una directa confrontación con el modelo “ideal” arriba definido. De todos modos, dicha colisión suele aparecer cuando desmenuzamos el tipo de facultades delegadas sobre tales presidentes. En especial, corresponde llamar la atención sobre la habitual atribución de “facultades extraordinarias” autorizadas por muchas Constituciones. [...] La amplitud de estas facultades; la facilidad con que se las concede habitualmente; la carencia de controles adecuados sobre las mismas, tornaba a dichas proposiciones contradictorias con el genuino propósito de preservar la estructura de derechos y un sistema político efectivamente democrático”<sup>64</sup>.

Por otra parte, no solo se requiere que la posibilidad de establecer límites tenga estricto reconocimiento legal, sino que estos límites deben, además, perseguir algún **objetivo legítimo** a la luz del derecho internacional de los derechos humanos (punto b). El problema desde la normativa internacional, en lo formal, tiene relación con el enorme grado de indeterminación con el que estos fines suelen expresarse, máxime cuando se vinculan con la protección de bienes colectivos.<sup>65</sup> Así, objetivos tales como el interés general de la sociedad, la seguridad, el orden, la salud y la moral

62 NASH (2007, p. 7).

63 Ver: CORTE IDH. Opinión consultiva OC 6/86: “La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, de 9 de mayo de 1986, párr. 26-32. Señala la Corte que “no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general” (párr. 26) y “que la expresión leyes, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado” (párr. 27).

64 GARGARELLA (2003, p. 13).

65 Advirtiendo estas dificultades, señalaba NINO (1993, p. 481) que: “La misma noción de derechos individuales incluye, como se dijo, la de poner límites a la persecución de intereses colectivos o consideraciones de bien común, por lo que invocar estas consideraciones para restringir derechos implica claramente negar la función limitadora de los derechos”.

públicos<sup>66</sup>, suelen caracterizarse por su generalidad y pueden operar como armas de varios filos. Lo mismo puede predicarse de aquellos límites vinculados con la protección de los derechos y libertades de los demás.<sup>67</sup> El extendido uso de la muletilla “los derechos no son absolutos, sino relativos” en la Región, ha servido más para el ejercicio de la discrecionalidad que para resolver genuinos conflictos de derechos.<sup>68</sup> Si bien el Derecho Internacional opera con criterios restrictivos frente a la restricción, la letra de los tratados no es de gran ayuda en este punto. Asimismo, en un campo específico como el de la sexualidad, la teorización sobre estas categorías debería recibir una ocupación mucho mayor por parte del DIDH Siguiendo a Miller, aunque varias relatorías especiales han llamado la atención sobre el carácter ambiguo que estas categorías adquieren en leyes locales de distintos Estados, “todavía no existe una compilación amplia que analice el trabajo de los órganos de tratados en esta área”<sup>69</sup>. En esa línea, sugiere:

“Indagaciones específicas sobre la utilización de la ‘salud pública’, el ‘orden público’ y la ‘moral pública’ como criterios para promover (o limitar) la intervención estatal en el terreno de la sexualidad. Este trabajo sería similar al de la creación de los Principios de Siracusa sobre la limitación y derogación de disposiciones en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pero centrado en la sexualidad desde una mirada diversa y contemporánea. Como ya señaláramos, el criterio de la salud pública se puede actualizar. Resulta menos claro que se pueda decir lo mismo del orden público, la moral pública y la seguridad pública”<sup>70</sup>.

Finalmente, mencionados los puntos (a) y (b), resta describir los requerimientos del principio de **proporcionalidad** (punto c). Sobre éste, indica Nash —con cita a la Corte IDH<sup>71</sup>— que exige que “la medida debe ser aquella que consiga el fin buscado afectando de menor forma el goce o ejercicio del derecho objeto de la restricción, lo que implica que, si hay una alternativa menos gravosa, debe emplearse esa alternativa”<sup>72</sup>. Así, el mandato de proporcionalidad impone como requisitos la conducencia de la medida (que sea idónea para alcanzar el fin perseguido), su necesidad y la inexistencia de una alternativa menos lesiva<sup>73</sup>.

- **El test en acción: “Artavia Murillo”, restricciones inválidas y acceso a derechos sexuales y reproductivos**

Un interesante ejemplo de aplicación del test de restricción de derechos se ha dado en el caso “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”<sup>74</sup>, recientemente decidido por la Corte Interamericana.

66 Ver: CADH, Artículos 12, 13, 15, 16, 22; y PIDCP, Artículos 12, 18, 19, 21, 22.

67 *Ibíd.*

68 Señala GARGARELLA (2012, p. 27) que: “A diario tenemos que resolver estas trágicas situaciones frente a dos derechos que disputan por el mismo espacio. Pero por supuesto, la discusión no termina cuando se dice: «Su derecho chocó con el mío». En todo caso, ahí es donde comenzaría. ¿Por qué un derecho es el que pierde y no el que gana?”.

69 MILLER (2010, p. 47).

70 *Ibíd.*, p. 54.

71 Corte IDH. Opinión consultiva OC 5/85: “La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, de 13 de noviembre de 1985.

72 NASH (2007, p. 7).

73 En el ámbito del Sistema Universal, señala el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su Observación General N° 31 que: “En los casos en que se apliquen tales restricciones, los Estados deberán demostrar su necesidad y solo podrán tomar las medidas que guarden proporción con el logro de objetivos legítimos a fin de garantizar una protección permanente y efectiva de los derechos reconocidos en el Pacto. En ningún caso podrán aplicarse o invocarse las restricciones de manera que menoscaben el elemento esencial de un derecho reconocido en el Pacto” (COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS 2004, párr. 6).

74 Ver: CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *In Vitro*”) vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Allí se discutía la responsabilidad de Costa Rica por las limitaciones que su sistema judicial (Sala Constitucional de la Corte Suprema) impuso para el acceso a técnicas de fecundación *in vitro* (FIV) en el país, que resultaron en una prohibición infranqueable. Estas dificultades, en mayor o menor medida, aparecen en los distintos Estados donde se utilizan estas técnicas, de allí la conveniencia de detenerse en el análisis de la Corte IDH. A propósito de las restricciones, señala que:

“Al respecto, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que un derecho puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, deben estar previstas en ley en sentido formal y material, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. En el presente caso, la Corte ha resaltado que el “derecho absoluto a la vida del embrión” como base para la restricción de los derechos involucrados, no tiene sustento en la Convención Americana (*supra*, párr. 264)<sup>75</sup>, razón por la cual no es necesario un análisis en detalle de cada uno de dichos requisitos, ni valorar las controversias respecto a la declaración de inconstitucionalidad en sentido formal por la presunta violación del principio de la reserva de ley. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal estima pertinente exponer la forma en que el sacrificio de los derechos involucrados en el presente caso fue desmedido en relación con las ventajas que se aludían con la protección del embrión”<sup>76</sup>.

Por su parte, agrega la Corte IDH que la tensión debe resolverse a través de un juicio que pondere: “i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro”<sup>77</sup>. Analizados los extremos mencionados, la Corte IDH concluye en el caso que las limitaciones para el acceso a las técnicas de fecundación *in vitro* anulaban los derechos de quienes requerían acceder a ellas —entre otros, el derecho a la autonomía reproductiva y a la vida privada<sup>78</sup>—, les imponían una serie de cargas injustificadas y les discriminaba en razón de género (en tanto las restricciones impactaban de forma negativa y desproporcionada en las mujeres, atendiendo a los estereotipos existentes y a que son procesos que se relacionan especialmente con sus cuerpos), de capacidad/discapacidad (en tanto las restricciones impactaban de forma negativa y desproporcionada en aquellas personas con dificultades o imposibilidad de procrear sin acceso a la FIV) y de recursos económicos (en tanto

75 Sostenia el Tribunal en dicho considerando: “La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la “concepción” en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general” (Ibíd., párr. 264)

76 Ibíd., párr. 273 (citas a jurisprudencia previa omitidas).

77 Ibíd., párr. 274 (citas a jurisprudencia previa omitidas).

78 En el fallo mencionado, la Corte IDH rechaza algunas líneas de razonamiento que frecuentemente se verifican en la Región para limitar el acceso a Derechos Sexuales y Reproductivos (ver: Ibíd., párr. 264). Por otra parte, la Corte desarrolla la base convencional de estos derechos, vinculándolos centralmente con el derecho a la vida privada, entre otros. Indica el Tribunal Interamericano: “El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que este va más allá del derecho a la privacidad. La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior” (Ibíd., párr. 143. Citas a jurisprudencia previa omitidas).

las restricciones impactaban de forma negativa y desproporcionada en quienes no contaban con los recursos para acceder a estas técnicas en el extranjero). En síntesis, afirma el Tribunal Interamericano:

“Una ponderación entre la severidad de la limitación de los derechos involucrados en el presente caso y la importancia de la protección del embrión, permite afirmar que la afectación del derecho a la integridad personal, libertad personal, vida privada, la intimidad, la autonomía reproductiva, el acceso a servicios de salud reproductiva y a fundar una familia es severa y supone una violación de dichos derechos, pues dichos derechos son anulados en la práctica para aquellas personas cuyo único tratamiento posible de la infertilidad era la FIV. Asimismo, la interferencia tuvo un impacto diferenciado en las presuntas víctimas por su situación de discapacidad, los estereotipos de género y, frente a algunas de las presuntas víctimas, por su situación económica”<sup>79</sup>.

La jurisprudencia señalada puede leerse como una incipiente incursión de la Corte IDH en el campo de los Derechos Sexuales y Reproductivos, que cabe continuar a futuro atendiendo principalmente al fenómeno de restricción e inaccesibilidad que afecta a estos derechos en los países latinoamericanos.<sup>80</sup> Discusiones vinculadas con el acceso a programas de salud sexual y reproductiva, con la anticoncepción de emergencia, con los supuestos de no punibilidad del aborto y con su liberalización a demanda, comúnmente se enfrentan a restricciones, que incluso buscan una pátina de legitimidad en la normativa internacional. Teniendo esto en cuenta, y abonando la sugerencia de Miller, el D.I.D.H. podría profundizar su ocupación en la materia y hacer mucho más por eliminar la discrecionalidad con la que se mueven los distintos actores estatales en este terreno.<sup>81</sup>

### 3.2. Las suspensiones a los Derechos Humanos

El Derecho Internacional permite suspender temporalmente ciertas obligaciones respecto de los derechos reconocidos. En el Sistema Interamericano, esta excepcional facultad se desprende del artículo 27 de la CADH.<sup>82</sup> En palabras de Medina:

“En este marco se establecen (i) las causales por las cuales se pueden suspender ciertas obligaciones del tratado; (ii) los derechos respecto de los cuales el Estado no puede suspender ninguna obligación; (iii) un requisito de proporcionalidad en el tiempo y en el tipo de suspensiones que se decreten; (iv) la exigencia de que las medidas no pueden ser discriminatorias; y (v) la prohibición de suspender obligaciones cuando esta suspensión es incompatible con las demás obligaciones internacionales del Estado, esto en razón de que el Estado, como se dijo anteriormente, debe aplicar la norma que más favorezca a los individuos. Finalmente, la Convención exige que se informe a los demás Estados Partes de la situación de emergencia”<sup>83</sup>.

Respecto del primero de los requerimientos<sup>84</sup>, la Convención Americana reconoce la posibilidad de suspender en casos de “guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace

79 Ibid., párr. 314.

80 BERGALLO (2011).

81 La propuesta de una Convención sobre Derechos Sexuales y Reproductivos, impulsada por una coalición de organizaciones en Latinoamérica, puede leerse como un esfuerzo en esa dirección.

82 En sentido similar, ver artículo 4 del PIDCP.

83 MEDINA (2005, p. 46).

84 Todos ellos son trabajados con mayor detalle en: Ibid., pp. 45-57.

la independencia o seguridad del Estado parte” (art. 27.1)<sup>85</sup>. Respecto de las obligaciones que no pueden suspenderse, el artículo enumera en su inciso segundo aquellas que se desprenden de los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica), 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal), 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre), 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad), 12 (Libertad de Conciencia y de Religión), 17 (Protección a la Familia), 18 (Derecho al Nombre), 19 (Derechos del Niño), 20 (Derecho a la Nacionalidad) y 23 (Derechos Políticos)<sup>86</sup>. Tampoco autoriza la suspensión de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos, en particular la acción de hábeas corpus y de amparo, así como otros recursos efectivos ante los tribunales competentes para garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no se encuentra autorizada por la Convención.<sup>87</sup>

En relación con el principio de proporcionalidad, cabe remitir a varias de las apreciaciones realizadas en el acápite anterior sobre la restricción de derechos, que resultan también aplicables a este supuesto. Según el propio artículo 27.1, las disposiciones que suspendan el ejercicio de derechos solo pueden tomarse “en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación” que les ha dado origen. Por otra parte, deben ser necesarias y conducentes, estar directamente dirigidas a superar esa situación, y no deben existir vías menos lesivas de los derechos afectados capaces de lograr el objetivo que se pretende. Finalmente, a lo dicho pueden sumarse las disposiciones que mandan a que las disposiciones que suspenden derechos no resulten discriminatorias<sup>88</sup>, así como el deber estipulado convencionalmente de “informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión” (artículo 27.3).

- **La suspensión de derechos en tiempos recientes**

Respecto de la aplicación del artículo precedente, es interesante traer a colación la situación vivida en Honduras pocos años atrás, a propósito del derrocamiento del presidente Zelaya en el 2009.<sup>89</sup> En el marco de esos sucesos y en relación con distintas medidas de suspensión de derechos dispuestas por el gobierno de facto, la CIDH recordó que:

“De acuerdo con la Convención Americana, la suspensión de garantías debe reunir una serie de requisitos. El primero de ellos es que la suspensión de garantías sea adoptada por un Gobierno

85 El artículo 4 del PIDCP autoriza las restricciones “en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación”.

86 Señala Nash que, en relación con lo regulado en el artículo 4 del PIDCP, la CADH “claramente es más restrictiva para los Estados, probablemente por la experiencia que el continente americano ha tenido con los estados de excepción” (NASH 2006, p. 13).

87 Sobre el punto, ver las Opiniones Consultivas OC 8/87: “El hábeas corpus bajo suspensión de garantías”, de 30 de enero de 1987; y OC 9/87: “Garantías judiciales en estados de emergencia”, de 6 de octubre de 1987, en las cuales la Corte IDH desarrolla con mayor detalle el tipo de garantías que no pueden suspenderse, reconociendo una íntima relación entre los derechos y los recursos para hacerlos valer. En otras palabras, suspender la posibilidad de utilizar recursos es una forma de limitar y/o anular el alcance de los derechos cuya protección —a través del uso del recurso— se pretende.

88 MEDINA (2005, p. 54-55).

89 Señala la CIDH: “El 28 de junio de 2009 se produjo en Honduras el derrocamiento del Presidente democráticamente electo y la ruptura del orden democrático y constitucional. A las 5 de la mañana, efectivos del Ejército hondureño, actuando bajo instrucción del Jefe del Estado Mayor Conjunto y del Vice Ministro de Defensa, ingresaron a la residencia presidencial, privaron de libertad al Presidente José Manuel Zelaya Rosales y lo trasladaron en un avión militar a Costa Rica” (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 2009, párr. 2). Con motivo de esta situación, la Asamblea General de la OEA decidió suspender al Estado de Honduras en el ejercicio de su derecho de participación en la Organización (párr. 4).

que ejerza el poder público en forma legítima dentro del contexto de una sociedad democrática. En efecto, como ha sostenido la Corte Interamericana, “la suspensión de garantías carece de toda legitimidad cuando se utiliza para atentar contra el sistema democrático, que dispone límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales de la persona”<sup>90</sup>.

[...] “De conformidad con el artículo 27 de la Convención Americana, el alcance de las suspensiones debe ser el estrictamente necesario para paliar la situación de emergencia y eso implica limitar su alcance temporal, espacial y los derechos que se suspenden...”<sup>91</sup>.

[...] “Aun dentro de un estado de excepción legítimo, cada uno de los actos de implementación debe ser razonable, esto es, estrictamente adecuado a la causa y el alcance del estado de excepción, sin que exista ningún tipo de discriminación...”<sup>92</sup>.

Aplicados estos criterios generales a la situación hondureña, la CIDH entendió que si bien las autoridades de facto negaron que sus disposiciones constituyeran suspensiones de derechos establecidos, dichas disposiciones incluso violaban la normativa interna del propio país en relación con el “estado de sitio”, a la par que extendieron su vigencia por plazos superiores a los formalmente reconocidos. Asimismo, entendió el organismo que algunas de las medidas dispuestas (por ejemplo, toques de queda) se implementaron “sin justificación de su razonabilidad y su pertinencia en relación con la situación que motivó el estado de excepción”<sup>93</sup> y de manera que no fue uniforme, sino selectiva y discriminatoria.<sup>94</sup> Por su parte, entendió que frente a este estado de situación tampoco operaron los recursos y garantías dirigidos a hacer valer los derechos afectados<sup>95</sup>. En definitiva, el resultado de este contexto se ilustra adecuadamente en el siguiente párrafo, que muestra incluso afectaciones a derechos que no pueden ser suspendidos:

“(J)unto con la deslegitimación institucional originada por el golpe de Estado, se han producido graves violaciones a los derechos humanos, incluyendo muertes, declaración arbitraria del estado de excepción, represión de manifestaciones públicas a través del uso desproporcionado de la fuerza, criminalización de la protesta social, detenciones arbitrarias de miles de personas, tratos crueles, inhumanos y degradantes y malas condiciones de detención, militarización del territorio, aumento de las situaciones de discriminación racial, violaciones a los derechos de las mujeres, serias restricciones arbitrarias al derecho a la libertad de expresión y graves vulneraciones a los derechos políticos. La CIDH también comprobó la ineficacia de los recursos judiciales para proteger los derechos humanos”<sup>96</sup>.

90 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009, párr. 212), con cita a la CORTE IDH. Opinión consultiva OC 8/87 (*supra*, nota 87), párr. 20. Agrega la CIDH que: “La declaración del estado de excepción por parte de un gobierno de facto carece de legitimidad de origen y es nula *ab initio*” (párr. 162).

91 *Ibíd.*, párr. 220.

92 *Ibíd.*, párr. 222.

93 *Ibíd.*, párr. 220.

94 *Ibíd.*, párr. 222.

95 *Ibíd.*, párr. 234. En sentido similar, ver: ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2010). Este organismo indicó que: “Las autoridades *de facto* declararon el estado de excepción mediante sucesivos decretos. Estos no cumplían las normas internacionales, principalmente las previstas en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En particular, no cumplían los requisitos relativos a la gravedad de la emergencia, el principio de necesidad y la proporcionalidad de las medidas adoptadas. Las autoridades tampoco informaron a las Naciones Unidas ni a la OEA, como exigen los instrumentos internacionales correspondientes. El principio de legalidad se violó también porque los decretos no fueron publicados en forma oportuna y la formulación de las restricciones no fue lo suficientemente precisa, especialmente en relación con el marco y la hora de aplicación de los toques de queda” (párr. 14). Las itálicas son parte del original.

96 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009, párr. 6).

De cara a este trabajo, conviene detenerse en las violaciones de derechos que la CIDH recaba en relación con las mujeres y los colectivos LGTBI, que evidencian cómo estos contextos pueden acentuar y hacer crecer exponencialmente ciertos problemas y obstáculos generales de acceso a derechos. Señala la CIDH en su Informe que “ha recibido información que revela que, a partir del golpe de Estado, se han profundizado situaciones de discriminación respecto de determinados grupos sociales que históricamente han sido excluidos y discriminados en Honduras”<sup>97</sup>, que “[e]n particular, se ha constatado un agravamiento en las situaciones de extranjeros, fundamentalmente de origen nicaragüense, garífunas y miembros de la comunidad gay”<sup>98</sup> y que “[l]a información recibida es concordante en el sentido de que las fuerzas de seguridad actuaron en forma discriminada respecto de las mujeres y que, además de golpearlas en numerosas oportunidades, fueron objeto de violencia sexual”<sup>99</sup>. Desde ya, estas prácticas fueron marcadas asimismo por la inaccesibilidad a los recursos dirigidos a prevenirlas, investigarlas y sancionarlas<sup>100</sup>. A 2012, tres años después de los sucesos reseñados, la CIDH continuaba verificando violaciones de derechos humanos, “en especial, en lo referente al derecho a la libertad de expresión y a la situación de las defensoras y los defensores que dan seguimiento a situaciones heredadas del golpe de Estado”<sup>101</sup>.

### Preguntas:

1. ¿Qué tipo de restricciones ilegítimas de derechos humanos de las mujeres puede identificar en su país? ¿Y de los colectivos LGTBI?
2. ¿Qué opinión le sugiere la mención a bienes colectivos como el orden, la seguridad y la moral pública en la normativa internacional? ¿Cómo operan estos conceptos en el ámbito interno de su país? ¿Qué sucede cuando se trasladan al campo de discusión sobre sexualidad?
3. Explique el “test” que utiliza la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el marco de la causa “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”. Siguiendo el criterio de la Corte IDH, identifique los derechos e intereses en juego, en qué sentido entran en tensión y cómo se aplica el correspondiente juicio de ponderación. Señale, a su vez, los distintos métodos de interpretación convencional que se utilizan en el fallo para definir los alcances del artículo 4.1 de la CADH.

97 Ibíd., párr. 198.

98 Ibíd.

99 Ibíd., párr. 529. En línea similar, el Informe del ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2010, párr. 57) sostuvo: “Los movimientos de mujeres denunciaron un aumento de la violencia contra las mujeres durante la crisis, además de una reducción de las denuncias presentadas a las autoridades como resultado de la falta de confianza en ellas. Centenares de mujeres han sido víctimas de abuso, incluidos en algunos casos la violación, los malos tratos y la tortura, cometidos por agentes de policía y militares, en particular en el contexto de las demostraciones”. Se agregan también limitaciones al derecho a la libertad de expresión de las mujeres, hostigamientos y amenazas a defensores/as de sus derechos, abusos y violaciones sexuales, malos tratos y tortura, despidos, retrocesos en materia de salud sexual y reproductiva y falta de acceso a la justicia (párr. 57-63).

100 Señala el Informe del ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2010, párr. 81): “La impunidad de la mayoría de las violaciones de derechos humanos cometidas durante la crisis aumentó la vulnerabilidad de las víctimas. La ausencia de investigaciones judiciales independientes, oportunas y efectivas dejó impunes a la mayoría de los responsables, y a las víctimas, sin protección ni reparación judicial apropiada”.

101 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012b, párr. 152).

4. Atendiendo a que en numerosos países de la Región el acceso a técnicas de reproducción asistida queda también mediado por factores como la orientación sexual y la identidad de género de quienes las requieren, ¿cree que podría extenderse el análisis de la Corte IDH en “Artavia Murillo” para invalidar esas restricciones discriminatorias?
5. ¿Qué impacto podrían tener —si alguno— las consideraciones del fallo “Artavia Murillo” respecto del acceso a derechos sexuales y reproductivos y, en particular, al derecho al aborto en la Región?
6. ¿Considera que el diseño de una Convención sobre Derechos Sexuales y Reproductivos para la Región constituye una estrategia efectiva? ¿Qué ejes temáticos prioritarios debería incorporar una Convención de este tipo?

## 4. ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD Y OBLIGACIONES GENERALES DE LOS ESTADOS: RESPETAR Y GARANTIZAR LOS DERECHOS HUMANOS

### 4.1. Atribución de responsabilidad directa e indirecta

Las obligaciones que pesan en cabeza de los Estados han ido evolucionando a la par del propio DIDH. Especificar sus alcances es un elemento clave para la atribución de responsabilidad, en tanto los Estados solo responden por aquello a lo que están obligados. Entre las obligaciones centrales destacan aquellas que mandan a respetar y garantizar los derechos humanos, cruzadas a su vez por la obligación más general de no discriminación.<sup>102</sup> Estas obligaciones vinculan a cada Estado en su totalidad y la responsabilidad puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano, más allá de su jerarquía<sup>103</sup>.

“Todos los poderes públicos (ejecutivo, legislativo y judicial) y demás autoridades públicas o gubernamentales, sea cual fuere su rango —nacional, regional o local—, están en condiciones de comprometer la responsabilidad del Estado Parte. El poder ejecutivo que por lo común representa al Estado Parte en el plano internacional, señaladamente ante el Comité, no puede aducir el hecho de que un acto incompatible con una disposición del Pacto ha sido realizado por otro poder público para tratar de liberar al Estado Parte de responsabilidad por el acto y de la consiguiente incompatibilidad”<sup>104</sup>.

En esos términos, si bien se acostumbra concentrar la responsabilidad estatal en los actos u omisiones de agentes del Poder Ejecutivo<sup>105</sup>, lo cierto es que las distintas dependencias públicas pueden hacer incurrir en responsabilidad internacional a los Estados. El Poder Legislativo, a propósito de la sanción de normativa incompatible con las disposiciones de los tratados internacionales, o por

102 CADH, Artículo 1.1: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

103 Ver: NASH (2004, p. 19).

104 Ver: COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (2004, párr. 4). Agrega el Comité que: “Esta interpretación se desprende directamente del principio enunciado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, en virtud del cual un Estado Parte ‘no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado’”.

105 NASH (2006, pp. 208-209).

no adecuar la legislación interna a las disposiciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.<sup>106</sup> El Poder Judicial, “por denegación de justicia, infracciones al debido proceso, aplicación de normas incompatibles o interpretación incompatible con las obligaciones internacionales del Estado”<sup>107</sup>. El órgano público encargado de la persecución penal (según el país, Ministerio Público, Fiscalía o Procuraduría), por violaciones a los deberes de debida diligencia en la investigación de ciertos delitos.<sup>108</sup> El órgano encargado de la defensa pública, por no brindar defensa técnica eficaz a quien se le imputa un delito, o por no articular servicios idóneos para el acceso a la justicia de quien reclama por sus derechos. Estos, entre muchos otros ejemplos.

Por su parte, los Estados también pueden incurrir en responsabilidad de manera indirecta, ya no por la acción de los funcionarios de sus distintos poderes y dependencias, sino por la acción de particulares desplegada con su apoyo o tolerancia, o bajo su falta de atención y respuesta.<sup>109</sup> Centrándose en estos últimos supuestos —falta de atención y respuesta—, Abramovich sostiene que “[l]a atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse cuando el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes, con esta función de protección, pero solo en aquellas circunstancias particulares en que se considere que los agentes estatales cumplían una posición de garantes con relación a la acción de particulares”<sup>110</sup>. Como se verá con posterioridad a propósito de la obligación de garantía, este ámbito de responsabilidad indirecta resulta central en la ampliación de la protección hacia las mujeres y los colectivos LGTBI, no solo expuestos a la violencia estatal sino también a una extendida violencia social, que en muchas ocasiones comienza en el marco mismo de las relaciones familiares e interpersonales.

Finalmente, cabe recordar que “[a] diferencia del ilícito internacional clásico, el ilícito por violaciones a los derechos humanos se produce en el momento en que el Estado actúa en violación a una norma obligatoria, sin necesidad de que exista falta o culpa por parte del agente, ni tampoco que se produzca un daño”<sup>111</sup>, lo cual es compatible con el carácter más preventivo que sancionatorio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>112</sup>.

## 4.2. Obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos

Se ha escrito mucho sobre las obligaciones específicas a cargo de los Estados, en particular sobre aquellas que mandan al *respeto* y *garantía* de los derechos humanos. En el ámbito interamericano, desde la temprana jurisprudencia de la Corte IDH se empezaron a delinear las diferencias entre ambos tipos de obligaciones, siendo el caso “Velázquez Rodríguez vs. Honduras”<sup>113</sup> aquel que dio origen a una evolución y mayor conceptualización —por la propia Corte y por parte de analistas del campo de los derechos humanos— sobre los alcances de estas obligaciones y sobre

106 *Ibíd.*, p. 208. Ver también la obligación emanada del artículo 2 de la CADH, que posteriormente se mencionará.

107 *Ibíd.*, p. 209. Sobre la responsabilidad internacional por el accionar del aparato jurisdiccional, pueden verse los casos “Artavia Murillo” (*supra*, nota 74) y “Atala Riffo” (*supra*, nota 53), entre otros.

108 A modo de ejemplo, ver: CORTE IDH. Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

109 ABRAMOVICH (2010, pp. 174-175) señala que en ocasiones también se entiende que el Estado responde de forma indirecta por hechos de particulares cuando estos actuaron bajo su tolerancia, aquiescencia o apoyo, pero a su criterio este tipo de sucesos se asemejan más a una responsabilidad directa del Estado que a una indirecta.

110 *Ibíd.*, p. 173.

111 NASH (2004, p.13).

112 *Ibíd.* De cualquier forma, como se verá con posterioridad, es frecuente en la jurisprudencia del sistema internacional incorporar la sanción como instrumento de prevención, lo cual genera alguna inestabilidad en la distinción referida.

113 CORTE IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo).

cómo deben ser entendidas cuando involucren la situación de grupos vulnerables<sup>114</sup>. En aquel caso, la Corte IDH había afirmado, a propósito de la interpretación del artículo 1.1 de la CADH:

“La primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo, es la de “respetar los derechos y libertades” reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado. Como ya lo ha dicho la Corte en otra ocasión, (...) en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal”<sup>115</sup>.

“La segunda obligación de los Estados Partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”<sup>116</sup>.

“Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención”<sup>117</sup>.

Tomando como punto de partida la jurisprudencia citada y atendiendo a su evolución posterior, las obligaciones de respeto requieren que el Estado y sus agentes cumplan directamente con el mandato de la normativa internacional.<sup>118</sup> Si bien en las definiciones clásicas<sup>119</sup> se entiende que estas obligaciones implican en lo central deberes de abstención para los Estados, autores como Nash sostienen que exigen del Estado aquello que efectivamente se requiera para cumplir ese mandato —sean abstenciones, sean prestaciones, sean combinaciones entre ambas conductas—. Para el autor, “el contenido de la obligación estará definido, en consecuencia, a partir del mandato normativo del derecho o libertad concreto”<sup>120</sup>.

114 Sobre el caso “Velásquez Rodríguez”, MEDINA (2009, p. 22) señala: “Las bases de gran parte del desarrollo de la jurisprudencia de la Corte se asentaron en este caso. Su mayor aporte fue precisamente la elaboración del contenido de la obligación de garantizar”. Su extensión a supuestos distintos de los ventilados allí se verá con posterioridad en este escrito.

115 Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (*supra*, nota 113), párr. 165 ( citas omitidas).

116 *Ibid.*, párr. 166.

117 *Ibid.*, párr. 172.

118 De acuerdo con NASH (2004, p. 16), “para el Estado esta es una obligación que puede llamarse principal o directa, en el sentido de que si se cumple, el valor o bien jurídico protegido no se habrá visto afectado por parte del Estado”.

119 MEDINA (2005, pp. 16-17); NIKKEN (2010, p. 132).

120 NASH (2007, p. 5). Desde mi perspectiva, este enfoque genera algunos desafíos para las relaciones entre obligaciones de respeto y garantía, sobre todo en lo que refiere a potenciales fronteras difusas y solapamientos entre ambas.

Mientras tanto, existe un acuerdo generalizado en que las obligaciones de garantía son de carácter más complejo y exigente, en tanto requieren el despliegue del aparato público de manera tal de crear las condiciones efectivas para que los derechos puedan ser ejercidos y gozados bajo su jurisdicción. Implican, de esta forma, un paquete más completo de obligaciones positivas, cuyo incumplimiento puede hacer responsable al propio Estado incluso por los actos de particulares.<sup>121</sup> Así, siguiendo a Medina, “la especificación de la obligación de garantizar es de amplio alcance y va desde la promoción de los derechos, a la remoción de obstáculos gubernamentales o privados y a las medidas especiales para igualar en cuanto a sus oportunidades a un grupo que está en situación desmedrada con respecto al resto de la comunidad”<sup>122</sup>.

En el sentido de la última cita, es interesante estudiar los alcances que estas obligaciones han adquirido respecto de grupos sujetos a relaciones de opresión y/o desventaja en sus comunidades políticas. En particular, las obligaciones de respeto y garantía, así como aquella que manda a adoptar disposiciones de carácter interno (artículo 2, CADH)<sup>123</sup>, han tomado un cariz especial en relación con la persistente violación de derechos humanos sufrida por las mujeres y otros colectivos por razones de género.

- **Obligaciones de garantía frente a la violencia discriminatoria**

Como se dijo, desde el caso “Velázquez Rodríguez” aparece una conceptualización del deber de garantía que llama a prevenir, investigar y sancionar las violaciones de derechos reconocidos por la Convención, así como a reparar sus efectos y, en lo posible, restablecer los derechos violados. Progresivamente, estas obligaciones de garantía se fueron refinando<sup>124</sup> y, a la par, se entendieron de manera “reforzada” frente a violaciones cometidas contra grupos discriminados en la sociedad<sup>125</sup>. En particular, uno de los desarrollos pioneros vino de la mano de la CIDH. Así, en el Caso “María Da Penha vs. Brasil”<sup>126</sup>, en el cual se discutían las responsabilidades estatales por la sistemática situación de violencia familiar sufrida por la peticionaria —y por sus consecuencias—, la CIDH aplicó por primera vez la Convención de Belém Do Pará, y reafirmó la obligación del Estado de actuar con la debida diligencia necesaria para investigar y sancionar actos de violencia contra las mujeres, y para prevenir y erradicar los patrones discriminatorios que promueven y sostienen la tolerancia de este extendido fenómeno<sup>127</sup>. Este caso resultó paradigmático a la hora de ilustrar cómo pueden

121 MEDINA (2005, pp. 16-21).

122 *Ibid.*, pp. 20-21.

123 CADH, Artículo 2: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. Un análisis de la relación entre el artículo 2 y el artículo 1.1 de la CADH puede verse en: MEDINA (2005, pp. 21-25).

124 Ver: MEDINA (2009). Señala la autora: “Con el curso de los años, la Corte ha refinado la formulación de la obligación de investigar. Desde la amplísima formulación de la sentencia en Velásquez —la obligación de los Estados de prevenir, investigar y sancionar  *toda violación*  de los derechos reconocidos por la Convención— ha llegado ahora a sostener, de una manera que guarda consecuencia, que la obligación procede solo para cierto tipo de violaciones” (pp. 23-24, citas omitidas; las *italicas* son parte del original).

125 ABRAMOVICH (2009, pp. 180-181).

126 CIDH. Informe N° 54/01 (Fondo). Caso 12.051: María Da Penha Maia Fernandes – Brasil. 16 de abril de 2001.

127 La Corte IDH recupera este precedente con posterioridad, en el caso “González y otras (Campo Algodonero) vs. México” (*supra*, nota 108), describiéndolo en los siguientes términos: “En el caso *María Da Penha Vs. Brasil* (2000), presentado por una víctima de violencia doméstica, la Comisión Interamericana aplicó por primera vez la Convención Belém do Pará y decidió que el Estado había menoscabado su obligación de ejercer la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia doméstica, al no condenar y sancionar al victimario durante quince años pese a las reclamaciones oportunamente efectuadas. La Comisión concluyó que dado que la violación forma parte de un “patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado”, no solo se violaba la obligación de procesar y condenar, sino también la de prevenir estas prácticas degradantes” (párr. 255; citas omitidas).

ponerse en juego tanto la responsabilidad estatal directa como la indirecta en el plano internacional. Sus desarrollos fueron sostenidos y ampliados por la propia CIDH en intervenciones posteriores<sup>128</sup> y al día de hoy hacen parte de la labor de distintos organismos internacionales e, incluso, de alguna jurisprudencia en los sistemas locales<sup>129</sup>.

En relación con la Corte Interamericana, cualquier trabajo sobre su jurisprudencia en temáticas de género indica que su desarrollo es incipiente respecto del que se ha dado en otras áreas. No obstante, en los últimos diez años ha asomado una línea jurisprudencial sostenida que avanzó en esta materia. Casos como el del “Penal Castro Castro vs. Perú”<sup>130</sup>, “González y otras (Campo Algodonero) vs. México”, “Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala”<sup>131</sup>, “Fernández Ortega y otras vs. México”<sup>132</sup>, “Rosendo Cantú vs. México”<sup>133</sup>, permitieron ir sentando las bases de una jurisprudencia más sensible a la discriminación/violencia de género que sufren las mujeres en la Región y más inclinada a la aplicación de la normativa que se ha diseñado para enfrentarla. En particular, el Caso del “Penal Castro Castro” adquiere suma relevancia, en tanto la Corte entiende de forma amplia la violencia sexual sufrida por mujeres bajo custodia del Estado<sup>134</sup> y se atribuye competencia para aplicar el artículo 7 de la Convención de Belem Do Pará<sup>135</sup>, zanjando de tal forma una serie de discusiones doctrinarias al respecto<sup>136</sup>. Por su parte, en el caso “Campo Algodonero”, a propósito del patrón generalizado de violación de derechos humanos contra las mujeres verificado en Ciudad Juárez, la Corte profundizó la conceptualización y los alcances de las obligaciones de debida diligencia de los Estados a efectos de respetar y garantizar los derechos de las personas bajo su jurisdicción. En particular, y retomando su temprana jurisprudencia pero en una clave sensible a la discriminación y violencia de género, la Corte Interamericana entiende que la debida diligencia se compone de distintos deberes, entre los cuáles se ubican el de prevenir, el de investigar y el de

128 Ver: COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011b), entre otros. Ver también el precedente en: CIDH. Informe No. 80/11 (Fondo). Caso 12.626: Jessica Lenahan (Gonzales) y otros - Estados Unidos. 21 de julio de 2011.

129 Ver: COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011b).

130 CORTE IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). Tramontana indica que de forma previa a este caso, la Corte había dado algunos pasos incipientes en la sección de reparaciones del caso “Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala”, 29 de abril de 2004. Allí, señala la autora que: “pronunciándose sobre las reparaciones debidas por el Estado como consecuencia de su responsabilidad internacional por la violación de los derechos humanos de las víctimas, la Corte, a diferencia de lo ocurrido en la sentencia sobre el fondo, hace referencia a la violencia sexual sufrida por muchas mujeres el día de la masacre, y a la especial gravedad de los padecimientos físicos y psicológicos de las mismas” (TRAMONTANA 2011, p. 159; citas omitidas).

En un sentido distinto, ya no con relación a los pasos que la Corte “dio” antes de “Castro-Castro” sino con relación directa a los que “no dio”, puede citarse: CORTE IDH. Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Sentencia de 17 de septiembre de 1997 (Fondo). Sobre el caso, la apreciación de Medina es enfática: “Yo no puedo olvidar el caso Loayza Tamayo vs. Perú, donde la Corte no tuvo problemas en declarar que hubo torturas, pero cuando analizó la violación sexual —que estaba tan documentada como los demás malos tratos— dijo no, esto requiere más prueba. Eso se está acabando, las mujeres están ingresando al campo de la protección de manera mucho más igualitaria” (MEDINA 2010, p. 13).

131 CORTE IDH. Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala. Sentencia de 24 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

132 CORTE IDH. Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Sentencia de 30 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

133 CORTE IDH. Caso Rosendo Cantú y otras vs. México. Sentencia de 31 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

134 Sostiene el Tribunal Interamericano: “La Corte, siguiendo la línea de la jurisprudencia internacional y tomando en cuenta lo dispuesto en la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, considera que la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen en una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno” (CORTE IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú (*supra*, nota 130), párr. 306; citas omitidas).

135 *Ibid.*, párr. 346.

136 Ver: NASH y SARMIENTO (2007, pp. 127-129).

sancionar los actos de violencia cometidos por razones de género.<sup>137</sup> Por otra parte, como ya se dijo, entiende que estos deberes son “reforzados” en estos supuestos.

- **Debida diligencia: Prevenir, Investigar, Sancionar y Reparar**

Con relación específica a la debida diligencia, la Corte indica en “Campo Algodonero” —con cita a su jurisprudencia previa— que las medidas a adoptar tienen que tener vinculación con las “particulares necesidades de protección del sujeto de derechos, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre”<sup>138</sup>. Puntualmente, respecto del deber de prevenir, recuerda la Corte que si bien es una obligación “de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado”<sup>139</sup>, los Estados:

“deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. Todo esto debe tomar en cuenta que en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará”<sup>140</sup>.

Por otra parte, sobre el deber de investigar, la Corte insiste en la obligación de medio y no de resultado, y la detalla en los siguientes términos:

“El deber de investigar es una obligación de medio y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. La obligación del Estado de investigar debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad y que este tipo de hechos vuelvan a repetirse. En este sentido, la Corte recuerda que la impunidad fomenta la repetición de las violaciones de derechos humanos”<sup>141</sup>.

“A la luz de ese deber, una vez que las autoridades estatales tengan conocimiento del hecho, deben iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y a la persecución,

137 La Corte utiliza en este caso la expresión “homicidio de una mujer por razones de género”, también conocido —en el contexto mexicano y de otros países de la Región— como “feminicidio”. Ver: CORTE IDH. Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México (*supra*, nota 108, párr. 143). Un panorama de los debates acerca de la regulación y tipificación legal del femicidio/feminicidio puede verse en: TOLEDO (2009).

138 CORTE IDH. Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México (*supra*, nota 108), párr. 243.

139 *Ibíd.*, párr. 252 (citas a jurisprudencia previa omitidas).

140 *Ibíd.*, párr. 258. Señala ABRAMOVICH (2010, p. 179) que, en el caso: “para la Corte existen dos momentos claves en los que debe examinarse el deber de prevención estatal. El primero antes de la desaparición de las víctimas, y el segundo luego de la desaparición y antes de la localización de sus cuerpos sin vida”. En relación con el primer momento, la Corte IDH entiende que si bien el Estado tenía conocimiento sobre el riesgo para las mujeres en Ciudad Juárez, no se estableció en el caso que tuviera conocimiento de un riesgo real e inmediato para las víctimas concretas. En relación con el segundo momento, con posterioridad a la desaparición pero antes del hallazgo de los cuerpos, la Corte entiende que el Estado ya tenía conocimiento de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida e integridad física de las víctimas individuales.

141 CORTE IDH. Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México (*supra*, nota 108), párr. 289 (citas a jurisprudencia previa omitidas).

captura, enjuiciamiento y eventual castigo de todos los autores de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales”<sup>142</sup>.

Finalmente, sobre el deber de sancionar, la Corte IDH indica:

“que las sanciones administrativas o penales tienen un rol importante para crear la clase de competencia y cultura institucional adecuada para enfrentar los factores que explican el contexto de violencia contra la mujer que ha sido probado en el presente caso. Si se permite que personas responsables de estas graves irregularidades continúen en sus cargos, o peor aún, ocupen posiciones de autoridad, se puede generar impunidad y crear las condiciones para que los factores que inciden en el contexto de violencia persistan o se agraven”<sup>143</sup>.

En el plano de la reparación, la Corte recuerda que es “un principio de Derecho Internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente” y que para regular ese deber el Tribunal se ha basado en el artículo 63.1 de la CADH<sup>144</sup>. También vuelve la Corte sobre el concepto de “reparación integral”, pero con una perspectiva sensible a los particulares elementos que caracterizan las violaciones de derechos humanos cometidas contra grupos posicionados socialmente en relaciones de desapoderamiento, desventaja y opresión. Teniendo eso en cuenta, estima el Tribunal que:

“el concepto de “reparación integral” (*restitutio in integrum*) implica el restablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados. Sin embargo, teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos ocurridos en el presente caso y que fue reconocida por el Estado (*supra* párrs. 129 y 152), las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo. En este sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación”<sup>145</sup>.

Se ha reconocido a este caso como uno innovador en materia de reparaciones. La Corte enfatiza que la reparación debe tener una adecuada perspectiva de género en relación con la satisfacción, rehabilitación, garantías de no repetición y compensación que establece. Frente a ello, ordena una amplia gama de medidas y, como es costumbre, refuerza su propia facultad de monitorear el cumplimiento. Según Tramontana:

“Es en ocasión de la decisión del Caso Campo Algodonero que, por primera vez, consideraciones basadas en el género asumen una posición central en la fase de la reparación, conduciendo a la Corte a tomar en cuenta “los impactos diferenciados que la violencia causa en hombres y en mujeres”, y a sostener la necesidad de que, cuando se identifique una situación de discriminación estructural, las reparaciones tengan “una vocación transformadora de dicha situación”, es decir, “un efecto no solo restitutorio sino también correctivo”. La especificidad

142 Ibid., párr. 290 (citas a jurisprudencia previa omitidas).

143 Ibid., párr. 377. Es necesario recalcar, en adición, que la Corte IDH encuentra que no había sido investigado ninguno de los funcionarios supuestamente responsables de las negligencias ocurridas en el caso, ni se habían esclarecido las graves irregularidades que caracterizaron la primera etapa de la investigación (párr. 378). En razón de ello, señala el Tribunal: “Ello hace aún más manifiesta la situación de indefensión de las víctimas, contribuye a la impunidad y propicia la repetición crónica de las violaciones de los derechos humanos de que se trata” (párr. 378).

144 Ibid., párr. 446 (citas a jurisprudencia previa omitidas). El artículo 63.1 de la CADH indica: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

145 Ibid., párr. 450.

de género influye en todos los componentes del clásico modelo reparatorio empleado por el órgano: restitución, satisfacción, garantías de no repetición, compensación y rehabilitación<sup>146</sup>.

En definitiva, y volviendo al comienzo del apartado, “Campo Algodonero” es un buen ejemplo para comprender cómo el Sistema Interamericano está reaccionando frente a ciertos fenómenos de discriminación y violencia que afectan a las mujeres y a otros colectivos subalternados por razones de género. En este caso, la Corte revisita las obligaciones generales que pesan sobre los Estados, estudiando con mayor profundidad qué implican cuando se aplican a la situación de estos grupos. La línea precedente fue seguida y ampliada en casos posteriores<sup>147</sup>.

Este ejercicio renueva viejos desafíos y genera otros. Uno de ellos se vincula con hasta qué punto resiste la distinción entre elementos tales como la prevención, la investigación, la sanción y la reparación, cuando usualmente aparecen entrelazados en el razonamiento de los órganos de monitoreo del Derecho Internacional. Señala Medina, por ejemplo, que en la jurisprudencia de la Corte IDH “[l]a obligación de investigar y la de prevenir normalmente se confunden<sup>148</sup>. Algo similar podría predicarse con relación a la obligación de sancionar, en tanto su cumplimiento se entiende central para evitar la impunidad y la repetición de los hechos, lo que revela una pretendida conexión con la faz preventiva<sup>149</sup>. Asimismo, la obligación de reparar ha sido entendida en términos amplios y ha incorporado elementos vinculados con la prevención, la investigación y eventualmente la sanción.

Por otra parte, el concepto de debida diligencia “reforzada”, en particular, es todavía incipiente y podría ser refinado en mayor medida. Interesantes, en este sentido, son algunas de las discusiones que ha generado. ¿Qué significa que la obligación de debida diligencia sea “reforzada”? ¿Significa que los Estados deben hacer esfuerzos adicionales sobre el piso establecido por las obligaciones generales del artículo 1.1 de la CADH?<sup>150</sup> ¿Significa que deben satisfacer ese piso frente a grupos que nunca han accedido a él?<sup>151</sup> ¿Vale solo respecto de las mujeres, en tanto Belém Do Pará incorpora específicamente el deber de debida diligencia en su artículo 7.b? ¿O podrían extenderse

146 TRAMONTANA (2011, p. 175).

147 Ver los casos “Fernández Ortega” (*supra*, nota 132) y “Rosendo Cantú” (*supra*, nota 133). En ellos, entre otras cosas, la Corte IDH amplía los estándares de debida diligencia frente a la violencia sexual, a la par que avanza en los supuestos en que puede constituir una forma de tortura. Asimismo, conceptualiza las obligaciones de “debida diligencia” y de acceso a la justicia desde una perspectiva más interseccional, atendiendo a las características de género, étnicas y socioculturales de las víctimas (en el caso, mujeres indígenas). Finalmente, como señala TRAMONTANA (2011, p. 177), aplica un enfoque sensible a las especificidades de género tanto en lo que refiere a las garantías de no repetición, como a las medidas de compensación y rehabilitación.

148 MEDINA (2009, p. 25).

149 Ver *supra*, nota 143 (cita referente a la obligación de sancionar).

150 Según ABRAMOVICH (2010, p. 177), “la Corte considera que el artículo 7 de la CBDP, establece un deber de debida diligencia reforzado, lo que parece indicar que este opera estableciendo una carga adicional de deberes de prevención al Estado, por sobre un piso de debida diligencia en la protección de las acciones de particulares, que vendría dado, en principio, por la propia Convención Americana. Aunque en el razonamiento de la sentencia no queda claro cuál sería el piso de debida diligencia, y qué elementos adicionales agregaría la norma especial de la CBDP, la Corte define algunos puntos que serán valiosos en el examen final sobre la imputación de responsabilidad”.

151 En esta postura pareciera enrolarse Cecilia Medina, que afirma frente al carácter “estricto” de la obligación de debida diligencia reconocido en “Campo Algodonero”: “Yo no sé por qué usaron este calificativo. Esta sentencia fue dictada por 7 jueces, en estas situaciones hay adjetivos que uno pondría y otros no, y naturalmente cuando uno está en un cuerpo colectivo como la Corte, uno no se opone salvo que sea una cuestión de principios. En lo personal, cuando redacté mi libro sobre la Convención Americana, fui muy rigurosa en decir que no hay que agregar adjetivos que puedan confundir al lector. Yo no creo que pueda haber una diligencia más estricta o menos estricta, la diligencia es una. Lo que seguramente quisieron enfatizar en la sentencia es que, en casos de mujeres, se exige una diligencia tan estricta como en cualquier otro caso. O sea, una vez más, nos encontramos con una forma de visibilizar la diligencia con respecto a la situación de la mujer. Ahora, en general yo soy reacia a utilizar adjetivos como estos, puesto que pueden generar la impresión de cambiar un estándar”. Ver: MEDINA (2010, p. 13).

a otros colectivos que son víctimas de violencia discriminatoria?<sup>152</sup> ¿Implica lo mismo para todas las mujeres por igual, o adquiere ribetes particulares cuando el género se interseca con otras variables?

Finalmente, estas preguntas adquieren un sentido especial atendiendo a la variedad de tipos y modalidades en los cuales se presenta la violencia discriminatoria. Pensar entonces la debida diligencia frente a las diferentes formas e intensidades que adopta esta violencia, contextos en que se produce, resistencias y daños que genera, así como frente a la heterogeneidad de posicionamientos que pueden asumir sus víctimas, implica esfuerzos de titánica proporción y de obligada creatividad. Con independencia de los avances, es necesario en este punto continuar y profundizar los análisis locales, los diálogos transnacionales y el intercambio de experiencias (sociales, políticas, institucionales, artísticas) de quienes participan de los movimientos contra la violencia y la discriminación.

### Preguntas:

1. ¿Qué usos se le ha dado en su país a la jurisprudencia mencionada en este apartado? En particular, ¿qué recepción ha tenido en la actividad jurisdiccional y en el discurso jurídico presentes en su Estado?
2. Atendiendo a su contexto social, político e institucional, ¿qué aspectos de las obligaciones de respeto y de garantía considera más complejos de satisfacer?
3. ¿Qué niveles de cumplimiento registran las decisiones de la CIDH y de la Corte IDH en su país? ¿A qué los atribuye?
4. Analice la siguiente apreciación sobre el fallo “Campo Algodonero”:
 

“Por eso, si bien se refiere a que el artículo 7 de la CBDP [Convención de Belém Do Pará] fija un estándar reforzado de debida diligencia que opera sobre el estándar genérico de la Convención, no llega a definir en qué consiste el estándar genérico y qué cosas agrega en particular el estándar “reforzado”<sup>153</sup>.
5. Distinga la apreciación anterior de la que sostiene Cecilia Medina en este punto, conforme se cita en nota al pie N° 151 de este trabajo.
6. ¿Qué elementos se tienen en cuenta en el voto concurrente de Cecilia Medina para definir las agresiones sufridas por las mujeres en “Campo Algodonero” como formas de tortura?
7. ¿Qué nuevos aportes realizan los casos “Fernández Ortega” y “Rosendo Cantú” a la conceptualización de la obligación de debida diligencia estatal?
8. ¿Qué tipo de diseño en políticas públicas cree que resulta más efectivo para enfrentar los sucesos de violencia discriminatoria que afecta a distintos colectivos? ¿Qué experiencias positivas y negativas visualiza en la Región?

152 Afirma DULITZKY (2007, p. 31): “Si hay personas que por la discriminación tradicional sufrida se encuentran en una situación de particular desventaja frente al resto de la sociedad, la violencia de la que son víctimas no puede ser investigada con los mismos criterios y estándares que se utilizan frente a la de cualquier otro tipo. No solo porque ello puede enmascarar que el origen de la violencia es precisamente un elemento discriminatorio, sino también porque no consideran las situaciones particulares de la víctima, tales como su género, su cultura, su lengua. Esto puede constituirse en un factor adicional de revictimización y, a la vez, puede llevar a una investigación ineficaz e inoperante”.

153 ABRAMOVICH (2010, p. 181).

## 5. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo se ha intentado pasar revista por los aspectos principales de las reglas comunes a los Tratados de Derechos Humanos, con dos énfasis particulares. El primero, centrado en el ámbito del Sistema Interamericano y de los desarrollos de la Región. El segundo, centrado en la situación particular de grupos vulnerados por razones de género. En este sentido, se refirió a los catálogos de derechos humanos y a las tensiones que presentan los requerimientos de *universalidad*, *interdependencia*, *indivisibilidad* y *progresividad* que los caracterizan. Asimismo, se detallaron algunos elementos vinculados con las posibilidades de establecer válidamente restricciones y suspensiones frente a ellos. Por otra parte, se presentaron las distintas obligaciones que pesan en cabeza de los Estados a los efectos de la atribución de responsabilidad, con particular atención en las obligaciones de respeto y garantía, y en cómo estas juegan frente a graves violaciones de los derechos humanos de las mujeres y de otras víctimas de discriminación y violencia de género. Finalmente, aún sin dedicarle un apartado específico, a lo largo del trabajo se realizaron distintas apreciaciones sobre las reglas de interpretación que rigen en el campo de los Derechos Humanos.

Volviendo al principio, luego de años de desarrollo y evolución de estos criterios, las violaciones de derechos humanos son todavía moneda corriente en la región. La evidente ampliación que han tenido las agendas de derechos humanos generan presión hacia los sistemas de protección tanto locales como internacionales. En particular, a lo largo de estas páginas me ha interesado profundizar en la movilización social y legal de grupos que experimentan la discriminación y la violencia de género, al solo efecto de mostrar cómo ciertos entendimientos generales (en el caso, las reglas comunes de los tratados) van adquiriendo ribetes particulares con motivo de estas movilizaciones. El camino, por cierto, a menudo se presenta errático, inestable, conflictivo y desafiante. No podría esperarse otra cosa de proyectos que, en definitiva, aspiran a la difícil tarea de cambiar la realidad en que vivimos.

## BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. 2004. Los derechos sociales como derechos exigibles. 2º ed., Madrid, Ed. Trotta. 256p.

ABRAMOVICH, Víctor. 2010. Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso “Campo Algodonero” en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. [En línea] Anuario de Derechos Humanos 2010, pp. 167-182. <<http://www.anuariodch.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/11491/11852>> [Consulta: 5 de octubre de 2013].

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. 2010. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las violaciones de los derechos humanos en Honduras desde el golpe de Estado de 28 de junio de 2009. [En línea] Consejo de Derechos Humanos, 13º período de sesiones. U.N. Doc. A/HRC/13/66. <<http://www.cedoh.org/documentacion/articulos/files/HRC.pdf>> [Consulta: 5 de octubre de 2013].

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. 2011. Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género. [En línea] Consejo de Derechos Humanos, 19º período de sesiones. U.N. Doc. A/HRC/19/41<[http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/A.HRC.19.41\\_Spanish.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/A.HRC.19.41_Spanish.pdf)> [Consulta: 5 de octubre de 2013].

BERGALLO, Paola. 2011. Aborto y justicia reproductiva: una mirada sobre el derecho comparado. [En línea] Cuestión de Derechos. Revista electrónica de la Asociación por los Derechos Civiles. Número 1. <<http://www.cuestiondederechos.org.ar/pdf/numero1/04-aborto-justicia-reproductiva-Paola-Bergallo.pdf>> [Consulta: 5 de octubre de 2013].

CARBONELL, Miguel. 2009. Eficacia de la constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas. En: ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro y COURTIS, Christian (eds.). La protección judicial de los derechos sociales. Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Serie Justicia y Derechos Humanos).

CHARLESWORTH, Hilary. 1997. ¿Qué son los “derechos humanos internacionales de la mujer”? En: COOK, Rebecca. Derechos humanos de la mujer. Perspectivas nacionales e Internacionales. Bogotá, Profamilia. 602p.

CHARLESWORTH, Hilary. 1995. Feminists critiques of International Law and their critiques. [En línea] Third World Legal Studies. Vol. 13, Article 1. <<http://scholarvalpo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1033&context=twls>> [Consulta: 5 de octubre de 2013].

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. 2007. ¡Ni una más! El derecho a vivir una vida libre de violencia en América Latina y el Caribe. [En línea] <<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/7/31407/Niunamas.pdf>> [Consulta: 5 de octubre de 2013].

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2007a. Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas. [En línea] OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68. <<http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/Informe%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20Espanol%2020507.pdf>> [Consulta: 2 de octubre de 2013].

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2007b. El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos [En línea] OEA/Ser.L/V/II.129. Doc. 4, 7 de septiembre de 2007. <<http://www.cidh.org/countryrep/AccesoDESC07sp/Accessodescindice.sp.htm>> [Consulta: 2 de octubre de 2013].

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2009. Honduras: Derechos Humanos y Golpe de Estado. [En línea] OEA/Ser.L/V/II. Doc. 55, 30 de diciembre de 2009. <<http://www.cidh.org/pdf%20files/HONDURAS2009ESP.pdf>> [Consulta: 5 de octubre de 2013].

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2011a. Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica. [En línea] OEA/Ser.L/V/II. Doc. 63. <<http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/MESOAMERICA%202011%20ESP%20FINAL.pdf>> [Consulta: 5 de octubre de 2013].

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2011b. Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: desarrollo y aplicación. [En línea] OEA/Ser.L/V/II.143. Doc. 60, OEA/Ser.L/V/II.143. Doc. 60. <<http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/ESTANDARES%20JURIDICOS.pdf>> [Consulta: 5 de octubre de 2013].

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2011c. La situación de las personas afrodescendientes en las Américas. [En línea] OEA/Ser.L/V/II. Doc. 62. <[http://www.oas.org/es/cidh/afrodescendientes/docs/pdf/AFROS\\_2011\\_ESP.pdf](http://www.oas.org/es/cidh/afrodescendientes/docs/pdf/AFROS_2011_ESP.pdf)> [Consulta: 5 de octubre de 2013].

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2012a. Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: algunos términos y estándares relevantes. [En línea] Estudio elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos "CIDH" en cumplimiento de la resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11): Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género. <<http://www.oas.org/es/cidh/igtbi/estudios/>> [Consulta: 5 de octubre de 2013].

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2012b. Capítulo IV: Honduras. [En línea] CIDH. Informe Anual 2012. OEA/Ser.L/V/II.147. Doc. 1. <[www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2012/Cap.4.Honduras.doc](http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2012/Cap.4.Honduras.doc)> [Consulta: 5 de octubre de 2013].

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. 1998. Observación General N° 9: La aplicación interna del Pacto. [En línea] U.N. Doc. E/C.12/1998/24. <[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f1998%2f24](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f1998%2f24)> [Consulta: 5 de octubre de 2013].

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. 2004. Observación General N° 31: Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto. [En línea] U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13. <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/419/59/PDF/G0441959.pdf>> [Consulta: 5 de octubre de 2013].

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. 2013. Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (Juan E. Méndez). [En línea] Asamblea General de Naciones Unidas, 22° período de sesiones. U.N. Doc. A/HRC/22/53. <[http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A-HRC-22-53\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A-HRC-22-53_sp.pdf)> [Consulta: 5 de octubre de 2013].

COURTIS, Christian. 2009. El derecho a la alimentación como derecho justiciable: desafíos y estrategias. En: ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro y COURTIS, Christian (eds.). La protección judicial de los derechos sociales. Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Serie Justicia y Derechos Humanos).

COURTIS, Christian y GARGARELLA, Roberto. 2009. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes. [En línea] CEPAL, Serie Políticas Sociales N° 153. <<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/2/37882/sps153-dds-constitucionalismo.pdf>> [Consulta: 5 de octubre de 2013].

DE SOUSA SANTOS, Boaventura. 2002. Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos. [En línea] El Otro Derecho. Número 28. <[http://webiigg.sociales.uba.ar/grassi/textos/Sousa\\_DDHH.pdf](http://webiigg.sociales.uba.ar/grassi/textos/Sousa_DDHH.pdf)> [Consulta: 5 de octubre de 2013].

DULITZKY, Ariel. 2007. El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia Interamericana. [En línea] Anuario de Derechos Humanos 2007, pp. 15-32. <<http://www.anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/issue/view/1131>> [Consulta: 5 de octubre de 2013].

FILIPPINI, Leonardo y ROSSI, Julieta. 2008. El Derecho Internacional en la justiciabilidad de los derechos sociales en Latinoamérica. [En línea] Universidad de Palermo. <<http://www.palermo.edu/derecho/pdf/publicaciones/Paper-Rossi-Filippini.pdf>> [Consulta: 5 de octubre de 2013].

FRASER, Nancy. 1997. *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición "postsocialista"*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores/UNIANDES. 330p.

GARGARELLA, Roberto. 2003. Las amenazas del constitucionalismo: constitucionalismo, derechos y democracia. En: ALEGRE, Marcelo et al. *Los derechos fundamentales*. Buenos Aires, Editores del Puerto. 368p. (SELA 2001, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política).

GARGARELLA, Roberto. 2008. La dificultosa tarea de la interpretación constitucional. En su: *Teoría y crítica del derecho constitucional*. Tomo I. Democracia. Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot. 552p.

GARGARELLA, Roberto. 2012. El derecho frente a la protesta social. [En línea] *Revista Temas*. Número 70. <<http://www.temas.cult.cu/revistas/70/022-029%20Gargarella.pdf>> [Consulta: 5 de octubre de 2013].

INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS. 2006. Nuevas normas de derechos humanos: aprendiendo de la experiencia. [En línea] Ginebra, ICHR/Conectas Derechos Humanos/PIDHDD. <[http://www.ichrp.org/files/reports/32/120b\\_report\\_es.pdf](http://www.ichrp.org/files/reports/32/120b_report_es.pdf)> [Consulta: 5 de octubre de 2013].

INTERNATIONAL LESBIAN, GAY, BISEXUAL, TRANS AND INTERSEX ASSOCIATION (ILGA). 2012. *Homofobia de Estado 2012*. [En línea] <<http://ilga.org/ilga/es/article/nxFKFCd1iE>> [Consulta: 5 de octubre de 2013].

KENNEDY, Duncan. 2006. La crítica de los derechos en los Critical Legal Studies. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* 7(1):47-89.

MEDINA, Cecilia. 2009. Los 40 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte Interamericana. [En línea] *Anuario de Derechos Humanos 2009*, pp. 15-34. <<http://www.anuariodch.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/11499/11859>> [Consulta: 5 de octubre de 2013].

MEDINA, Cecilia. 2010. Entrevista. En: CENTRO DE DERECHOS HUMANOS. Edición Especial Boletín de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. [En línea] Santiago, Centro de Derechos Humanos (Facultad de Derecho, Universidad de Chile). <<http://www.cdch.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/71.pdf>> [Consulta: 5 de octubre de 2013].

MEDINA, Cecilia y NASH, Claudio. 2003. *Manual de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. [En línea] Santiago, Centro de Derechos Humanos (Facultad de Derecho, Universidad de Chile). <<http://www.cdch.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/5/244.pdf>> [Consulta: 5 de octubre de 2013].

MILLER, Alice. 2010. Sexualidad y Derechos Humanos. Documento de reflexión. [En línea] Ginebra, Consejo Internacional de Políticas en Derechos Humanos (ICHRP). <[http://www.ichrp.org/files/reports/57/137\\_report\\_es.pdf](http://www.ichrp.org/files/reports/57/137_report_es.pdf)> [Consulta: 5 de octubre de 2013].

NASH, Claudio. 2004. *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Santiago, Centro de Derechos Humanos (Facultad de Derecho, Universidad de Chile)/LOM Ediciones, 2004.

NASH, Claudio. 2006. La protección internacional de los derechos humanos. [En línea] Conferencia dictada en el Seminario Internacional "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y su repercusión en los órdenes jurídicos nacionales", organizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Suprema Corte de Justicia de México. <<http://www.cdch.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/27.pdf>> [Consulta: 5 de octubre de 2013].

NASH, Claudio. 2007. Acceso a la justicia internacional. Material preparado para los alumnos y alumnas del Diplomado Internacional "Los Nuevos Desafíos del Estado de Derecho".

NASH, Claudio y SARMIENTO, Claudia. 2007. Reseña de jurisprudencia de la Corte Interamericana (2006). [En línea] *Anuario de Derechos Humanos 2007*, pp. 121-135. <<http://www.anuariodch.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13468/13737>> [Consulta: 5 de octubre de 2013].

NASH, Claudio y SARMIENTO, Claudia. 2010. Reseña de jurisprudencia de la Corte Interamericana (2009). [En línea] Anuario de Derechos Humanos 2010, pp. 79-92. <<http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/11483/11837>> [Consulta: 5 de octubre de 2013].

NIKKEN, Pedro. 2010. La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales. [En línea] Revista IIDH. Vol. 52, pp. 55-140. <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25563.pdf>> [Consulta: 5 de octubre de 2013].

NINO, Carlos. 1993. Manual de Derecho Constitucional. Ed. Astrea.

PALACIOS, Patricia. 2011. El tratamiento de la violencia de género en la Organización de las Naciones Unidas. [En línea] Santiago, Centro de Derechos Humanos (Facultad de Derecho, Universidad de Chile). <<http://www.cdh.uchile.cl/publicaciones/detalle.tpl?id=1>> [Consulta: 5 de octubre de 2013].

PINTO, Mónica. 1997. El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. En: ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (coord.). La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los tribunales locales. Buenos Aires, CELS/Editores del Puerto.

PUJÓ, Soledad. 2008. Estándares internacionales y contenidos mínimos en materia de educación en derechos humanos. En: BATIUK, Verona (coord.). A 25 años de democracia: las políticas para el área de formación ética y ciudadana en la educación secundaria. [En línea] CIPPEC. <<http://www.cippec.org/-/a-25-anos-de-democracia-las-politicas-para-el-area-de-formacion-etica-y-ciudadana-en-la-educacion-secundar-1>> [Consulta: 5 de octubre de 2013].

QUINN, Sheila. 2010. Guía del activista para usar los Principios de Yogyakarta. [En línea] Hivos/Dreilinden/The Fund for Global Human Rights. <[http://www.iglhr.org/sites/default/files/Guia\\_del\\_activista\\_Principios\\_Yogyakarta.pdf](http://www.iglhr.org/sites/default/files/Guia_del_activista_Principios_Yogyakarta.pdf)> [Consulta: 5 de octubre de 2013].

TOLEDO, Patsilí. 2009. Femicidio. [En línea] Consultoría para la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. México, OACNUDH. <<http://www.hchr.org.mx/files/doctos/Libros/femicidio.pdf>> [Consulta: 5 de octubre de 2013].

TRAMONTANA, Enzamaría. 2011. Hacia la consolidación de la perspectiva de género en el Sistema Interamericano: avances y desafíos a la luz de la reciente jurisprudencia de la Corte de San José. [En línea] Revista IIDH. Vol. 53, pp. 141-181. <[http://iidh-webservidor.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDH/7\\_2011/6664.pdf](http://iidh-webservidor.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDH/7_2011/6664.pdf)> [Consulta: 5 de octubre de 2013].

VÁSQUEZ, Luis Daniel y SERRANO, Sandra. 2011. Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica. En: CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro. La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: un nuevo paradigma. [En línea] México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <[http://www.conatrib.org.mx/html/Paneles/Paneles/PanelIV\\_PrincipiosUniversalidad\\_Interdependencia\\_IndivisibilidadProgresividad\\_SandraSerranoDanielVazquez.pdf](http://www.conatrib.org.mx/html/Paneles/Paneles/PanelIV_PrincipiosUniversalidad_Interdependencia_IndivisibilidadProgresividad_SandraSerranoDanielVazquez.pdf)> [Consulta: 5 de octubre de 2013].

WILLIAMS, Patricia. 2003. La dolorosa prisión del lenguaje de los derechos. En: BROWN, Wendy y WILLIAMS, Patricia. La crítica de los derechos. Bogotá, Universidad de los Andes/Instituto Pensar/Siglo del Hombre Editores. 146p.

## Jurisprudencia y casos citados

### COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:

- Informe N° 54/01 (Fondo). Caso 12.051: Maria Da Penha Maia Fernandes – Brasil. 16 de abril de 2001. [En línea] <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Brasil12.051.htm>> [Consulta: 9 de octubre de 2013].
- Informe No. 80/11 (Fondo). Caso 12.626: Jessica Lenahan (Gonzales) y otros - Estados Unidos. 21 de julio de 2011. [En línea] <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2011/USPU12626ES.doc>> [Consulta: 9 de octubre de 2013].

## CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:

- Caso Acevedo Buendía y otros (Cesantes y Jubilados de la Contraloría) vs. Perú. Sentencia de 1 de julio de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). [En línea] <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_198\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_198_esp.pdf)> [Consulta: 9 de octubre de 2013].
- Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación In Vitro") vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). [En línea] <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)> [Consulta: 9 de octubre de 2013].
- Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas). [En línea] <[http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf)> [Consulta: 9 de octubre de 2013].
- Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala. Sentencia de 24 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). [En línea] <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_211\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_211_esp.pdf)> [Consulta: 9 de octubre de 2013].
- Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). [En línea] <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_160\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf)> [Consulta: 9 de octubre de 2013].
- Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Sentencia de 30 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). [En línea] <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_215\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf)> [Consulta: 9 de octubre de 2013].
- Caso Furlán y familiares vs. Argentina. Sentencia de 31 de agosto de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). [En línea] <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_246\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf)> [Consulta: 9 de octubre de 2013].
- Caso González y Otras ("Campo Algodonero") vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). [En línea] <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_205\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf)> [Consulta: 9 de octubre de 2013].
- Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Sentencia de 17 de septiembre de 1997 (Fondo). [En línea] <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_33\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf)> [Consulta: 9 de octubre de 2013].
- Caso Rosendo Cantú y otras vs. México. Sentencia de 31 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). [En línea]: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_216\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf)> [Consulta: 9 de octubre de 2013].
- Caso Suárez Peralta vs. Ecuador. Sentencia de 21 de mayo de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). [En línea] <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_261\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_esp.pdf)> [Consulta: 9 de octubre de 2013].
- Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo). [En línea] <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_04\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf)> [Consulta: 9 de octubre de 2013].

## MIRANDO LA DISCRIMINACIÓN CON OTROS OJOS

Claudia Paz Sarmiento Ramírez

Desde nuestra primera mirada al mundo hasta los más avanzados y complejos pasos de nuestro proceso educativo, la percepción que tenemos de la realidad y del conocimiento no solo es subjetiva, sino que además tiende a naturalizar el entorno. Es decir, el cuestionamiento de lo que consideramos justo o injusto, o para efectos del tema que nos convoca, discriminatorio o no, puede no ser evidente a primera vista. Les presento un ejemplo para que podamos comprender mejor mi punto. Cuando tenía ocho años la profesora de lenguaje de mi escuela le dijo a mi madre que yo necesitaba anteojos. Hasta ese momento yo jamás habría imaginado que los necesitaba, pues la realidad que mis ojos miopes construían era, para mí y solo para mí, la forma en la que el mundo *era*. Por supuesto, después de los anteojos, todo se estructuró de otra forma: la tierra estaba llena de texturas, de tonalidades y las personas y sus rostros tenían expresiones infinitamente más complejas de lo que hasta ese preciso y revelador momento había conocido. Más aún, mi percepción —que solía ser tan individual— se sumó a la de un cúmulo de personas que sí tenían lo que habitualmente se llama visión 20/20.

Al igual que con la miopía, para ver la realidad con otros ojos es necesario ponerse, como decía la profesora Cecilia Medina en las clases del *Diploma de postítulo “Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica”*, “los anteojos” de la discriminación para poder reconocerla, nombrarla y denunciar claramente los nefastos efectos que esta tiene. Más aún, una vez que ha cambiado el lente con el que miramos y construimos la realidad, el desafío está en hacerla visible a otras personas que aún naturalizan el “estado de miopía” y crear los consensos sociales idóneos para erradicar ciertas prácticas.

La visibilización de la discriminación es un proceso de conciencia individual, pero también colectivo. Tratándose de las mujeres, el desarrollo de ambas dimensiones se funda en la tradicional consigna de “lo personal es político”; es decir, para identificar las situaciones de discriminación que cada una individualmente padece, debe existir un proceso de conciencia que le permita develar su situación particular y luego reconocer que se es parte de un colectivo que ha sido históricamente discriminado.

Este proceso de desnaturalización de la ontología y la epistemología en la que vivimos es complejo en el mundo del derecho, donde este paso ciertamente ha sido resistido. Prueba de ello es la reciente y marcadamente errática incorporación a los currículos académicos de la temática del género y de la discriminación. E incluso donde esta tarea se ha hecho, la transversalización de esta mirada padece de las mismas taras: aún aprendemos derecho civil y el régimen de propiedad sin cuestionar por qué la gran mayoría de los bienes en el planeta están en poder de los hombres y solo un ínfimo porcentaje en el de mujeres. Más aún, el derecho a ratos se erige como un bastión conservador que opera como una camisa de fuerza que contiene y legitima los roles sexuales<sup>1</sup>; a la

---

1 Tal como en el *Emilio* de Rousseau, muchas veces podemos encontrar en el modelo de hombre y de mujer que el derecho construye la idea de una masculinidad racional, valiente, con una sed por la justicia e imbuido de templanza. Por el contrario, las mujeres operan como un complemento “emocional” y son/deben ser pacientes dóciles, de buen humor y flexibles. Por supuesto, ambas características determinan la división sexual del trabajo que ubica a unos en lo público y a las otras en lo privado. Igualmente, ver: OLSEN (1990).

postre, el derecho es el andamiaje jurídico que ampara las estructuras de poder que, vestidas bajo los ropajes de neutralidad y normalidad, mantienen soterradas largamente las injusticias.

Si bien este amargo diagnóstico podría desalentar a quienes están inmersos en estas líneas, lo cierto es que en el último siglo las mujeres han avanzado a pasos de gigantes en la construcción de una sociedad más justa e inclusiva. Creo que un ejemplo, nuevamente desde lo personal hacia lo político, será clarificador. Cuando mi abuela nació en el 1920, lo hizo en una sociedad que no le permitía votar, administrar libremente su patrimonio y que legitimaba el disciplinamiento mediante el uso de la violencia dentro del hogar. Cuando mi madre nació 30 años después pudo votar, asistir a la universidad y ser una profesional. Actualmente mi hermana y yo hemos vivido para ver a una mujer ser presidenta de mi país.

Resta decir que el relato antes descrito no es ni lineal, ni mucho menos representativo de la superación de la discriminación. Si bien es fundamental comprender desde lo personal hacia lo político que la discriminación es un fenómeno social complejo, habitualmente invisibilizado y latamente extendido, es importante saber que el derecho se hace cargo de esta con los instrumentos que le son propios. Los distintos países del orbe reconocen de diversas maneras en sus legislaciones normas y principios que les permiten identificar y sancionar la discriminación. Igualmente, el derecho internacional ha desarrollado un conjunto de herramientas legales —normas, principios y estándares— para enfrentar la discriminación. Este posee la particularidad de irradiar sus normas y principios a los sistemas jurídicos domésticos y, en un lento proceso de decantación, ir sentando las bases para la construcción de concepciones compartidas de justicia.

Es precisamente esta característica la que hace que la educación en derecho internacional de los derechos humanos sea determinante para quienes bogan por la eliminación de la discriminación contra las mujeres. El sistema internacional en los últimos años ha consagrado estándares en materia de discriminación que no solo la hacen patente, sino que también establece obligaciones claras a los Estados para que estos tomen acciones decididas hacia su eliminación.

En América Latina, el derecho internacional de los derechos humanos ha permitido en los últimos años<sup>2</sup> avanzar hacia la visibilización de la discriminación contra las mujeres.<sup>3</sup> Particularmente, se ha convertido en un elemento desestabilizador del *statu quo*, pues le entrega a la sociedad civil elementos jurídicos que permiten legitimar sus demandas y procurar su eficaz incorporación en los foros domésticos.<sup>4</sup> Es decir, el derecho internacional y, específicamente, la exhortación a este en los debates normativos y políticos, ha permitido a ciertos actores invocarlo como una fuente de derecho que ampara, de afuera hacia adentro, cambios que los foros domésticos no han procesado correctamente.

2 Afirmar que el derecho internacional de los derechos humanos ha sido una herramienta para los derechos humanos de las mujeres en los últimos años no es una cuestión baladí. Existen fuertes y justas críticas al rol que este jugó por décadas en la invisibilización de situaciones que ahora nos parecen flagrantes violaciones a las obligaciones convencionales de los Estados. Para una crítica ver: MACKINNON (1998), PALACIOS (2008) y MEDINA (2003).

3 Por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha emitido una serie de informes sobre los derechos de las mujeres en las Américas. Entre otros: COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1998, 2006, 2007, 2009, 2010 y 2011). La Corte Interamericana ha dictado en los últimos años una serie de sentencias relevantes para el avance en los derechos humanos de las mujeres: Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas); Caso González y Otras ("Campo Algodonero") vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas); Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Sentencia de 30 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas); Caso Rosendo Cantú y otras vs. México. Sentencia de 31 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas); Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas).

4 Sobre el uso del derecho para legitimar las demandas de la sociedad civil ver: CELS (2008).

Teniendo este escenario en mente, las preguntas que buscaremos responder en este artículo son: cuáles es o los conceptos y alcance de discriminación en el derecho internacional, qué rol tiene en la interpretación legal el concepto de género, y qué respuesta y mecanismos están disponibles para su superación. Para estos efectos, el artículo realiza (i) una breve revisión histórica de la evolución de los derechos humanos de las mujeres, (ii) problematiza los nudos teóricos asociados a la definición de igualdad y de discriminación y, (iii) desde la intersección entre el derecho internacional de los derechos humanos y la perspectiva de género, analiza los estándares internacionales en materia de igualdad y de derechos de las mujeres, poniendo especial cuidado en revisar los fenómenos de discriminación y estereotipos de género, discriminación estructural o sistémica y las medidas especiales.

## 1. LA MIRADA HISTÓRICA<sup>5</sup>

La lucha de las mujeres contra la discriminación no nace en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, sino mucho antes, dentro de sus propios Estados. La historia de esas luchas muestra en toda su crudeza las dificultades y resistencias sociales, políticas, económicas y legales que las mujeres debieron enfrentar en la reivindicación de sus derechos y en la superación de la discriminación que vivían. En el contexto de la Ilustración, las primigenias constituciones políticas de nuestros Estados proclamaron la igualdad y la libertad como los principios sobre los cuales se estructurarían los incipientes sistemas democráticos.<sup>6</sup> No obstante, estos principios *a priori* universales no incluyeron en la práctica a las mujeres. Por ejemplo, las mujeres no podían votar, trabajar remuneradamente y fuera del hogar o recibir educación. Esta contradicción intrínseca de la Ilustración —cuyo origen puede encontrarse en la dicotomía público/privado<sup>7</sup>, donde los hombres se ubican en lo público como ciudadanos iguales y en lo privado como jefes, mientras las mujeres solo se encuentran en una posición subordinada en la segunda— y la condición de subordinación<sup>8</sup> de las mujeres fueron denunciada por Mary Wollstonecraft, en su clásica obra *Vindicación de los derechos de la mujer*, uno de los textos fundamentales del feminismo. Por otra parte, la omisión de las mujeres en la formulación de la *Declaración de los Derechos de hombre y del Ciudadano* de 1789, fue fuertemente cuestionada por Olympe de Gouges, quien en 1791 escribió su *Declaración de los derechos de la mujer y de la ciudadana*.

Los códigos decimonónicos plasmaron la condición de subordinación de las mujeres en las leyes. Específicamente, limitaron el accionar de las mujeres a la esfera de lo doméstico por medio de la legislación civil, la cual establecía el deber de obediencia al marido, la imposibilidad de fijar domicilio y de trabajar, y la prohibición de disposición y administración de sus bienes en la sociedad conyugal.<sup>9</sup> No resulta difícil imaginarse por qué desde los movimientos feministas se ha formulado

5 Para un análisis de la evolución de la prohibición de discriminación del derecho internacional en general ver: MCKEAN (1983) y SHELTON (2008).

6 Además de las flagrantes violaciones a los derechos de las mujeres, podemos encontrar las flagrantes injusticias que naciones como Francia —a través de sus colonias— o Estados Unidos —por ejemplo, a través de la segregación racial— realizaron a pesar de proclamar abiertamente la igualdad.

7 Sobre la definición de dicotomía público/privado ver: BOBBIO (1989).

8 Simone de Beauvoir describió elocuentemente la condición de subordinación de las mujeres en su libro *El segundo sexo*.

9 En Chile la sociedad conyugal continúa siendo régimen patrimonial general y supletorio en el matrimonio. El artículo 1749 de nuestro Código Civil vigente señala: “**El marido es jefe** de la sociedad conyugal, y como tal administra los bienes sociales y los de su mujer; sujeto, empero, a las obligaciones y limitaciones que por el presente Título se le imponen y a las que haya contraído por las capitulaciones matrimoniales” (énfasis añadido). Como puede apreciarse, nuestra actual legislación refleja el antiguo ideario de una relación jerárquica y de subordinación entre los cónyuges, donde el marido ordena, y la mujer obedece.

una crítica a esta rígida distribución de roles entre hombres y mujeres, y al modelo de democracia excluyente. Tampoco lo es que las primeras luchas de las mujeres sufragistas tuvieran por objeto alcanzar una ciudadanía plena, específicamente el derecho al sufragio y el acceso en condiciones de igualdad a todos los niveles del sistema educativo formal.<sup>10</sup> El entramado legal y social que resguardaba y reforzaba la condición de subordinación de las mujeres incidió en que la lucha por el sufragio universal se extendiera por décadas.<sup>11</sup>

Resulta necesario destacar el rol que las mujeres desempeñaron en América Latina en la lucha por los derechos humanos durante las dictaduras militares. Agrupaciones de mujeres madres, esposas, hijas o familiares de personas desaparecidas, ejecutadas y torturadas se centraron en la recuperación de la democracia y en la denuncia de las violaciones a los derechos sobre la base del derecho internacional de los derechos humanos. La labor incesante y valiente de organizaciones como la “Agrupación de familiares de detenidos-desaparecidos” de Chile, o las “Madres de la Plaza de Mayo” de Argentina, fue determinante para la recuperación de la democracia en el Cono Sur, como lo fue la de otras organizaciones semejantes en Centroamérica.

Si bien la noción de protección de la dignidad humana es de antigua data<sup>12</sup>, por mucho tiempo genuinas preocupaciones sobre esta convivieron, por ejemplo, con la justificación de la esclavitud. En el caso de las mujeres, la discriminación contra estas no fue percibida como un problema o contradicción del corolario de igualdad y libertad, sino que, muy por el contrario, su subordinación fue reforzada por el derecho. La cristalización de la necesidad del reconocimiento y protección verdaderamente universal de la dignidad de todos los seres humanos, plasmado en la forma de derechos fundamentales, cuya protección debía realizarse a través de esfuerzos conjuntos de la comunidad de naciones, sucedió recientemente, en el contexto de la Segunda Guerra Mundial.<sup>13</sup> Las atrocidades cometidas por el gobierno nazi hicieron patente la indefensión en la que se encuentran las personas cuando su propio Estado es el que vulnera sus derechos. Frente a esta situación, fue imperativo establecer un nuevo orden internacional basado en la paz entre los Estados, la resolución pacífica de conflictos y el respeto y garantía de los derechos fundamentales de todas las personas. Es así como en 1945 se creó la Organización de las Naciones Unidas, siendo uno de sus propósitos cooperar 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>14</sup>.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 fue la consagración de este anhelo, y la primera afirmación mundial de que “[t]odos 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>15</sup>. En la adopción de esta declaración fue fundamental el rol que desempeñó Eleanor Roosevelt, cuyos esfuerzos permitieron que se acuñara la expresión *todos*

10 VALCÁRCEL (2001, pp. 13 y 14).

11 Por ejemplo, en Chile, las mujeres tuvieron ciudadanía plena solo el 14 de enero de 1949. En esta conquista histórica resultó clave la labor de mujeres como Elena Caffarena (fundadora en 1937 del Movimiento pro Emancipación de la Mujer chilena [MEMCH]), quienes no cesaron en sus esfuerzos por denunciar la discriminación que vivían las mujeres y exigir su superación.

12 Sobre este punto, ver BIELEFELDT (2009) y HÉRNANDEZ-TRUYOL (1998).

13 Antes de la Segunda Guerra Mundial, y con posterioridad a la Primera Guerra Mundial, existía un régimen de protección para los extranjeros o minorías nacionales. Estas cláusulas buscaban garantizar la no discriminación de estos grupos, particularmente en lo relativo a “derechos lingüísticos de los grupos, la separación de las instituciones educativas y religiosas, una participación equitativa en los fondos públicos y el respeto de los feriados religiosos” (SHELTON 2008). Sin perjuicio de lo anterior, esta estructura no constituía una formulación universal de derechos, sino el reconocimiento de la situación excepcional de un grupo de personas que requería un tratamiento diferenciado.

14 Carta de las Naciones Unidas, Artículo 1. Énfasis añadido.

15 Declaración Universal de Derechos Humanos, Artículo 1°.

*los seres humanos*, y no la propuesta inicial de *todos los hombres*.<sup>16</sup> Este énfasis no es un simple problema de semántica.

La Declaración Universal de Derechos Humanos fue seguida en 1966 por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que entraron en vigencia en 1976. Ambos pactos se presentan como los principales instrumentos internacionales en materia de derechos humanos a nivel universal. La distinción —ausente en la Declaración Universal— entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales no obedece a una categoría lógica o metodológica, sino a las posiciones políticas de los Estados de la guerra fría sobre qué intereses debían resguardarse.

Gracias a este proceso el derecho internacional de los derechos humanos se estructuró sobre tratados internacionales que consagraron catálogos de derechos fundamentales para las personas, obligaciones para los Estados —principalmente el respeto y garantía sin discriminación de estos— y organismos internacionales que monitorean el cumplimiento de dichas obligaciones.

A pesar de la formulación universal de los derechos humanos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados internacionales, la práctica de los organismos internacionales y de los Estados no abordó en forma sistemática las violaciones de derechos humanos de las mujeres.<sup>17</sup> La prohibición expresa de discriminación para los Estados Partes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 2 de ambos Pactos) y una norma especial que concede igual título a hombres y mujeres a gozar de dichos derechos (artículo 3 de ambos Pactos), no se tradujo durante muchos años en su aplicación a las violaciones de los derechos humanos de las mujeres. Muy por el contrario, situaciones tan apremiantes como la tolerancia del Estado ante la violencia contra las mujeres —tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra— no fueron percibidas como violaciones por un extenso periodo.<sup>18</sup> La formulación de los tratados incluía a las mujeres, pero la aplicación de los mismos las ignoraba.

Esta evolución en el derecho internacional de los derechos humanos fue criticada por los movimientos de mujeres, que cuestionaron fuertemente el rol que este había desempeñado en la superación de la condición de subordinación en la que se encontraban a lo largo del mundo.<sup>19</sup> Además de denunciar que en la práctica el derecho internacional de los derechos humanos no se aplicaba a las mujeres, se criticaba la ausencia de estas en los “procesos de definición e implementación de normas y estándares en materia de derechos humanos”<sup>20</sup>. Si bien la presencia de mujeres no garantiza la incorporación de sus necesidades y realidades, lo cierto es que resulta complejo superar una construcción androcéntrica del derecho internacional sin que exista una adecuada representación de ellas.

Este fenómeno de desprotección hizo necesaria la adopción de un instrumento internacional dirigido expresamente a las mujeres: la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), de 1979. La Convención, que se insertó en una campaña masiva por los derechos de la mujer en el marco de las Naciones Unidas, se dictó para recordarle al mundo que las mujeres también eran titulares de los derechos humanos y constituyó el primer intento serio de leer los derechos humanos teniendo en consideración a sus titulares y de explicitar las consecuencias de la obligación de garantizar los derechos humanos a

---

16 BRICENO (1998).

17 Para una interesante crítica a la labor que la Corte Interamericana ha desempeñado en la protección de los derechos humanos de las mujeres ver: PALACIOS (2008).

18 Al efecto, puede revisarse a MEDINA (1998), BRICENO (1998) y MACKINNON (1998).

19 Por ejemplo, ver: CHARLESWORTH (1997).

20 CHARLESWORTH (2008, p. 130).

todos los seres humanos sin distinción de sexo. La Convención, además, puso el tema de la mujer en la agenda nacional e internacional y ha tenido el importante efecto de proporcionar a las mujeres un instrumento legal que legitima ante el mundo sus demandas.<sup>21</sup>

Hoy es claro que las mujeres son titulares de derechos humanos y el avance de la idea de que los derechos humanos deben ser capaces de proteger todas las formas de violación de los mismos —situación explicitada por la CEDAW—, ha llevado a un cambio sustancial en la interpretación de los derechos civiles y políticos, y derechos económicos, sociales y culturales, integrándose a su lectura la perspectiva de género. Ejemplo de ello es la Observación General N° 28 sobre “Igualdad de derechos entre hombres y mujeres”, del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. El Comité —órgano que monitorea el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos— indicó que “todos los seres humanos deben disfrutar en pie de igualdad e íntegramente de todos los derechos previstos en el Pacto. Esta disposición no puede surtir sus efectos a cabalidad cuando se niega a alguien el pleno disfrute de cualquier derecho del Pacto en un pie de igualdad. En consecuencia, los Estados deben garantizar a hombres y mujeres por igual el disfrute de todos los derechos previstos en el Pacto”<sup>22</sup>. Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales recientemente emitió su Observación General N° 20 referida a “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”, donde aborda, entre otros temas, los motivos prohibidos de discriminación, entre los cuales se encuentra el sexo, la orientación sexual e identidad de género.

En el continente americano el impulso dado por la CEDAW a los derechos de las mujeres se ha traducido en la adopción de acciones regionales y, en muchos países, de planes nacionales. Se ha iniciado un significativo cambio en la interpretación de las normas de la Convención Americana y se cuenta también con una Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención De Belém Do Pará”, adoptada 9 de junio de 1994. Este último es el único tratado internacional que aborda en forma específica la violencia contra las mujeres y señala con toda claridad que “[t]oda mujer podrá ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y contará con la total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Los Estados Parte reconocen allí que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de esos derechos”<sup>23</sup>. Esta Convención, además, tiene la virtud de poner énfasis en la necesidad de cambiar los patrones culturales que amparan o justifican la violencia contra las mujeres.<sup>24</sup>

21 Además de la CEDAW, en Naciones Unidas existen varios organismos que se ocupan de los temas asociados al progreso y los derechos humanos de las mujeres. La más conocida de estas agencias es UNIFEM. El 15 de septiembre de 2009, la Asamblea General de Naciones Unidas decidió fusionar en una única entidad (ONU Mujeres) a UNIFEM, la División para el Avance de las Mujeres (DAW, por sus siglas en inglés), la Oficina de la Asesora Especial en Cuestiones de Género y Adelanto de la Mujer (OSAGI, por sus siglas en inglés) y el Instituto Internacional de las Naciones Unidas para la Promoción y Capacitación de la Mujer (UN-INSTRAW, por sus siglas en inglés).

22 COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General N° 28: La igualdad de derechos entre hombres y mujeres.

23 Convención de Belém do Pará, Artículo 5.

24 Por ejemplo, el artículo 8 señala que “Los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para: (b.) modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer”. La violencia contra las mujeres es un tema apremiante en América Latina. En 1981 el “Primer encuentro Feminista de Latinoamérica y el Caribe” estableció el 25 de noviembre como el día internacional de la violencia contra la mujer, en honor de las hermanas Mirabal, quienes murieron a manos de la dictadura de Rafael Trujillo en República Dominicana. Posteriormente Naciones Unidas adoptó esta fecha como el día internacional de la Eliminación de la Violencia contra la Mujer.

Los avances dentro de los países también han sido significativos. Se han establecido instituciones destinadas a cumplir con los objetivos de la CEDAW, como el Centro Nacional para el Desarrollo de la Mujer y la Familia de Costa Rica, el Consejo Nacional de la Mujer en Argentina, el Servicio Nacional de la Mujer en Chile, la Comisión Nacional de la Mujer en México o el Instituto Nacional de la Mujer en Venezuela. Ha habido numerosas reformas legislativas para eliminar la discriminación existente en las normas de los Códigos Civiles y Penales, como por ejemplo la eliminación del delito de adulterio en Chile (que solo se cometía por las mujeres casadas y no por los hombres casados) o la reforma de la penalización de la violación en Paraguay (que antes se determinaba en función de las características morales de la víctima). Se reformaron en muchos países los Códigos del Trabajo para ampliar la cobertura al servicio doméstico, conceder permisos para el padre por nacimiento del hijo o por enfermedad del hijo (Ley 19.250 y 20.545 de Chile), establecer la prohibición de despido cuando existe un embarazo (Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer de Costa Rica), y para derogar la prohibición de determinados trabajos (Chile, Argentina). Un avance importante guarda relación con la dictación de leyes contra la violencia doméstica, vigentes hoy en Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Perú, Puerto Rico y Uruguay. Varios países (por ejemplo, Argentina y Costa Rica) consagran el sistema de cuotas para asegurar el acceso igualitario de las mujeres a los cargos de elección popular.

Si bien han existido avances sustantivos, lo cierto es que la inclusión formal de los derechos de las mujeres no es suficiente para asegurar un goce pleno y efectivo de los mismos. La subordinación de las mujeres tiene una relación directa con estereotipos culturales sobre los roles de hombres y mujeres. En orden a superar este fenómeno, es determinante romper con las barreras que impiden a las mujeres ser ciudadanas plenas, autónomas y dueñas de sus destinos. Esta autonomía se construye, entre otras formas, mediante un apoyo constante a las mujeres para que sean capaces de ejercer sus derechos como propios. Esto está en estrecha relación con el poco acceso que ellas tienen a los derechos económicos, sociales y culturales, que las habilitan para acceder al poder político y económico y a gozar de una independencia indispensable para salir de la subordinación.

## 2. ¿IGUALDAD?

La breve revisión de algunos de los hitos históricos en la evolución de los derechos humanos de las mujeres puede conducirnos a una conclusión inequívoca: la igualdad y su contracara, la prohibición de discriminación, es un concepto que ha variado y evolucionado con el tiempo. Si, por ejemplo, las primeras feministas lucharon por la eliminación de las diferencias en la legislación, quienes las sucedieron percibieron rápidamente que dicho acto no bastaba para superar la discriminación que las aquejaba. La obtención de un marco jurídico que *igualara* formalmente a mujeres y hombres en el ejercicio, por ejemplo, del derecho al sufragio, no ha tenido, incluso en la actualidad, el efecto de contar con gobiernos o parlamentos paritarios.<sup>25</sup> Es decir, por una parte, la capacidad de generar cambios solo mediante la modificación de la igualdad jurídica formal no probó ser una estrategia que, despojada de otros elementos de acción, procurara igualdad material o efectiva a las mujeres. Por otra, que la legitimidad de ciertas diferencias varía con el tiempo y

25 En este sentido, esta estrategia de *igualación jurídico-formal* se atribuye al feminismo liberal del siglo XIX. “[John Stuart Mill & Harriet Taylor (Mill)] insisted that if society is to achieve sexual equality, or gender justice, then society must provide women with the same political rights and economic opportunities as well as the same education that men enjoy” (TONG 2009, p. 16). Ahora bien, la capacidad —o incapacidad— de generar cambios sociales a partir de la modificación de la formalidad jurídica o de garantizar una igualdad formal y no una sustantiva es una crítica que puede realizarse no solo a las feministas liberales, sino a las concepciones de liberalismo más ortodoxo.

que aquello que consideramos discriminatorio está íntimamente conectado con las valoraciones sociales de la justicia o injusticia de ciertos tratos desiguales; si a principios del siglo XX parecía correcto prohibir el acceso a la educación a las mujeres, hoy esta es una conducta reprochada por la sociedad.

Esta deliberación nos conduce a reflexionar al menos en torno a dos interrogantes: (1) ¿A quién debemos exigir igualdad? y (2) ¿Qué debe igualarse?

## 2.1. A quién exigimos igualdad

En su teoría de la justicia, John Rawls propone que la igualdad es uno de los principios que se aplican a la estructura básica de la sociedad, no a las personas. Para Rawls la justicia social, esto es, el “modo en que las grandes instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social”, tiene por objeto la estructura básica de la sociedad, la que él entiende comprende grandes instituciones como “[...]la constitución política y las principales disposiciones económicas y sociales”<sup>26</sup>.

El que la estructura básica de la sociedad sea justa es tremendamente relevante para Rawls, pues esta condiciona profundamente los destinos de las personas, es decir, qué sueñan o qué esperan de la vida depende de sus experiencias vitales y muy especialmente de su origen social. A mayor abundamiento, las diferencias sociales que surgen a propósito del lugar de origen de las personas condiciona profundamente sus expectativas de vida, favoreciendo ciertas posiciones por sobre otras. En este escenario, el principio de igualdad es un elemento de justicia determinante para ordenar correctamente una sociedad y, siendo el origen social un factor arbitrario, las ventajas que se obtengan a partir del mismo no pueden ser justificadas por razones de mérito o demérito.

Su propuesta —a la que llega apelando a un contrato social hipotético con el que las personas razonables están de acuerdo después de haber reflexionado bajo el dispositivo del *velo de la ignorancia*<sup>27</sup>— consiste en aplicar a la estructura básica de la sociedad dos principios:

- Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás.
- Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que (a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, (b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos.<sup>28</sup>

Como puede apreciarse, tratándose del principio de la diferencia prima la idea intuitiva de que el orden social no ha de establecer y asegurar las perspectivas más atractivas de los mejor situados a menos que el hacerlo vaya en beneficio de los menos afortunados.

Siguiendo a Rawls, las demandas por igualdad deben dirigirse a la estructura básica de la sociedad. Es decir, es la estructura básica de la sociedad la que debe ser *justa*, no el comportamiento de las personas. Las y los integrantes de una sociedad deben respetar las instituciones básicas

26 RAWLS (1995, p. 20).

27 La posición original y el velo de la ignorancia [*the original position and the veil of ignorance*] coloca a los/los individuos en una situación hipotética en la que deben acordar los principios de justicia desconociendo qué posición tendrán en la sociedad, su clase o estatus social y su suerte en la distribución de ventajas y capacidades naturales, inteligencia, fortaleza, etc. Tampoco conocen sus propias concepciones acerca del bien, ni sus tendencias psicológicas especiales. Bajo estas condiciones se escogen los principios de justicia y estas procuran que los resultados del azar natural o de las contingencias de las circunstancias sociales no otorguen ventajas ni desventajas.

28 Ambos principios, el de la justa igualdad de oportunidades y de la diferencia, dan lugar a su teoría ideal de la *Igualdad democrática*.

y sus normas, pero no necesariamente deben ellos o ellas implementar los principios de justicia —salvo, claro, que sean legisladores/as o funcionarios públicos, en cuyo caso por su condición de tales si les asiste el deber de satisfacer los principios de justicia—. La igualdad, por tanto, se asegura a través de una concepción de justicia procesal, donde se espera que el resultado de la intervención de las instituciones sea justo y la conducta de las personas no esté sujeta a que ellas compartan dichas reglas, sino solo a que las acepten.

Ahora bien, a esta propuesta pueden formularse múltiples inquietudes y críticas; entre otras, por qué las personas estarían de acuerdo en los dos principios que Rawls propone y aunque lo estuvieran, por qué el mecanismo del *velo de la ignorancia* determina su legitimidad.<sup>29</sup> No obstante, para efectos de nuestra pregunta inicial —¿a quién debemos exigir igualdad?—, la crítica que G. A. Cohen<sup>30</sup> formula a Rawls apunta precisamente a su elección del sujeto de la igualdad.

Para Cohen, en la tesis de Rawls sobre la estructura básica de la sociedad como sujeto de los principios de justicia falta claridad y definiciones sobre qué es la estructura básica de la sociedad. Particularmente, Cohen critica la ambigüedad de Rawls frente a la inclusión o exclusión de prácticas sociales de la estructura básica de la sociedad, por ejemplo, la familia. ¿Cuál sería para Rawls el criterio de clasificación para definir qué instituciones son o no parte de la estructura básica de la sociedad? Si el criterio de clasificación está puramente basado en la *coerción estatal* —en oposición a la *coerción informal*— y omite las consecuencias valóricas que pueden surgir en los acuerdos voluntarios familiares, es posible que, por ejemplo, sean perfectamente aceptables situaciones de trato desigual dentro de este espacio. Por ejemplo, si la familia no es parte de la estructura básica de la sociedad, entonces no cabe analizar dentro de los principios de justicia si privilegiar la educación de los hijos por sobre las hijas es o no un trato justo.<sup>31</sup>

De igual forma, Cohen hace eco del tradicional reclamo feminista de “lo personal es político”, pues para él las elecciones personales de los/las individuos no son indiferentes para la justicia social. El que la estructura básica de la sociedad sea el objeto de la justicia y, por tanto, el ente al que debe reclamársele la igualdad, determina que no existe lugar para exigir responsabilidades a los individuos por una práctica social discriminatoria. De hecho, haciendo referencia a argumentos machistas y egoístas de alto vuelo, Cohen afirma que,

“[e]l primer error sería decir: no hay lugar para culpar a esta gente *como individuos*, puesto que ellos participan simplemente en una práctica social aceptada, por muy vergonzosa u horrible que pudiera ser esa práctica. Eso es un error, puesto que la gente sí tiene elección: de hecho son *solo* sus elecciones las que reproducen las prácticas sociales; y además, algunos eligen *en contra* de la educación, el hábito y el interés propio. Pero tampoco se debe decir: fijaos en la vergonzosa decisión de esas personas de comportarse mal. Eso, también, está desenfocado, puesto que, aunque existe la elección personal, hay un fuerte condicionante social detrás de ella y puede costar mucho a los ciudadanos salir de los caminos ordenados y/o permitidos. Si nos importa la justicia social, tenemos que fijarnos en cuatro cosas: la estructura coercitiva, otras estructuras, el *ethos* social y las elecciones de los individuos y el juicio sobre la última de estas cosas debe formarse a partir de la conciencia del poder que los demás tienen. [...] Es esencial aplicar el principio de justicia a los criterios dominantes del comportamiento social

29 Otro cuestionamiento relevante para la teoría de la justicia de Rawls es el rol que debe desempeñar la agencia de cada individuo o su libertad en el resultado de la distribución de los beneficios de la cooperación social. Dworkin, con certeza, es quien más y mejor ha desarrollado esta problemática. Al respecto ver: DWORKIN (2000).

30 COHEN (2001). Esta crítica se desarrolla específicamente en: Conferencia 9. Donde está la acción. En el lugar de la justicia distributiva; pp. 181199.

31 Ahora bien, no resulta del todo claro que Rawls excluya a la familia de la estructura básica de la sociedad. Hay pasajes en su libro donde la menciona y otros en los que no lo hace.

—es decir, donde está la acción—, pero de ahí no se deduce que deberíamos tener una actitud persecutoria hacia las personas que manifiestan ese comportamiento. Podríamos tener buenas razones para exonerar a los que comenten la injusticia, pero no deberíamos negar (o disculpar) la propia injusticia”<sup>32</sup>.

Ahora bien, la propuesta de Cohen, sea que esta haga o no justicia a Rawls, a mi entender, parece cuestionar la capacidad de cambio de las sociedades cuando las modificaciones se limitan solo a la estructura coercitiva de la sociedad y no son impulsadas por las convicciones morales de quienes la componen. En último término, en el proyecto de Cohen, la educación de los integrantes de la sociedad parece jugar un rol insoslayable en un efectivo cambio de los patrones de justicia.

La posición de ambos autores nos permite distinguir planos de análisis que son determinantes para el debate sobre los derechos de las mujeres. En un primer plano, está la idea de que la igualdad es un principio que moldea la forma en la que la sociedad debe estructurarse y que, más aún, la igualdad es un elemento que determina cuán justo es su ordenamiento coercitivo. Si aceptamos la teoría de Rawls, las instituciones básicas de la sociedad, y muy especialmente el derecho y el Estado, deben jugar un rol clave en la eliminación de los “criterios arbitrarios” para la asignación de los beneficios de la cooperación social. Esta propuesta, por supuesto, supone un diseño institucional en el cual el Estado es capaz de intervenir y corregir las inequidades que surgen, por ejemplo, con ocasión de los intercambios económicos en el mercado.<sup>33</sup>

En este primer plano, por tanto, quienes bogan por la igualdad de las mujeres deben sin duda dirigir sus demandas a la estructura básica de la sociedad. El mercado, los sistemas de tributación, las normas que regulan el trabajo productivo, los espacios educativos, etc. Ahora bien, cuáles son las instituciones concretas de la estructura básica, como vimos, no es un tema pacífico. Y muy probablemente el mundo de lo privado, el espacio de la familia, sea el punto más problemático.

Un segundo plano de análisis es si debemos o no exigir que los sujetos, no las instituciones, compartan el principio de la igualdad. Esta discusión, además, nos obliga a analizar si lo que debemos someter al principio de la igualdad es el *ethos* social o la conducta particular de los individuos. En esta última hipótesis, tal como advierte Cohen, se corre el riesgo de caer en actitudes *persecutorias*. Este elemento es determinante en la propuesta de Rawls, quien ciertamente establece una especie de coto moral a las motivaciones tras las acciones de los sujetos.<sup>34</sup>

32 COHEN (2001, p. 194).

33 Para un contrapunto a la teoría de la justicia de Rawls ver a NOZICK (1988), quien presenta su teoría del Estado mínimo, el cual se opone a las aspiraciones y la potencial forma que tendría el Estado rawlseano. No estoy afirmando que Rawls indique cómo debe ser el Estado; de hecho no lo hace. Simplemente indico que para que su teoría ideal pueda ser implementada, el Estado tendría un tamaño que excede con creces los postulados de Nozick. Nozick parte de la premisa de que el Estado mínimo es el único moralmente aceptable. Rechaza la idea de justicia distributiva y propone una justicia en las pertenencias [posiciones]. Esta tiene, a su vez, tres premisas: (i) el principio de la adquisición original de las pertenencias, (ii) el principio de la transmisión de las pertenencias y (iii) rectificación de las injusticias. Para Nozick, “[S]i el mundo fuera completamente justo, las siguientes definiciones inductivas cubrirían exhaustivamente la materia de justicia sobre las pertenencias: (1) Una persona que adquiere una pertenencia, de conformidad con el principio de justicia en la adquisición, tiene derecho a esa pertenencia. (2) Una persona que adquiere una pertenencia de conformidad con el principio de justicia en la transferencia, de algún otro con derecho a la pertenencia, tiene derecho a la pertenencia. (3) Nadie tiene derecho a una pertenencia excepto por aplicaciones (repetidas) de 1 y 2. El principio completo de justicia distributiva diría simplemente que una distribución es justa si cada uno tiene derecho a las pertenencias que posee según la distribución. Una distribución es justa si surge de otra distribución justa a través de medios legítimos. Los medios legítimos para pasar de una distribución a otra están especificados por el principio de justicia en la transferencia. El sistema al que da lugar la justicia retributiva es histórico. “El sistema retributivo es defendible cuando está constituido por los objetivos individuales de las transacciones individuales. No se requiere ningún fin más general; no se requiere pauta retributiva” (p. 162). La máxima de justicia para Nozick es “De cada quien como escoja, a cada quien como es escogido” (p. 163).

34 Sobre este punto sugiero revisar la idea rawlseana de *overlapping consensus*. Para Rawls es posible que personas que tienen diferentes doctrinas normativas o concepciones de lo bueno, incluso aparentemente contradictorias, podrían alcanzar acuerdos sobre principios de justicia determinados por diferentes motivos.

## 2.2. Lo que igualamos

Para Rawls, la pregunta de qué es lo que igualamos tiene una respuesta directa: recursos. Es decir, lo importante es cómo se redistribuye la riqueza creada socialmente. Dworkin profundiza y continúa la propuesta de Rawls, pero incorpora la noción de *igualdad de bienestar*. Esta se divide en *teorías del éxito* y *teorías de disfrute*. En ambas existen elementos subjetivos, marcados por las preferencias personales de cada individuo. Estas preferencias pueden ser políticas —cuál es mi concepción de *lo bueno* y cómo debe distribuirse la riqueza/los recursos en la sociedad, considerando que estas opciones me afectarán a mí y a mi entorno cercano—, impersonales —cuál es mi punto de vista sobre asuntos que no me afectan directamente— y personales —cuáles son mis deseos de vida—.

Teniendo en cuenta este conjunto de preferencias, Dworkin estima que las que deben ser igualadas son las personales, excluyendo las políticas y las impersonales. Dos ejemplos permiten comprender la elección de Dworkin: si yo soy un racista y la sociedad no lo es, podría ser necesario compensar las preferencias políticas fallidas, como el racismo. Respecto de las impersonales, si yo realmente quería que hubiera vida inteligente en Marte, lo que hasta ahora no ha sido comprobado, la sociedad podría estar en la posición de compensar esa pérdida del bienestar. Pareciera que lo que Dworkin busca evitar al excluir del espectro de preferencias a ser igualadas las políticas e impersonales, es evitar, respecto de las primeras, resultados indeseados, y de las segundas, igualar preferencias que pueden ser superfluas en cuanto a su impacto en los destinos de las personas.

Entonces, él acepta una versión limitada de la igualdad de bienestar, donde lo que debe compensarse son las preferencias respecto de nuestras propias vidas. Esto, desde luego, es complejo: las personas tienen diferentes preferencias, algunas de las cuales podrían ser objetables, pero la idea es que las preferencias de cada persona deban ser *igualmente satisfechas*. Lo determinante, claro está, es reconocer la capacidad de cada persona, su agencia, para determinar qué es lo relevante en su vida; para reservar y legitimar un espacio para la elección y la ambición de cada persona. Por tanto, lo que debe ser igualado es aquello que *es importante para quien*, lo que debe ser evaluado en términos generales.

Surgen, a lo menos, dos cuestionamientos para esta teoría, que si bien no analizaremos en extenso, es bueno tener en mente: ¿Qué sucede con las personas que cultivan gustos o preferencias caras o lujosas? ¿Debemos compensarlas? Por otra parte, ¿Qué sucede con las personas que tienen necesidades especiales como una discapacidad? ¿Debe existir un traspaso de recursos sin límite para satisfacer las preferencias de las personas?

Respecto de la *igualdad de recursos*, teoría que el autor prefiere, Dworkin busca compatibilizar su noción de igualdad con la de mercado, pues para él la idea de igualdad de recursos presupone la existencia de este y ambos no están necesariamente en tensión.<sup>35</sup> La *igualdad de recursos* no es, para el autor, el que todas las personas tengan la misma cantidad de dinero. De hecho, una distribución justa, es decir, que sea sensible a los principios de igualdad rawlseanos, es aquella que aprueba lo que él denomina *el test de la envidia*. Para probar su teoría, Dworkin utiliza una situación ficticia: se imagina un grupo de personas que han sobrevivido a un naufragio y se encuentran en una isla desierta. Todas ellas, quienes tienen los mismos talentos naturales y la misma cantidad de dinero para gastar, participan en una gran subasta por los diferentes bienes sociales. El resultado de la distribución será justo si al final de la subasta nadie envidia el conjunto de bienes de otros. Es

35 Tanto la igualdad de bienestar, como la de recursos, abordan los bienes en dominio privado, no en el público. "Equality of political power, including equality of power over publicly or commonly owned resources, is therefore treated as a different issue, reserved for discussion on another occasion" (DWORKIN 1981, pp. 283-345).

decir, si después de la distribución me gustaría tener el conjunto de bienes de otro, entonces hemos fallado para dividir correctamente las mercancías.

No hay razones para creer que los paquetes serán iguales; de hecho, lo relevante para Dworkin es que los diferentes conjuntos de paquetes pasarán la prueba de la envidia en función de los gustos y preferencias de las personas. Bajo la noción de igualdad de recursos la gente decide sobre lo que es bueno para ellas/ellos y valida lo que las personas están dispuestas a pagar por sus preferencias.

La función de la subasta es la transferencia de la información de los costos que la gente está dispuesta a pagar por cierta preferencia. Ahora, tratándose de un mercado real, la distribución que resulte de este será justa si, solo si, al igual que en el naufragio, las personas:

- (1) Acceden a él como iguales, sin que los *elementos arbitrarios* (como el talento) determinen la posición de las personas en este.
- (2) La prueba de la envidia: lo que es *igual* es la sensación de satisfacción al haber alcanzado mis preferencias.

Si bien para Dworkin existe igualdad de recursos al final de la subasta, a medida que los intercambios se sucedan, existen tres factores que alteran la justicia de la distribución: (i) la suerte, (ii) la existencia de diferentes gustos, objetivos y ambiciones y (iii) los talentos. Respecto de la suerte, distingue entre los resultados de las opciones, como deliberadamente elegir correr un riesgo (por ejemplo, invertir dinero en un fondo riesgoso, pero con altas posibilidades de retorno), de la *suerte bruta*, esta es, los resultados de una situación no deliberada (por ejemplo, ser golpeado por un rayo).<sup>36</sup>

El objetivo tras esta distinción es claro: las diferencias en los recursos de las personas derivados de sus opciones de vida son aceptables. En el caso de dos personas donde una juega y gana, mientras otra vive sin tomar riesgos y por el contrario, no mejora su situación, ambas deben asumir los costos de la vida que decidieron vivir. La idea de que los resultados de las opciones que tomamos, sean estos afortunados o no, deben ser incorporados sin ser sujetos a redistribución, es el reflejo de la sensibilidad de esta teoría a la ambición. Por tanto, es plausible que la diferencia en los ingresos entre las personas no sea realmente desigualdad. Es decir, en la propuesta de Dworkin, la igualdad de recursos es altamente compatible con una gran distribución desigual de los ingresos.

No obstante, elementos *ajenos a la propia agencia*, como lo son la suerte 'bruta' o no deliberativa y las diferencias de talento, requieren que incorporemos elementos de redistribución al mercado. La solución para corregir las desigualdades que pueden surgir con ocasión de estos factores está, en el esquema de Dworkin, en un mercado de seguros hipotético. Las personas se "aseguran" para cubrir los resultados de la *mala suerte* (por ejemplo, quedar minusválido después de que me golpeó el rayo) y de la diferencia de talentos.<sup>37</sup> El problema entonces es que la igualdad fluye hacia dos direcciones: (i) la distribución debe reconocer y acomodar la ambición y (ii) no debe tener en consideración factores arbitrarios, como el talento. Respecto de este último Dworkin incorpora otro elemento de corrección: los impuestos. El principio que guía la aplicación de los impuestos sería que la gente será gravada en la medida de su talento.

Lo relevante para Dworkin es que sean las opciones de vida las que legitimen las diferencias, no el talento u otros elementos arbitrarios, pues la elección es en sí misma un factor de autoridad moral.

36 La distinción entre estas dos categorías no es muy clara. Puede que queramos decir que es una cuestión de grado, o una combinación de ambos. Por ejemplo, algunas personas fuman y contraen cáncer de pulmón y otros no lo hacen.

37 Ahora bien, algunas de las preguntas que surgen de esta propuesta son ¿cuánto seguro debe comprar una persona si todo el mundo puede sufrir un accidente y quedar con algún tipo de discapacidad? ¿Cuánto debiéramos pagar por este seguro y cuál será su cobertura?

Un concepto más complejo y un tanto distanciado de Rawls y Dworkin es el que desarrolla Amartya Sen bajo la idea de *capacidad*. Para Sen, la igualdad se juzga a partir de un ejercicio de comparaciones de las “[...]condiciones específicas de una persona (como los ingresos, la riqueza, la felicidad, la libertad, o las oportunidades, derechos o necesidades de realizarse) con las mismas condiciones de otra. De esta manera el juicio y la medida de la igualdad dependen esencialmente de qué variable se elija (ingreso, riqueza, felicidad, etc.), en función de la cual se establecen las comparaciones. La llamaré ‘la variable focal’; aquella variable en la que se centra el análisis, al comparar personas distintas entre sí”<sup>38</sup>.

La variable focal que Sen escoge es la capacidad. Él la describe como la habilidad real para lograr funcionamientos valiosos como parte de la vida. Los *funcionamientos* representan partes del estado de una persona: en particular, las cosas que logra hacer o ser al vivir. La *capacidad* de una persona refleja combinaciones alternativas de los funcionamientos que esta puede lograr, entre las cuales puede elegir una colección.

En este sentido, Sen se distancia de la posición de Rawls sobre la igualación de recursos, pues él estima que la diversidad entre las personas hace que dicha distribución sea insuficiente para efectos de la igualdad.

“Nuestra diferencia de opinión tiene importancia porque, de nuevo, nace de mi insistencia en la diversidad humana. Dos personas que tengan el mismo haz de bienes primarios pueden gozar de muy diferentes libertades de perseguir sus respectivas concepciones de lo que es bueno (coinciden o no tales concepciones). El evaluar la igualdad, y también la eficiencia, en el espacio de los bienes primarios equivale a dar prioridad a los *medios* para conseguir la libertad, en vez de *lo extenso* de la libertad, y esto puede ser un defecto de profundas consecuencias en muchos contextos reales. La importancia práctica de nuestra divergencia se notará especialmente al tratar de las desigualdades de sexo, lugar, clase social, así como variaciones generales de características heredadas”<sup>39</sup>.

Sen no nos indica qué capacidades en específico deben igualarse, cuestión que sí ha hecho Martha Nussbaum. Ella destaca la utilidad que tiene el enfoque de las capacidades de Sen para fundamentar una teoría de la justicia de género, al sentar las bases para el desarrollo de las bases normativas del concepto de desarrollo y ofrecer elementos de análisis que desnudan como las preferencias y mediciones están cruzadas por las injustas condiciones del trasfondo social. A mayor abundamiento, Nussbaum complementa el enfoque de Sen con el de derechos fundamentales. Ella afirma que los derechos, en su concepción, no se limitan a reconocer libertades negativas, sino que implican la posibilidad de ejercerlos.<sup>40</sup> Nussbaum propone complementar el lenguaje de los derechos con el de las capacidades. Ella destaca en su argumentación lo impreciso que es el lenguaje de los derechos, pues tanto su justificación (dignidad, vida, prelegales, legales, etc.) como

38 SEN (1995, p. 14). Para Sen la igualdad puede ser evaluada a partir de diferentes variables, por ejemplo, ingreso, patrimonio, utilidades, recursos, libertades, derechos, calidad de vida, etc. “La pluralidad de variables sobre las que podemos centrarnos (las variables focales) para evaluar la desigualdad interpersonal, requiere que afrontemos, a un nivel muy elemental, una difícil decisión con respecto a la perspectiva que debemos adoptar. Este problema de elección de un ‘ámbito evaluativo’ (es decir, la selección de variables focales relevantes) resulta crucial para poder analizar la desigualdad”. (p. 33) La elección de la variable focal es de relevancia mayor, pues las variables que no se aborden pueden dar lugar a esquemas inequitativos de distribución.

39 SEN (1995, pp. 20-21).

40 Nussbaum promueve una concepción de los derechos donde estos deben ser efectivamente garantizados por parte del Estado, el cual debe adoptar acciones positivas y prestar apoyo institucional. Ella contrasta esta posición con la idea liberal de los derechos que predomina en Estados Unidos, donde estos se entienden primordialmente como libertades negativas. Claro está, en la tradición continental, y muy especialmente en el contexto latinoamericano, la idea de que los derechos entrañan obligaciones de hacer no es extraña a nuestra cultura jurídica. Más aún, es parte de la comprensión que tenemos sobre los derechos y el rol del Estado.

su rol son altamente debatidos (límites o elementos orientadores de un determinado objetivo social). El lenguaje de las capacidades aporta, para Nussbaum, precisión y complementación.

“Aunque la aproximación de las capacidades está estrechamente vinculada con el paradigma de los derechos humanos, resulta superior a este en algunos aspectos, especialmente en el área de las diferencias de género. Y también es superior a las aproximaciones derivadas de la noción occidental del contrato social, en la medida en que puede afrontar asuntos de cuidado, los cuales resultan fundamentales para alcanzar la igualdad de género, tal como lo ha demostrado el trabajo feminista reciente. No obstante argumentaré que la aproximación de las capacidades la aproximación de las capacidades solo puede constituirse en una guía útil y contundente, así como en un aliado en la búsqueda de la igualdad de género, si formulamos una lista definitiva de algunas capacidades esenciales, aun si tal lista puede ser tentativa y revisable, de modo que podamos usar las capacidades así definidas para elaborar una versión parcial de justicia social, así como un conjunto de titulaciones básicas sin las cuales ninguna sociedad puede demandar justicia”<sup>41</sup>.

El listado de libertades concretas —que deben ser igualmente aseguradas en la sociedad— de Nussbaum se relaciona con una nueva concepción, más aristotélica que kantiana, de la dignidad humana y, como correlato, con una visión de la concepción de lo bueno. En esta, el ser humano es percibido como un ser cuya dignidad no se define a partir de la capacidad de razonamiento moral y la autonomía, sino en un sentido más amplio que reconoce su animalidad intrínseca y los estados de dependencia propios del ciclo vital. Nussbaum plantea complementar/reemplazar la idea rawlsiana de bienes primarios con la de capacidades, particularmente con la noción de cuidado. Frente a la evidente pregunta de por qué las personas estarían de acuerdo con su lista, Nussbaum apela al concepto de Rawls de “moral parcial” u “*overlapping consensus*”.

El afán que subyace a la propuesta de Nussbaum parece ser el hacer realmente efectivos los ideales de la justicia social. Si el objetivo tras nuestra concepción de lo justo, afirma, es que surta efectos normativos, entonces lo determinante es establecer si su aplicación resulta eficiente en diversos planos.<sup>42</sup>

### 2.3. Contrapunto y síntesis

Las visiones que antes se presentaron ciertamente reflejan las diferencias que existen y que hacen que sea complejo definir qué es la igualdad. Resulta claro que la igualdad es un ideal político, pues en la realidad lo que encontramos es la diversidad. No obstante, los autores que revisamos comparten la idea de que el Estado debe ser capaz de operar como un ente que debe (i) construirse basándose en una cierta concepción de justicia donde la igualdad juega un rol determinante, (ii) y que ya sea que igualemos recursos o capacidades, este ejercicio es *per se* legítimo y necesario. Considerando que pueden existir múltiples comprensiones de *lo bueno* y, como consecuencia, de qué es o debe ser el Estado, por supuesto existen detractores a estas posiciones.

Uno de ellos es Robert Nozick, quien en su *Anarquía, Estado y Utopía*, estima que cualquier diseño institucional que prescriba acuerdos más allá de su propuesta de “Estado mínimo” son violatorios de los derechos de las personas. Su posición en contra de “Estados extensos”, refuta con particular celo la necesidad y legitimidad de la justicia distributiva. Para él la pregunta inicial sobre la justicia social es si esta debe proceder o no. Para Nozick no existe tal cosa como

41 NUSSBAUM (2005, pp. 23-23).

42 *Ibíd.*, p. 43.

una distribución centralizada de los beneficios de la cooperación social, sino intercambios voluntarios entre personas diversas en el contexto de una sociedad libre. Para él, dichos intercambios de bienes son los únicos mecanismos válidos de ‘redistribución’ de la propiedad.<sup>43</sup>

Haciendo una clara alusión a Rawls, Nozick se refiere a las “teorías de la justicia distributiva que se basan en patrones de distribución”, indicando que estas especifican una determinada forma de distribución atendiendo a un criterio natural o perteneciente al orden natural para justificar la distribución —“a cada uno según su mérito moral, necesidades, producción marginal, esfuerzo, etc.”<sup>44</sup>—. Su teoría no se basa en patrones; él no lo dice, pero sugiere que es ‘natural’ o ‘espontánea’. La teoría de la justicia que promueve “está constituid[a] por los objetivos individuales de las transacciones individuales. No se requiere ningún fin más general; no se requiere pauta retributiva”<sup>45</sup>.

Las teorías de patrones requieren de un alto nivel de permanente intervención en los intercambios sociales, que a Nozick le resulta profundamente indeseado. Y, por supuesto, existen otros que también rechazan la idea de la distribución y planificación central del Estado.<sup>46</sup>

Presento aquí este contrapunto, pues las opciones que adoptamos sobre la igualdad —qué entenderemos por ella, a quién o a qué se aplicará y qué será igualado— tienen profundas implicancias. Quienes rechazamos lo que estimamos es un estado de subordinación o un sistema que valida este estado<sup>47</sup>, debemos comprender que la definición que manejemos sobre *qué es o debe ser* la igualdad, *cómo* definiremos cuándo estamos ante una situación de discriminación, qué es lo que esperamos *se iguale* y *a quién* se lo exigiremos no está ajena de debate. Si lo que esperamos es que se igualen recursos, por ejemplo, por medio de la garantía de no discriminación en los derechos económicos, sociales y culturales, estamos claramente propiciando una comprensión de la igualdad que demanda del Estado la capacidad de redistribuir recursos. Más aún, si lo que esperamos no es solo que las leyes y políticas públicas cambien, sino la cultura que valida, por ejemplo, la violencia contra las mujeres en el espacio doméstico como una forma de control y dominación, entonces debemos saber que nuestra petición de igualdad es una que persigue tocar el *ethos* social y, muy probablemente, las conciencias individuales.

La complejidad de la tarea está dada, además, por el hecho que con claridad constata Sen; la igualdad no es la regla en la realidad, sino la excepción. La regla es la diversidad. Las valoraciones sociales de *qué es socialmente bueno* —por ejemplo, ser blanco y no negro, ser hombre y no mujer,

43 Nozick distingue dos principios de justicia y luego agrega un tercero. El primero es el principio de justicia en la adquisición. Este se relaciona con la apropiación inicial de bienes sin propiedad. El segundo es el de transferencia: las personas tienen derecho a la propiedad en la medida que esta haya sido transferida justamente a ellas. El problema que se genera para Nozick en la teoría de la justicia de los intercambios es la apropiación de bienes fuera de las hipótesis de sus dos principios de justicia. Para eso él evalúa la hipótesis de un tercer principio de “justicia rectificatoria”. La teoría de Nozick de la “justicia de los derechos de propiedad” es histórica: la justicia de una distribución dependerá de cómo se realizó. En contraste, las teorías que Nozick denomina “*Current time-slice principles*”, “*end-result principles*” y “*end-state principles*” establecen que la distribución requiere de principios estructurales que determinen si esta es o no justa. (NOZICK 1988).

44 *Ibíd.*, p.156.

45 *Ibíd.*, p. 162.

46 “Es evidente que un Gobierno que emprenda la dirección de la actividad económica usará su poder para realizar el ideal de justicia distributiva de alguien. Pero ¿cómo puede utilizar y cómo utilizará este poder? ¿Qué principios le guiarán o deberán guiarle? ¿Hay una contestación definida para las innumerables cuestiones de relación de méritos que surgirán y que habrán de resolverse expresamente? ¿Hay una escala de valores sobre la que puede esperarse la conformidad de gentes razonables, que justificaría un nuevo orden jerárquico de la sociedad y presentaría probabilidades de satisfacer las demandas de justicia? Solo hay un principio general, una norma simple, que podría, ciertamente, proporcionar una respuesta definida para todas estas cuestiones: la igualdad, la completa y absoluta igualdad de todos los individuos en todos los puntos que dependan de la intervención humana [ ]” (HAYEK 1946, pp. 112 – 113).

47 BUTLER (1990).

ser católico y no musulmán— y el trato excluyente o incluyente que se realice en función de estas consideraciones —asignación de privilegios, cargas, recursos, etc.— tampoco es natural, sino una construcción social. Es decir, la diversidad es la regla en la realidad, pero no las consecuencias sociales que de esta se siguen; esas son artificiales. La igualdad, y como correlato, la prohibición de discriminación, es un elemento normativo que busca corregir las valoraciones sociales sobre las diferencias naturales. Por tanto, la igualdad en sí misma, los espacios donde se aplicará, lo que se igualará y quienes están obligados por ella, también está sujeta a las convenciones sociales de cada época.

La tarea, por tanto, de demandar igualdad no estará exenta de polémica. Muy habitualmente la labor jurídica, particularmente el litigio, nos invita a revisar casos individuales. A veces este hecho nos inhibe de distinguir que la situación de un individuo es representativa de muchos otros y que la solución que un tribunal puede resolver para una persona en particular, no puede sustituir la necesaria reflexión colectiva y deliberativa que se requiere para modificarla. Con certeza, tras nuestro alegato estaremos poniendo en entredicho instituciones como el mercado, el sistema laboral, las políticas públicas en materia de salud, etc.

### 3. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Sin lugar a dudas las opciones que se hagan en el derecho internacional de los derechos humanos respecto de las obligaciones que deben cumplir los Estados estarán cruzadas por las discusiones que revisamos someramente en los párrafos precedentes. Igualmente, con certeza, quienes tienen una posición que propicie un Estado pequeño, que no intervenga en las transacciones de los individuos o en la esfera privada para asegurar la igualdad, encontrarán en estas líneas múltiples motivos para inquietarse. Ahora bien, tal y como señalan Nash y David, “[e]n los catálogos contenidos en los instrumentos del DIDH se produce una interesante confluencia de al menos tres vertientes de pensamiento: liberal, igualitaria y democrática o participativa. Por razones históricas, al momento de consagrarse en el ámbito internacional los derechos humanos, estas tres vertientes habían consolidado su aporte al pensamiento jurídico, y ello queda claramente reflejado en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos. Si miramos los derechos y libertades consagrados internacionalmente, nos encontramos con derechos de libertad (tanto positiva como negativa), derechos de igualdad (ante la ley, ante otros, material), derechos de participación (derechos políticos en sentido estricto)”<sup>48</sup>. Es decir, si bien existe un claro compromiso con la igualdad y la prohibición de discriminación en los tratados internacionales de derechos humanos, lo cierto es que este no está ligado con una filosofía o posición política en particular, sino que es el reflejo del crisol de miradas de los Estados al momento de alcanzar acuerdos sobre qué y cómo se protegerá la dignidad humana.

Desde hace algunas décadas que el derecho internacional de los derechos humanos ha establecido una serie de obligaciones que buscan promover la igualdad en el goce de derechos entre las personas. Esta situación determina que el Estado necesariamente debe contar con las herramientas necesarias para tomar acciones positivas destinadas a, por una parte, asegurar el derecho a la igualdad, y por otra, a corregir las situaciones de discriminación.

No debe eso sí extrañarnos que los tratados no indiquen con toda claridad cómo los Estados deben respetar y garantizar la igualdad y la prohibición de discriminación.<sup>49</sup> Es imposible que un

48 NASH y DAVID (2010, p. 161).

49 Prueba de ello es lo indicado por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que en su Observación General No 18: No Discriminación, indicó que “Corresponde a los Estados Partes decidir cuáles son las medidas apropiadas para la aplicación de las disposiciones pertinentes. Sin embargo, el Comité desea ser informado acerca de la naturaleza de tales medidas y de su conformidad con los principios de no discriminación y de igualdad ante la ley e igual protección de la ley (párr. 4).

texto pueda cubrir completamente las múltiples situaciones que en la realidad pueden presentarse, o bien sustituir la indispensable discreción del Estado en la implementación de sus fines. Luego, tampoco debe extrañarnos que la práctica de los Estados y de los operadores jurídicos, tanto a nivel internacional como doméstico, vayan definiendo estos conceptos y las obligaciones que de estos surgen. Y es precisamente el sustrato formal de los textos legales y la comprensión de estos en la práctica de los operadores judiciales lo que ha sido determinante para la mantención del *statu quo*, o del avance y el retroceso de los derechos humanos de las mujeres.

¿Cómo constataremos cuando no hay un trato igual de parte del Estado entre individuos? ¿Qué medidas podemos tomar para terminar con la discriminación? ¿Qué sucede cuando grandes sectores de la sociedad, particularmente las mujeres, son tratados en forma desigual?

### 3.1. ¿Cómo definimos la discriminación?

La primera pregunta nos lleva a definir qué entenderemos por discriminación.<sup>50</sup> Si bien los tratados generales de derechos humanos —aquellos que no abordan los derechos de un grupo de personas en particular, sino de todas las personas— como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o la Convención Americana Sobre Derechos Humanos mencionan en reiteradas ocasiones la prohibición de discriminación, no contienen una definición de esta. La primera definición la encontramos en el Convenio Sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación) N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo, de 1958. Este señala que: “[a] los efectos de este Convenio, el término ‘discriminación’ comprende: a) Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

Una definición acabada de discriminación es la que en 1965 nos ofreció la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD, por sus siglas en inglés):

Artículo 1. 1.

En la presente Convención la expresión “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

Este artículo estuvo a la vista de las/los redactores de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, la que en 1979 definió discriminación contra la mujer al siguiente tenor:

Artículo 1.

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.

En relación con la práctica de los operadores jurídicos, con certeza la Observación General 18 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas marcó un hito en la definición de nuestra comprensión de la discriminación en el derecho internacional. Haciendo referencia a la CERD y la CEDAW, el Comité señaló que:

50 Sobre este punto recomiendo ver el trabajo de PALACIOS (2006).

“[...] [E]l Comité considera que el término “discriminación”, tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”.<sup>51</sup>

Igualmente, el Comité indica que la discriminación, y las medidas que los Estados deben adoptar para erradicarla, no solo se limitan a las distinciones en el trato en el sustrato jurídico-formal, sino que también incluyen la “discriminación de hecho, practicada ya sea por las autoridades públicas, la comunidad o por personas u órganos privados”<sup>52</sup>.

A las definiciones de la CERD, CEDAW y el Comité podemos añadir la que nos ofrece Bobbio: “[p]odemos decir entonces que por «discriminación» se entiende una diferenciación injusta o ilegítima. ¿Por qué injusta o ilegítima? Porque va contra el principio fundamental de la justicia (aquella que los filósofos llamamos «regla de justicia»), según el cual deben ser tratados de modo igual aquellos que son iguales. Se puede decir que existe una discriminación cuando aquellos que deberían ser tratados de igual modo sobre la base de criterios comúnmente asumidos en los países civilizados [...] son tratados de un modo desigual”<sup>53</sup>.

Considerando estas definiciones, podemos identificar ciertos elementos comunes en el concepto de discriminación. Cuando estemos buscando determinar si un Estado ha discriminado, deberemos analizar si (i) este realizó una distinción, exclusión, restricción o preferencia en el trato entre personas (ii) basándose en una serie de criterios que *a priori* se consideran sospechosos o arbitrarios (iii) que tiene por objeto o por resultado (iv) anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos.

El primer elemento, esto es, la distinción en el trato —a que puede simplemente distinguir entre las personas, o bien excluir a algunas o privilegiar a otras— es ciertamente el que da lugar a los cuestionamientos sobre si nos encontramos o no frente a una discriminación. La pregunta que surge entonces es quiénes son o están en una situación igual. Es decir, parte importante del ejercicio es *relacional*: comparamos si los tratos diferenciados entre las personas o grupos de personas por parte del Estado son o no legítimos, pues, en el fondo, lo que se busca es eliminar la arbitrariedad. Esto implica, por tanto, que pueden existir tratos diferenciados que no son discriminatorios, pues consideraremos que el motivo para distinguir sí es legítimo o bien se encuentra justificado, o bien las personas no se encuentran en una situación similar.

El segundo elemento es el de los criterios que los Tratados y que el Comité identifican como *prohibidos o sospechosos*. La raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento son categorías o criterios que históricamente han sido invocados para justificar distinciones en el trato entre las personas o grupos de personas. Y, tristemente, los ejemplos para justificar esta afirmación abundan: la raza y el color justificaron el sistema de *apartheid*, la raza y la religión el genocidio nazi, la opinión política el terrorismo de Estado en el Cono Sur y el sexo la histórica sumisión de las mujeres. Es decir, “[c]onforme al derecho internacional, el establecimiento de categorías que implican desigualdades insensatas y arbitrarias queda prohibido mientras que las categorías que otorgan protección especial a grupos particulares para permitirles obtener una igualdad verdadera y auténtica están permitidas”<sup>54</sup>.

51 COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General No 18: No Discriminación, párr. 7.

52 *Ibid.*, párr. 9.

53 BOBBIO (2010, p. 187).

54 MCKEAN (1983, p. 11).

Además de estos criterios o categorías prohibidas, encontramos una categoría abierta o indefinida de *cualquier otra condición social*. Esta categoría permite al intérprete de los tratados incorporar otras situaciones fácticas que al momento de su redacción no fueron considerados, por lo que claramente la enumeración que realizan los tratados no es taxativa. Por ejemplo, Patricia Palacios se imagina dentro de esta categoría las distinciones que se realicen con ocasión del material genético.<sup>55</sup> Por supuesto, es posible que existan diferenciaciones en el trato que se basen en estos criterios que no sean discriminatorios, pero en atención a su historia, lo cierto es que cuando estos se invocan como causa para distinguir requieren de una explicación por parte del Estado.

En tercer lugar, nuestra definición indica que la distinción en el trato puede tener una consecuencia discriminatoria “por objeto” o “por resultado”. Este punto es particularmente relevante: no es un elemento definitorio que el Estado o sus agentes persigan discriminar; la intención no es un elemento de la esencia, pues en caso de que exista un resultado que menoscabe el goce de los derechos, será igualmente considerado un trato discriminatorio. Este último elemento es particularmente relevante en el caso de los derechos de las mujeres. En muchos casos la naturalización de la sumisión de las mujeres incide en que un trato que *a priori* se considera neutro, sea *a posteriori* pernicioso para las mujeres. Este requisito da lugar a la clasificación de la discriminación en directa e indirecta, siendo la primera aquella que se realiza buscando anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos y la segunda, aquella donde si bien no existe el deseo manifiesto de discriminar, de igual forma el resultado es este.

El cuarto elemento es el de “anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos”. Es decir, no basta que exista una mera distinción, sino que esta tiene que tener un impacto concreto. El detrimento<sup>56</sup> en los derechos debe ser el resultado de una acción directa o bien indirecta de un trato diferenciado, donde quien lo padece fue excluido de algún espacio o beneficio, o bien se privilegió a otros a partir de criterios que consideramos arbitrarios.

Como podemos ver, el *quid* del análisis que permite determinar cuando un trato será o no discriminatorio es que este sea arbitrario. Y es que tanto en la filosofía —Rawls, Dworkin, Sen, Nussbaum, Bobbio— como en la teoría y práctica del derecho, existe la legítima pretensión de que el Estado no trate en forma arbitraria a quienes está llamado a proteger.<sup>57</sup> De igual forma, en el derecho internacional de los derechos humanos podemos ver que la dimensión en la que somos *iguales* —o *lo que se iguala*— es en dignidad y derechos y es en ese plano donde los órganos internacionales de protección escrutarán la conducta del Estado. Pero el que sean los derechos —y no, por ejemplo, las capacidades o recursos— los que deben ser igualados, no implica que la igualdad solo deba ser entendida en un plano jurídico formal; el goce de los derechos, tal y como señala el Comité, debe ser efectivo y la igualdad debe ser comprendida como un elemento de hecho. Claramente, tal y como lo señalaba Nussbaum, cómo se cumplen los derechos depende de la interpretación que sobre su contenido y alcance haga de estos cada comunidad jurídica, sin perjuicio, claro está, de las pautas universales que entregue el derecho internacional de los derechos humanos. Es precisamente este hecho, su potencial pluralidad de interpretaciones —o bien la existencia de un rango *abierto, pero acotado de respuestas posibles*—, lo que coloca a la efectividad de los derechos en una dimensión arcana, que requiere de una permanente interlocución con el sistema jurídico en aras a que todas las personas conozcan, y sea realmente evidente, qué derechos pueden exigir a sus Estados.

Este concepto de discriminación nos permite concluir que existen tratos diferenciados arbitrarios y otros ilegítimos. Para efectos de determinar si nos encontramos en una o en otra hipótesis, el Comité de Derechos Humanos indicó que “[...]no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se

55 PALACIOS (2003, p. 22).

56 Sobre el detrimento como un elemento determinante en la definición de discriminación ver HELLMAN (2008).

57 De hecho, la eliminación de la arbitrariedad en el trato relaciona la prohibición de discriminación y la igualdad con la noción de Estado de Derecho. En este sentido ver: VILHENA (2007)

persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto”<sup>58</sup>. La Corte Europea de Derechos Humanos en el caso conocido como *Belgium Linguistics*<sup>59</sup>, indicó que:

“[...] el principio de igualdad de trato se viola cuando la distinción no tiene justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación debe evaluarse en relación con la finalidad y los efectos de la medida involucrada, habida consideración de los principios que normalmente imperan en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho reconocido en la Convención no sólo debe perseguir una finalidad legítima; el artículo 14 se infringe igualmente cuando se establece claramente que no hay relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y los fines que se busca lograr”.

Basándose en la jurisprudencia de la Corte Europea y en los pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Anne Bayefsky señala que “no toda diferencia de trato es discriminatoria y que un trato igualitario no implica el otorgamiento de trato idéntico”. Ella identifica que “una distinción no discriminatoria debe: (a) tener una justificación objetiva y razonable; esto es, debe perseguir una finalidad legítima; y (b) debe existir una relación razonable de proporcionalidad entre la finalidad y el medio empleado para lograrla”<sup>60</sup>. Estos elementos de juicio —justificación objetiva y razonable, proporcionalidad entre los fines y los medios escogidos— otorgan a los operadores del derecho una serie de herramientas que permiten determinar en qué caso nos encontraremos ante una distinción en el trato legítima o no. Si se prefiere, establecen un *test* para que los operadores jurídicos justifiquen o desacrediten las distinciones en el trato realizadas o propiciadas por el Estado.

De la misma forma, Bayefsky distingue entre cláusulas subordinadas y autónomas de discriminación. Las primeras consagran el derecho a la igualdad en el goce de determinados derechos; las segundas, la igualdad como un derecho que no está ligado al goce de otros y que la establece como principio rector de las relaciones entre las personas y sus Estados. Ejemplo de cláusulas subordinadas son:

Artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

58 Comité de Derechos Humanos. Observación general N° 18: No discriminación, párr. 13.

59 CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” vs. Bélgica*, párr. 10. El texto original en inglés: “On this question the Court, following the principles which may be extracted from the legal practice of a large number of democratic States, holds that the principle of equality of treatment is violated if the distinction has no objective and reasonable justification. The existence of such a justification must be assessed in relation to the aim and effects of the measure under consideration, regard being had to the principles which normally prevail in democratic societies. A difference of treatment in the exercise of a right laid down in the Convention must not only pursue a legitimate aim: Article 14 (art. 14) is likewise violated when it is clearly established that there is no reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised” (p. 33 de la sentencia).

60 BAYEFSKY (1990, p. 12).

Ejemplo de cláusulas autónomas son:

Artículo 24. Igualdad ante la Ley de la Convención Americana sobre Derechos Humanos  
Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos  
Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

La relevancia de estas cláusulas no es menor. Tratándose de las autónomas, si pensamos que todas las personas en su relación con el Estado deben ser *iguales ante la ley* y que deben recibir *igual protección de la ley*, las diferencias en el trato que puedan realizarse solo pueden ser legítimas. Es posible, por tanto, que situaciones que no son objeto de la competencia contenciosa del Comité de Derechos Humanos, por ejemplo, el acceso a derechos económicos sociales y culturales, sea objeto de su escrutinio en caso de que el goce de estos sea garantizado en forma arbitraria por el Estado —vg. el seguro de cesantía que se entrega a las mujeres es de un monto inferior pues ellas no son *el sostén del hogar*<sup>61</sup>—. En el caso de las cláusulas subordinadas, estas relevan la importancia de que el Estado no discrimine en el goce de los derechos que se ha obligado a garantizar. Este hecho puede determinar, por ejemplo, que se reconozca la subjetividad de ciertas personas o colectivos para efectos de otorgar un efectivo goce de los derechos —reconocer las prácticas ancestrales de los pueblos indígenas en la participación política—.<sup>62</sup>

### 3.2. ¿Qué sucede cuando grandes sectores de la sociedad, particularmente las mujeres, son tratados en forma desigual?

Hemos visto que el nudo crítico del análisis radica en la determinación de qué es lo arbitrario, pues lo complejo será establecer qué es objetivo y razonable. Tal y como señala Mckean, esta pregunta será respondida por el intérprete de la norma en el contexto de los valores de la sociedad, los cuales cambian con el paso del tiempo.<sup>63</sup> En el caso de los derechos humanos de las mujeres, el cambio de las valoraciones sobre la legitimidad o arbitrariedad en las distinciones en el trato están ligadas con la noción que tengamos sobre los roles *sexuales/sociales* que hombres y mujeres desempeñan en la sociedad. Es decir, depende del *género* y sus características.

El concepto de género busca desnudar la artificial construcción que existe en torno a las identidades de hombres y mujeres. Tal y como dijera Simone de Beauvoir, la mujer no nace, se hace<sup>64</sup>; es decir, a través del proceso de educación y la influencia de las principales instituciones sociales —familia, mercado, política, etc.— se determina que las mujeres sean/deban ser dóciles, maternales, frágiles, etc., y los hombres dominantes, fuertes, independientes, etc. Y que, además, las primeras características tengan una menor valía que las segundas. Este concepto hace visible como ciertos mecanismos de control social adscriben/imponen características sobre un cuerpo sexuado<sup>65</sup> y determinan nuestra comprensión del binomio mujer/hombre. Más aún, el género, como categoría

61 COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Caso Broeks vs. Países Bajos. Comunicación N° 172/1984. Decisión de 9 de abril de 1987.

62 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Yatama vs. Nicaragua. Sentencia de 23 de junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

63 MCKEAN (1983, p. 4).

64 DE BEAUVOIR (2009).

65 Esta definición de género sigue la línea de lo planteado por SCOTT (1986).

de análisis social, permite cuestionar la condición pretendidamente ontológica de la ideología social dominante sobre qué es ser hombre y ser mujer.

La visibilización del sustrato artificial de la construcción de parte importante de las identidades, así como de la estructura y superestructura que se requiere para mantener estas bajo control, permite a quienes observan el derecho identificar cuál es el estereotipo<sup>66</sup> de mujer que la ley o la práctica de los operadores judiciales está promoviendo. La noción de estereotipos, y su conjugación *esterotipar*, es comúnmente usada en el derecho anglosajón para relevar el proceso mediante el cual se adscriben a una persona ciertas características que supuestamente debe tener por formar parte de un grupo. Este ejercicio puede realizarse con el afán de estigmatizar o denostar a una persona —todos los “indios” son flojos— o bien para halagarla —todas las mujeres son mártires—. Los primeros son llamados estereotipos negativos y los segundos positivos.<sup>67</sup> Si bien los segundos pueden ser considerados *a priori* inocuos, lo cierto es que también pueden tener consecuencias perniciosas. En el ejemplo del estereotipo de *todas las mujeres son mártires*, es posible que la sociedad considere que el sacrificio de los propios intereses a favor de terceros no es un dádivoso acto voluntario, sino un deber que puede exigirse coercitivamente.

Los estereotipos subyacen a la construcción de identidades y las expectativas de comportamientos asociados a estos. Por ejemplo, es altamente plausible que la desigualdad en los sueldos que existe entre mujeres y hombres que realizan el mismo trabajo con la misma eficiencia se deba a que el/la empleador/a responda a la idea de que el sueldo de las *esposas* es accesorio o secundario al del *marido*, que es el principal. Es decir, la distribución desigual de recursos para un mismo trabajo responde al estereotipo del hombre-padre de familia como proveedor.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha utilizado el concepto de estereotipo para efectos de visibilizar la discriminación contra las mujeres. Por ejemplo, en el caso de *Campo Algodonero* la Corte indicó que:

“[...]el estereotipo de género se refiere a una preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado [...], es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer”<sup>68</sup>.

La Corte determinó que los estereotipos de género jugaron un rol determinante en la violencia contra la mujer que “constituyó una forma de discriminación” y declaró “que el Estado violó el deber de no discriminación contenido en el artículo 1.1 de la Convención, en relación con el deber de garantía de los derechos consagrados en los artículos 4.1, 5.1, 5.2 y 7.1 de la Convención”<sup>69</sup> en el caso en comento. En las reparaciones, la Corte ordenó al Estado continuar adoptando medidas destinadas a “superación de estereotipos sobre el rol social de las mujeres”<sup>70</sup>.

66 Estereotipo es definido por la Real Academia de la Lengua Española como “imagen o idea aceptada comúnmente por un grupo o sociedad con carácter inmutable” (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española [En línea] <<http://lema.rae.es/drae/?val=estereotipo>> [Consulta: 29 de septiembre de 2013]).

67 Sobre este punto, ver: COOK y CUSACK (2010).

68 CORTE IDH. Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 401. Este caso abordó la desaparición y muerte de tres mujeres jóvenes y la ineficacia del Estado para investigarlas.

69 *Ibid.*, párr. 402.

70 *Ibid.*, párr. 541 y 22 de los puntos resolutivos.

Si somos capaces de visibilizar cuál es el estereotipo que ampara o justifica el trato diferenciado, podremos con más fuerza cuestionar la legitimidad de la distinción en el trato. El conflicto que surge al hacer este ejercicio es que este obliga al intérprete a cuestionar la forma en la que se construye la cultura, pues no basta con hacer visible el estereotipo; lo realmente relevante es que su identificación conduzca a su erradicación de las prácticas discriminatorias y a la consecuente emancipación de quien ha sido sometido por estas.

Precisamente este último elemento, el de modificar la cultura, tiene un peso específico en la CEDAW. Esta convención, por una parte, es clara en indicar en qué espacios la prohibición de discriminación es relevante: “en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”<sup>71</sup>. Conforme con la CEDAW, la prohibición de discriminación no solo tiene que ser la medida que determine la legitimidad del trato y de las distinciones en las relaciones con el Estado, sino también en las relaciones que se traben entre particulares. A mayor abundamiento, la CEDAW prescribe la obligación del Estado de adoptar todas las medidas para:

- a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres;
- b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos”<sup>72</sup>.

Esta dimensión de CEDAW tiene consecuencias importantes. Siguiendo la propuesta de Cohen, las bases normativas de este texto buscan modificar el *ethos social* y no solo las principales instituciones sociales. Lo anterior pues, ¿es posible cambiar la cultura sin cambiar las convicciones de las personas? Modificar los estereotipos supone vastas y permanentes acciones de intervención en los procesos educativos y en las instancias que van moldeando el sustrato simbólico de nuestra cultura, por ejemplo, revisando el contenido potencialmente estigmatizante de la publicidad o de las telenovelas —disciplina artística tan favorecida en nuestro continente—.

La necesidad de atender a los estereotipos de género y a los patrones socioculturales pone en evidencia los límites que tiene la visión de la discriminación como un fenómeno individual. Es decir, el estándar centrado en el análisis de las distinciones en el trato de individuos y no en el entramado social que genera sistemas de exclusión y sometimiento de grandes sectores sociales es insuficiente para modificar la situación en la que se encuentran grandes colectivos, como es el caso de las mujeres.

Roberto Saba formula precisamente esta crítica y llama la atención al concepto de *discriminaciones estructurales*: “el principio de no-discriminación, sostenido por una visión individualista del principio de igualdad ante la ley, no nos provee de suficientes herramientas para decidir en una gran cantidad de casos en los que las diferencias de hecho entre las personas, y en particular las diferencias que surgen a partir de un trato sistemáticamente excluyente o de sometimiento, son relevantes para realizar tratos diferentes que no serían tolerados por esa visión individualista de la igualdad. Uno de los desafíos más complejos que en este sentido enfrenta la

71 CEDAW, Artículo 1.

72 CEDAW, Artículo 5. En la misma línea, el artículo 2: “e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;

f) Adaptar todos las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;”.

interpretación individualista de la igualdad ante la ley está dado por el establecimiento de acciones afirmativas o también denominadas ‘medidas de discriminación inversa’<sup>73</sup>.

Saba boga por el cambio en el paradigma del principio de igualdad. Si bien él se refiere al derecho constitucional argentino, la crítica es igualmente válida si el sistema jurídico que se está analizando —sea este internacional o doméstico— define la discriminación poniendo énfasis en el estudio puramente relacional e individual de esta sin que el análisis esté conectado con una revisión de los elementos o circunstancias que la propiciaron o, como propone el autor, asociándola al principio de *no-sometimiento* o *no-exclusión*. Por supuesto, las falencias que exhibe el principio de no-discriminación para Saba están asociadas a la caracterización que realiza de este: el principio de igualdad ante la ley entendido como “no discriminación”, tiene su raíz en una versión *individualista* de la igualdad, donde la situación de cada individuo es descontextualizada. Por el contrario, él propone que la perspectiva que prime sea de tipo “sociológica”, donde se contextualice la realidad social en un sentido amplio, de forma tal que esta contemple la pertenencia de ese individuo a un grupo que se encuentra sometido a ciertos tratos o prácticas sociales excluyentes como consecuencia de *ser* o *pertenecer* a ese grupo. Saba, además, estima que la versión individualista de la igualdad requiere de una supuesta *intención* de discriminación reconocida a partir de la irrazonabilidad del criterio seleccionado<sup>74</sup>. A mayor abundamiento, respecto de la igualdad como no-discriminación, Saba señala que la prohibición de uso de categorías sospechosas determina que el Estado no pueda hacer distinciones en el trato basándose en elementos como la raza, el sexo o la religión. Por tanto, en el caso de que quisieran realizarse acciones afirmativas que persigan modificar la situación de sometimiento en el que se encuentran las personas pertenecientes a un determinado colectivo humano, la concepción individualista del principio de no-discriminación sería inadecuada para estos fines.

### 3.3. ¿Qué medidas podemos tomar para terminar con la discriminación?

Las medidas que se adopten para eliminar la discriminación estarán ligadas, qué duda cabe, a la noción que sobre esta exista. Si nos centramos únicamente en las diferencias en el trato entre particulares sin revisar las circunstancias fácticas o jurídicas que las propiciaron, es probable que la solución que se respalde beneficie solo a quienes son parte del ejercicio de comparación. Si, por el contrario, extendemos nuestro rango de observación a las estructuras que amparan sistemas de exclusión, la respuesta no solo favorecerá o afectará a más personas, sino que también será infinitamente más compleja de justificar, implementar y cuantificar.

Teniendo en mente este escenario, parte importante de la discusión sobre las medidas a adoptar dependerá, igualmente, de nuestra concepción de derechos humanos o fundamentales. Quienes imaginan los derechos como meras libertades negativas, deberán justificar las acciones positivas que el Estado deba implementar sin basarse en estos; deberán apelar, muy probablemente, a otro tipo de justificaciones, por ejemplo, a principios de justicia. Por el contrario, si comprendemos los derechos como un concepto que incluye no solo deberes de omisión por parte del Estado, sino también de acción, podrán encontrar en estos elementos que justifiquen la adopción de medidas destinadas a erradicar la discriminación y asegurar la igualdad en el plano o *variable focal* que se esté analizando.

73 SABA (2005, p. 134).

74 *Ibíd.*, p. 138.

Es posible que esta sea la precisión que el Comité CEDAW tuvo a la vista en su Observación General N° 25<sup>75</sup>, donde indicó que:

“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”.

El Comité CEDAW hace referencia, por una parte, a las *medidas especiales de carácter temporal* y al cumplimiento de la obligación de garantía de los derechos civiles y políticos, así como de los económicos, sociales y culturales de mujeres y niñas. Respecto de las primeras, el Comité constata la existencia de diferencias en su denominación:

“17. [...] 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”.

Las medidas especiales a las que el Comité CEDAW hace referencia se encuentran en el derecho internacional de los derechos humanos hace algunos años. El Convenio de la OIT N° 111 indicaba que las “medidas especiales destinadas a satisfacer las medidas particulares de las personas que, por razones como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial” no podían ser consideradas discriminatorias. No obstante, tal y como destaca Patricia Palacios, no fue sino hasta “el año 1965, con la adopción de la CERD, que las Naciones Unidas fue escenario de la aprobación de una norma internacional que estableciera que estas medidas no solo debían ser toleradas sino que llegaban a ser necesarias”<sup>76</sup>.

Las medidas especiales temporales consisten en acciones positivas adoptadas por los Estados en virtud de las cuales se distingue en el trato en aras a beneficiar a un grupo de personas para que estas gocen de igualdad sustantiva. En palabras del Comité CEDAW, estas medidas tienen la finalidad de “acelerar la participación en condiciones de igualdad de la mujer en el ámbito político, económico, social, cultural y civil, o en cualquier otro ámbito”<sup>77</sup>. Igualmente, estas medidas deben ser “[...]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”<sup>78</sup>.

Anne Bayefsky señala que para que consideremos que una medida especial temporal no es discriminatoria esta debe cumplir con:

75 COMITÉ CEDAW. Recomendación general N° 25: El párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, referente a las medidas especiales de carácter temporal.

76 PALACIOS (2003, pp 29 y 40).

77 COMITÉ CEDAW. Recomendación general N° 25, párr. 18.

78 *Ibíd.*, párr. 24.

"1. Que el propósito de la medida sea asegurar el avance del grupo o persona para efectos de asegurar el igual disfrute de los derechos humanos y libertades fundamentales, o sea, el aceleramiento de la igualdad de facto. 2. Que la medida tenga carácter temporal. 3. Que la medida cese en cuanto se logre el objetivo que lo justificó. 4. Que la aplicación de la medida no resulte en el mantenimiento de estándares o derechos desiguales o separados"<sup>79</sup>.

Es posible que en la práctica sea complejo distinguir entre una medida especial temporal y el cumplimiento efectivo de la obligación de garantía. Probablemente el elemento determinante sea el de la temporalidad. Por ejemplo, un mecanismo de cuotas en la participación política o en el acceso a la educación universitaria son ejemplos relativamente indubitados de medidas especiales temporales. No obstante, si pensamos que una determinada comunidad política desea firmemente procurar la diversidad en la integración de los cuerpos políticos, tal vez las cuotas dejen de ser un elemento temporal y se transformen en un elemento correctivo de carácter permanente. Mi punto es que si comprendemos que los derechos y, especialmente, el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, requieren de acciones positivas por parte del Estado que apunten a corregir los mecanismos sociales e institucionales de exclusión, el que dilucidemos si estamos diseñando e implementando una medida especial temporal o la simple y permanente acción de garantizar estos derechos dependerá en gran medida de su justificación, pues en lo sustantivo estas pueden no ser fácticamente disímiles.

En cuanto a los mecanismos de exclusión, es interesante observar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde los albores de su jurisprudencia ha puesto énfasis en la remoción de los obstáculos que impiden que las personas gocen plenamente de sus derechos. En su primer caso, *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, la Corte indicó que la obligación de garantía "[...] implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. [...] La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparte la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos"<sup>80</sup>.

El contenido y alcance que la Corte ha dado a la obligación de garantía y a la de respeto de los derechos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene un correlato en su compleja concepción de reparaciones y en la existencia de una rica y variada jurisprudencia. Para la Corte, una vez que se ha constatado la existencia de un ilícito internacional, surge para el Estado la obligación de reparar. Esta obligación implica, en primer lugar, el de restituir a la persona cuyo derecho ha sido vulnerado a la situación en la que se encontraba antes del ilícito. Si esto no fuese posible, la Corte determinará las medidas de reparación que permitan compensar dicho daño. Además de la compensación económica, la Corte habitualmente ordena a los Estados que tome "[...] medidas de carácter positivo que el Estado debe adoptar para asegurar que no se repitan hechos lesivos [...]"<sup>81</sup>, pues para este tribunal "[l]as reparaciones son medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas"<sup>82</sup>. Esto implica que, además de la indemnización, la Corte habitualmente decreta "medidas de satisfacción y garantías de no repetición". Esta comprensión de las medidas de reparación ha permitido que los alcances de las sentencias puedan, potencialmente,

79 BAYEFSKY (1990, p. 27).

80 CORTE IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo), párrs. 166 y 167.

81 Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Op. cit. (nota 62), párr. 232.

82 *Ibíd.*, párr. 233.

beneficiar a todas aquellas personas que se encuentran en las mismas circunstancias que las/los peticionarios del caso.

La importancia de este enfoque en el caso de la igualdad y la prohibición de discriminación es significativa, puesto que para la Corte el deber del Estado consistirá en remover los mecanismos estructurales que propician situaciones de exclusión. El caso de *Yatama Vs. Nicaragua*<sup>83</sup> es un buen ejemplo de esta situación. En este, los peticionarios en el caso eran personas provenientes de una comunidad indígena que, con ocasión de la modificación de la legislación electoral, no pudieron participar en las elecciones. La Corte indicó que:

"[...] [D]e conformidad con los artículos 23, 24, 1.1 y 2 de la Convención, el Estado tiene la obligación de garantizar el goce de los derechos políticos, lo cual implica que la regulación del ejercicio de dichos derechos y su aplicación sean acordes al principio de igualdad y no discriminación, y debe adoptar las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio. Dicha obligación de garantizar *no se cumple con la sola expedición de normativa que reconozca formalmente dichos derechos, sino requiere que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales*"<sup>84</sup>.

Después de destacar que el Estado podía regular los mecanismos y requisitos de la participación política, la Corte indicó que dicha regulación debía efectivamente garantizar el ejercicio del derecho a la participación política.<sup>85</sup> Más aún, que las limitaciones que se establecieran al ejercicio de este derecho debían observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática<sup>86</sup>. La igualdad y la no discriminación determinaban que el Estado debía reconocer la particular situación de vulnerabilidad en la que se encontraban los integrantes de comunidades indígenas, peticionarios en el caso. Tal reconocimiento implicaba que ellos debían recibir un trato distinto a otros grupos de la población que no se encontraban en su situación de discriminación y exclusión histórica. La legislación electoral, por tanto, debía registrar e incluir las "tradiciones y ordenamientos especiales" de grupos específicos, particularmente de los pueblos indígenas, en aras a que estos pudieran efectivamente gozar de sus derechos políticos sin discriminación y conforme con el principio de igualdad.<sup>87</sup> Las medidas de reparación que la Corte adoptó en el caso incluían la modificación de la legislación electoral, la creación de un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo contra las decisiones del Consejo Supremo Electoral y la publicidad de la sentencia.<sup>88</sup>

#### 4. CONCLUSIONES

Ciertamente a estas alturas resulta meridianamente claro el imprescindible rol que la igualdad y el principio de no discriminación desempeñan en el derecho internacional de los derechos humanos. Tal es su importancia que la Corte Interamericana ha indicado que la prohibición de discriminación es una norma de *ius cogens*. Es decir, la prohibición de discriminación es un límite a la discrecionalidad de los Estados y aquellas normas o prácticas que contradicen la prohibición de

83 Ibíd.

84 Ibíd., párr. 201. Énfasis añadido.

85 Ibíd., párr. 204 y 205.

86 Ibíd., párr. 206.

87 Ibíd., párr. 215.

88 Ibíd., párrs. 252 - 260.

discriminación deben ser consideradas carentes de valor y contrarias al derecho internacional. En sus propias palabras, la Corte considera:

“[...] [Q]ue el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*”<sup>89</sup>.

La importancia de la igualdad como un elemento normativo ha estado en el corazón de las demandas de los movimientos de mujeres. Ya sea que ellas estuvieran demandando sufragio universal o reclamando por sus derechos sexuales y reproductivos, la conciencia de la subordinación y el control que desde el Estado y la sociedad se ejercía sobre ellas determinaba que existiera un fuerte cuestionamiento a las definiciones morales que se institucionalizaban a través del derecho. Esta tarea, a la postre, busca no solo modificar el andamiaje institucional que ampara y fomenta la exclusión, sino el *ethos* social que reproduce estas prácticas. La labor, entonces, de mirar la discriminación con otros ojos exige a quienes bogan por la igualdad de una permanente revisión del propio actuar —cómo yo contribuyo o no a la mantención de prácticas discriminatorias— y de una exigente tarea de argumentación —por qué tal o cual práctica o norma son arbitrarias—.

Qué es lo que entendemos cuando demandamos igualdad, qué buscaremos igualar y a quiénes se la exigiremos son preguntas que tienen consecuencias normativas trascendentales. Si esperamos que sea la estructura coercitiva la que esté conforme con el principio de igualdad, es posible que estemos dejando de lado la posibilidad de cuestionar el actuar de los sujetos y, por tanto, la forma en la que se construye la cultura. Si nuestro afán es la igual distribución de recursos, es posible que quienes tienen diferentes capacidades los utilicen de forma tal que el resultado no asegure un resultado “igual” —por ejemplo, le damos la misma cantidad de recursos a una persona con un grado importante de discapacidad y a otra completamente autovalente. Por supuesto, con independencia de la opción que se haga, lo determinante es saber o anticipar cuáles serán las consecuencias de un enfoque u otro.

Como hemos analizado, al estar la igualdad y la prohibición de discriminación en el centro de la construcción normativa del derecho internacional, este ofrece una serie de herramientas a quienes se encuentren en las lides de los derechos de las mujeres. Entre estas, contamos con *tests* que nos permiten analizar cuándo un trato desigual por parte del Estado será constitutivo o no de discriminación y cuándo una medida especial temporal no lo será, además de la existencia de *categorías sospechosas* que exigen de un calificado ejercicio argumentativo para justificar la procedencia de distinciones en el trato basadas en ellas. De la misma forma, las obligaciones que nacen de los tratados internacionales establecen claramente que el Estado debe respetar y garantizar todos los derechos de los catálogos internacionales sin discriminación —cláusula subordinada—, además de reconocer un derecho autónomo a la igualdad. Hemos revisado los límites de un enfoque relacional que abarque solo a individuos, versus una comprensión sistémica o estructural de los mecanismos de exclusión e inclusión social y su determinante relación con el

89 CORTE IDH. Opinión Consultiva OC 18/03: “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, de 17 de septiembre de 2003, párr. 101.

concepto de género. Por último, en el caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, las obligaciones de respeto y garantía requieren del Estado la remoción de los obstáculos que impiden el pleno goce de los derechos, entre los que se incluye el derecho a la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación.

Las herramientas están y para quienes se animen a mirar la realidad con otros ojos, la invitación está abierta: si la igualdad incorpora elementos de justicia que justifican nuestro ordenamiento jurídico, depende de quienes trabajamos en él que este pase de ser un ideal normativo, a un eje primordial en la construcción de nuestra sociedad. Solo hace falta correr el velo de lo conocido y cuestionar, mirar con otros ojos, para encontrar en la diversidad su inmanente componente emancipatorio.

### **Preguntas:**

1. ¿Cuál fue el rol que jugó la igualdad en las demandas políticas de los movimientos de mujeres?
2. ¿Qué dimensión de la igualdad estima usted es relevante igualar? ¿A quiénes debe exigirse igualdad?
3. ¿Cómo se define la discriminación en el derecho internacional?
4. ¿En qué consisten las cláusulas subordinadas y autónomas de igualdad de los tratados internacionales de derechos humanos?
5. ¿Qué requisitos son necesarios para que una distinción en el trato sea considerada legítima o ilegítima?
6. ¿En qué consisten los estereotipos de género? ¿Cuál estima usted es su utilidad?
7. ¿Qué limitaciones tiene un enfoque individual versus uno estructural en el análisis de la igualdad?
8. ¿Qué herramientas existen en el derecho internacional en caso de que constatemos la existencia de una discriminación?

## BIBLIOGRAFÍA

- BAYEFSKY, Anne. 1990. The principle of equality or non-discrimination in International Law. Human Rights Law Journal (III)1-2:1-34 (versión traducida por el Centro de Derechos Humanos).
- BIELEFELDT, Heiner. 2009. Philosophical and historical foundations of human rights. En: KRAUSE, Catarina y SCHEININ, Martin. International protection of human rights: A textbook. Turku/Abo, Institute for Human Rights (Abo Akademi University).
- BOBBIO, Norberto. 1989. Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría general de la política. Estados Unidos, Fondo de Cultura Económica.
- BOBBIO, Norberto. 2010. La naturaleza del prejuicio. Racismo, hoy. Iguales y diferentes. En: CAICEDO, Danilo y PORRAS, Angélica (eds). Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad. Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos (Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad).
- BRICENO, Rosa. 1998. Reclaiming women's human rights. En: STROMQUIST, Nelly P. (ed.). Women in the Third World: An Encyclopedia of Contemporary Issues. Nueva York, Garland Publishing.
- BUTLER, Judith. 1990. Gender Trouble. Feminism and the subversion of identity. 2ª Ed. (reimp. en 2008), Routledge classics.
- CELS. 2008. La lucha por el Derecho. Litigio estratégico y derechos humanos. Buenos Aires, Siglo XXI Editores.
- COHEN, Gerald A. 2001. Si eres igualitarista, ¿cómo es que eres tan rico? Barcelona, Editorial Paidós (Traducción de Luis Arenas Llopis y Óscar Arenas Llopis). Publicado en inglés: *If You're an Egalitarian, How come You're So Rich?* Cambridge (Mass.) y Londres, Harvard University Press, 2000.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 1998. Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la condición de la mujer en las Américas. [En línea] OEA/Ser.L/V/II.100 Doc. 17, 13 de octubre. <<http://www.cidh.org/countryrep/Mujeres98/Mujeres98.htm>> [Consulta: 16 de octubre de 2013].
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2003. Situación de los derechos de la mujer en Ciudad Juárez, México: El derecho a no ser objeto de violencia y discriminación. [En línea] OEA/Ser.L/V/II.117 Doc. 1 rev. 1, 7 de marzo. <<http://www.cidh.org/annualrep/2002sp/cap.vi.juarez.htm>> [Consulta: 16 de octubre de 2013].
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2006. Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia. [En línea] OEA/Ser.L/V/II. Doc. 67, 18 de octubre. <<http://www.cidh.org/countryrep/ColombiaMujeres06sp/Informe%20Mujeres%20Colombia%202006%20Espanol.pdf>> [Consulta: 16 de octubre de 2013].
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2007. Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas. [En línea] OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 de enero. <<http://www.cidh.org/women/ Acceso07/indiceacceso.htm>> [Consulta: 16 de octubre de 2013].
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2009. Informe sobre los derechos de las mujeres en Chile: La igualdad en la familia, el trabajo y la política. [En línea] OEA/Ser.L/V/II.134. Doc. 63. 27 de marzo. <<http://www.cidh.org/countryrep/ChileMujer2009sp/Chilemujer09indice.sp.htm>> [Consulta: 16 de octubre de 2013].
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2010. Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos. [En línea] OEA/Ser.L/V/II. Doc. 69, 7 de junio. <<http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/SaludMaterna2010.pdf>> [Consulta: 16 de octubre de 2013].
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2011. El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: La ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. [En línea] OEA/Ser.L/V/II.143. Doc. 59, 3 de noviembre. <<http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/MujeresDESC2011.pdf>> [Consulta: 16 de octubre de 2013].
- COOK, Rebecca J. y CUSACK, Simone. 2010. Estereotipos de Género: perspectivas legales transnacionales. Bogotá, Profamilia.

CHARLESWORTH, Hilary. 1997. ¿Qué son los “derechos humanos internacionales de la mujer”? En: COOK, Rebecca (ed.). *Derechos humanos de la mujer. Perspectivas nacionales e internacionales*. Bogotá, Profamilia.

CHARLESWORTH, Hilary. 2008. Simposio: Derechos humanos de las mujeres en el Derecho Internacional. En: TRABUCCO, Alia (ed.). *Derechos Humanos Hoy: Balance Internacional*. Santiago, Centro de Derechos Humanos (Facultad de Derecho, Universidad de Chile).

DE BEAUVOIR, Simone. 2009. *El segundo sexo*. Buenos Aires, Editorial de Bolsillo (Traducción Juan García Puente).

DWORKIN, Ronald. 1981. What is Equality? Part 2: Equality of resources. *Philosophy & Public Affairs* 10(4): 283-345.

DWORKIN, Ronald. 2000. *Sovereign virtue. The theory and practice of equality*. Harvard University Press.

HAYEK, Friedrich A. 1946. *Camino de Servidumbre*. Madrid, Alianza.

HELLMAN, Deborah. 2008. *When is Discrimination Wrong?* Cambridge, Harvard University Press.

HÉRNANDEZ-TRUYOL, Berta Esperanza. 1998. Human rights through a gendered lens: Emerge, evolution, revolution. En: ASKIND, Kelly D. y KOENIG, Dorean M. (eds.). *Woman and International Human Rights Law*. Vol. 1. Transnational Publishers.

MACKINNON, Catherine. 1998. *Crímenes de guerra, crímenes de paz*. En: SHUTE, Stephen y HURLEY, Susan (eds.). *De los derechos humanos: Las conferencias Oxford Amnesty de 1993*. Madrid, Editorial Trotta.

MCKEAN, Warwick. 1983. *Equality and discrimination under international law*. Nueva York, Clarendon Press (versión traducida por el Centro de Derechos Humanos: Igualdad y Discriminación en el Derecho Internacional).

MEDINA, Cecilia. 1998. The Interamerican Commission on Human Rights and Women, with particular reference to violence. En: CASTERMAS-HOLLEMAN, M. VAN HOOFF, F. y SMITH, J. (eds.). *The role of the Nation-State in the 21st century. Human rights international organizations and foreign policy. Essays in honour of Peter Baehr*. La Haya, Kluwer Law International.

MEDINA, Cecilia. 2003. Human rights of women: where are we in the Americas? En: MANGANAS, A. (ed.). *Essays in honour of Alice Yotopoulos-Marangopoulos. Volume B*. Atenas, Panteion University/Nomiki Bibliothiki Group.

NASH, Claudio y DAVID, Valeska. 2010. *Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos*. En: NASH, Claudio y MUJICA, Ignacio. *Derechos humanos y juicio justo*. Lima, Colegio de las Américas/Organización Interamericana Universitaria.

NOZICK, Robert. 1988. *Anarquía, Estado y Utopía*. México, Fondo de Cultura Económica (Traducción de Rolando Tamayo).

NUSSBAUM, Martha. 2005. *Capacidades como titulaciones fundamentales: Sen y la justicia social*. Bogotá, Universidad del Externado de Colombia (Estudios de Filosofía y Derecho No 9).

OLSEN, Frances. 1990. *El sexo del derecho*. En: KAIRYS, David (ed.). *The Politics of Law*. Nueva York, Pantheon (Traducción de Mariela Santoro y Christian Courtis).

PALACIOS, Patricia. 2003. *La Evolución del concepto de discriminación en la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas referente al artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos entre 1977 y 2002. Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales*. Santiago, Universidad de Chile.

PALACIOS, Patricia. 2006. *La No Discriminación. Estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación*. Santiago, Centro de Derechos Humanos (Facultad de Derecho, Universidad de Chile).

PALACIOS, Patricia. 2008. The path to gender justice in the Inter-American Court of Human Rights. *Texas Journal of Women and the Law*, 17(2): 227-295.

RAWLS, John. 1995. *Teoría de la Justicia*. 2ª Ed., México, Fondo de Cultura Económica (Traducción de María Dolores González).

SABA, Roberto. 2005. (Des)igualdad estructural. Revista Derecho y Humanidades (11):123-147.

SCOTT, Joan W. 1986. Gender: A useful category of historical analysis. The American Historical Review 91(5):1053-1075.

SEN, Amartya. 1995. Nuevo examen a la desigualdad. Madrid, Alianza Editorial. Publicado originalmente en inglés: *Inequality Reexamined*. Oxford University Press, 1992

SHELTON, Dinah. 2008. Prohibición de discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. [En línea] Anuario de Derechos Humanos 2008. <<http://www.anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13488/13756>> [Consulta: 15 de octubre de 2013].

TONG, Rosemarie. 2009. Feminist Thought. A more comprehensive introduction. 3° Ed., West View Press.

VALCÁRCEL, Amelia. 2001. La memoria colectiva y los retos del feminismo. Santiago, CEPAL (Serie Mujer y Desarrollo 31).

VILHENA, Oscar. 2007. La desigualdad y la subversión del Estado de Derecho. Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos (6):29-51.

## Jurisprudencia y casos citados

### COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS:

- Caso Broeks vs. Países Bajos. Comunicación N° 172/1984. Decisión de 9 de abril de 1987.

### CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:

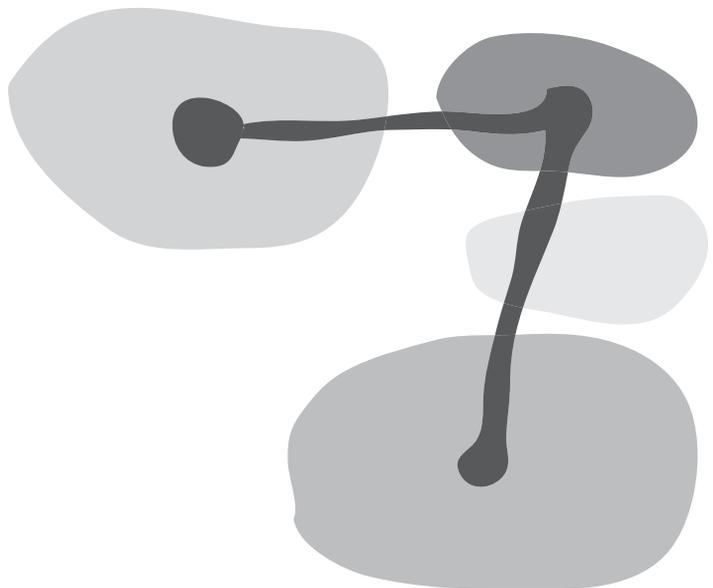
- Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas). [En línea] <[http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf)> [Consulta: 9 de octubre de 2013].
- Caso González y Otras ("Campo Algodonero") vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). [En línea] <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_205\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf)> [Consulta: 9 de octubre de 2013].
- Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Sentencia de 30 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). [En línea] <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_215\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf)> [Consulta: 9 de octubre de 2013].
- Caso Rosendo Cantú y otras vs. México. Sentencia de 31 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). [En línea]: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_216\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf)> [Consulta: 9 de octubre de 2013].
- Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). [En línea] <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_160\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf)> [Consulta: 9 de octubre de 2013].
- Caso Yatama vs. Nicaragua. Sentencia de 23 de junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) [En línea] <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_127\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf)> [Consulta: 9 de octubre de 2013].

### CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS:

- *Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium"* vs. Bélgica. Application N° 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64. Sentencia de 23 de julio de 1968. [En línea] <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57525>> [Consulta: 15 de octubre de 2013].

Capítulo III

# APLICACIONES DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN



# MUJERES, CIUDADANÍA Y PARTICIPACIÓN POLÍTICA

*Yanira Zúñiga Añazco*

Hasta hace pocas décadas, la monopolización masculina del poder a lo largo del orbe no era vista, en general, como un problema para la democracia. En la actualidad, en cambio, y tras el sostenido cuestionamiento proveniente del activismo y de la teoría feminista, se ha logrado sentar las bases para el afianzamiento de herramientas jurídicas tendentes a corregir el déficit de legitimidad de sistemas políticos, caracterizados por una escasa presencia de mujeres en el seno de los órganos de representación. Es claro que las cuotas y la paridad son los ejemplos más vistosos de este nuevo repertorio normativo, no solo por su progresiva expansión sino, además, porque son portadores de comprensiones recientes sobre las vinculaciones entre la política y el género.

## 1. LA PROBLEMÁTICA CIUDADANÍA FEMENINA

La monopolización masculina del poder político es un fenómeno de larga data. Sin embargo, es en la modernidad donde esta adquiere ribetes paradójicos, debido a que las sociedades políticas modernas se vertebran sobre la base de principios inclusivos y, sin embargo, dan origen a democracias exclusivas, es decir, sistemas en los que solo están legitimados para participar los varones. Hay varias piezas clave en este puzle. En la modernidad las mujeres son situadas simbólicamente en el dominio de la naturaleza y de las emociones, que es atemporal, al mismo tiempo que los hombres son localizados en el dominio de la razón, que es histórico. De ahí que los varones puedan ser liberados por el pacto social y las mujeres queden, en cambio, apesadas en una suerte de estado de naturaleza permanente. Todo ello justifica, en el ideario moderno, que las mujeres sean expulsadas de lo público (la ciudad) y confinadas a lo privado (la familia). Los hombres devienen, en consecuencia, los únicos hacedores de las leyes y, en contrapartida, las mujeres son simbolizadas como las guardadoras de las costumbres.

Así concebido el diseño del pacto social, no sorprende que el pensamiento feminista —que en sus orígenes no era otra cosa que un producto de la ilustración— se haya focalizado tempranamente en denunciar la injusticia de un orden vertebrado sobre una voluntad general a cuya formación solo estaban convocados los hombres. En la medida que los reclamos de figuras emblemáticas como Olympe de Gouges o Mary Wollstonecraft se nutren de la misma ideología igualitarista promovida por la modernidad, resulta lógico que se hayan articulado en clave de universalización. Es decir, la operación de inclusión de las mujeres que emprende el feminismo ilustrado se va a caracterizar por estar rigurosamente anclada en la estrategia de neutralización de la diferencia sexual, sirviéndose de los propios universales ilustrados. En términos metafóricos, la estrategia consistió en travestir a las mujeres. De esta manera, el primer feminismo va a exigir la aplicación generalizada de reglas que habían sido claramente formuladas para un grupo determinado —el de los varones— ensanchando los contornos estrechos de la versión moderna de la igualdad esencial humana, a fin de incluir en ella a las mujeres.

Hasta bien entrada la segunda mitad del siglo XX y tras la generalización en occidente del derecho a sufragio, no fue posible apreciar con nitidez que las posibilidades de éxito de tal empresa eran limitadas. El sujeto abstracto continuó siendo, en la práctica, un sujeto masculino, solo que, contemporáneamente, aparece enmascarado tras un discurso con énfasis inclusivo y con tintes ideológicos. La dificultosa extensión a las mujeres de derechos clave para su inserción social (como

el derecho a la educación, la libertad de trabajo, el derecho de propiedad etc.), la localización de la subjetividad femenina en una suerte de intersticio entre la capacidad y la incapacidad jurídicas —especialmente en el marco de las relaciones familia—; la negación de la autonomía moral de las mujeres en materia de decisiones reproductivas y la escasa presencia de mujeres en los puestos de representación popular, entre otros tantos hechos, terminaron por demostrar que la igualdad esencial humana de raíz ilustrada era una careta que encubría formas de comprender la razón, la moral y los derechos humanos, profundamente cruzadas por lo que actualmente se ha dado en llamar el sistema sexo/género. Parece ser —como han advertido varias teóricas feministas— que la tardía incorporación femenina a un modelo de ciudadanía bosquejado a imagen del varón no es capaz de producir una efectiva equiparación de derechos entre hombres y mujeres que permita eliminar la brecha creada por la inclusión original masculina. Lo anterior, debido a que la diferenciación sexual forma parte de los cimientos sobre los que descansan las grandes categorías del pensamiento político moderno, y estas últimas han producido y siguen produciendo consecuencias duraderas y directas sobre la vida de las mujeres.

A partir de entonces, la confianza del feminismo en la abstracción y la racionalidad como garantías de igualdad se ve profundamente erosionada y la paciencia de los movimientos de mujeres en lo concerniente a la corrección del déficit democrático se desgastará de manera acelerada. Por lo mismo, el repertorio analítico y la propia agenda feminista debieron complejizarse. En lo relativo a la infrarrepresentación política de las mujeres —que es lo que aquí nos interesa particularmente— la década de los ochenta será testigo de la eclosión de la noción del “techo de cristal”, la que aportará luces sobre las causas explicativas de este fenómeno y su relación con el sistema sexo/género. De paso, dicha noción le dará un impulso definitivo a las cuotas de género. A finales de la década de los noventa irrumpirá en la escena político-normativa un tercer actor: la paridad.

Este rico compendio teórico-práctico será objeto de análisis en las secciones que siguen.

## 2. DEL TECHO DE CRISTAL A LAS MEDIDAS DE INCENTIVACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA FEMENINA

La noción del “techo de cristal” alude metafóricamente a un conjunto invisibilizado de mecanismos discriminatorios que impiden o dificultan el acceso de las mujeres a las estructuras de poder político. Esta noción se nutre de registros explicativos complementarios que apuntan a diversas concausas. A saber, (a) *factores psicológico-afectivos*, ligados a la socialización tradicional de género. Estos impactan en la “psicología femenina” generando una menor tendencia de las mujeres a asumir actitudes y formas de comportamiento ligadas al deseo de competir, para las que no han sido preparadas,<sup>1</sup> entre otras razones, porque la educación escolar es una de las fuentes de reproducción de estereotipos de género.<sup>2</sup> Los anteriores coexisten con (b) *factores socioeconómicos* que determinan que entre las mujeres se acumulen más condiciones susceptibles de favorecer el desinterés por la profesionalización de la política, por ejemplo, la pobreza, la baja escolaridad y la inactividad laboral. Esta superposición de condiciones de vulnerabilidad es designada, a menudo, con la etiqueta de *feminización de la pobreza*, expresión que alude indistintamente ya a la mayor incidencia de la pobreza femenina en relación con la masculina, ya a su mayor intensidad comparativa, ya al aumento progresivo de las mujeres pobres en las últimas décadas.<sup>3</sup>

1 Véase: ASTELARRA (1990, p. 13).

2 En este sentido véase, por ejemplo: GARRETA y CAREAGA (1987). En este estudio se concluye que existe una importante asimetría en cuanto al protagonismo que se otorga a los personajes masculinos y femeninos en los textos escolares, y los adjetivos y estereotipos que acompañan a unos y a otros. Véase, además: ROSETTI (1993, p. 42).

3 Sobre este tema, véase: TORTOSA (2001, pp. 65-83).

Adicionalmente concurren (c) *factores vinculados a la ordenación social de género*. Dentro de esta línea explicativa destaca la permanencia de la estructura de distribución inequitativa de tareas y responsabilidades en el seno de las familias y su impacto en los usos del tiempo de mujeres y varones. Como es sabido, la creciente inserción laboral de las mujeres se ha hecho al precio de la multiplicación de las jornadas de trabajo femeninas. Es decir, muchas mujeres ejercen actividades remuneradas fuera del hogar que son combinadas con las labores domésticas, generando jornadas de trabajo considerablemente más largas que las de sus colegas varones. Por otra parte, las reuniones políticas implican una dificultad adicional porque estas se desarrollan habitualmente en espacios informales (cenas de camaraderías, bares, etc.) y en horarios que las mujeres suelen dedicar al cuidado de sus hijos. En consecuencia, una mujer interesada en proseguir una carrera política se enfrenta normalmente a la siguiente disyuntiva: renunciar a la vida familiar y/o a la maternidad o postergar el ingreso a la carrera política para una vez que se haya finalizado la crianza de los hijos.

Un cuarto grupo de factores se vinculan con (d) *elementos ideológico-culturales*. Estos tienen el efecto de producir una identificación del poder político con atributos que forman parte del universo simbólico masculino (entre otros, el liderazgo o la capacidad de gobernar), de suerte que el género opera, de manera explícita o implícita, como un marcador identitario de poder. Una contundente producción investigativa sugiere que, por ejemplo, las reglas de idoneidad y experticia no solo expresan una concepción masculinizada del poder, sino que, además, están detrás de la longevidad de las carreras políticas masculinas, generando una cadena de barreras de entrada para las mujeres. En este sentido, el hecho de que los candidatos masculinos cuenten, en general, con una larga experiencia partidaria y/o con un capital de apoyo ciudadano desarrollado al amparo de una notoriedad pública continuada en el tiempo, implica que, comparativamente, las mujeres son percibidas como novicias o inexpertas, lo que a su vez afecta su elegibilidad como candidatas.<sup>4</sup>

Por último, y estrechamente vinculados con los anteriores, intervienen también (e) *factores derivados de los contextos institucionales u organizacionales del poder*. Dentro de estos últimos factores, el rol de los partidos políticos ha sido objeto de especial examen debido a que en nuestras actuales democracias representativas son estos quienes administran, de una manera casi monopólica, los procesos de selección de los candidatos para las diferentes elecciones. Diversas investigaciones sugieren que es precisamente la barrera de los partidos políticos la que es más difícil de sortear para las mujeres, y que estos continúan siendo estructuras fuertemente patriarcales, en abierto contraste con una opinión pública cada vez más favorable a la presencia femenina en los puestos de poder.<sup>5</sup>

4 Véase: GUIONNET (2002). Sobre los efectos de la regla de competencia y experticia en Francia véase, además: DULONG y MATONTI (2006, en especial pp. 86 y 87).

5 Un estudio de Mariette Sinneau basado en encuestas aplicadas en Francia demuestra que desde los años 80 en adelante es posible observar una progresiva aceptación de la población francesa al ingreso de las mujeres a posiciones de poder político. En el mismo período, las encuestas aplicadas a parlamentarios registran, en general, fuertes resistencias respecto de la introducción de mecanismos de cuotas. Según Mariette Sinneau este último resultado se puede explicar según la siguiente fórmula: "la propensión de los individuos al feminismo varía en razón inversa al grado en que las transformaciones que él implica tocan al principio de sus privilegios. Si los elegidos y elegidas, son menos feministas que los electores y electoras, es decir, menos dispuestos que ellos a desear una feminización de las asambleas electivas, no hay ninguna duda de que se debe en parte atribuir esta diferencia al hecho de que los primeros tienen más que perder que los segundos(as)". Véase: SINEAU (1998, pp. 75 y 76; la traducción es mía). En el caso chileno, la Corporación Humanas ha elaborado encuestas nacionales aplicadas a mujeres durante los años 2005 y 2006 que demuestran que el apoyo a una política de cuotas es de 70% y 80%, respectivamente. Otra encuesta elaborada también por Corporación Humanas y, aplicada en el año 2006 a diputados de diferentes partidos, demuestra un rechazo más o menos general a la idea de legislar para garantizar la presencia de mujeres en el Congreso. La resistencia más potente se ubica entre los diputados de derecha (73,7% RN y 4,8% UDI), seguida por los diputados radicales (42,9%) y demócratacristianos (42,9%) Mientras que el apoyo más rotundo se expresa entre los diputados del PPD (81%) y del PS (82%). El primero de los estudios referidos se encuentra disponible en línea: CORPORACIÓN HUMANAS. Encuesta nacional mujeres y política 2005 <<http://www.humanas.cl/?p=114>> [Consulta: 6 de octubre de 2013].

Las resistencias provenientes de los partidos políticos se expresan de diferentes formas<sup>6</sup>. Entre estas pueden citarse el desfase entre una abultada presencia de mujeres en calidad de militantes y su acceso reducido a las jerarquías del partido; la preferencia por las candidaturas masculinas en desmedro de las candidaturas femeninas, las prácticas de situar a las mujeres en posiciones de lista no elegibles o de presentar sus candidaturas para circunscripciones que, de antemano, se estiman perdidas<sup>7</sup>. Aunque parezca paradójico, este comportamiento alcanza incluso aquellos partidos que cuentan, a nivel de sus propias reglas internas, con mecanismos de incentivo para la participación política de mujeres o que han apoyado el establecimiento de mecanismos legales.<sup>8</sup>

Pero si —como he afirmado— el acceso de las mujeres a puestos de relevancia política está lejos de realizarse en condiciones de verdadera igualdad y si, de otro lado, los partidos políticos son estructuras refractarias a la feminización, ¿por qué ciertas mujeres consiguen formar parte de este club exclusivo y, todavía más, algunas de entre ellas logran acceder a los más altos puestos representativos? Dicho de otra manera, ¿qué es lo que impulsa a este poder eminentemente masculino a ceder una parcela de sí mismo?

Dejando de lado los casos de las viudas (Violeta Chamorro o Corazón Aquino), de las hijas de jefes de Estado (Benazir Bhutto o Indhira Gandhi) o de las “protegidas” de políticos, que se beneficiarían de modos de legitimación particulares<sup>9</sup>, el acceso de otras mujeres a puestos de poder se explica a partir de consideraciones eminentemente pragmáticas, relacionadas tanto con el sistema político en su conjunto como con la supervivencia de cada fuerza política, aisladamente considerada. El sistema político, en general, necesita de la presencia de *outsiders* (por ejemplo, mujeres, jóvenes o miembros de minorías étnicas, según el caso) para legitimarse. Esta necesidad se acrecienta en momentos de descrédito de la clase política, en los que la pulsión del electorado por una mayor democratización de los puestos públicos tiende a ser atenuada a través de una mayor permeabilidad del sistema a la entrada de otros actores. Así las cosas, una dosis de “feminización” de la agenda político-electoral<sup>10</sup> es vista como una herramienta apta para reducir la brecha entre

6 A este respecto pueden verse los estudios de casos contenidos en: RÍOS (2008); URIARTE y ELIZONDO (1997).

7 A nivel del continente americano, esta práctica ha dado origen a sendas reclamaciones que han llegado hasta la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). A los efectos, ver: CIDH. Informe N° 103/01, Caso 11.307: María Merciadri de Morini - Argentina, de 11 de octubre de 2001, finalizado mediante solución amistosa entre las partes; y CIDH. Informe N° 51/02 (Admisibilidad), Petición 12.404: Janet Espinoza Feria y otras - Perú, de 10 de octubre de 2002. Para una reseña de estos asuntos y un comentario de la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos en la materia, puede consultarse: VILLANUEVA (2007).

8 En el caso francés, los partidos de izquierda y de derecha han preferido dejar de recibir parte del financiamiento público antes que presentar tantas mujeres como hombres en las elecciones para la Asamblea General. En el caso latinoamericano se registra un fenómeno similar, que tiene mayor o menor amplitud dependiendo de las medidas establecidas en caso de incumplimiento de la ley. Ver: BAREIRO et al. (2004, en especial pp. 39 y sgtes.).

9 Sonia Dayan-Hezbrun habla de una legitimación “por la sangre” o “por la cama” que se reconduce, en definitiva, a una figura masculina. En el caso de las viudas, estas deben su posición a su virtud, las favoritas a su seducción siempre renovada. A través de las unas y las otras se manifiesta, por sobre todo, la fuerza del hombre a las que ellas pertenecen, incluso más allá de la muerte si es preciso (DAYAN-HEZBRUN 2000, pp. 281-298).

10 Esto resulta operativizado a través de dos estrategias concretas. La primera consiste en un aumento relativo del número de mujeres en la composición de las lista electorales, si bien —como ya se apuntó— estas tienden a situarse en puestos no elegibles o a presentarse en circunscripciones que de antemano se estiman perdidas. La segunda estrategia consiste en una suerte de feminización de la agenda electoral. Un somero vistazo a las campañas electorales de las últimas décadas revela que la referencia a las necesidades y deseos femeninos se ha multiplicado exponencialmente en los debates electorales. En este nuevo registro discursivo coexisten elementos variopintos, cuya intensidad varía según la forma en que cada sociedad resulta perfilada por la ordenación de género. Por un lado, permanecen elementos asociados a las representaciones tradicionales de género sobre lo femenino (las apelaciones a la familia, el rol de la maternidad en la reproducción de los valores, la función de la religión y de la tradición), mientras que por otro surgen temáticas que reflejan los cambios y/o demandas de subjetivación de las mujeres (entre otros, el control de la sexualidad y la autonomía reproductiva, la inserción al mercado laboral y la valoración del trabajo doméstico). Ambas estrategias están dirigidas a captar los votos de un electorado mayoritariamente femenino y, por tanto, decisivo en cualquier elección.

representación y representatividad (o sea, la distinción entre “el pueblo” y “los que deciden”) y, por extensión, como una forma para contrarrestar las crisis de legitimación que de ahí derivan.

Con todo, en la medida en que dicha “feminización” es promovida para garantizar la preservación de la masculinidad del poder, resulta forzoso que opere por la vía de la excepción calificada. Requiere, entonces, un sistema de cooptación exclusivo y un entramado simbólico que la defina, de manera bifronte. Puertas afuera, las mujeres que logran acceder a puestos políticos de cierta visibilidad son presentadas a la opinión pública como el producto de un dispositivo de sobreselección basado en un riguroso examen de méritos (una especie de “darwinismo social” ajeno al sexo de los implicados) y su presencia, aunque minúscula, es usada para demostrar que la igualdad de sexos ha triunfado. Puertas adentro, en cambio, esas mismas mujeres ocupan posiciones marginales, sufren cotidianamente descalificaciones sexistas, son el foco de la hostilidad de sus propios compañeros de partido durante las campañas y, en general, conviven constantemente con la impresión de ser percibidas como *outsiders*<sup>11</sup>. Como advierte María Antonia García de León, ellas configuran una élite discriminada.<sup>12</sup>

Todo esto corrobora que los obstáculos que las mujeres deben vencer para ejercer el poder político no se circunscriben al acceso formal a los cargos, sino que impregnan todas las dinámicas y prácticas políticas y, por tanto, las “persiguen” a lo largo de sus trayectorias. Dichos obstáculos parecen tan difíciles de eliminar como sería cortar definitivamente la cola a una lagartija. ¿Por qué ocurre esto? A decir de Celia Amorós, lo anterior se vincula con que cuando las mujeres ejercen el poder lo hacen sin una investidura completa. Es decir, disponen de un poder no transitivo e interino, un poder que no fluye al estilo foucaultiano, porque nunca se ha identificado colectivamente con las mujeres. Para entender adecuadamente esta conexión resulta útil visualizar al poder político en su real configuración, esto es, como un poder con componente ritual o iniciático, y a quienes ejercen la política como miembros de una cofradía. Vistas así las cosas resulta que, a diferencia de los varones —que son admitidos en esta cofradía de pleno derecho y, por lo mismo, son aptos *per se*—, las mujeres requieren que los hombres ratifiquen la calidad y la idoneidad de sus decisiones.<sup>13</sup>

La clarificación de que el poder femenino es eminentemente precario y que la garantía de su estabilidad precisa alguna institucionalización ha sido crucial para el desarrollo de las medidas de incentivación de la participación política femenina. A partir de ahí, el movimiento feminista contemporáneo, valiéndose de las necesidades de legitimación de los partidos políticos y de sus propias estrategias ligadas al cálculo electoral, ha orquestado —como lo había hecho antes a propósito de otras problemáticas— una nueva subversión desde adentro. Esta vez, radicalizando los presupuestos de funcionamiento de la democracia representativa.

Las cuotas y la paridad son el resultado de esta empresa. Su devenir, justificación, problemas y desafíos serán examinados en los próximos apartados.

11 Sobre este asunto pueden consultarse los siguientes textos de la cientista política francesa SINEAU (1998, pp. 61-81; 2001). También puede consultarse en español: GARCÍA DE LEÓN (2004); RODRÍGUEZ (2005).

12 Ver: GARCÍA DE LEÓN (1994 y 2004).

13 Ver: AMORÓS (2006, en especial, pp. 383-445). Por su parte, Amelia Valcárcel, en una visión complementaria y extraordinariamente sugestiva, agrega que las mujeres que ostentan el poder deben sujetarse a los tres votos clásicos: pobreza, castidad y obediencia. Véase: VALCÁRCEL (1997, Capítulo VI).

### 3. BREVES APUNTES SOBRE LA CONSTRUCCIÓN DE LA CIUDADANÍA POLÍTICA FEMENINA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

A la época de la instauración de la Organización de Naciones Unidas (ONU), la gran mayoría de las mujeres del orbe se mantenían en ese estado de naturaleza al que aludimos en la primera sección de este trabajo, incapacitadas como estaban de participar en los asuntos públicos a través del sufragio. Mediante la adopción de la Convención sobre los Derechos políticos de la mujer de 1952, la ONU contribuyó a la efectiva universalización del derecho a voto<sup>14</sup>, dando el primer paso hacia la construcción de la ciudadanía política femenina en sede internacional.

Sin embargo, debieron transcurrir más de dos décadas para que la cuestión de la participación política femenina, esta vez en clave de garantía de elegibilidad, fuese evocada formalmente en la Primera Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en México en 1975, como preludeo a la regulación sistemática de la discriminación por razón de sexo, que se plasmará en la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), adoptada en 1979. El renovado interés de la ONU por la condición jurídica de las mujeres durante la década de los setenta es el resultado de la actividad transnacional de las organizaciones de mujeres, las que lograron introducir en los debates de la ONU la necesidad de contar con un estatuto específico de protección para abordar la discriminación de las mujeres. Los llamados estudios de mujeres —que comienzan a adquirir notoriedad también en la referida década— empezaban, a la sazón, a elaborar una teoría sistemática sobre los diversos ámbitos en que las relaciones de poder entre hombres y mujeres son institucionalizadas (la teoría del género), que servirá de base para la reconceptualización de la discriminación. La teoría del género describe a la discriminación como un fenómeno intergrupual derivado de las relaciones asimétricas de poder existentes entre hombres y mujeres. Dichas relaciones asimétricas se caracterizan, a su turno, por desenvolverse y reproducirse de manera soterrada y expansiva. Es decir, permean todos los aspectos de la vida de las mujeres.

La CEDAW recogerá, a nivel normativo, parte de este análisis, bosquejando una aproximación de la igualdad que no se agota en la dimensión formal de generalización de derechos, sino que requiere ser completada con medidas que garanticen la inclusión de las mujeres en las diversas esferas de la vida social (particularmente el mercado y la política). Coherente con este nuevo planteamiento, el artículo 4 de este instrumento confirió carta de legitimidad a las acciones positivas bajo el rótulo de “medidas especiales temporales”. Esto permitirá su desarrollo posterior dentro de la jurisprudencia de su propio Comité supervisor<sup>15</sup> (Comité CEDAW) y en el marco de las conferencias convocadas por la ONU en los llamados Decenios de la Mujer. De esta manera, la escasa presencia de mujeres en los procesos de toma de decisiones políticas se hará nuevamente un lugar en las agendas de Copenhague (1980) y Nairobi (1985), para adquirir un papel protagónico en la Conferencia de Beijing (1995), formando parte de las 12 esferas especiales de preocupación impulsadas por su Plataforma de Acción.

14 Hablo de real universalización porque es común que los textos de historia hablen de “voto universal” para referirse a la extensión de dicho derecho a todos los varones. Con ello se olvida que los países escandinavos, pioneros en la concesión del voto femenino, lo hicieron recién a principios del siglo XX y que en una cantidad considerable de casos —como el chileno (1949) e incluso el francés (1944)— las mujeres debieron esperar hasta entrada la década del 40 para ser consideradas ciudadanas. La utilización de la expresión “voto universal” para referirse a la generalización del voto masculino evidencia cómo en el imaginario colectivo el sujeto de los derechos, a pesar de la insistencia en su neutralidad, sigue siendo el hombre.

15 Ver: COMITÉ CEDAW. Recomendación General N° 25 (medidas especiales de carácter temporal). 30° período de sesiones, 2004, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 319; y COMITÉ CEDAW. Observación General N° 23 (vida política y pública). 57° período de sesiones, 1996, U.N. Doc. A/52/38.

Cabe mencionar, a título de comentario final de esta sección, que la incardinación de la acción positiva en los debates normativos relativos a la participación política femenina ha tenido un enorme impacto, no solo porque ha facilitado la implementación de estrategias específicas de inclusión de las mujeres en los procesos de toma de decisiones políticas —como las cuotas—, sino también porque, desde una perspectiva teórica, la noción de acción positiva llevada a la problematización de la ciudadanía ha posibilitado la transmutación de los derechos políticos desde meras libertades negativas a condiciones de legitimidad de los sistemas democráticos.

#### 4. CUOTAS Y PARIDAD ¿DOS ETIQUETAS PARA UNA MISMA PROPUESTA?

Aunque no es inusual que cuotas y paridad sean utilizadas como expresiones sinónimas, sobre todo durante la década de los noventa y la primera mitad de los dos mil, en la más reciente literatura ligada a la temática de género y participación política se sugiere que hay diferencias conceptuales y prácticas importantes entre unas y otra.

La relativa intercambiabilidad de estas dos etiquetas se explica porque ambas estrategias responden a un mismo problema —la infrarrepresentación femenina— y se han desarrollado al alero de la preocupación del sistema internacional por promover una mayor participación femenina en los procesos políticos. Sin embargo, es discutible que pueda hablarse de una evolución lineal en donde la paridad sea simplemente una mejor manera de denominar a las cuotas. Al contrario, pese a que a principios de los noventa las cuotas habían alcanzado una suerte de madurez en el ámbito internacional, seguían tropezando con numerosos obstáculos de implantación en los ordenamientos jurídicos internos. En este escenario, caracterizado por un desfase entre ambos niveles normativos y magros avances en las cifras de participación femenina a lo largo de todo el orbe (con la notable excepción de los países escandinavos), irrumpe la noción de paridad, cuyos objetivos son más ambiciosos que los de las cuotas, como veremos.

Las cuotas políticas son herramientas destinadas a incrementar la presencia femenina en los puestos de toma de decisiones políticas y, como tales, forman parte de las llamadas acciones positivas. Es común distinguir entre cuotas voluntarias y cuotas obligatorias. Las *cuotas voluntarias* son medidas instauradas en uso de las competencias regulativas que tienen los partidos políticos respecto de su propia organización interna. Buscan fomentar la presencia de mujeres en los cuerpos de decisión al interior del propio partido y/o garantizar un umbral de presencia femenina en los procesos internos de conformación de listas electorales. Reciben el apelativo de “voluntarias” para diferenciarlas de aquellas otras establecidas por la ley y que son, entonces, compulsivas. Sin embargo —como ya hemos insinuado— las cuotas voluntarias están lejos de expresar un proceso de autolimitación de los partidos políticos. No, al menos, de naturaleza libre y espontánea. Por el contrario, comúnmente estas han sido el resultado de la presión intrapartidaria, ejercida por las propias militantes.

Por su parte, las *cuotas obligatorias* pueden subclasificarse en cuotas establecidas por ley y cuotas consagradas a nivel constitucional. En uno y otro caso, pueden consistir en cuotas electorales, es decir, una reserva variable de cupos en las listas electorales o en reserva de escaños, esto es, “asientos para mujeres” directamente reservados en los parlamentos u otros órganos de representación popular.

Dentro de esta tipología, las herramientas más difundidas son las cuotas voluntarias —ampliamente utilizadas en la tradición escandinava— y las cuotas electorales (generalmente de carácter legal), que han proliferado especialmente en América Latina.

Conviene tener presente que, técnicamente, no todas las medidas legales que buscan incrementar la participación política de las mujeres son, en rigor, *cuotas para mujeres*. En muchos casos, los mecanismos utilizados contemplan reglas que someten a las candidaturas a límites porcentuales, sin que estos sean fijados en relación con un sexo determinado<sup>16</sup>. De manera que la expresión *cuotas de género* no es necesariamente sinónimo de *cuotas para mujeres*.

Dentro de este crisol de herramientas me concentraré en los mecanismos obligatorios y, en particular, en las cuotas electorales, ya que la reserva de escaños es una medida más radical que la anterior y menos utilizada.<sup>17</sup>

Como se dijo antes, las cuotas forman parte de las acciones positivas o medidas especiales temporales, impulsadas por el Derecho Internacional desde finales de la década de los setenta. Pero no es hasta que estas comienzan a formar parte de las legislaciones nacionales, en la segunda mitad de la década de los noventa, que adquieren notoriedad. Si bien los países escandinavos —que bordean actualmente el 40% de representación femenina— exhibían ya a esa fecha una larga tradición de cuotas a nivel de los partidos, es Italia el primer país europeo en adoptar una ley de cuotas, que fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional Italiana: En la quinta sección de este trabajo revisaremos los detalles de esta jurisprudencia. Bélgica seguirá en 1994 esta incipiente tendencia con una ley (la llamada ley Tobback-Smet) que apuntaba a promover una repartición equilibrada de hombres y mujeres en las listas de candidaturas y que se aplicaría de manera progresiva a los diferentes niveles de elecciones (provinciales y comunales; legislativas federales y regionales, comunitarias y europeas).<sup>18</sup>

En las postrimerías de los noventa la resonancia del movimiento francés por la paridad, que doblegó las resistencias que bloquearon las cuotas durante los ochenta y noventa y logró insertar el principio de repartición equilibrada del poder entre hombres y mujeres en la propia Constitución, cambiará el escenario normativo europeo. Así, la reforma constitucional belga de 2002, que introdujo una norma que garantiza el acceso igualitario de hombres y mujeres a los mandatos electivos y públicos,<sup>19</sup> se inspiró, en buena medida, en el modelo paritario francés. Lo propio puede decirse

16 Es el caso del Proyecto de Ley chileno que establece una participación política equilibrada de hombres y mujeres, enviado por la presidenta Bachelet en octubre de 2007, y que pretende incluir el siguiente art. 4 bis a la LOC de votaciones populares y escrutinios: "Las declaraciones e inscripciones de candidaturas de los partidos políticos o de los pactos electorales, no podrán incluir más de un 70% de personas de un mismo sexo".

17 Ruanda, Uganda e India son algunos de los pocos Estados que contemplan mecanismos de reservas de escaños en órganos representativos, con porcentajes variables.

18 Este texto prohíbe que, en una misma lista, el número de candidatos de un mismo sexo exceda los dos tercios del total constituido por la suma de escaños en disputa en cada elección. En un comienzo el mínimo obligatorio de cada sexo sería de un 25%, para alcanzar un 33,3% en 1999. En caso de incumplimiento, la ley prevé que las plazas ocupadas en infracción de la misma deben permanecer vacías, de manera que la sanción es, en la práctica, la reducción material del número de candidatos de la lista confeccionada sin respetar la cuota. Sin embargo, la primera aplicación integral de la ley, para las elecciones legislativas de 1999, demostró que la normativa adolecía de cierta ineficacia, debido al hecho de que no establecía el orden de las candidaturas, demostrando que una proporción determinada de mujeres en las listas no se trasvasija necesariamente en el mismo porcentaje de elegidas.

19 El art. 11 bis citado reza lo siguiente: "La ley, el decreto o la regla referida en el art. 134 garantizan a las mujeres y a los hombres el igual ejercicio de derechos y libertades, y favorecen especialmente su igual acceso a los mandatos electivos y públicos.

El Consejo de Ministros y los Gobiernos de Comunidad y de Región cuentan con personas de sexo diferente.

La ley, el decreto o la regla referida en el art. 134 organizan la presencia de personas de sexo diferente al seno de las diputaciones permanentes de los consejos provinciales, los colegios de burgomaestres y regidores, de los consejeros de ayuda social, de las oficinas permanentes de centros públicos de ayuda social y en los ejecutivos de todo otro órgano territorial interprovincial, intercomunal o intracomunal

El apartado precedente no se aplica cuando la ley, el decreto o la regla referida en el art. 134 organiza la elección directa de diputados permanentes de los consejos provinciales, de regidores, de miembros del consejo de ayuda social, de miembros de la oficina permanente de ayuda social o de miembros de los ejecutivos de todo órgano interprovincial, intercomunal o intracomunal" (la traducción es mía). El texto original en francés más el dossier completo de la tramitación se encuentran disponibles en: LE SÉNAT DE BELGIQUE. La Constitution Belge - Modifications du 21 février 2002. [En línea] <[http://www.senate.be/doc/const\\_fr.html#modif20020221](http://www.senate.be/doc/const_fr.html#modif20020221)> [Consulta: 7 de octubre de 2013].

de la Ley Orgánica 3/2007 *para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* que estableció, para el sistema español, el principio de participación equilibrada de mujeres y hombres, tanto respecto de las candidaturas electorales, como en los puestos de administración pública y en los órganos de alta decisión de las empresas privadas. Esta última ley —que ha sido objeto de pronunciamientos por parte del Tribunal Constitucional, los cuales analizaremos más adelante— vino a complementar el modelo español de cuotas voluntarias, que data de fines de la década de 1970.<sup>20</sup>

De este lado del Atlántico las cuotas obligatorias han proliferado de manera explosiva, aunque su eficacia ha sido dispar. Argentina fue el primer país de la región americana en crear un sistema de cuotas, en 1994, cuyas bases están establecidas en la Constitución.<sup>21</sup> Este sistema fue modificado como consecuencia de la reclamación interpuesta por María Merciadri de Morini ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.<sup>22</sup> Al poco tiempo, en 1996, Costa Rica —la otra experiencia exitosa de la región— instauró un sistema de cuotas, que en 2009 fue reemplazado por un dispositivo paritario.<sup>23</sup>

En Brasil, en cambio, el balance es menos auspicioso. En 1995 se fijó por ley una cuota de 20%, que mediante una modificación de 1997 fue aumentada de manera progresiva a 25% y 30%, pero sin contemplar penalización alguna para los partidos que incumplieren la norma. Esto ha provocado un aumento de la presencia femenina por debajo de lo esperado. Si bien las razones del éxito o del fracaso de las cuotas electorales para aumentar la presencia femenina en los puestos de representación popular deben buscarse caso a caso, es posible establecer, de manera general, una correlación entre el porcentaje de aumento de mujeres, por un lado, y por otro, la existencia y tipo de aparato sancionatorio contemplado en caso de incumplimiento, la configuración del sistema electoral (proporcional o mayoritario, con lista cerrada o abierta, etc.), la existencia o no de mandato de posición en las listas electorales y otros factores socioinstitucionales como la mayor o menor verticalidad de los partidos políticos o la presencia y fortaleza de las redes de mujeres.<sup>24</sup>

Además de estos tres países, cuentan con leyes de cuota los siguientes Estados latinoamericanos: Bolivia (1997), Ecuador (1997), República Dominicana (1997), Panamá (1997), Paraguay (1996), Perú (1997), Uruguay (2009) y Colombia (2011).

20 Para un análisis sobre los éxitos y tropiezos de este modelo, ver: VERGE (2006).

21 El artículo 37 de la Constitución argentina establece:

“Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio. La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral”.

22 CIDH. Informe N° 103/01 (Solución Amistosa). Caso 11.307: María Merciadri de Morini – Argentina. 11 de octubre de 2001. CIDH. Informe N° 102/99 (Admisibilidad). Caso 11.307: María Merciadri de Morini – Argentina. 27 de septiembre de 1999.

23 La reforma al Código Electoral de Costa Rica de 2009 introdujo en su artículo 2, párrafo segundo, la siguiente norma: “la participación se regirá por el principio de paridad que implica que todas las delegaciones, las nóminas y los demás órganos pares estarán integrados por un cincuenta por ciento (50%) de mujeres y un cincuenta por ciento (50%) de hombres, y en delegaciones, nóminas u órganos impares la diferencia entre el total de hombres y mujeres no podrá ser superior a uno. Todas las nóminas de elección utilizarán el mecanismo de alternancia por sexo (mujer-hombre y hombre-mujer), en forma tal que dos personas del mismo sexo no puedan estar en forma consecutiva en la nómina”. Dicha norma reemplaza a la cuota de género que el antiguo artículo 60 del mismo cuerpo normativo había introducido en 1996 y que establecía que las delegaciones de las asambleas distritales, cantonales y provinciales debían estar conformadas por al menos un 40% de mujeres, y que se acompañaba, de manera explícita, de una norma transitoria que indicaba que “cuando un partido haya alcanzado la participación política de la mujer en proporción a su número dentro del Padrón Electoral y a satisfacción del Tribunal Supremo de Elecciones, las medidas citadas en el último párrafo del artículo 60 del Código Electoral podrán cesar por resolución de ese Tribunal”.

24 Para mayores antecedentes sobre la configuración jurídica de estos sistemas y sobre sus resultados concretos puede consultarse: BAREIRO et al. (2004); HOLA (2002); RÍOS (2008).

Como insinuaba antes, la paridad es un modelo que supera en sus pretensiones a las cuotas. En palabras de Bérengère Marques Pereira, “las cuotas representan una medida de recuperación que pretende compensar el desequilibrio producido como consecuencia de la división social del trabajo, que produce efectos negativos que van en detrimento de las mujeres. La paridad, por el contrario, es una medida que no es transitoria, sino definitiva, y cuyo objetivo es garantizar el reparto del poder político entre hombres y mujeres. Por esta razón, la paridad tiene un alcance simbólico más notorio que las cuotas, ya que, esta medida denuncia la monopolización masculina del poder político, proponiendo su reparto en vez de una simple participación de las mujeres en las instituciones deliberativas, consultativas y de decisión de la vida pública y política”<sup>25</sup>.

Si seguimos este análisis, la paridad, a diferencia de las cuotas, tiene pretensiones arquitectónicas ambiciosas. No es solo un mecanismo corrector del déficit cuantitativo de participación femenina, sino una forma de garantizar una circulación mucho más fluida del poder, que permite extender la noción de ciudadanía a espacios no estrictamente políticos (espacios de la sociedad civil) y reestructurar las relaciones de género tanto en el espacio público-estatal (las decisiones políticas), como en el público-no estatal (el mercado e incluso la familia). Por ello, no es extraño que la paridad resulte apellidada en función de los espacios a los que se aplica. Así, es frecuente escuchar hablar de *paridad política*, *paridad en el empleo* o *paridad en la familia*. Su rol vertebrador de la democracia determinaría, por añadidura, que la paridad tenga vocación de permanencia, de la misma manera que el carácter corrector o remedial de las cuotas las encamina en la exigencia de provisionalidad que —como vimos antes— recoge explícitamente su denominación internacional (medidas especiales *temporales*).

Con todo, hay trabajos que describen la relación entre cuotas y paridad como una relación de continuidad en que unas son el medio para alcanzar la otra.<sup>26</sup> En el esquema *medio-fin*, las cuotas de género son presentadas como una herramienta para alcanzar la paridad, la que sería, entonces, un principio articulador de un nuevo modelo democrático: la democracia paritaria. En esta aproximación, cuotas y paridad —como es de suponer— son perfectamente compatibles e involucran, más bien, una diferente gradación en un modelo ideal (la democracia paritaria). La diversidad de umbrales de presencia entre las cuotas y la paridad tiende a favorecer esta lectura. En efecto, la paridad supone una repartición estrictamente equilibrada del poder, o sea, 50% para cada sexo, mientras que las cuotas se contentan con umbrales más bajos que pueden oscilar entre el 25% y el 40% de presencia femenina.

En otro lugar he sugerido que las diferencias de configuración entre las cuotas y la paridad son el reflejo de dos registros de justificación que parten de premisas teóricas e involucran consecuencias normativas muy diversas.<sup>27</sup> Me gustaría retomar y profundizar aquí esta línea de argumentación.

En un estudio sobre las estrategias de justificación de la paridad en Francia, Bereni y Lépinard han detectado la existencia de cuatro tipos de argumentos de legitimación<sup>28</sup>, a saber, un primer argumento (a) asociado a la igualdad sustantiva, en el que la paridad aparece como un modo de materializar el principio jurídico de igualdad de género a través de la puesta en práctica de medidas preferenciales a favor de las mujeres. Un segundo argumento (b) en que la paridad se justifica por la necesidad de mejor defensa de los intereses femeninos. Este argumento descansa, a su vez, en dos premisas: (b.1) los intereses comunes a las mujeres resultarían de las discriminaciones

25 MARQUES-PEREIRA (2013, p. 282).

26 A título de ejemplo, ver: GALLEGO (1999); BAREIRO, SOTO y SOTO (2007); BAREIRO y TORRES (2009).

27 Ver: ZÚÑIGA (2013 y 2010).

28 BERENI y LÉPINARD (2004).

que éstas sufren y b.2) tales intereses serían mejor vehiculados y representados por las propias mujeres. Un tercer argumento (c) que se conecta con la necesidad de perfeccionar una democracia masculina e incompleta y que exige, como remedio, la presencia de representantes que sean capaces de constituir un “espejo” fiel de la humanidad. Un último argumento (d) que alude a los recursos y competencias específicas de las mujeres “en tanto mujeres”, y parte de la premisa de que la entrada masiva de mujeres a la política contribuiría a renovar y mejorarla. Dentro de esta lista, solo los argumentos (a) y (b.1.) están emparentados con los desarrollos teóricos sobre la igualdad, mientras que todos los restantes reenvían a cuestiones asociadas a la representación. En síntesis, la idea de representación que promueve la propuesta paritaria coincide con un modelo que refleja de manera fiel la composición sexuada de la humanidad y que permite, por extensión, que los/las representantes sean portadores efectivos de los intereses de los/las representados/as, porque se trata, en realidad, de intereses compartidos.

Lo anterior confirma que la paridad se ha desarrollado al hilo de las controversias sobre la distribución del poder político en el marco de los sistemas democráticos —puestas de relieve por la brecha entre representación y representatividad— y se ha nutrido, solo de manera marginal, de los debates sobre la mejor manera de comprender la igualdad que, en cambio, han alimentado de manera casi exclusiva el registro de justificación de las cuotas. Dicho de otra manera, la paridad ha obrado un desplazamiento del campo discursivo en el que las reflexiones sobre el adelanto de las mujeres —que han habitado históricamente en el terreno de la igualdad— han sido desplazadas hacia el terreno de la representación. Este desplazamiento se explica tanto por consideraciones teórico-conceptuales como estratégicas.

En el primer orden de consideraciones se ubican las dificultades teóricas que ha presentado para el feminismo la conceptualización de la igualdad y que la han transformado en una noción escurridiza para las mujeres. El pensamiento feminista ha estado, durante todo su devenir, permanentemente confrontado al problema de encontrar una fórmula que permita defender la pertinencia de la diferencia sexual para la adecuada construcción de la igualdad sin que, al mismo tiempo, tal fórmula reproduzca los términos en que la exclusión de las mujeres ha sido originalmente planteada. Como ha advertido Joan Scott<sup>29</sup>, la construcción histórica de la ciudadanía femenina ha sido eminentemente paradójica, dado que requiere afirmar y a la vez refutar la diferencia sexual. La movediza clasificación de la diferencia sexual en el derecho constitucional contemporáneo —que en ocasiones constituye una categoría sospechosa y otras veces configura una causal justificada de diferenciación— demuestra que este problema está lejos de haberse superado.

Por otra parte, como ha puesto de relieve Nancy Fraser<sup>30</sup>, las propuestas más influyentes de comprensión de la igualdad en las teorías contemporáneas de la justicia han estado focalizadas en las cuestiones relativas a la distribución de bienes e ingresos, dejando de lado —pese al sostenido empeño de la teoría feminista para mostrar su pertinencia en los debates sobre la justicia— las problemáticas relativas a las asimetrías de estatus. Como tuvimos oportunidad de revisar antes, en la sección relativa a los factores que componen el techo de cristal, la inequitativa distribución del poder político se inscribe, en general, en esta última clase de asimetrías y requiere, en consecuencia, una auténtica política de reconocimiento, que es lo que, en buena medida, promete la paridad.

En el terreno estratégico pareciera ser que una justificación centrada en la representación ofrece abundantes posibilidades de conferir a la paridad una legitimidad que le ha sido esquiva a las cuotas. Para lograrlo, los movimientos por la paridad se han servido de las debilidades que exhibe el principio de representación en su conceptualización moderna. La debilidad más evidente de esta

---

29 SCOTT (1998).

30 FRASER y HONNETH (2006, Capítulo I).

versión de la representación —al punto que constituye una verdadera piedra en el zapato— se relaciona con la brecha que se crea entre quienes gobiernan (los representantes) y los gobernados (el pueblo) como consecuencia de la proscripción del mandato imperativo. En la democracia moderna, como es sabido, el único interés que puede y debe tener en vista por el representante es el interés unitario del pueblo. En este mapa conceptual la voluntad general es por definición aséptica, es decir, excluye todo particularismo.

En la práctica, sin embargo —y sobre todo para los grupos excluidos—, la voluntad soberana se revela como la decisión de unos representantes que, ordinariamente, forman parte de los grupos dominantes y a cuyos intereses son afines. De ahí que la circularidad de la retórica contractualista (los gobernados son, a la vez, la fuente del poder democrático) haya sido incapaz de contener las crecientes demandas de representatividad, provenientes de diversos sectores que no se sienten interpretados por este contractualismo de connotaciones metafísicas. Si a ello le sumamos otros ingredientes como, por ejemplo, la escasez de ofertas alternativas a las hegemónicas que resultan de la bipolarización inducida por los sistemas mayoritarios y de la creciente “profesionalización de la política”; la introducción en la política de técnicas de *management* y *marketing* con la consiguiente pérdida de importancia de la política de las ideas; el empobrecimiento del debate o el progresivo desfase entre sociedades cada vez más complejas y plurales y una clase política monolítica, resulta un cóctel potencialmente explosivo. Así las cosas, los insistentes reclamos de democratización pueden traducirse sin muchos inconvenientes en exigencias de mayor representatividad.

En lo concerniente a las demandas de género, la necesidad de atenuar la brecha entre el pueblo y los representantes ha tenido manifestaciones y consecuencias específicas. Entre otras —como comenté más arriba—, ha propiciado la articulación de una suerte de feminización de la agenda político-electoral, creando las condiciones para el desarrollo de las cuotas de género.

Todo este contexto ha abierto una ventana de oportunidad que ha sido hábilmente aprovechada por el movimiento a favor de la paridad. Este ha tenido éxito en instalar en el debate político la necesidad de insertar la especificidad de lo femenino en los procesos de toma de decisiones, presentándola como un antídoto para el déficit democrático. Al mismo tiempo, la agenda paritaria parece haber tomado nota de los fracasos previos y se ha cuidado de evocar el riesgo de atomización de la voluntad general en meros intereses particulares. Es decir, ha evitado recorrer el espinoso camino de las vinculaciones entre la diferencia sexual y la igualdad. De ahí que el argumento central de la justificación de la paridad se haya construido en otros términos: como existe una necesidad de perfeccionar una democracia exclusiva (masculina) e incompleta, se requiere contar con representantes que sean capaces de reflejar el cuerpo social que representan, el que, a su vez, se compone básicamente por hombres y mujeres, en proporciones equivalentes.

En este esquema conceptual, la especificidad femenina se presenta simplemente como uno de los dos elementos configuradores del pueblo, lo que permite que la justificación de la paridad sintonice con la tradición moderna de los universales. En efecto, la reconfiguración de la representación efectuada por la paridad no altera —al menos en la superficie— la dicotomía universalismo/particularismo, sino que se proyecta, más bien, sobre el eje abstracto/concreto, pero dando un giro. Es el pueblo —y no el individuo, como ocurría en los intentos feministas precedentes— el que deja de ser concebido como una categoría abstracta para devenir una categoría concreta y sexuada. A través de esta estrategia, la paridad ha podido sortear con relativo éxito las dificultades que el recurso a la diferencia sexual había presentado históricamente para el feminismo.<sup>31</sup>

31 Una verdadera radiografía de este fenómeno puede encontrarse en: SCOTT (2005).

Como sugerí previamente, el ejercicio de redireccionar la cuestión de la ciudadanía femenina hacia los problemas de distribución del poder político tiene otras implicancias teórico-normativas. La paridad, transformada en un nuevo principio de organización del poder, parte de presupuestos diversos a los utilizados en el seno del registro igualitario en lo referente a la lectura del sistema político. En efecto, la problematización de la escasa presencia de mujeres en la política formal, expresada en términos de lucha contra las desigualdades y las discriminaciones, exuda cierto optimismo normativo que reposa sobre la premisa de que el sistema político es *por naturaleza* democrático y, en consecuencia, basta mejorar su funcionamiento para favorecer la participación de las mujeres. El discurso paritario introduce, en cambio, una mirada realista o pragmática que implica también un cambio de diagnóstico: dado que *la democracia implica una repartición del poder*, es necesario transformar el funcionamiento institucional que asegura su ocupación casi monopólica por parte de los hombres. Así, la solución se desplaza desde *la participación en el poder político* (ejercido por otros) a la *distribución equitativa del poder político*.

Si bien, como hemos visto, la justificación de la paridad ha demostrado tener importantes ventajas respecto de la justificación de las cuotas, ella envuelve también problemas y peligros. No por casualidad dentro de la misma trinchera feminista han surgido críticas que denuncian ya el riesgo de regresión naturalista<sup>32</sup> o que dudan de su solidez conceptual, considerándola una simple reconversión estratégica —y peor— de la noción de igualdad.<sup>33</sup> Saber cuánto han pesado las ideas, por un lado, y las consideraciones estratégicas, por otro, en el auténtico precipitado de argumentaciones que sustentan la noción de paridad es una cuestión evidentemente compleja y no estoy segura si demasiado fructífera. Me parece, con todo, que hay buenas razones para descartar, de antemano, que la presencia de una fuerte dimensión estratégica en la estructuración de esta propuesta político-normativa la reduzca de suyo a una simple herramienta pragmática.

Sí creo que requieren ser analizados con detención los problemas y contradicciones que esta especie de tributo a la estrategia imprime a la formulación del modelo paritario. Porque pese a los resguardos tomados, la paridad tampoco se ha logrado liberar de los dilemas que han atormentado al feminismo cada vez que ha implementado una operación de subversión utilizando las categorías que originalmente han servido para justificar la opresión femenina. En este caso, en particular, las restricciones autoimpuestas para la formulación de la propuesta paritaria —y que derivan del apego a una línea estratégica ideada para garantizar su éxito— contornean también sus propios límites, es decir, su potencial emancipador. La superación de esos límites, de otro lado, abre necesariamente la puerta a los fantasmas que el movimiento por la paridad ha tratado de conjurar a fin de blindar este modelo frente a sus detractores, que siguen siendo numerosos.

La paridad enfrenta, entonces, su propio dilema. Esbozada como principio exclusivo de representación de la dualidad sexual de la humanidad, permanece en los márgenes del paradigma universal, pero no puede aspirar a capturar la diversidad sociológica del cuerpo social e, incluso, puede obstaculizar la diversificación ideológica. En consecuencia, el costo a pagar por la inclusión de la diferencia sexual en lo político es la exclusión de otras diferencias, las que son significadas como menos relevantes. En este primer esquema, la diferencia sexual se transforma en un criterio identitario irreductible o basal y, por tanto, no admite competencia. La engorrosa tramitación del PACS<sup>34</sup> en Francia —que he comentado en otro sitio—<sup>35</sup> es una buena prueba de esta deriva. Si, en

32 BADINTER (1999).

33 En este sentido: FASSIN (2002); FRAISSE (2001).

34 El PACS, Pacto Civil de Solidaridad, es un contrato que se celebra entre dos personas mayores de edad, del mismo o diferente sexo, para organizar su vida en común, generándose derechos y obligaciones para ambas partes (Nota de la Editora).

35 ZÚÑIGA (2009).

cambio, la paridad se presenta como un principio político que busca remediar una diferenciación social ilegítima, de origen estrictamente cultural, a través de una reestructuración de las relaciones sociales, resulta entonces que la paridad no puede pretender —al menos de manera legítima— la exclusividad. Este segundo esquema, en contraste, abre la caja de Pandora, liberando todas las reivindicaciones de representación categorial de cuyo lastre la paridad ha intentado desembarazarse.<sup>36</sup> Conviene recordar, en este sentido, que una de las críticas más recurrentes dirigidas hacia estas medidas sostiene que si toda variación significativa de raza, estatus, religión, ideología, etc., debiera resultar reflejada en los parlamentos, quedaría destruida la misma idea de representación unitaria que evoca la noción de pueblo.

Seguramente, la evolución normativa del modelo paritario proporcionará elementos adicionales para evaluar las posibles soluciones a estas contradicciones. Por ahora, solo cabe tomar nota de ellas.

En la sección siguiente y final repasaremos críticamente las objeciones de constitucionalidad que han afectado a estas medidas.

## 5. CRÍTICAS Y OBJECIONES DE CONSTITUCIONALIDAD

Comenzaré esta sección advirtiendo al lector que, dado que las críticas y objeciones de constitucionalidad se han dirigido indistintamente a las cuotas y a la paridad, no parece necesario aquí mantener una estricta diferenciación semántica entre unas y otra. Utilizaré, en consecuencia, la expresión *cuotas de género* con cierta flexibilidad, englobando una y otra medida, y retomaré la distinción cuando esta se derive de las fuentes jurisprudenciales que aludiré.

Gran parte de las objeciones de constitucionalidad y de las críticas dirigidas a las cuotas de género discurren sobre su conveniencia o inconveniencia, por mucho que este tipo de análisis pareciera ser más propio del debate político que de un examen jurídico de constitucionalidad. Esto ocurre debido a las características del examen de constitucionalidad que se sirve, entre otras herramientas, del principio de proporcionalidad. Este último se vertebra —como se sabe— sobre tres juicios encadenados: (a) un juicio de idoneidad, (b) un juicio de necesidad y (c) un juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Esta estructura permite introducir consideraciones variopintas en los procesos de control de constitucionalidad que involucran a las cuotas de género, y entre ellas, consideraciones relativas a su justicia, su eficacia, a la existencia o no de medios alternativos a estas medidas, a sus ventajas y costos.

Desde luego, el hecho de que los controles de constitucionalidad sean categorizados como controles jurídicos no implica que estos se desenvuelvan en un marco de neutralidad ideológica. Sin ir más lejos, la cuantificación de los beneficios y los costos de las cuotas depende estrechamente de la métrica que se utilice, la que a su vez implica no solo una determinada jerarquización de los principios y derechos involucrados, sino también el uso de determinadas concepciones de unos y otros. Cualquier debate sobre la constitucionalidad de las cuotas de género supone, siempre y de entrada, una controversia entre, por un lado, concepciones proclives a la reorganización del orden tradicional de género, y por el otro, visiones que históricamente le han servido de asiento a dicho orden. De ahí que los estándares de los tribunales constitucionales hayan ido moviéndose, entre otras cosas, debido a la presión que las primeras han venido ejerciendo sobre las segundas.

---

36 Ver: MILLARD y ORTIZ (1998).

El objetivo de esta sección no es realizar un “barrido” completo de esta evolución de estándares, sino solo una especie de cartografía a gran escala. Por ello se han elegido sentencias representativas de una primera etapa de resistencia y otras, más recientes, que ilustran los notables cambios obrados en el acercamiento de los tribunales constitucionales a esta cuestión.

Comenzaremos, entonces, por dos sentencias clásicas: la decisión del Consejo Constitucional francés N° 82-146 de 1982 y la sentencia de la Corte Constitucional italiana N° 422 de 1995. Ambas comparten una posición rígida respecto de las cuotas, expresada a través de un reproche de constitucionalidad, derivado de la sola existencia de estas medidas. Las dos sentencias coinciden en que las cuotas de género contradicen *per se* los principios constitucionales que configuran el derecho a sufragio (tanto en su dimensión activa como pasiva) y el principio de igualdad.

En la sentencia N° 82-146 de 1982, el Consejo Constitucional francés se pronunció sobre un proyecto de ley que regulaba elecciones de consejeros municipales y que contemplaba una regla que establecía que en dichas elecciones las listas de candidatos no podían comportar más de 75% de personas del mismo sexo. A continuación se transcribe un extracto de esta decisión:

“6. Considerando que, en los términos del artículo 3 de la Constitución: la soberanía nacional le pertenece al pueblo, quien la ejerce a través de sus representantes y por medio del referéndum. Ningún sector del pueblo ni ningún individuo podrán arrogarse su ejercicio. El sufragio puede ser directo o indirecto en las condiciones previstas en la Constitución. Es siempre universal, igualitario y secreto. Son electores, de acuerdo con las condiciones dispuestas por la ley, todos los nacionales franceses mayores de edad de ambos sexos que tengan el pleno goce de sus derechos civiles y políticos. Y que en los términos del artículo 6 de la Declaración de derechos del hombre y el ciudadano: Todos los ciudadanos, siendo iguales ante la ley, son igualmente elegibles para todos los honores, colocaciones y empleos públicos, conforme a sus capacidades, sin otra distinción que aquella dada por sus virtudes y talentos.

7. Considerando que de la lectura conjunta de estos textos resulta que la calidad de ciudadano habilita para el ejercicio del derecho a voto y para la elegibilidad en condiciones idénticas para todos quienes no estén excluidos por razones de edad, incapacidad o nacionalidad, o por una razón tendiente a preservar la libertad del elector o la independencia del elegido; y que estos principios de valor constitucional se oponen a toda división en categorías de votantes o de candidatos; lo que es así para todo sufragio político, especialmente para la elección de consejeros municipales.

8. Considerando que, de lo anterior se deduce que la norma que establece una distinción en base al sexo para la conformación de las listas electorales es contraria a los principios constitucionales anteriormente enunciados”<sup>37</sup>

La tesis del Consejo Constitucional es, en síntesis, la siguiente: Los artículos 3 de la Constitución francesa y 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano determinan que todas las personas que tienen la calidad de ciudadano tienen el derecho a sufragio y son elegibles en las mismas condiciones (salvo quienes son excluidos, por ejemplo, por edad, incapacidad o nacionalidad). En consecuencia, no es posible, respecto de ninguna elección, dividir en categorías a los electores y a los elegibles porque ello significaría afectar el principio de igualdad y fragmentar el cuerpo electoral. La cuota prevista por el proyecto de ley examinado comporta una distinción entre los candidatos por razón de sexo, lo que resulta contrario a los principios antes enunciados y, por tanto, inconstitucional.

---

37 Traducción libre.

Por su parte, la sentencia N° 422 de 1995 de la Corte Constitucional italiana asume una posición parecida a la anterior, aunque matizada. Parte afirmando que el objetivo perseguido por las acciones positivas —promover la igualdad de punto de partida y la dignidad social— es legítimo. Sin embargo, acto seguido reprocha la configuración específica de la medida que se le somete por vía de un incidente de Constitucionalidad; esto es, el art. 5.1 la Ley N° 81/1993, que establecía que en las listas de las personas candidatas, ninguno de los sexos podrá estar representado en medida superior a dos tercios. La tesis de la Corte Constitucional italiana puede resumirse de la siguiente manera: el principio de igualdad, según el cual “todos son iguales ante la ley sin distinciones de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas y condiciones personales y sociales” (artículo 3, inc. 1°) es, primordialmente, una regla que establece la irrelevancia jurídica del sexo y de las demás calidades ahí mencionadas, y que resulta confirmada, en materia de electorado pasivo, por el artículo 51, inc. 1 (“Todos los ciudadanos de uno y otro sexo podrán desempeñar cargos públicos y puestos electivos en condiciones de igualdad según los requisitos establecidos por la ley”). Las acciones positivas “no pueden afectar directamente el contenido de los derechos fundamentales, garantizados rigurosamente en igual medida a todos los ciudadanos” y garantizar a las candidatas un porcentaje en las listas electorales supone quitar, automáticamente, dicho porcentaje a los candidatos que pretenden presentarse, con la consiguiente vulneración de sus derechos. En consecuencia, medidas como las cuotas no son coherentes con las finalidades de la Constitución, porque no se proponen remover los obstáculos que impiden a las mujeres alcanzar determinados resultados, sino atribuir a ellas directamente esos mismos resultados.

A continuación se transcribe un extracto de esta sentencia que contiene algunas de las piezas de esta argumentación:

“En efecto, entre las así llamadas acciones positivas dirigidas a “eliminar los obstáculos de tipo económico —que de hecho limitan la libertad y la igualdad de los ciudadanos, e impiden así el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país— deben entenderse también aquellas medidas que, en diferente modo, el legislador ha adoptado para promover la consecución de una situación de igualdad de oportunidades entre sexos. Entre estas, se pueden señalar aquellas previstas por la Ley de 10 de abril de 1992 N° 125 (Ley de Acciones positivas para la realización de la igualdad de oportunidades hombre-mujer en el trabajo) y la ley de 25 de febrero de 1992 N° 215 (Ley de Acciones positivas para la iniciativa empresarial femenina). No obstante, si bien tales medidas legislativas —intencionalmente desiguales— pueden efectivamente ser adoptadas para eliminar situaciones de inferioridad social y económica —o más en general, para compensar y eliminar desigualdades materiales entre los individuos (en cuanto presupuesto del pleno ejercicio de los derechos fundamentales)— aquellas no pueden incidir directamente sobre el contenido de esos mismos derechos, rigurosamente garantizados en igual medida a todos los ciudadanos en cuanto tales.

En particular, en relación al derecho de sufragio pasivo, la regla inderogable establecida por el propio Constituyente —mediante el primer inciso del artículo 51— es aquella de la absoluta paridad, de modo que cualquier diferenciación en razón de sexo no puede resultar sino objetivamente discriminatoria, disminuyendo para algunos ciudadanos el contenido concreto de un derecho fundamental en favor de otros pertenecientes a un grupo considerado desaventajado, llegando a crear discriminaciones actuales como remedio para discriminaciones pasadas”.

Es necesario añadir que —como ya ha señalado parte de la doctrina en el amplio debate todavía hoy en curso sobre las “acciones positivas”— medidas tales como la aquí analizada no

parecen de ningún modo coherentes con la finalidad indicada por el segundo inciso del artículo 3 de la Constitución debido a que aquellas no pretenden “eliminar” los obstáculos que impiden a las mujeres alcanzar determinados resultados sino, precisamente, atribuirles directamente aquellos mismos resultados. La mencionada disparidad de condiciones, en síntesis, no es eliminada sino que constituye el único motivo que legitima una tutela preferente por razón de sexo. Pero precisamente esto, como se ha evidenciado, es el tipo de resultado expresamente excluido por el ya recordado artículo 51 de la Constitución<sup>38</sup>.

Como decía antes, ambas sentencias descartan *ex ante* que un criterio que se funda en la diferencia sexual sea compatible con la configuración constitucional de los derechos políticos y con la función objetiva que estos tendrían en lo relativo a la vertebración del sistema democrático, en su conjunto. Es decir, dicha configuración —según ambos órganos— sería “ciega” a las diferencias.

La sentencia francesa, en particular, advierte que existe una incompatibilidad entre el mecanismo de representación categorial o grupal que articulan las cuotas y la concepción republicana de la representación indivisible, que simboliza al pueblo como un ente cohesionado. El argumento parece contundente. Sin embargo, cabe hacer notar que el preámbulo de la Constitución francesa señala que “la ley garantiza a la mujer en todos los dominios, derechos iguales a los de los hombres”, norma de la que el Consejo Constitucional francés no se hizo cargo en esta decisión y que bien pudo haber permitido matizar la conclusión a la que arribó. Para buena parte de la doctrina francesa, esta decisión de 1982 no hizo sino confirmar la jurisprudencia que el Consejo había seguido desde 1979, y que hacía primar el criterio de la igualdad ante la ley, en tanto criterio que aprecia el juez, sobre el criterio de la igualdad en la ley, que sería resorte del legislador.<sup>39</sup>

La escasa probabilidad de un cambio de rumbo de esta jurisprudencia fue uno de los catalizadores del movimiento francés por la paridad que —como ya apunté— logró introducir el principio de distribución equilibrada del poder para ambos sexos en la Constitución, mediante la reforma de 1999. La Ley Constitucional N° 99-569, de 8 de julio de 1999, reformó el artículo 3 de la Carta Constitucional francesa introduciendo en ella un nuevo párrafo, el cuarto, en virtud del cual se señala que “la ley favorecerá la igualdad entre mujeres y hombres para acceder a los mandatos electorales y cargos electivos”<sup>40</sup>. Además, se estableció, en el artículo 4 que los partidos políticos “contribuirán a la aplicación del principio enunciado en el último apartado del artículo 3 [principio de igual acceso de hombres y mujeres a cargos y funciones electivos] de acuerdo con lo dispuesto por la ley”. Esta reforma dio origen, a su turno, a la ley de 6 de junio del 2000 sobre la Igualdad en el Acceso de Mujeres y Hombres a Cargos y Funciones Electivos, que vino a estrenar la paridad en Francia y que ha sido complementada por leyes posteriores. Como es obvio, ninguna de ellas ha sido objeto de un reproche de constitucionalidad.

La sentencia de la Corte Constitucional Italiana, por su parte, fundamenta su declaratoria de inconstitucionalidad con eje en el principio de igualdad y, más precisamente, sobre la base de una determinada concepción de la igualdad, que excluye la legitimidad de las cuotas simplemente por el hecho de ser tales. Esta aproximación se engarzó en otra, predominante durante toda la década de los noventa y que se desarrolló ampliamente en el marco de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, a partir del conocido caso Kalanke. Se trata de la aproximación que establece una frontera entre acciones positivas y discriminación inversa. Por entonces, era común escuchar que las acciones positivas favorecen la igualdad y habilitan a los

---

38 Traducción libre.

39 Para mayores antecedentes puede verse: VV.AA. (1998).

40 Esta disposición ha sido modificada por la ley constitucional N° 2008-724 de 2008, que traslada dicha norma al artículo 1° y la amplía a las responsabilidades profesionales y sociales.

poderes públicos a adoptar medidas generales para favorecer la integración de ciertos colectivos marginados, como, por ejemplo, becas y ayudas financieras. Así delineadas, estas medidas serían compatibles con la igualdad. En contraste, las discriminaciones inversas (es decir, las cuotas) implican establecer un privilegio para un grupo, en perjuicio de otro, lo que las transforma en herramientas ilegítimas.<sup>41</sup> Bajo esta óptica, las acciones positivas promueven la igualdad de oportunidades y, en consecuencia, se sitúan dentro de los contornos de la igualdad, mientras que las segundas la exceden, al asegurar directamente un resultado. Es fácil advertir que ambos binomios (es decir, acción positiva/discriminación inversa, por una parte, e igualdad de oportunidades/igualdad de resultados, por la otra) constituyen claramente el hilo conductor de la sentencia de la Corte Constitucional italiana que aquí comentamos.

Hay en esta jurisprudencia, sin embargo, varios otros presupuestos implícitos. Por de pronto, la igualdad a la que alude el fallo se presenta como la única versión posible de este principio, en circunstancias que los criterios de relevancia sobre los que se construye han estado en disputa desde larga data. En este sentido, conviene tener presente que todo juicio sobre la igualdad se alimenta de una determinada comprensión de la justicia, porque —como apunta Barrère— la relevancia (el considerar algo relevante) implica instrumentalidad (algo es relevante en la medida en que sirve para lograr un objetivo). Y considerar cierta característica relevante en orden a un juicio de igualdad supone, implícita pero automáticamente, considerar que otra u otras resultan irrelevantes<sup>42</sup>.

Como vimos en la primera parte de este trabajo, la evidencia histórico-normativa demuestra —contrariamente a la sentencia analizada— que la diferencia sexual ha sido y es un criterio relevante de atribución y ejercicio de los derechos políticos, al punto que constituye un verdadero marcador identitario del poder. En consecuencia, cuando la Corte Constitucional italiana formula la aseveración opuesta no elabora un juicio descriptivo. Tampoco formula un juicio lógico, fundado en un silogismo normativo, sino que enuncia un discurso de carácter ideológico que se vertebra sobre una determinada concepción de la igualdad (la liberal), anclada en el principio del mérito.

La idea del mérito ha rondado, desde siempre, las discusiones sobre la legitimidad de las cuotas de género. Así, es común escuchar, entre sus críticos, que las cuotas de género determinan que personas no suficientemente calificadas (esto es, carentes de mérito), sean colocadas en puestos de alta responsabilidad. Tal análisis presupone, sin embargo, que los tradicionales sistemas de selección de candidatos son asépticos y que el fenómeno de monopolización masculina de los puestos de poder obedece ya a una casualidad o, bien, es el reflejo de la superior capacidad de los varones.

Esta última aproximación —no explicitada en la sentencia— puede explicar la distorsión que la Corte Constitucional italiana hace de los efectos de las cuotas. Recordemos que este órgano sostiene que garantizar a las candidatas un porcentaje en las listas electorales supone quitar, automáticamente, dicho porcentaje a los candidatos que pretenden presentarse, con la consiguiente vulneración de sus derechos. De ahí que —según la Corte— las cuotas aseguren resultados. Esta cadena argumentativa reposa sobre varios errores. En primer lugar, las cuotas electorales no

41 En este sentido, por ejemplo, REY MARTÍNEZ (1999, p. 54) señala que “una medida de discriminación positiva implica dos consecuencias: un trato jurídico diferente y mejor a una persona o grupo respecto de otro similarmente situado y, de modo simétrico, un trato jurídico diferente y peor a otra persona o grupo. Las acciones positivas solo desarrollan el primer efecto. Las discriminaciones positivas son siempre en realidad, y a pesar de su finalidad presuntamente benigna (la igualdad de género), discriminaciones directas (esto es, tratamientos jurídicos distintos y perjudiciales para alguien en razón de su sexo). Por el contrario, las medidas de acción positiva ni constituyen un trato “perjudicial” (aunque sea diferente) hacia los varones (en efecto, a las “ventajas” para las mujeres no les corresponden simétricos “perjuicios” para los hombres similarmente situados), ni constituyen una excepción de la igualdad, sino, precisamente, una manifestación cualificada de la misma”.

42 BARRÈRE (2002).

comportan un perjuicio a los varones, al menos no en los términos en que la Corte los plantea. Este tipo de herramientas no disminuye el contenido del derecho de los miembros del grupo aventajado, sino solo la condición sustancial de ventaja que permite únicamente a los pertenecientes a dicho grupo (en este caso, los varones) gozar plenamente de su derecho. Lo anterior, por dos órdenes de razones. Por una parte, el derecho a presentarse como candidato no se satisface con la sola voluntad del interesado (no hay aquí *stat pro ratione voluntas*) y se somete, en cambio, a complejos (y habitualmente oscuros) mecanismos de selección a nivel de los partidos políticos, los que, en general, no reciben ningún reproche de constitucionalidad. Por la otra, es evidente que la inclusión en una lista electoral no garantiza por sí sola la elección para el cargo.<sup>43</sup>

En segundo lugar, según aclaramos más arriba, una cuota que establece un porcentaje mínimo y máximo de presencia para cada sexo, no es, en rigor, una cuota para mujeres, pudiendo incluso —como veremos más adelante— llegar a favorecer al grupo definido por oposición (es decir, los varones). Habida cuenta de lo anterior, desde un punto de vista formal-abstracto, estas herramientas no constituyen un beneficio específico e invariable en el tiempo para un determinado colectivo (en este caso, las mujeres) que sea correlativo a un perjuicio de las mismas características, para otro grupo. O sea, no hay beneficiarios y perjudicados individualizados por la propia norma, sino un mecanismo que establece una determinada forma de distribución del poder, de naturaleza equilibrada y bidireccional, que toma como criterio relevante la diferencia sexual. En términos más simples, la cuota no asegura *per se* un determinado resultado. Antes bien —como puntualizan Rodríguez y Rubio— si la equiparación de oportunidad y resultado se produce, esto sucede en el contexto de las listas electorales cerradas y bloqueadas; y no es debido a la imposición de una presencia mínima, en sí misma considerada. Es la configuración de la lista la responsable de que la oportunidad se transforme en resultado, coartando las posibilidades del electorado de modular el paso de la primera al segundo, como, por lo demás, coartan cualquier otra posibilidad del electorado de modular el sentido de su voto.<sup>44</sup> Lo propio ocurre con el sufragio pasivo de los candidatos no incluidos en la lista por partidos políticos.

Por último, si consideramos que la democracia moderna utiliza mecanismos de distribución del poder para satisfacer su autoexigencia representativa —como, por ejemplo, el tradicional criterio basado en unidades geográficas— no parece que las cuotas de género añadan un elemento totalmente ajeno a este modelo.

Pero como ya se habrá advertido, la formulación neutral de la norma ni siquiera fue considerada en la sentencia de la Corte Constitucional italiana a propósito del examen que realizó en relación con el principio de igualdad. Aunque con características propias, este resultado interpretativo corrobora lo que el pensamiento feminista ha denunciado con insistencia: la neutralidad de las normas jurídicas no garantiza la protección de los derechos de las mujeres, porque dicha neutralidad es solo aparente y está permeada por el sistema sexo-género.

Desde entonces, mucha agua ha pasado bajo el puente y las cuotas de género han logrado sortear las objeciones de falta de legitimidad que las acecharon hasta finales de la década de los noventa. Como vimos previamente, en todo ello incidió notablemente la actividad de los movimientos de mujeres, al articular una exitosa acción internacional e introducir un nuevo discurso de justificación, que revisita el principio de representación.

El impacto de este proceso es apreciable en la jurisprudencia constitucional más reciente. Actualmente las cuotas de género se consideran, en general, legítimas en razón de su ligazón con

---

43 En este sentido, ver: RUIZ MIGUEL (2007).

44 RODRÍGUEZ y RUBIO-MARIN (2007, p. 131).

la dimensión sustantiva de la igualdad y con los principios arquitectónicos del poder democrático: la representación y el pluralismo. De ahí que el foco del análisis de los Tribunales Constitucionales se haya desplazado desde las cuestiones asociadas a la legitimidad de estas herramientas en sentido amplio (esto es, incorporando los subjuicios de idoneidad y necesidad de la medida), hacia la proporcionalidad en sentido estricto, o sea, hacia el examen de la relación costo-beneficio de estas medidas. Y dentro de esto último, en especial, hacia el análisis del alcance de afectación de la libertad de los partidos políticos para la presentación de candidaturas y de otras libertades, como la libertad ideológica y de expresión.

Testimonio de este giro son, de un lado, la decisión C-490 de 2011 de la Corte Constitucional colombiana y, de otro, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español en las sentencias a 12/2008, de 29 de enero y 13/2009, de 19 de enero de 2009, que analizaremos enseguida.

En la sentencia C-490 de 2011, la Corte Constitucional colombiana se pronunció sobre la exequibilidad de la Ley N° 1475 y analizó una norma que exige un umbral mínimo del 30% de mujeres en la conformación de las listas de candidatos a las diferentes corporaciones de elección popular, siempre y cuando se vayan a elegir cinco o más curules, o respecto de las que se sometan a consulta.

A propósito de esta norma la Corte razona:

"[L]a distinción de género hecha por el legislador estatutario, que distingue entre hombres y mujeres, es válida en tanto sirve de fundamento para garantizar la igualdad de oportunidades y de acceso al poder político para estas; pero ello no significa, en modo alguno, que esa válida alternativa sea incompatible con la inclusión en la representación democrática de otras modalidades de identidad sexual, pues este mandato es corolario propio del principio de pluralismo, rector de la organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, el cual incorpora como mandato la inclusión de las minorías, entre ellas las de definición sexual" "Una cláusula de esta naturaleza no se opone a la Constitución y, en especial, al margen de autonomía de los partidos y movimientos políticos. Esto al menos por tres tipos de razones, a saber: (i) las implicaciones que tiene el pluralismo político frente al deber de las agrupaciones políticas de organizarse democráticamente; (ii) el mandato de inclusión de los grupos tradicionalmente discriminados; y (iii) el papel que cumplen los partidos y movimientos políticos en la eficacia de derechos fundamentales.

Lo anterior porque [...] si se parte de la premisa que la condición de minoría de género, identificación u orientación sexual es un criterio prohibido para la discriminación, ello implica obligatoriamente que tampoco pueden servir de base para negar el ejercicio de derechos fundamentales. Las agrupaciones políticas son, ante todo, vehículos destinados a que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos políticos a elegir, ser elegidos y a hacer parte de esos colectivos de manera libre. Por ende, las normas que regulan la organización y funcionamiento de partidos y movimientos pueden válidamente exigir que esas agrupaciones tengan vedado incurrir en prácticas discriminatorias, entre ellas aquellas que perpetúen la exclusión de grupos tradicionalmente excluidos. Considerar lo contrario significaría impedir que esos grupos queden imposibilitados para ejercer sus derechos políticos, lo que es inaceptable desde la perspectiva constitucional.

En suma, la Corte concluye que tal medida resulta plenamente ajustada a la Constitución colombiana porque:

"(...) promueve la igualdad sustancial en la participación de las mujeres en la política, estableciendo una medida de carácter remedial, compensador, emancipatorio y corrector a

favor de un grupo de personas ubicado en situación sistémica de discriminación; realiza los principios democráticos y de equidad de género que rigen la organización de los partidos y movimientos políticos, a la vez que desarrolla los mandatos internacionales y de la Constitución sobre el deber de las autoridades de garantizar la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública. Se trata además, de una medida que si bien puede limitar algunos de los contenidos de la autonomía de los partidos y movimientos políticos, persigue una finalidad importante, es adecuada y necesaria para alcanzar dicho fin, a la vez que resulta proporcional en sentido estricto”.

Por su parte, en la sentencia 12/2008 de 29 de enero de 2008, el Tribunal Constitucional español (en adelante, TC español) tuvo que resolver, de un lado, una impugnación por una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Sta. Cruz de Tenerife y, de otro, un recurso presentado por más de 50 diputados del Grupo parlamentario popular. Ambas tachas recaían sobre la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que introdujo un nuevo artículo en la Ley Orgánica de Régimen Electoral General (el art. 44 bis), según el cual las candidaturas de las elecciones al Congreso, las Asambleas territoriales, el Parlamento europeo y los entes locales deben tener una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el 40%. Esta proporción (que puede ser mayor en las listas autonómicas) debe mantenerse en cada tramo de cinco puestos y en las listas de suplentes, con excepción de los municipios con 3.000 habitantes o menos.

A este respecto el TC español argumentó que:

“la disposición adicional segunda impugnada incorpora el principio de composición equilibrada de mujeres y hombres como condicionante de la formación de las listas electorales. Principio que se concreta en la exigencia de que “en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el cuarenta por ciento” (art. 44 bis.1), proporción que debe mantenerse igualmente en cada uno de los tramos de cinco puestos (art. 44 bis.2) en las listas de suplentes (art. 44 bis.3) y, con las modulaciones indicadas en el art. 44 bis.4 LOREG, en las candidaturas para el Senado que se agrupen en listas. Estas previsiones no suponen un tratamiento peyorativo de ninguno de los sexos, ya que, en puridad, ni siquiera plasman un tratamiento diferenciado en razón del sexo de los candidatos, habida cuenta de que las proporciones se establecen por igual para los candidatos de uno y otro sexo. No se trata, pues, de una medida basada en los criterios de mayoría/minoría (como sucedería si se tomase en cuenta como elementos de diferenciación, por ejemplo, la raza o la edad), sino atendiendo a un criterio (el sexo) que de manera universal divide a toda sociedad en dos grupos porcentualmente equilibrados”.

En esta misma decisión, el TC español aclara que la medida impugnada tiene como destinatarios directos a los partidos, coaliciones y agrupaciones y no a los ciudadanos, de manera que no se trata de una condición de elegibilidad. En consecuencia, no afecta al derecho de sufragio pasivo individual, sino solo a la libertad de los partidos políticos para presentar candidaturas. Sin embargo —advierte—, en su doble condición de instrumentos de actualización del derecho subjetivo de asociación, por un lado y de cauces necesarios para el funcionamiento del sistema democrático, por otro, es legítimo que los partidos políticos coadyuven, por imperativo legal, al desarrollo de la igualdad efectiva de todas las personas, no pudiendo considerarse que la libertad de presentación de candidaturas que la Constitución y las leyes les reconocen, sea absoluta.

En su sentencia 13/2009, de 19 de enero de 2009, el TC español se pronunció sobre el recurso de inconstitucionalidad número 4057-2005, interpuesto por sesenta y dos diputados del

Grupo Parlamentario Popular del Congreso contra varios artículos de la Ley del Parlamento Vasco 4/2005 para la igualdad de mujeres y hombres, y que contempla una exigencia de representación equilibrada que se entiende satisfecha cuando los dos sexos están representados, al menos, al 40 por 100.

En esta sentencia, el TC reitera la doctrina desarrollada en su sentencia 12/2008 (antes referida en relación con la legitimidad de las cuotas), abunda en consideraciones sobre la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de estas herramientas; descarta que ellas vulneren la libertad ideológica y/o libertad de expresión y, finalmente, reflexiona sobre la manera en que estas impactan en la concepción de la representación como mandato unitario. Así, señala que:

“El legislador autonómico ha configurado, en definitiva, un sistema con arreglo al cual, a partir de la conjunción de sus preceptos con el art. 44 bis LOREG, de directa aplicabilidad en los procesos electorales autonómicos, las mujeres han de tener en las listas electorales una presencia mínima del 50 por 100, mientras que los hombres solo tienen garantizado el 40 por 100. Este tratamiento diferenciado encuentra justificación suficiente en cuanto pretende corregir una situación histórica de discriminación de la mujer en la vida pública, cuya realidad no necesita, por su evidencia, mayor acreditación [...]

“La medida examinada es, además de adecuada para la consecución del fin de promoción de la igualdad efectiva de la mujer, proporcional en sentido estricto, pues no comporta el sacrificio innecesario de un derecho fundamental sustantivo. Y ello no tanto en razón de que [...] no está aquí en cuestión ningún derecho de los hombres ni un imposible derecho de los partidos, cuanto porque la diferencia entre los porcentajes mínimos/máximos posibles en todo caso para hombres y mujeres no puede ser calificada de excesiva en atención a la necesidad de corregir una situación de desequilibrio entre los sexos históricamente muy arraigada. Obviamente esta medida en concreto (como con carácter general todas las dirigidas a la promoción activa de un colectivo discriminado) solo se justifica en la realidad de las circunstancias sociales del momento en que se adopta, de manera que su misma eficacia habrá de redundar en la progresiva desaparición del fundamento constitucional del que ahora disfruta. Se trata, en definitiva, de una medida solo constitucionalmente aceptable en tanto que coyuntural, en cuanto responde a la apreciación por el legislador de una situación determinada.”

“Tampoco fue de advertir infracción alguna de «la libertad ideológica de los partidos políticos ni su libertad de expresión [arts. 16.1 y 20.1 a) CE]»; en particular, «de la propia ideología feminista. Una norma como el art. 44 bis LOREG no hace innecesarios los partidos o idearios feministas, pero, a partir de ese precepto, es el propio art. 9.2 CE el que, una vez concretado en términos de Derecho positivo su mandato de efectividad, convierte en constitucionalmente lícita la imposibilidad de presentar candidaturas que quieran hacer testimonio feminista con la presentación de listas integradas únicamente por mujeres. En el nuevo contexto normativo es ya innecesario compensar la mayor presencia masculina con candidaturas exclusivamente femeninas, por la sencilla razón de que aquel desequilibrio histórico deviene un imposible. Ciertamente un ideario feminista radical que pretenda el predominio femenino no podrá ser constitucionalmente prohibido, pero tampoco podrá pretender sustraerse al mandato constitucional de la igualdad formal (art. 14 CE) ni a las normas dictadas por el legislador para hacer efectiva la igualdad material tal como establece el 9.2 CE» (STC 12/2008, FJ 6).

“Tampoco es de apreciar que «las medidas controvertidas quiebren la unidad de la categoría de ciudadano o entrañen un riesgo cierto de disolución del interés general en un conjunto de intereses parciales o por categorías», toda vez que «el principio de composición equilibrada de las candidaturas electorales se asienta sobre un criterio natural y universal, como es el sexo», debiendo señalarse que previsiones como las enjuiciadas «no suponen la creación de

vínculos especiales entre electores y elegibles, ni la compartimentación del cuerpo electoral en función del sexo. Los candidatos defienden opciones políticas diversas ante el conjunto del electorado y, caso de recibir el respaldo de este, lo representarán también en su conjunto y no solo a los electores de su mismo sexo. No cabe atender, pues, al argumento de que el requisito de la paridad perjudica a la unidad del pueblo soberano en la medida en que introduce en la categoría de ciudadano la divisoria del sexo. Baste decir que el cuerpo electoral no se confunde con el titular de la soberanía, esto es, con el pueblo español (art. 1.2 CE), aunque su voluntad se exprese a través de él”.

Como fluye de la lectura de los extractos reproducidos, las tres sentencias citadas formulan un juicio favorable respecto de la legitimidad de la finalidad perseguida por las cuotas. La Corte Constitucional colombiana aporta tres elementos de justificación (i. el pluralismo; ii. el mandato de inclusión de los grupos tradicionalmente discriminados; iii. el papel que cumplen los partidos y movimientos políticos en la eficacia de derechos fundamentales), que coinciden parcialmente en su formulación con los fundamentos avanzados por el TC español en las dos sentencias recogidas. A saber, este último órgano justifica la restricción impuesta a la libertad de los partidos para seleccionar candidatos derivándola de la función que estos realizan respecto del sistema político, la que legitimaría la imposición de contribuir al desarrollo de la igualdad efectiva de todas las personas que establece la ley.

No obstante lo anterior, ambos tribunales discrepan en torno a la calificación de las medidas analizadas. La Corte Constitucional colombiana las caracteriza como discriminaciones inversas al definir las como medidas “de carácter remedial, compensador, emancipatorio y corrector a favor de un grupo de personas ubicado en situación sistémica de discriminación” y las enraíza, en consecuencia, en el principio de igualdad. De ahí que resulte coherente en su planteamiento la atención privilegiada que presta a las implicancias constitucionales del mandato de inclusión de grupos tradicionalmente discriminados. En contraste, el TC español afirma, en su primera sentencia, que estas previsiones no “plasman un tratamiento diferenciado en razón del sexo de los candidatos, habida cuenta de que las proporciones se establecen por igual para los candidatos de uno y otro sexo”. Y agrega que “no se trata, pues, de una medida basada en los criterios de mayoría/minoría (como sucedería si se tomase en cuenta como elementos de diferenciación, por ejemplo, la raza o la edad), sino atendiendo a un criterio (el sexo) que de manera universal divide a toda sociedad en dos grupos porcentualmente equilibrados”. Con ello parece descartar que se trate, en la especie, de una discriminación inversa, si bien, luego señala (en su segunda sentencia) que “esta(s) medida(s) en concreto (como con carácter general todas las dirigidas a la promoción activa de un colectivo discriminado) solo se justifica(n) en la realidad de las circunstancias sociales del momento en que se adopta(n), de manera que su misma eficacia habrá de redundar en la progresiva desaparición del fundamento constitucional del que ahora disfruta”. La referencia indirecta a la transitoriedad parece desmentir la primera afirmación.

Resulta obvio que el TC español entremezcla en sus dos fallos argumentos asociados al discurso de las cuotas, en sentido estricto, con otros propios del repertorio justificativo de la paridad, conforme tuvimos la oportunidad de analizar en el apartado correspondiente de este trabajo. Insiste reiteradamente en que “el principio de composición equilibrada de las candidaturas electorales se asienta sobre un criterio natural y universal, como es el sexo”, que no supone una diferencia categorial (como sí lo harían otros elementos de diferenciación), sino en el reflejo de la división basal de la sociedad. En la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, en cambio, no se aprecia esta deriva. Al contrario, esta última no pierde la oportunidad de aclarar, en la misma pieza jurisprudencial analizada, que la diferencia sexual no excluye, a nivel de la representación, otras diferencias, como la orientación sexual.

En cierta medida, la incómoda conclusión a la que llega el TC español en el sentido de que una norma como la contemplada en la Ley Orgánica comentada (y en las legislaciones autonómicas que en ella se encuadran) impediría la presentación de una lista integrada completamente por mujeres que intentara vehicular una ideología feminista, es consecuencia del riesgo de esencialización que conlleva la justificación en clave de paridad. Concretamente, el potencial de transformación ínsito en la discriminación inversa, y que fluye de su capacidad de capturar en su propia estructura las asimetrías de poder entre grupos, corre el riesgo de ser desactivado por la paridad, dado que esta última vuelve borrosa la distinción entre lo descriptivo y lo normativo. El TC español cae en esta confusión al afirmar que “en el nuevo contexto normativo [el de la paridad] es ya innecesario compensar la mayor presencia masculina con candidaturas exclusivamente femeninas, por la sencilla razón de que aquel desequilibrio histórico deviene un imposible”. Con ello pierde de vista que el equilibrio cuantitativo entre hombres y mujeres en los cuerpos representativos es una condición necesaria, pero no suficiente, para la vertebración de la igualdad de género. En efecto, si la presencia de mujeres (representación descriptiva) puede correlacionarse con un mejoramiento en el respeto de sus derechos (representación sustantiva) es porque se ha demostrado que una verdadera masa crítica femenina, en los cuerpos de toma de decisiones, tiende a favorecer el desarrollo de una agenda política de género. Sin embargo, no se trata de una relación necesaria. Dicho en otros términos, la similitud entre representante y representado es una condición habilitante o criterio de plausibilidad y no una garantía.

Por lo mismo, la existencia de agrupaciones electorales o partidos que promuevan una ideología feminista que resulte visibilizada a través de la composición feminizada de sus listas claramente contribuye de manera amplificada y directa a la promoción de los intereses de las mujeres y, en esa medida, no solo es conveniente, sino fundamental.

## 6. CONCLUSIONES Y CUESTIONES A DEBATIR

Las herramientas normativas desarrolladas para corregir la infrarrepresentación política de las mujeres que hemos analizado en este texto son portadoras de una comprensión crítica de la ciudadanía moderna y envuelven propuestas normativas en sintonía con los reclamos de efectiva individuación de las mujeres, que han orientado el largo andar de los movimientos de mujeres a lo largo de varios siglos. En este sentido, estas estrategias y discursos son continuadores de la tradición política feminista.

Estas herramientas involucran discursos con registros justificativos complejos y caminos estratégicos diversificados, que han sido relativamente exitosos en romper las resistencias provenientes del sistema sexo-género y permean las propias estructuras e instituciones del Estado. Su éxito más notable es la edificación de umbrales normativos de presencia de las mujeres en los puestos de representación política —particularmente en los parlamentos— que se han transformado en verdaderos indicadores de profundización de la democracia.

Bautizados originalmente como *cuotas de género* y más recientemente como *paridad*, pese a la existencia de cierta intercambiabilidad terminológica, tienen entre sí algunas significativas diferencias conceptuales, asociadas tanto a sus diversos registros de justificación como a su régimen temporal. La paridad descansa en una justificación anclada en un principio de representación reconceptualizado como espejo, y se caracteriza por tener una vocación de permanencia. Las cuotas, en contraste, resultan enlazadas por su propia definición normativa a la igualdad y, al mismo tiempo, limitadas a nivel temporal.

De lo examinado en el texto fluye, además, que el registro discursivo de la paridad se ha construido atento tanto a las consideraciones estratégicas como a las reflexiones recientes del pensamiento feminista que, sin dejar de lado su objeto medular de teorización (la igualdad), se han volcado en las últimas décadas hacia el análisis de las relaciones entre política, representación y género.

Finalmente, estas nuevas estrategias y discursos no solo continúan la tradición feminista de signo emancipador, sino también algunos de los “nudos” teóricos que la han perseguido, y abren otros flancos problemáticos. En este sentido, si bien el discurso de la paridad ha sido exitoso en sortear el dilema de la diferencia a través de una estrategia relativamente sencilla (la sexuación de la representación como reflejo de la composición sexuada de la humanidad), ha planteado otras tantas interrogantes que merecen ser debatidas. La mayoría de ellas tienen importantes consecuencias prácticas. A continuación, se consigna un listado tentativo de ellas.

### **Preguntas:**

1. ¿Es posible lograr una verdadera y permanente individuación femenina y su inclusión definitiva en lo público, re-simbolizando, de manera positiva, los roles de género sobre los cuales históricamente se ha vertebrado la exclusión femenina?;
2. La justificación de las medidas de incremento femenino en puestos de poder ¿debe hacerse en el marco del principio de igualdad o en el marco del principio de representación? Ambos registros de justificación ¿son compatibles?
3. ¿Es la diferencia sexual una diferencia similar a otras? y ¿cuál es el rol de la diferencia sexual y otras diferencias en articulación del poder político?
4. ¿Qué relaciones hay entre la representación descriptiva y la representación sustantiva?
5. ¿Son constitucionales las cuotas establecidas específicamente para mujeres, es decir, aquellas que no adopten una formulación neutra?
6. El principio de paridad o distribución equilibrada del poder, ¿impide la existencia de listas unisexuadas?

## BIBLIOGRAFÍA

- AMORÓS, Celia. 2006. La gran diferencia y sus pequeñas consecuencias para la lucha de las mujeres. Madrid, Ediciones Cátedra/Universidad de Valencia/Instituto de la Mujer, 2006. 465p.
- ARAUJO, Kathya. 2005. Significations y représentations imaginaires relatives aux femmes dans l'espace politique. En: VV.AA. Représentation politique des femmes au Chili. Bruxelles, Université Libre de Bruxelles, Groupe d'études latinoaméricaines de l'Institut de Sociologie (Cahiers du GELA-IS N° 5).
- ASSEMBLEE NATIONALE. 1999. Rapport de Mme. Catherine Tasca. [En línea] N° 1451 <<http://www.assemblee-nationale.fr/11/rapports/r1451.asp>> [Consulta: 7 de octubre de 2013].
- ASTELARRA, Judith. 1990. Participación política de las mujeres. Madrid, Centro de investigaciones sociológicas/Editores Siglo XXI de España. 296p.
- BADINTER, Elisabeth. 1999. Le piege de la parité. Arguments pour un débat. Paris, Hachette Littérature.
- BAREIRO, Line et al. 2004. Sistemas electorales y representación femenina en América Latina. Santiago, CEPAL (serie Mujer y Desarrollo N°54).
- BAREIRO, L., SOTO, C. y SOTO, L. 2007. La Inclusión de la Mujer en los Procesos de Reforma en América Latina. [En línea] Washington D.C., Banco Interamericano de Desarrollo. <<http://www.iadb.org/es/publicaciones/detalle,7101.html?id=25947#.UkdSaD-FT5M>> [Consulta: 4 de octubre de 2013].
- BAREIRO, Line y TORRES, Isabel. 2009. El camino hacia la paridad: evaluación de las cuotas de participación política de las mujeres en América Latina. [En línea] Revista de Derecho electoral. N° 7. <<http://www.tse.go.cr/revista/art/7/BareiroI.pdf>> [consulta: 4 de Octubre de 2013]
- BARRÈRE, María de los Ángeles. 2002. Igualdad y "discriminación positiva": Un esbozo de análisis teórico-conceptual. En: GARCÍA, Andrés y LOMBARDO, Emanuela (coords.). Género y Derechos Humanos. Zaragoza, Mira Editores. 464p.
- BERENI, Laure y LÉPINARD, Éléonore. 2004. Les femmes ne sont pas une catégorie Les stratégies de légitimation de la parité en France. Revue française de science politique 54(1):71- 88.
- BOURDIEU, Pierre. 1998. La domination masculine. Paris, Éditions su Seuil.
- CHANEY, Elsa. 1983. Supermadre. La mujer dentro de la política en América Latina. México, Fondo de Cultura Económica.
- DAYAN-HEZBRUN, Sonia. 2000. La mixité dans le politique. En: Genre et politique. Débats et perspectives. Paris, Gallimard.
- DULONG, Delphine y MATONTI, Frédérique. 2006. Reproducción en la revolución. Género y mujeres frente a la ley francesa de paridad en política. Política 46:83-106.
- FASSIN, Eric. 2002. La parité sans théorie: retour sur un débat. Politix 15(60):19-32.
- FRAISSE, Geneviève. 2001. La controverse des sexes. Paris, Presse Universitaires de France. 352p.
- FRASER, Nancy y HONNETH, Axel. 2006. ¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico. Madrid, Ediciones Morata. 208p.
- GALLEGO, María Teresa. 1999. Democracia Paritaria: recorrido histórico y planteamiento actual. En: SAAVEDRA, Paloma (dir.). Hacia una democracia paritaria. Análisis y revisión de las leyes electorales vigentes. Madrid, CELEM.
- GARCÍA DE LEÓN, María Antonia. 1994. Élites discriminadas: sobre el poder de las mujeres. Barcelona, Anthropos. 254 p.

GARCÍA DE LEÓN, María Antonia. 2004. Élités discriminadas. Sobre la naturaleza del poder de las mujeres altamente cualificadas. En: VIVAS, Ángeles (dir.). La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución Española. Madrid, Consejo Superior del Poder Judicial (Colección Cuadernos de derecho judicial). 544p.

GARRETA, Nuria y CAREAGA, Pilar. 1987. Modelos masculino y femenino en los textos de EGB. Madrid, Ministerio de Cultura/Instituto de la Mujer (Serie Estudios N°14).

GASPARD, F., SERVAN-SCHREIBER, C. y LE GALL, A. 1992. Au pouvoir citoyennes! Liberté, Égalité, Parité. Paris, Éditions du Seuil. 184p.

GASPARD, Françoise. 1997. La parité, pourquoi pas? Pouvoirs 82:115-125.

GASPARD, Françoise. 2002. Les travaux sur le vote et l'éligibilité. La situation française. [En línea] Coloquio "Genre et Politique", 30 y 31 de mayo de 2002. <<http://www.afsp.msh-paris.fr/archives/2002/genretxt/gaspard.pdf>> [Consulta : 8 de octubre de 2013].

GUIONNET, Christine. 2002. Entrées de femmes en politique. L'irréductibilité du genre à l'heure de la parité. Politix 15(60) :113-146.

HALCAULT, Monique. 1993. La doxa de sexe, une approche du symbolique dans les rapports sociaux de sexe. Recherches féministes 6(2):7-20.

HOLA, Eugenia (coord.). 2002. Percepción de los líderes políticos y sociales sobre la ley de cuotas: contenidos y factibilidad. [En línea], Santiago, SERNAM, Documento de Trabajo N° 79. <[http://estudios.sernam.cl/documentos/?eODM3MDEy-Percepci%C3%B3n\\_de\\_los\\_lideres\\_politicos\\_y\\_sociales\\_sobre\\_la\\_ley\\_de\\_cuotas:\\_contenidos\\_y\\_factibilidad](http://estudios.sernam.cl/documentos/?eODM3MDEy-Percepci%C3%B3n_de_los_lideres_politicos_y_sociales_sobre_la_ley_de_cuotas:_contenidos_y_factibilidad)> [Consulta: 7 de octubre de 2013].

LEIJENAAR, Monique. 2000. Un sistema electoral común para el Parlamento Europeo: ampliar al máximo el acceso de las mujeres. En: CELEM. La democracia paritaria en la construcción europea. Madrid, CELEM.

MARQUES-PEREIRA, Bérengère. 2013. Caminos y argumentos a favor de las cuotas y la paridad en Bélgica y Francia. En: MESTRE I MESTRE, Ruth y ZUÑIGA, Yanira (coords.) Democracia y participación política de las mujeres. Visiones desde Europa y América Latina. Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia. 349p.

MATLAND, Richard y VOGEL-POLSKY, Eliane. 1999. Impacto diferencial de los sistemas electorales en la representación política de las mujeres. En: SAAVEDRA, Paloma (dir.). Hacia una democracia paritaria. Análisis y revisión de las leyes electorales vigentes. Madrid, CELEM.

MILLARD, Eric y ORTIZ, Laure. 1998. Parité et représentations politiques. En: MARTIN, Jacqueline (dir.). La Parité: enjeux et mise en œuvre. Toulouse, Presses universitaires du Mirail (Collection Féminin & Masculin). 300p.

REY MARTÍNEZ, Fernando. 1999. Cuotas electorales reservadas a mujeres y Constitución. Revista Aequalitas (1):52-59.

RÍOS, Marcela (ed.). 2008. Mujer y Política. El impacto de las cuotas de género en América Latina. Santiago, FLACSO/IDEA-/Ed. Catalonia. 250p.

RODRÍGUEZ, Blanca y RUBIO-MARÍN, Ruth. 2007. De la paridad, la igualdad y la representación en el Estado democrático. Revista española de Derecho constitucional 27(81):115-159.

RODRÍGUEZ, Tania. 2005. Porque no es lo mismo decir gallo que gallina. Discurso político y representaciones de género en la nueva democracia mexicana. Andamios, Revista de Investigación Social 2(3): 51-75.

ROSETTI, Josefina. 1993. La práctica pedagógica discrimina a las mujeres. Efectos sobre la vida adulta. En: BARATTINI, Claudia (ed.). Educación y género: una propuesta pedagógica. Santiago, Ediciones La Morada/Ministerio de Educación, 1993. 227p.

- RUIZ MIGUEL, Alfonso. 2007. En defensa de las cuotas electorales para la igualdad de las mujeres. [En línea] Revista Aequalitas N° 20, pp. 60-68. <[dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2479856.pdf](http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2479856.pdf)> [Consulta: 6 de octubre de 2013]
- SCOTT, Joan W. 1998. La citoyenne paradoxale. Les féministes françaises et les droits de l'homme. París, Albin Michel. 286p.
- SCOTT, Joan W. 2005. Parité! L'universel et la différence des sexes. París, Albin Michel. 254p.
- SINEAU, Mariette. 1998. La féminisation du pouvoir vue par les Françaises et les hommes politiques: images et représentations. En: MARTIN, Jacqueline (dir.). La Parité: enjeux et mise en œuvre. Toulouse, Presses universitaires du Mirail (Collection Féminin & Masculin). 300p.
- SINEAU, Mariette. 2001. Profession femme politique. Sexe et pouvoirsous la Cinquième République. Paris, Presses de la Fondation Nationales de Sciences Politiques. 305p.
- TAHON, Marie-Blanche. 1999. Citoyenneté et parité politiques. Sociologie et sociétés 31(2): 73-87.
- TORTOSA, José María (coord.). 2001. Pobreza y perspectiva de género. Barcelona, Editorial Icaria. 293p.
- UNION INTERPALAMENTAIRE. 2006. Les femmes en politique: 60 ans en rétrospective (donnés valables au 01.02.2006). [En línea] <[http://www.ipu.org/pdf/publications/wmninokit06\\_fr.pdf](http://www.ipu.org/pdf/publications/wmninokit06_fr.pdf)> [Consulta: 8 de octubre de 2013].
- URIARTE, Edurne y ELIZONDO, Arantxa (coords.). 1997. Mujeres en Política. Análisis y práctica. Barcelona, Editorial Ariel. 324 p.
- VALCÁRCEL, Amelia. 1997. La política de las mujeres. Madrid, Ediciones Cátedra/Universidad de Valencia/Instituto de la Mujer. 240 p.
- VERGE, Tania. 2006. De la cuota a la democracia paritaria: estrategias partidistas y representación política de las mujeres en España. Política 46:107-139.
- VIDAL, Catherine y BENOIT BROWAEYS, Dorothée. 2005. Cerveau, sexe & pouvoir. Paris, Éditions Belin. 112p.
- VILLANUEVA, Rocío. 2007. El derecho a la participación política de las mujeres ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Apuntes sobre la igualdad. [En línea] San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos. <<http://www.artemisanoticias.com.ar/images/FotosNotas/participacionpolitica.pdf>> [consulta: 4 de octubre de 2013].
- VOGEL, Jean. 1998. La parité et les nouvelles figures de la citoyenneté. En: MARTIN, Jacqueline (dir.). La Parité: enjeux et mise en œuvre. Toulouse, Presses universitaires du Mirail (Collection Féminin & Masculin). 300p.
- VV.AA. 1998. Conseil d'Etat: Sur le principe d'égalité. Extrait du rapport public 1996. París, La Documentation Française. 245p.
- ZÚÑIGA, Yanira. 2009. La "generización" de la ciudadanía. Apuntes sobre el rol de la diferencia sexual en el pensamiento feminista. Revista de Derecho Universidad Austral de Chile XXII(2):39-64.
- ZÚÑIGA, Yanira. 2010. Género y Democracia. Un análisis de las propuestas de igualdad y de representación contenidas en las cuotas y en la paridad. En: CAZOR, Kamel. y SALAS, Carolina (eds.). Estudios Constitucionales. Chile, Editorial Librotecnia. 554p.
- ZÚÑIGA, Yanira. 2013. Paridad y cuotas. Un análisis de sus estrategias teórico-normativas y de su eficacia práctica. En: MESTRE I MESTRE, Ruth y ZUÑIGA, Yanira (coords.) Democracia y participación política de las mujeres. Visiones desde Europa y América Latina. Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia. 349p.

**Casos citados:****COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

- Informe N° 102/99 (Admisibilidad). Caso 11.307: María Merciadri de Morini – Argentina. 27 de septiembre de 1999. [En línea] <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/Admisible/Argentina11.307.htm>> [Consulta: 10 de octubre de 2013].
- Informe N° 103/01 (Solución Amistosa). Caso 11.307: María Merciadri de Morini – Argentina. 11 de octubre de 2001. [En línea] <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2001sp/Argentina11307.htm>> [Consulta: 10 de octubre de 2013].
- Informe N° 51/02 (Admisibilidad). Petición 12.404: Janet Espinoza Feria y otras - Perú, de 10 de octubre de 2002. [En línea] <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2002sp/Peru12404.htm>> [Consulta: 10 de octubre de 2013].

## DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

Mónica Arango Olaya\*

Los derechos reproductivos son derechos humanos que esencialmente se fundamentan en los principios de igualdad, autodeterminación y dignidad humana. Comprenden el derecho de los individuos a decidir de forma libre el número y espaciamiento entre los hijos, así como a tener la información y medios para ejercer esta autonomía. Ello implica el derecho a acceder a servicios de salud reproductiva sin discriminación e incluye, entre otros, el derecho a la atención obstétrica, el derecho al aborto, el derecho a acceder a la anticoncepción, el derecho a acceder a información sobre salud sexual y reproductiva y el derecho a estar libre de interferencias indebidas en la salud sexual y reproductiva —como son, por ejemplo, la mutilación genital femenina y las esterilizaciones forzadas o sin consentimiento—. La Organización Panamericana de la Salud ha establecido que la salud reproductiva implica la plena capacidad de reproducirse y la libertad de decidir si, cuándo y cuán a menudo hacerlo.<sup>1</sup>

Los derechos sexuales, por otra parte, han sido definidos por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en los siguientes términos:

“Los derechos sexuales abarcan derechos humanos reconocidos por leyes nacionales, documentos internacionales de derechos humanos y otros acuerdos de consenso, que son parte integral e indivisible de los derechos humanos universales. Incluyen el derecho de todas las personas, libres de coerción, discriminación y violencia, a: (1) el mayor estándar posible de salud, en relación con la sexualidad, incluyendo el acceso a servicios de salud sexual y reproductiva; (2) buscar, recibir e impartir información en relación a la sexualidad; (3) educación sexual; (4) respeto por la integridad corporal; (5) elección de pareja; (6) decidir ser o no ser sexualmente activo; (7) relaciones sexuales consensuadas; (8) matrimonio consensuado; (9) decidir tener o no tener, y cuándo tener hijos; y (10) ejercer una vida sexual satisfactoria, segura y placentera. El ejercicio responsable de los derechos humanos requiere que todas las personas respeten el derecho de los otros”<sup>2</sup>.

En este trabajo se hará el énfasis en el análisis de los derechos reproductivos, en atención a que estos tienen un impacto diferenciado sobre las mujeres. Sin perjuicio de ello, no debe perderse de vista que ambas categorías de derechos (los sexuales y los reproductivos) se encuentran íntimamente relacionadas, de manera que el examen de unos generalmente implicará la referencia a los otros.

El ámbito de protección que proporcionan los derechos reproductivos y las obligaciones que de ellos se derivan para los Estados han sido desarrolladas principalmente por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y el derecho constitucional, los que han dotado de contenido específico sus protecciones y delineado, en algunos casos, su exigibilidad como derechos fundamentales. En este sentido, uno de los argumentos que se han utilizado para sostener

\* La investigación preliminar de este artículo contó con la colaboración de Natalia Acevedo, Shoshana Smolen y Diana Vivas.

1 ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (2007, p. 151).

2 Citado en: MILLER (2010, pp. 9-10)

la exigibilidad de los derechos sexuales y reproductivos consiste en afirmar que la progresividad en la interpretación de los derechos humanos permite ampliarlos hacia el ejercicio de la sexualidad y la reproducción.

En este trabajo se plantean varias preguntas transversales para acercarse al entendimiento de los derechos reproductivos. Estas preguntas tratarán de ser respondidas mediante la presentación y análisis de los antecedentes más relevantes emanados del DIDH y el derecho constitucional en América Latina en los últimos años.

Las preguntas que se pretende abordar son: ¿Qué son los derechos reproductivos y cuál es su contenido? ¿Son los derechos reproductivos derechos humanos y/o derechos fundamentales? ¿Cuál ha sido la evolución de los derechos reproductivos en el DIDH y particularmente en el derecho constitucional en América Latina? ¿Qué tipo de protecciones se desprenden de los derechos reproductivos? ¿Qué obligaciones surgen para los Estados respecto de los derechos reproductivos? ¿Existe en el DIDH la obligación estatal de reconocer, proteger y garantizar los derechos reproductivos?

Este artículo está dividido en cinco partes. Primero, se hace una breve introducción sobre el concepto de salud reproductiva en el derecho internacional. Segundo, se presenta la evolución general de los derechos reproductivos en el DIDH. Tercero, se presentan las decisiones internacionales sobre derechos reproductivos más relevantes para América Latina, tanto en el sistema universal como en el sistema Interamericano de Derechos Humanos. Cuarto, se presentan las decisiones más relevantes en los últimos años sobre derechos reproductivos en cortes constitucionales en América Latina para determinar de qué derechos parten sus protecciones. Finalmente, se ofrecen unas breves consideraciones sobre los precedentes presentados para el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos en la región.

## 1. LA SALUD REPRODUCTIVA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

La primera referencia a los derechos reproductivos en el ámbito internacional proviene de la *Proclamación de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán* (1968), en la que se estableció que “los padres tienen el derecho humano fundamental de determinar libremente el número de sus hijos y los intervalos entre los nacimientos”<sup>3</sup>. Con esta declaración no se establece un derecho de carácter universal, sino solo un primer acercamiento a la titularidad y protección de este. Posteriormente, en 1994, por primera vez aparece el concepto de salud reproductiva en un instrumento de derecho internacional, el Programa de Acción de la *Conferencia Internacional de las Naciones Unidas sobre Población y Desarrollo* (CIPD) celebrada en El Cairo:

“La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos. En

3 Proclamación de Teherán (adoptada en la Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán el 13 de mayo de 1968), párr. 16.

consonancia con esta definición de salud reproductiva, la atención de la salud reproductiva se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivos al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva. Incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual”<sup>4</sup>.

El referido Programa de Acción de la Conferencia proporciona también un concepto de derechos reproductivos:

“Los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones, ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos”<sup>5</sup>.

Esta conceptualización de los derechos reproductivos fue reiterada en la *Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de Naciones Unidas*, celebrada en Beijing en 1995<sup>6</sup>, así como en las subsiguientes revisiones de ambas Conferencias.<sup>7</sup> La *Plataforma de Acción de Beijing* es particularmente relevante porque agrega a la definición el derecho de las mujeres a tener control sobre su sexualidad y reproducción:

“Los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia. Las relaciones igualitarias entre la mujer y el hombre respecto de las relaciones sexuales y la reproducción, incluido el pleno respeto de la integridad de la persona, exigen el respeto y el consentimiento recíprocos y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias del comportamiento sexual”<sup>8</sup>.

Como expresan Cook, Dickens y Fatallah, “los compromisos de El Cairo y Beijing deben ser vistos como un proceso dinámico y permanente de adopción e implementación de leyes que permita que los compromisos no vinculantes sean política, social y legalmente vinculantes”<sup>9</sup>.

A partir de estos compromisos internacionales respecto de la salud reproductiva, las protecciones que se derivan de los derechos reproductivos han ido siendo desarrolladas principalmente por los Comités de Monitoreo de Tratados del Sistema de Naciones Unidas<sup>10</sup>, y

4 Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, párr. 7.2. En: NACIONES UNIDAS (1995).

5 *Ibid.*, párr. 7.3.

6 Ver: NACIONES UNIDAS (1996)

7 ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS (1999 y 2000, Anexo: Nuevas medidas e iniciativas para la aplicación de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing).

8 Plataforma de Acción de Beijing, párr. 96. En: NACIONES UNIDAS (1996).

9 COOK, DICKENS y FATHALLA (2003).

10 “El sistema de la ONU para la vigilancia de los tratados fue creado para garantizar que los Estados cumplan con las obligaciones que se derivan de los tratados de los que son parte. Cada uno de los seis principales tratados internacionales sobre derechos humanos establece la formación de un comité cuyo mandato principal es vigilar los avances de los Estados en la implementación del tratado. La vigilancia se logra esencialmente a través de un proceso de “presentación de informe del país”, que exige que los Estados den cuenta de manera periódica sobre sus esfuerzos por respetar, proteger y garantizar los derechos humanos consagrados en cada uno de los tratados” (CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS 2010b, p. 2).

más recientemente por los reportes de los relatores temáticos del mismo. En los últimos 20 años, las Recomendaciones Generales y Observaciones Finales de los Comités, junto a los reportes de las relatorías, han ido estableciendo parámetros para la determinación de las obligaciones internacionales que surgen de los derechos reproductivos. Para ello, han partido de la base de las protecciones que se derivan de la relación entre los derechos civiles y políticos, por una parte, y los derechos sociales, económicos y culturales, por otra.<sup>11</sup>

Estos diferentes pronunciamientos, en estricto sentido, no son vinculantes como lo son las obligaciones convencionales. No obstante, constituyen criterios de interpretación del contenido y alcance de los ámbitos de protección establecidos por los diferentes tratados, formulados por sus intérpretes oficiales.

## 2. EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

Los derechos sexuales y reproductivos comprenden derechos de los que son titulares hombres y mujeres. El desarrollo de los derechos reproductivos se ha dado principalmente desde el ejercicio de estos por parte de las mujeres y sobre aquellos derechos reproductivos de los que solo ellas son titulares. Lo anterior es lógico, ya que el punto de partida de los derechos reproductivos se relaciona íntimamente con la autodeterminación reproductiva, y dado que los costos de la maternidad recaen principalmente sobre la mujer, es ella quien muchas veces será exclusivamente afectada por la falta de garantía de los mismos. Así, su desarrollo se ha enmarcado principalmente dentro del derecho a la salud de las mujeres, y particularmente, en relación con el acceso a servicios de salud reproductiva que solo ellas requieren, como el aborto, el acceso a servicios obstétricos de salud y a la anticoncepción de emergencia.

Es indudable que el avance en el reconocimiento de los derechos reproductivos ha sido impulsado en gran medida por movimientos sociales que han intentado mostrar cómo la discriminación histórica de las mujeres, trasladada al campo del acceso a servicios de salud integrales, de calidad y asequibles y a la protección de sus derechos fundamentales, está en la base de la criminalización de conductas referidas a su sexualidad y autodeterminación reproductiva, y que ello configura prácticas vulneradoras de derechos humanos. Como sostienen Cook, Dickens y Fathalla, “el control de la sexualidad y reproducción de las mujeres tiene una historia que se remonta a la antigüedad. A lo largo de los siglos, los gobiernos han utilizado el derecho penal como el instrumento principal para expresar y controlar la moralidad, especialmente a través de la prohibición del control de la natalidad y del aborto o penalizando y estigmatizando ciertas formas de conducta sexual. Gradualmente, sin embargo, con la generalización de los gobiernos democráticos, se ha adquirido conciencia sobre los efectos dañinos sobre la salud y el bienestar de los individuos causados por el control punitivo de la sexualidad y la reproducción. Esto ha fomentado propuestas de leyes y políticas diseñadas para promover los intereses de los individuos a su salud y bienestar.

11 “Los tratados de derechos humanos, diseñados para darle fuerza jurídica a la Declaración Universal de Derechos Humanos, incluyen el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Pacto Político), el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Pacto Económico), y tratados regionales como la Convención Europea de Derechos (Convención Europea), la Convención Americana de Derechos Humanos (Convención Americana) y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta Africana). Adicionalmente, varios tratados internacionales están dirigidos a aliviar las injusticias que sufren los individuos sobre la base de una característica innata. Estos tratados incluyen la Convención Internacional sobre la Eliminación de la Discriminación Racial (Convención Racial) y la Convención sobre los derechos del Niño (Convención de los Niños). Sin embargo, más directamente pertinente es la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Convención de la Mujer) que plantea explícitamente los derechos humanos relacionados con los servicios de planificación familiar, atención y nutrición durante el embarazo, información y, por ejemplo, educación para decidir el número y el espaciamiento de los hijos” (COOK, DICKENS y FATHALLA 2003, p. 147).

Un enfoque más reciente cuestiona las leyes patriarcales y defiende el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva como asunto de derechos humanos y de justicia social<sup>12</sup>.

En el marco del sistema universal de derechos humanos existen tres acercamientos principales que dan cuenta de la evolución de los derechos reproductivos, y que se han tornado en los ejes de su reconocimiento. Estos son: (i) el reconocimiento en la Convención sobre la Eliminación en Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) de los derechos reproductivos, junto con la calificación de la denegación de servicios de salud reproductiva como discriminación y como un problema de igualdad sustantiva, que requiere el cumplimiento de obligaciones positivas por parte de los Estados; (ii) En el marco de la interpretación y aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el establecimiento de que la obligación de garantía del derecho a la salud sin discriminación es de exigibilidad inmediata a los Estados y les importa obligaciones positivas que involucran deberes prestacionales; y (iii) la conceptualización de la denegación de algunos servicios de salud sexual y reproductiva como un trato cruel, inhumano o degradante, en los términos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CCT). A continuación se exponen los elementos centrales de cada uno de estos acercamientos.

## 2.1. La CEDAW y el Comité CEDAW

La convención internacional de derechos humanos que hace referencia explícita al derecho de las mujeres a acceder a servicios de salud sin discriminación y, por lo tanto, a los derechos reproductivos y las protecciones que se derivan de estos, es la CEDAW. En esta Convención se establecen obligaciones específicas para los Estados respecto de los derechos reproductivos, a saber:

- Asegurar el acceso a información específica “que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia”<sup>13</sup>;
- Adoptar medidas para “eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia”<sup>14</sup>;
- Garantizar para las mujeres “servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el periodo posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y [...] nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia”<sup>15</sup>;
- Adoptar todas las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra las mujeres en zonas rurales, y particularmente asegurar que estas tengan “acceso a servicios adecuados de atención médica, inclusive información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia”<sup>16</sup>;
- Asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres “los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”<sup>17</sup>; y

12 Ibid., p. 148.

13 CEDAW, Artículo 10(h).

14 CEDAW, Artículo 12.1.

15 CEDAW, Artículo 12.2.

16 CEDAW, Artículo 14.2 (b).

17 CEDAW, Artículo 16.1.

- Adoptar todas las medidas apropiadas para “modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”<sup>18</sup>.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer (Comité CEDAW) ha desarrollado los alcances de dichas obligaciones principalmente en su Recomendación General N° 24, referida a la mujer y la salud. En ella, el Comité afirma que el acceso a la atención de la salud, incluida la salud reproductiva, es un derecho básico previsto en la CEDAW y específicamente en el artículo 12:

“1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 *supra*, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.”

En relación con las obligaciones que se derivan para los Estados del artículo 12.1, la Recomendación General N° 24 establece que el respeto de los derechos allí consagrados “exige que los Estados Partes se abstengan de poner trabas a las medidas adoptadas por la mujer para conseguir sus objetivos en materia de salud”<sup>19</sup>. La obligación de proteger, por su parte, exige que los Estados “adopten medidas para impedir la violación de esos derechos por parte de los particulares y organizaciones e imponga sanciones a quienes cometan esas violaciones”<sup>20</sup>, mientras que la garantía del ejercicio de tales derechos supone la obligación estatal de “adoptar medidas adecuadas de carácter legislativo, judicial, administrativo, presupuestario, económico y de otra índole en el mayor grado que lo permitan los recursos disponibles para que la mujer pueda disfrutar de sus derechos a la atención médica”<sup>21</sup>. En particular, la adopción de medidas comprende aquellas tendientes a “la eliminación de todas las barreras al acceso de la mujer a los servicios, la educación y la información sobre salud, inclusive en la esfera de la salud sexual y genésica”<sup>22</sup>. Los Estados deberán asegurar el cumplimiento de estas tres obligaciones mediante su legislación, políticas públicas y sistema judicial, estableciendo para ello un sistema que garantice la eficacia de las medidas judiciales.<sup>23</sup>

En relación con el acceso de las mujeres a la atención médica en condiciones de igualdad respecto de los hombres, la referida Recomendación puntualiza que “[l]as medidas tendientes a eliminar la discriminación contra la mujer no se considerarán apropiadas cuando un sistema de atención médica carezca de servicios para prevenir, detectar y tratar enfermedades propias de la mujer. La negativa de un Estado Parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria. Por ejemplo, si los

---

18 CEDAW, Artículo 5(a).

19 Comité CEDAW. Recomendación General N° 24: “Artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - La mujer y la salud”, párr. 14.

20 *Ibíd.*, párr. 15.

21 *Ibíd.*, párr. 17.

22 *Ibíd.*, párr. 31(b).

23 *Ibíd.*, párr. 13.

encargados de prestar servicios de salud se niegan a prestar esa clase de servicios por razones de conciencia, deberán adoptarse medidas para que remitan a la mujer a otras entidades que presten esos servicios”<sup>24</sup>.

Siguiendo estos criterios, las observaciones finales a los informes emitidas por el Comité CEDAW han sido particularmente consistentes en enmarcar la denegación de acceso a servicios de salud reproductiva como una violación al derecho a la no discriminación. Han evidenciado, a su vez, importantes conexiones entre la mortalidad materna y la falta de acceso a servicios de aborto en casos en que la vida o la salud de la mujer se encuentran en peligro, a la anticoncepción e incluso a la educación sexual<sup>25</sup>. Consecuentemente, el Comité ha enfatizado que la criminalización absoluta del aborto vulnera el derecho a la salud y a la vida de las mujeres<sup>26</sup> y que la denegación de acceso a la anticoncepción y, en general, a servicios de planificación familiar constituye una violación al derecho a la salud y a la prohibición de discriminación. A su vez, ha realizado una conexión entre dicha denegación, la alta tasa de abortos inseguros e ilegales y la mortalidad materna. También ha identificado diferentes barreras en el acceso a los servicios referidos, como el costo, la falta de cobertura por el seguro médico, obstáculos legales, coerción y la discriminación por el estado civil.<sup>27</sup>

El Comité también se ha pronunciado sobre la discriminación en el acceso a servicios de salud para las personas VIH positivas con una perspectiva de género, ha desarrollado la prevención de la mortalidad materna como un asunto de derechos humanos, se ha pronunciado extensamente sobre la violencia contra la mujer y particularmente sobre la violencia sexual en diferentes contextos, como el doméstico, las situaciones de conflicto y los servicios de salud reproductiva.<sup>28</sup> También ha abordado los derechos involucrados en el matrimonio<sup>29</sup>, la mutilación genital femenina y otras prácticas nocivas que infligen dolor o sufrimiento y se basan en patrones culturales que suponen la inferioridad de la mujer, enmarcándolas como discriminatorias y vulneradoras del derecho a la vida y a la integridad de las mujeres y niñas, entre otros.<sup>30</sup> Asimismo, las esterilizaciones forzadas de mujeres, particularmente de aquellas que hacen parte de minorías, han sido caracterizadas como una forma de violencia de género por la Relatora de Naciones Unidas para la violencia contra la Mujer<sup>31</sup> y por el Comité CEDAW.

El Comité CEDAW ha sido estructural en la promoción del reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos. Su incesante atención al dirigirse a los Estados ha sido determinante en la evolución de las protecciones que se desprenden de estos derechos, particularmente en relación con la necesidad de abordar las políticas de salud nacionales con perspectiva de género y traducir estas protecciones al derecho nacional, así como a la obligación de erradicar los patrones socioculturales que perpetúan estereotipos de género negativos de las mujeres.

## 2.2. El PIDESC y el Comité DESC

El desarrollo del derecho a la salud sin discriminación para las mujeres por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (Comité DESC) también

24 Ibid., párr. 11.

25 CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS (2010a)

26 CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS (2010b)

27 CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS (2010d)

28 CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS (2010c).

29 CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS (2010e).

30 CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS (2010f).

31 COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS (1999, párrs. 51-53).

ha determinado el marco de obligaciones para los Estados respecto de los derechos sexuales y reproductivos. El artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) establece que “los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. Igualmente, el PIDESC establece como obligaciones para los Estados:

- Proteger los derechos económicos, sociales y culturales sin discriminación alguna por motivos de sexo o de otra índole<sup>32</sup>;
- Proteger el derecho al disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales en iguales condiciones para hombres y mujeres<sup>33</sup>;
- Adoptar las medidas necesarias para reducir la tasa de mortinatalidad y mortalidad infantil, así como para promover el sano desarrollo de los niños<sup>34</sup>; y
- Reconocer el derecho de todos los individuos a disfrutar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones<sup>35</sup>.

El Comité DESC ha determinado que el derecho a la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de otros derechos humanos, como la dignidad y la vida. A su vez, ha señalado que los servicios de salud deben cumplir con los criterios de accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad y calidad para asegurar el adecuado goce del derecho.<sup>36</sup>

Respecto a la aplicabilidad del principio de igualdad como elemento del derecho a la salud, el Comité DESC ha establecido que la prohibición de discriminación en el acceso a los servicios de salud es una obligación de aplicación inmediata<sup>37</sup>, por oposición a las obligaciones progresivas en virtud del carácter prestacional de las mismas.<sup>38</sup>

---

32 PIDESC, Artículo 2.2.

33 PIDESC, Artículo 3.

34 PIDESC, Artículo 12(2a).

35 PIDESC, Artículo 15.

36 Comité DESC. Recomendación General N° 14: “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (Artículo 12)”, párr. 12.

37 *Ibid.*, párr. 43: “En la Observación General N° 3, el Comité confirma que los Estados Partes tienen la obligación fundamental de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto, incluida la atención primaria básica de la salud. Considerada conjuntamente con instrumentos más recientes, como el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, la Declaración de Alma-Ata ofrece una orientación inequívoca en cuanto a las obligaciones básicas dimanantes del artículo 12. Por consiguiente, el Comité considera que entre esas obligaciones básicas figuran, como mínimo, las siguientes: a) Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados; b) Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre; c) Garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable; d) Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS; e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud; f) Adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población; la estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados, y periódicamente revisados, sobre la base de un proceso participativo y transparente; esa estrategia y ese plan deberán prever métodos, como el derecho a indicadores y bases de referencia de la salud que permitan vigilar estrechamente los progresos realizados; el proceso mediante el cual se concibe la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberá prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados”.

38 *Ibid.*, párr. 30: E/C.12/2000/4/E/C.12/2000/4 “Si bien el Pacto establece la aplicación progresiva y reconoce los obstáculos que representan los limitados recursos disponibles, también impone a los Estados Partes diversas obligaciones de efecto inmediato. Los Estados Partes tienen obligaciones inmediatas por lo que respecta al derecho a la salud, como la garantía de que ese derecho será ejercido sin discriminación alguna (párrafo 2 del artículo 2) y la obligación de adoptar medidas (párrafo 1 del artículo 2) en aras de la plena realización del artículo 12. Esas medidas deberán ser deliberadas y concretas e ir dirigidas a la plena realización del derecho a la salud”.

El Comité DESC, en su Recomendación General N° 14, aborda las obligaciones estatales referidas a garantizar el acceso a la salud sin discriminación y determina que existen, por una parte, obligaciones negativas de respeto que implican la abstención del Estado de interferir en el goce del derecho, y por otra, obligaciones positivas que implican la adopción de medidas para garantizarlo. Sobre las obligaciones negativas precisa que los Estados, en cumplimiento de su deber de respetar el derecho a la salud, tienen la obligación legal específica de abstenerse de “denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, [...] a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos; abstenerse de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado [...]. Además, las obligaciones de respetar incluyen la obligación del Estado de abstenerse de prohibir o impedir los cuidados preventivos [...]. Asimismo, los Estados deben abstenerse de limitar el acceso a los anticonceptivos u otros medios de mantener la salud sexual y genésica, censurar, ocultar o desvirtuar intencionalmente la información relacionada con la salud, incluida la educación sexual y la información al respecto [...]”<sup>39</sup>. De acuerdo a lo anterior, la Recomendación General N° 14 establece que constituyen “violaciones de las obligaciones de respetar” todas las “acciones, políticas o leyes de los Estados que contravienen las normas establecidas en el artículo 12 del Pacto y que son susceptibles de producir lesiones corporales, una morbosidad innecesaria y una mortalidad evitable”<sup>40</sup>.

Respecto de las obligaciones positivas que se desprenden de la obligación general de garantía del derecho a la salud de las mujeres, la Recomendación precisa que los Estados deben adoptar “políticas encaminadas a proporcionar a la mujer acceso a una gama completa de atenciones de la salud de alta calidad y al alcance de ella, incluidos los servicios en materia sexual y reproductiva”<sup>41</sup>, a la vez que deben suprimir “todas las barreras que se oponen al acceso de la mujer a los servicios de salud, educación e información, en particular en la esfera de la salud sexual y reproductiva”<sup>42</sup>.

Por otra parte, la Recomendación General N° 16 del Comité, referida el derecho igualitario de hombres y mujeres al disfrute de todos los DESC, estableció respecto del deber de garantía del artículo 12 del PIDESC la obligación para los Estados de eliminar “los obstáculos jurídicos y de otro tipo que impiden que hombres y mujeres tengan igualdad de acceso a los servicios de salud pública. Se incluye aquí en particular [...] la eliminación de las restricciones legales en materia de salud reproductiva”<sup>43</sup>.

39 Ibid., párr. 34.

40 Ibid., párr. 50: “Como ejemplos de ello cabe mencionar la denegación de acceso a los establecimientos, bienes y servicios de salud a determinadas personas o grupos de personas como resultado de la discriminación *de iure* o *de facto*, la ocultación o tergiversación deliberadas de la información que reviste importancia fundamental para la protección de la salud o para el tratamiento; [...] o adopción de políticas que afectan desfavorablemente al disfrute de cualquiera de los componentes del derecho a la salud [...]”.

41 Ibid., párr. 21: E/C.12/2000/4E/C.1 “Para suprimir la discriminación contra la mujer es preciso elaborar y aplicar una amplia estrategia nacional con miras a la promoción del derecho a la salud de la mujer a lo largo de toda su vida. Esa estrategia debe prever en particular las intervenciones con miras a la prevención y el tratamiento de las enfermedades que afectan a la mujer, así como políticas encaminadas a proporcionar a la mujer acceso a una gama completa de atenciones de la salud de alta calidad y al alcance de ella, incluidos los servicios en materia sexual y reproductiva. Un objetivo importante deberá consistir en la reducción de los riesgos que afectan a la salud de la mujer, en particular la reducción de las tasas de mortalidad materna y la protección de la mujer contra la violencia en el hogar. El ejercicio del derecho de la mujer a la salud requiere que se supriman todas las barreras que se oponen al acceso de la mujer a los servicios de salud, educación e información, en particular en la esfera de la salud sexual y reproductiva. También es importante adoptar medidas preventivas, promocionales y correctivas para proteger a la mujer contra las prácticas y normas culturales tradicionales perniciosas que le deniegan sus derechos genésicos”.

42 Ibid.

43 Comité DESC. Recomendación General N° 16: “El derecho igualitario de hombres y mujeres al disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales (Artículo 3)”, párr. 29.

Las observaciones finales del Comité DESC, por último, han abordado la conexión entre las tasas de mortalidad materna y el aborto clandestino e inseguro y han solicitado en varias ocasiones la despenalización del aborto cuando el embarazo constituye un riesgo para la salud o la vida de la mujer. Igualmente, han abordado la necesidad de garantizar el acceso a servicios de planificación familiar, a la anticoncepción (incluyendo la accesibilidad económica), y a la educación sexual.<sup>44</sup> El Comité también ha manifestado su preocupación por las esterilizaciones forzadas de minorías étnicas y ha enfatizado la necesidad de asegurar el consentimiento de las mujeres para estos procedimientos.<sup>45</sup>

El desarrollo sobre el derecho a la salud sin discriminación que se ha enunciado en los párrafos precedentes establece la plataforma para la justiciabilidad del derecho a la salud en lo que se refiere a la protección de los derechos reproductivos de las mujeres.

### 2.3. El Comité contra la Tortura y el Comité de Derechos Humanos

Desde el marco del derecho a no ser sometido/a a torturas u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, que se deriva de la protección al derecho a la integridad y a la dignidad, tanto el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas —que monitorea la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CCT)—, como el Comité de Derechos Humanos —que monitorea el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)— han establecido que la violación de derechos reproductivos puede constituir violaciones a la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes. Estos Comités se han pronunciado en este sentido a propósito de casos de esterilizaciones forzadas o sin consentimiento a grupos marginados, de casos de denegación de anticoncepción de emergencia y de casos de denegación de aborto, particularmente cuando la salud o la vida de la mujer se encuentran en riesgo. Si bien, históricamente, este tipo de violaciones no han sido reconocidas como vulneraciones al derecho a estar libre de trato cruel, inhumano o degradante, cada vez más el marco internacional de derechos humanos y la documentación de casos en establecimientos de salud han evidenciado la severidad que implican estos abusos que viven las mujeres —y que tradicionalmente se han caracterizado como violencia— llamando a la aplicación del marco de la tortura y el trato cruel, inhumano o degradante con una perspectiva de género. Esta caracterización de las violaciones a los derechos reproductivos como una forma de tortura es un proceso que se encuentra en desarrollo.

El artículo 1 de la CCT define los siguientes elementos esenciales de la tortura: (i) la intención; (ii) el dolor o sufrimiento severo, físico o mental; (iii) la determinación de un propósito determinado, como la discriminación; y (iv) la participación, instigación, consentimiento o aquiescencia de oficiales estatales o que actúan en una capacidad oficial. Si bien no existe una definición internacional del trato cruel, inhumano o degradante, los estándares internacionales —como los reportes del Relator Especial de Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y la jurisprudencia de cuerpos regionales y universales de derechos humanos— proveen elementos para determinar el contenido de estos conceptos. Dichos estándares establecen que “actos sin el elemento de la intención o que no son perpetuados por un propósito determinado, pueden comprender trato cruel, inhumano y degradante bajo el artículo 16 de la Convención”<sup>46</sup>. No obstante, para determinar el trato cruel, inhumano o degradante se requiere de la evidencia

44 CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS (2010b, p. 13-14).

45 CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS (2010d, p. 11).

46 COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS (2005, párr. 35).

del dolor y el sufrimiento, independientemente de la intensidad del mismo.<sup>47</sup> Adicionalmente, el Comité contra la Tortura ha determinado que no existe la necesidad de probar que existe un propósito indebido<sup>48</sup> y que la responsabilidad por violaciones del derecho a estar libre de trato cruel e inhumano puede ser intencional o por omisión<sup>49</sup>. El Relator contra la tortura, en el año 2005, determinó que la diferencia entre la tortura y el trato cruel inhumano y degradante yace en el propósito y la indefensión de la víctima<sup>50</sup>, mientras que la Corte Europea de Derechos Humanos ha entendido la diferencia como una cuestión de grado o intensidad del dolor<sup>51</sup>, al igual que el Comité contra la Tortura en su Recomendación General N° 2 de 2008.<sup>52</sup>

Si bien las protecciones que otorga la prohibición de la tortura y el trato cruel, inhumano o degradante han sido tradicionalmente aplicadas en contextos como las prisiones, el desarrollo de esta materia ha realizado la conexión con el derecho a gozar del más alto estándar de salud posible, incluyendo contextos de poder y control como los que se verifican en los establecimientos de salud. El Comité contra la Tortura ha afirmado que los Estados tienen la obligación de prevenir, castigar y reparar el maltrato y la tortura en contextos de custodia, como por ejemplo, los hospitales, los colegios y los contextos donde la falta de intervención estatal aumenta o promueve el peligro de la imposición de daños por privados.<sup>53</sup> Dichos deberes se traducen en obligaciones positivas y negativas, con particular énfasis en las minorías y grupos marginados. Así, los individuos que usualmente están sujetos a discriminación se encuentran cubiertos por estas protecciones.

Los agentes estatales, como el personal médico y administrativo en los establecimientos públicos que proveen servicios de salud, pueden comprometer la responsabilidad internacional estatal. Igualmente pueden comprometerla los agentes no estatales, cuando el Estado falla en adoptar todas las medidas razonables para prevenir conductas vulneradoras de derechos en el marco de establecimientos de custodia o donde existe indefensión en la provisión de servicios públicos, como la salud o la educación, es decir, cuando actúan como agentes estatales<sup>54</sup>.

Pronunciándose sobre el ámbito de responsabilidad estatal por denegación de un servicio de salud, el Comité de Derechos Humanos resolvió en el año 2005 el caso *K.L. v Perú*. En este, una adolescente embarazada de un feto diagnosticado con anencefalia —una malformación incompatible con la vida extrauterina— solicitó un aborto legal, que le fue negado. En el caso, el Comité determinó que el haber obligado a la adolescente a completar el embarazo constituía una violación al artículo 7 del PIDCP, que consagra el derecho a estar libre de trato cruel, inhumano y degradante.<sup>55</sup>

---

47 Ibid.

48 Comité Contra la Tortura. Recomendación General N° 2: "Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes", párr. 10.

49 Ibid., párr. 15.

50 COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS (2005, párr. 39): "Efectivamente, un análisis a fondo de los *travaux préparatoires* de los artículos 1 y 16 de la Convención contra la Tortura y una sistemática interpretación de ambas disposiciones a la luz de la práctica del Comité contra la Tortura obligan a inferir que los criterios determinantes para distinguir la tortura de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes son más bien el propósito de la conducta y la indefensión de la víctima, antes que la intensidad de los dolores o sufrimientos infligidos, como argumentan el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y muchos estudiosos".

51 Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Irlanda v. Reino Unido. Application N° 5310/71. Decisión de 18 de enero de 1978.

52 Comité Contra la Tortura. Recomendación General N° 2, párr. 10: "En comparación con la tortura, los malos tratos difieren en la gravedad del dolor y el sufrimiento y no requieren la prueba de fines inaceptables".

53 Ibid., párr. 22.

54 Ibid., párr. 17.

55 Comité de Derechos Humanos. Caso K.L.L. vs. Perú, párr. 6.3.

En otro ámbito, desde el año 2004 el Comité contra la Tortura ha sostenido, en sus observaciones finales a diversos países, que la esterilización forzada de grupos marginados constituye trato cruel, inhumano y degradante. Un ejemplo de esta caracterización son las observaciones finales que el Comité realizó a Perú en el año 2012, en las cuales se refirió a las políticas estatales de planificación familiar que llevaron a la esterilización forzada de más de dos mil mujeres indígenas entre 1996 y 2000.<sup>56</sup> La sección sobre derechos reproductivos y salud se hizo en referencia a los artículos 2, 10, 12, 13, 14, 15 y 16 de la CCT, que incluyen tanto el trato cruel, inhumano y degradante como la tortura. Bajo el mismo marco legal, el Comité se ha pronunciado sobre las esterilizaciones forzadas de mujeres VIH positivas en al menos una observación final.<sup>57</sup>

El Comité, además, ha manifestado su preocupación respecto de los países que tienen leyes restrictivas de aborto<sup>58</sup>, ha realizado la conexión entre dichas leyes y la mortalidad materna<sup>59</sup> y ha llamado a la despenalización del aborto terapéutico<sup>60</sup>. De manera progresiva ha enmarcado las leyes restrictivas de aborto como violatorias de la prohibición del trato cruel, inhumano o degradante, así como también las situaciones en las que no existe claridad acerca de cómo acceder al procedimiento de aborto cuando este es legal<sup>61</sup>. Igualmente, ha desarrollado progresivamente la calificación de la denegación de cuidado post aborto como un trato cruel, inhumano y degradante.<sup>62</sup>

En cuanto al acceso a la anticoncepción de emergencia, particularmente en casos de violencia sexual, el Comité solo se ha pronunciado una vez enmarcando su denegación como trato cruel, inhumano y degradante.<sup>63</sup>

Por último, el Comité ha desarrollado estándares relevantes en otras áreas relacionadas con los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. Así, ha afirmado que la violencia sexual puede constituir tortura tanto fuera como dentro de contextos de conflicto armado<sup>64</sup>, ha sostenido que deben proveerse servicios de salud sexual y reproductiva a las mujeres privadas de libertad y que los Estados deben adoptar medidas para proteger a las niñas de abuso sexual en las escuelas.<sup>65</sup>

Estos desarrollos referidos a la aplicación del marco de la prohibición de tortura y tratos crueles e inhumanos a las violaciones de derechos reproductivos fueron reiterados por el Relator contra la Tortura en su informe de 2013, sobre abusos en entornos de salud.<sup>66</sup>

Los tres acercamientos del Sistema de Naciones Unidas a los derechos reproductivos que se han reseñado hasta aquí proveen el marco que ofrece el DIDH para determinar las obligaciones estatales de protección, respeto y garantía de estos derechos. En este marco destacan dos elementos centrales. El primero, dado por las disposiciones de la CEDAW y del PIDESC y el desarrollo de sus comités de monitoreo, establece la protección de estos derechos bajo la sombra de la igualdad sustantiva. Ello es particularmente importante, pues además de establecer obligaciones

56 "El Estado parte debe acelerar todas las investigaciones en curso sobre la esterilización forzada, iniciar sin demora investigaciones imparciales y efectivas sobre todos los casos similares y dar a todas las víctimas de la esterilización forzada una reparación adecuada" (COMITÉ CONTRA LA TORTURA 2012, párr. 15).

57 COMITÉ CONTRA LA TORTURA (2013, párr. 27).

58 COMITÉ CONTRA LA TORTURA (2006, párr. 15).

59 COMITÉ CONTRA LA TORTURA (2011b, párr. 22).

60 COMITÉ CONTRA LA TORTURA (2009, párr. 22).

61 COMITÉ CONTRA LA TORTURA (2011a, párr. 26).

62 CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS (2010b, p. 16); refiriéndose a las observaciones finales: COMITÉ CONTRA LA TORTURA (2006, párr. 23) (2011b, párr. 22) (2004, párr. 4.h).

63 COMITÉ CONTRA LA TORTURA (2012, párr. 15).

64 Comité Contra La Tortura. Recomendación General N° 2, párr. 22.

65 COMITÉ CONTRA LA TORTURA (2010, párr. 18).

66 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2013, párr. 46).

de respeto a estos derechos —en virtud de las cuales los Estados deben abstenerse de interferir o imponer barreras para su goce— implica el deber de los Estados de adoptar medidas positivas para asegurar su garantía. El segundo elemento se refiere a la calificación de la violación de algunos de estos derechos y la falta de adopción de medidas de garantía de los mismos como una violación del derecho a no ser sometido/a a tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

A continuación se expondrán los estándares internacionales sobre derechos sexuales y reproductivos emanados de organismos judiciales y cuasijudiciales de derechos humanos.

### 3. ESTÁNDARES DE DERECHO INTERNACIONAL EN LOS SISTEMAS UNIVERSAL E INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Este acápite no pretende ser exhaustivo en recopilar todos los estándares que han sido emitidos por los sistemas interamericano y universal de derechos humanos. En lo que se refiere al sistema universal, solo se hace referencia a algunas de las decisiones en donde se involucran países de América Latina. A su vez, no se presentan reportes y pronunciamientos de *soft law* que han realizado importantes contribuciones en el desarrollo de los derechos reproductivos en la región. Ejemplos de estos son el Informe sobre Acceso a la Justicia para las Víctimas de Violencia Sexual en Mesoamérica<sup>67</sup>, el Informe sobre Acceso a Información en Materia de Salud Reproductiva<sup>68</sup>, y el Informe sobre Servicios de Salud Materna desde una Perspectiva de Derechos Humanos<sup>69</sup> de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

El análisis que sigue presenta las decisiones emitidas por los órganos internacionales judiciales o cuasijudiciales más relevantes en materia de derechos reproductivos. Las decisiones se presentan en orden cronológico, muestran un resumen de los hechos que dieron lugar al caso, el razonamiento del organismo judicial o cuasijudicial señalando los argumentos a partir de los cuales se niega o reconoce el derecho, y la regla que surge del pronunciamiento.

- **CIDH: María Mamérita Mestaza vs. Perú. Solución Amistosa, 2003**

Entre 1996 y 2000 se realizó en Perú la esterilización forzada de más de dos mil mujeres indígenas. El caso fue llevado ante la CIDH a propósito de María Mamérita Mestanza, una mujer rural que fue presionada a aceptar su esterilización mediante acoso y amenazas de ser reportada a la policía, ya que le informaron que por ley quien tuviera más de cinco hijos debía o pagar una multa o ir a la cárcel. Mestanza accedió a realizarse la intervención quirúrgica de esterilización. Nunca le fue realizado un examen preoperatorio. Salió de la cirugía en un grave estado y cuando reportó sus síntomas le fue indicado que estos eran normales y causados por la anestesia. Mestanza murió en su casa días después. Después de su muerte, un médico del centro de salud le ofreció dinero a su esposo para resolver el asunto.

El caso fue admitido por la CIDH el año 2000. En el 2002 el Estado y las peticionarias del caso llegaron a una solución amistosa.<sup>70</sup> Perú aceptó su responsabilidad por las violaciones a los derechos de la víctima a la vida, a la integridad personal y trato humano, a la igual protección ante

67 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011b, párrs. 242-243).

68 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011a)

69 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2010)

70 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe N° 71/03 (Solución Amistosa). Caso 12.191: María Mamérita Mestanza Chávez – Perú, 10 de octubre de 2003.

la ley y a estar libre de violencia de género. El acuerdo contempló tanto medidas de reparación individuales para la familia de Mestanza como el compromiso de Perú de modificar políticas y legislación discriminatoria, proteger los derechos de las mujeres al consentimiento informado en procedimientos de esterilización y la investigación y sanción de los responsables. La verificación del cumplimiento del acuerdo, hasta el año 2013, sigue abierta. En 2011, Perú anunció que reabría la investigación de más de dos mil casos documentados de esterilización forzada.

La refrendación de la CIDH del acuerdo amistoso en el que Perú reconoce su responsabilidad por la esterilización forzada y muerte de Mestanza indica que dicha práctica, bajo la Convención Americana de Derechos Humanos, implica una violación de los derechos a la vida, a la integridad personal y al trato humano, a la igual protección ante la ley y a estar libre de violencia de género.

- **Comité de Derechos Humanos: K.L. vs. Perú. 2005**

En el 2005 el Comité de Derechos Humanos resolvió el caso de *K.L. vs. Perú*. El Comité determinó la responsabilidad del Estado peruano por la violación de los derechos de K.L. a no ser sometida a tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 7 PIDCP), a la intimidad (artículo 11) y a la especial protección de menores de edad (artículo 24)<sup>71</sup>, configurada por la denegación del acceso a un aborto legal. K.L. era una menor de 17 años que estaba embarazada de un feto anencefálico. A pesar de que Perú contempla el aborto legal en casos en que la vida o la salud de la mujer se encuentren en riesgo, cuando K.L. solicitó un aborto tras el diagnóstico de que el embarazo producía un riesgo para su vida, este le fue negado.

El Comité de Derechos Humanos estableció respecto del artículo 7 que la negativa del director del establecimiento médico de autorizar el aborto terapéutico causó una severa afectación física y mental en K.L., ya que había sido obligada a completar un embarazo y amamantar un bebé que moriría irremediablemente poco tiempo después de nacer. El Comité determinó que “[...] debido a la negativa de las autoridades médicas a efectuar el aborto terapéutico, tuvo que soportar el dolor de ver a su hija con deformidades evidentes y saber que moriría en muy poco tiempo. Esta fue una experiencia que sumó más su dolor y angustia a la ya acumulada durante el período en que estuvo obligada a continuar con su embarazo [...]. El Comité observa que esta situación podría preverse, ya que un médico del hospital diagnosticó que el feto padecía anencefalia, y sin embargo, el director del Hospital Estatal se negó a que se interrumpiera el embarazo. La omisión del Estado, al no conceder a la autora el beneficio de aborto terapéutico, fue la causa del sufrimiento por el cual ella tuvo que pasar”<sup>72</sup>.

El Comité también afirmó que la denegación de acceso al aborto terapéutico violó el derecho a la privacidad de K.L., pues se había interferido de manera arbitraria en su intimidad. Sostuvo, al mismo tiempo, que el Estado debió haber dado a K.L. un trato de especial protección en su salud y asistencia médica y psicológica, por tratarse de una menor de edad. Además de recomendar la reparación individual de la víctima, el Comité solicitó al Estado que adoptara medidas de no repetición.

Este precedente fue reiterado por el Comité de Derechos Humanos en el caso *L.M.R. vs. Argentina*<sup>73</sup>, respecto de la denegación de un aborto legal a una mujer con discapacidad mental.

71 COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Caso K.L. vs. Perú. Comunicación N° 1153/2003.

72 *Ibid.*, párr. 6.3.

73 COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Caso L.M.R. vs. Argentina. Comunicación N° 1608/2007.

Las decisiones del Comité determinan que obligar a una mujer a completar un embarazo en casos en que se cumplen los supuestos de aborto legal, particularmente casos de malformaciones incompatibles con la vida extrauterina y cuando son producto de una violación, constituye trato cruel, inhumano o degradante.

- **CIDH: Medidas cautelares – Amelia, 2010**

Las medidas cautelares son un mecanismo de la CIDH mediante el cual —sea a solicitud de parte o por iniciativa propia— esta puede pedir a un Estado que adopte medidas particulares en una situación de gravedad y urgencia. Tales medidas buscan prevenir daños irreparables.<sup>74</sup>

En 2010, la CIDH otorgó medidas cautelares a favor de “Amelia”, en Nicaragua.<sup>75</sup> En Nicaragua el aborto se encuentra criminalizado en todas las circunstancias desde el año 2006 y no se permite ni siquiera en casos en que la continuación del embarazo ponga en peligro la vida o la salud de la mujer. Amelia, una mujer que padecía de cáncer y madre de una niña de 10 años, al momento de los hechos se le estaba negando un tratamiento para su enfermedad por encontrarse embarazada. Los médicos que la trataban habían recomendado “de manera urgente iniciar un tratamiento de quimioterapia o radioterapia, pero que el hospital informó a la madre y los representantes de Amelia que el tratamiento no sería realizado dada la alta posibilidad de que este provocara un aborto”<sup>76</sup>.

La CIDH solicitó a Nicaragua que: (i) adoptara todas las medidas necesarias para asegurar que la beneficiaria tuviera acceso al tratamiento médico que necesitaba para tratar su cáncer; (ii) Adoptara dichas medidas en concertación con la beneficiaria y sus representantes; y (iii) Reservara la identidad de la beneficiaria y su familia, refiriéndose a ella simplemente como “Amelia”<sup>77</sup>. Nicaragua afirmó que había iniciado el tratamiento requerido.

La decisión de la CIDH de requerir a un Estado que adopte medidas para proteger la vida y la salud de una mujer, a pesar de que el tratamiento pudiera provocar un aborto, muestra un balance que privilegia el derecho a la vida de la mujer por encima de la pretensión del Estado de proteger el interés de la vida en potencia. Igualmente, afirma que regulaciones estatales que permiten el aborto son compatibles con la Convención Americana.

- **Comité CEDAW: L.C. vs. Perú, 2011**

En 2011, el Comité CEDAW resolvió el caso de L.C. contra Perú.<sup>78</sup> En el caso, el Comité determinó que la denegación a una niña de 13 años de acceder a un aborto terapéutico legal, que era necesario para realizarle una intervención quirúrgica necesaria para su salud, violaba los artículos 2, 3, 5 y 12 de la Convención.

L.C., cuando tenía 13 años y como producto de las múltiples violaciones que sufrió desde los 11 años, quedó embarazada. A causa de ello intentó suicidarse, lanzándose del segundo piso de una casa. Como resultado, L.C. sufrió graves lesiones físicas que comprometían su columna y la dejaron cuadripléjica. Para aminorar los efectos de su caída los médicos que la atendieron determinaron la necesidad de una intervención urgente en su columna. La intervención no fue realizada a tiempo

74 Reglamento de la CIDH, Artículo 25.

75 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. MC 43-10 – “Amelia”, Nicaragua. (Medidas Cautelares).

76 *Ibíd.*

77 *Ibíd.*

78 COMITÉ CEDAW. Caso L.C. vs. Perú. Comunicación N° 22/2009.

debido a que podría interrumpir el embarazo que llevaba. A pesar de haber solicitado un aborto terapéutico legal, pues Perú lo admite cuando la salud o la vida de la mujer están en peligro, el hospital donde fue atendida negó la solicitud. La intervención solo fue realizada cuatro meses después de la lesión y tras haber sufrido un aborto espontáneo. La demora en la atención no solo tuvo un impacto en la salud física de L.C., sino también en su salud mental.

El Comité determinó que en el caso existía una estrecha relación entre el estado de salud física y mental de L.C. y las dilaciones en su cirugía, así como con la denegación del acceso al aborto legal. Asimismo, recordó que el Estado peruano, en virtud del artículo 12 de la CEDAW y su Recomendación General N° 24, debía adoptar todas las medidas adecuadas para garantizar la protección de las mujeres contra actos de discriminación, así como modificar o derogar las leyes que constituyeren discriminación contra la mujer en el campo del acceso a servicios de salud. El Comité consideró que, "puesto que el Estado parte ha legalizado el aborto terapéutico, debe establecer un marco jurídico apropiado que permita a las mujeres disfrutar de su derecho a aquel en condiciones que garanticen la necesaria seguridad jurídica, tanto para quienes recurren al aborto como para los profesionales de la salud que deben realizarlo. Es esencial que dicho marco jurídico contemple un mecanismo de toma de decisiones de manera rápida, con miras a limitar al máximo los posibles riesgos para la salud de la mujer embarazada, que la opinión de esta sea tenida en cuenta, que la decisión sea debidamente motivada y que se tenga derecho a recurrirla"<sup>79</sup>.

Asimismo, el Comité determinó que el Estado había violado el derecho a la salud de la niña al incumplir con la obligación de eliminar estereotipos de género. Para el Comité "la decisión de aplazar la intervención quirúrgica debido al embarazo estuvo influenciada por el estereotipo de que la protección del feto debe prevalecer sobre la salud de la madre"<sup>80</sup>. Finalmente, el Comité determinó la necesidad de despenalizar el aborto en casos de violación, además de "adoptar mecanismos para el acceso efectivo al aborto terapéutico, en condiciones que protejan la salud física y mental de las mujeres e impidan que en el futuro se produzcan violaciones similares a las del presente caso"<sup>81</sup>.

Este pronunciamiento avanza en la configuración de la obligación estatal de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el derecho al aborto cuando este es legal. Asimismo, establece que dar prevalencia al feto por encima de la salud o la vida de la mujer implica la aplicación de un estereotipo de género negativo acerca de la función reproductiva de las mujeres, lo que es contrario a la obligación estatal de adoptar medidas para eliminar tales estereotipos. Finalmente, establece que la penalización del aborto en casos de violencia sexual es contraria a las disposiciones de la CEDAW.

- **Comité CEDAW: Alyne da Silva Pimentel vs. Brasil, 2011**

En 2011, el Comité de la CEDAW resolvió el caso de *Alyne da Silva Pimentel vs. Brasil*<sup>82</sup>. En el caso, el Comité determinó la responsabilidad del Estado brasileño por la muerte de Alyne, una mujer afrodescendiente de 28 años y de bajos recursos socioeconómicos que murió cuando tenía seis meses de embarazo, debido a fallas estructurales en el acceso a cuidado obstétrico de emergencia. Alyne, con seis meses de embarazo, acudió a un establecimiento de salud en el municipio de Belford Roxo, debido a dolores y náuseas. Los médicos que la atendieron la devolvieron a su casa recetando analgésicos y no se le realizó ningún examen médico. Dos días después, cuando regresó al centro

79 Ibid., párr. 8.17

80 COMITÉ CEDAW. Caso L.C. vs. Perú, párr. 8.15.

81 Ibid., párr. 9.2.

82 COMITÉ CEDAW. Caso Alyne da Silva Pimentel Teixeira vs. Brasil. Comunicación N° 17/2008.

de salud, ya que sus síntomas habían empeorado, se determinó que el feto que llevaba había muerto. Los médicos indujeron el parto seis horas después de haber sido diagnosticada la muerte del feto. Alyne tuvo que esperar más de 14 horas para que le practicaran un legrado. Después de la intervención tuvo complicaciones y hemorragias que por su complejidad debían ser atendidas en otra instalación médica. Alyne, de nuevo, tuvo que esperar más de ocho horas para ser trasladada al Hospital General de Nova Iguazú, ya que el hospital se negó a facilitarle la única ambulancia que tenía y su familia no podía pagar una. En el traslado no fue adjuntada su historia clínica, por lo que cuando llegó al hospital fue dejada en el pasillo por más de 21 horas sin ser atendida, hasta que murió.

El Comité CEDAW determinó la responsabilidad de Brasil por haber violado el derecho a la salud sin discriminación de Alyne, ya que la falta de provisión de servicios obstétricos adecuados para las necesidades específicas y los intereses de las mujeres constituyen discriminación bajo los artículos 12.1 y 2 de la CEDAW. Asimismo, el Comité determinó que la falta de provisión de servicios de salud materna adecuada tiene un impacto diferencial en el derecho a la vida de las mujeres y que “las políticas del Estado parte deben ser orientadas a la acción y al resultado, así como adecuadamente financiadas”<sup>83</sup>. También estableció que Alyne “fue objeto de discriminación, no solo por ser mujer, sino también por ser de ascendencia africana y por su condición socioeconómica”<sup>84</sup>.

Respecto del artículo 2(e), el Comité determinó que el Estado era “directamente responsable de las actividades de las instituciones privadas cuando subcontrata sus servicios médicos y que, además, el Estado siempre mantiene el deber de reglamentar y vigilar a las instituciones privadas de atención de la salud”<sup>85</sup>. Así, de acuerdo con el artículo 2(e), el Estado “tiene una obligación de diligencia debida en cuanto a tomar medidas para garantizar que las actividades de los agentes privados respecto de las políticas y prácticas de la salud sean apropiadas”<sup>86</sup>.

En consecuencia, el Comité recomendó a Brasil adoptar medidas individuales para reparar a la familia de Alyne, y además pronunció cuatro recomendaciones generales como medidas de no repetición, en las que se aborda el problema de la mortalidad materna desde una perspectiva de derechos humanos.<sup>87</sup>

83 Ibid., párr. 7.6: “La falta de servicios de salud materna apropiados en el Estado parte, que claramente no satisfacen las necesidades de salud y los intereses específicos y diferentes de las mujeres, no solo constituye una violación del artículo 12, párrafo 2, de la Convención, sino que también discrimina contra la mujer con arreglo al artículo 12, párrafo 1, y al artículo 2 de la Convención. Además, la falta de servicios de salud materna apropiados tiene efectos diferenciales sobre el derecho de la mujer a la vida”.

84 Ibid., párr. 7.7.

85 Ibid., párr. 7.5.

86 Ibid.

87 Ibid., párr. 8: “ b) Asegurar los derechos de la mujer a una maternidad sin riesgo y el acceso asequible de todas las mujeres a una atención obstétrica de emergencia adecuada, en consonancia con la recomendación general núm. 24 (1999) sobre la mujer y la salud;

c) Proporcionar capacitación profesional adecuada a los trabajadores de la salud, especialmente en materia de derechos de salud reproductiva de la mujer, incluido el tratamiento médico de calidad durante el embarazo y el parto, así como la atención obstétrica de emergencia oportuna;

d) Asegurar el acceso a recursos eficaces en los casos en que los derechos de salud reproductiva de la mujer hayan sido violados y proporcionar capacitación al personal judicial y al personal encargado de velar por el cumplimiento de la ley;

e) Asegurar que las instalaciones y servicios privados de atención de la salud cumplan las normas nacionales e internacionales pertinentes en materia de atención de la salud reproductiva;

f) Reducir las muertes maternas prevenibles mediante la aplicación del Pacto nacional para la reducción de la mortalidad materna a nivel estatal y municipal, incluso mediante el establecimiento de comités sobre mortalidad materna en los lugares en que aún no existan, en consonancia con las recomendaciones de sus observaciones finales para el Brasil, aprobadas el 15 de agosto de 2007 (CEDAW/C/BRA/CO/6)”.

El caso de Alyne no solo avanza en el reconocimiento del derecho al acceso a la adecuada atención obstétrica sin discriminación como un derecho humano, sino que consolida el deber de los Estados de adoptar todas las medidas para eliminar la mortalidad materna como una obligación positiva bajo las protecciones del derecho a la salud reproductiva. Igualmente, avanza en el desarrollo de las obligaciones estatales frente a sus políticas de salud con perspectiva de género, al igual que frente a sus obligaciones de eliminar la discriminación por cuestiones socioeconómicas y por raza. También se destaca la delimitación de la responsabilidad de los Estados por la supervisión en la provisión de salud en establecimientos privados.

- **Corte IDH: Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica, 2012**

En diciembre de 2012 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se pronunció sobre el caso más importante sobre derechos reproductivos en la región, hasta el momento. La Corte debía determinar si la prohibición absoluta de la fertilización *in vitro* (en adelante, FIV) —establecida en Costa Rica mediante sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia por considerar que violaba el derecho a la vida protegido en la Constitución “desde la concepción”— violaba los derechos a la privacidad, la familia y la igualdad ante la ley reconocidos en la Convención Americana (CADH), respecto de las nueve parejas que presentaron el caso. La Corte IDH determinó que Costa Rica era responsable de la violación de los derechos a la vida privada y familiar, el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, a la salud sexual, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación, consagrados en los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el artículo 1.1 de la CADH.

En primer lugar, la Corte realizó un análisis del alcance del derecho a la integridad personal, la libertad personal y el derecho a la vida privada y familiar. Lo primero que la Corte abordó fue la determinación de cuál era el ámbito de la privacidad, en general. En este análisis determinó que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres<sup>88</sup> y que la decisión de ser madre o padre biológico hace parte del derecho a la vida privada. En segundo lugar, la Corte pasó a determinar el ámbito de la libertad, planteando que el derecho a la vida privada comprendía: (i) la autonomía reproductiva y (ii) el acceso a servicios de salud reproductiva dentro de los cuales se encontraba el acceso a la tecnología médica. Igualmente, estableció que se encontraba comprometido el derecho a la integridad personal, pues la prohibición de la FIV había puesto en una situación de angustia y ansiedad a las parejas peticionarias, la cual respondía al impacto que tuvo en sus vidas la falta de atención médica o al acceso a ciertos procedimientos de salud.

La Corte estableció que el problema al que se enfrentaba consistía en que la prohibición absoluta de la FIV limitaba el derecho de las personas a fundar una familia conforme a las decisiones de pareja. Así, estableció que la injerencia estatal radicaba en la “posibilidad de tomar una decisión autónoma sobre el tipo de tratamientos que querían intentar para ejercer derechos sexuales y reproductivos”<sup>89</sup>. El Estado de Costa Rica fundamentaba esta injerencia en que “la Convención Americana obliga a efectuar una protección absoluta del “derecho a la vida” del embrión y, en consecuencia, obliga a prohibir la fertilización *in vitro* por implicar la pérdida de embriones”<sup>90</sup>. De

88 CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 143.

89 *Ibid.*, párr. 161.

90 *Ibid.*

acuerdo con lo anterior, la Corte estimó que el objeto del caso se refería a determinar si la sentencia de la Sala Constitucional había generado una restricción desproporcionada de los derechos de las presuntas víctimas.

La Corte, a fin de establecer si la restricción establecida por la Sala Constitucional era desproporcionada, entró a analizar el alcance del derecho a la vida consagrado en el artículo 4.1. de la CADH. Primero, reiteró que el derecho a la vida exige de los Estados garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones al derecho, es decir, delimitó la obligación de garantía del derecho. Para dotar de contenido las obligaciones estatales, primero reiteró que de acuerdo con las normas del derecho internacional ninguna persona puede ser privada de la vida de forma arbitraria. Segundo, reiteró que los Estados tienen el deber de adoptar todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida de todos los que se encuentran bajo su jurisdicción. La Corte precisó que los Estados deben “adoptar todas las medidas necesarias para crear un marco normativo que disuada cualquier amenaza del derecho a la vida y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna”<sup>91</sup>.

A continuación, la Corte pasó a examinar si una de las obligaciones que se desprenden del artículo 4 de la CADH y de la mencionada obligación positiva de adopción de medidas legislativas para disuadir las amenazas a la vida comprende la protección absoluta del embrión. La Corte concluyó que todos los métodos de interpretación utilizados arrojaban resultados coincidentes “en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la “concepción” en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general”<sup>92</sup>.

Después de delimitar el alcance de la protección del derecho a la vida del artículo 4.1, la Corte entró a determinar la proporcionalidad de la medida de prohibición de la FIV. Así, determinó que la decisión de tener hijos biológicos mediante la técnica de reproducción asistida hacía parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, la libertad personal y la vida privada y familiar, y que la construcción de dicha decisión hacía parte de la autonomía e identidad de las personas, tanto en su dimensión individual como de pareja. Después de situar dicha decisión bajo la protección de los mencionados derechos, la Corte pasó a examinar los efectos de la prohibición a fin de determinar si existía un impacto desproporcionado para los peticionarios. Para ello, analizó si había existido discriminación indirecta en base a la discapacidad, en razón de género y por motivos socioeconómicos.

En este análisis la Corte, con sustento en peritajes técnicos, determinó que la infertilidad era una discapacidad, por entenderse como una enfermedad del sistema reproductivo. Por lo tanto, para la Corte, las personas que se encontraban en dicha situación debían entenderse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, lo que incluía el derecho a acceder a las técnicas necesarias para resolver los problemas de la salud reproductiva.

---

91 *Ibíd.*, párr. 172.

92 *Ibíd.*, párr. 264.

Respecto de la discriminación indirecta en razón al género, la Corte determinó que si bien la infertilidad podía afectar tanto a hombres como mujeres, esta afectaba de manera desproporcionada a las mujeres, a causa de estereotipos y prejuicios en la sociedad. El estereotipo específico por el cual las mujeres se encontraban más afectadas se refiere al entendimiento de que el papel y condición de la mujer en la sociedad se define por su capacidad reproductiva. La Corte consideró que “en el presente caso se está ante una situación parecida de influencia de estereotipos, en la cual la Sala Constitucional dio prevalencia absoluta a la protección de los óvulos fecundados sin considerar la situación de discapacidad de algunas de las mujeres”<sup>93</sup>. Asimismo, resaltó que “los estereotipos de género son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y se deben tomar todas las medidas para erradicarlos”<sup>94</sup>.

Respecto de la discriminación indirecta por motivos socioeconómicos, por último, la Corte determinó que también se había dado un “un impacto desproporcionado en las parejas infértiles que no contaban con los recursos económicos para practicarse la FIV en el extranjero”<sup>95</sup>.

Una vez determinada la limitación de los derechos involucrados y la importancia de la protección del embrión, la Corte afirmó que en el caso “la afectación del derecho a la integridad personal, libertad personal, vida privada, la intimidad, la autonomía reproductiva, el acceso a servicios reproductivos y a fundar una familia era severa y suponía una violación de dichos derechos, pues en la práctica estos era anulados para aquellas personas cuyo único tratamiento posible de la infertilidad era la FIV. Asimismo, la interferencia tuvo un impacto diferenciado en las presuntas víctimas por su situación de discapacidad, los estereotipos de género, y frente a algunas de las presuntas víctimas, por su situación económica”<sup>96</sup>. En contraste, el impacto en la protección del embrión era muy leve.

Finalmente, concluyó que “la Sala Constitucional partió de una protección absoluta del embrión que, al no ponderar ni tener en cuenta los otros derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia. Asimismo, la interferencia tuvo efectos discriminatorios”<sup>97</sup>.

La sentencia —que es de obligatorio cumplimiento y cuyos precedentes son vinculantes para los Estados de la región que hacen parte de la CADH y han reconocido la jurisdicción de la Corte— por primera vez reconoce explícitamente los derechos reproductivos como derechos humanos. La decisión tiene implicaciones no solo para la determinación de las obligaciones relacionadas con la salud reproductiva, sino también respecto de otros derechos reproductivos: en primer lugar, la sentencia ubica la protección de los derechos reproductivos bajo la sombra de los derechos a la integridad personal, la libertad personal y el derecho a la vida privada y familiar; en segundo lugar, la determinación del alcance del artículo 4 de la CADH zanja de una vez por todas la discusión acerca de lo que implica la protección de la vida desde la concepción, al precisar que dicha protección no significa una protección absoluta del derecho y que admite una protección gradual bajo un juicio de proporcionalidad cuando existen otros derechos humanos en juego, lo cual implica, en principio, que los regímenes en la región que permiten el aborto son acordes con la CADH; en tercer lugar, tiene implicaciones para aquellos regímenes que han determinado la anticoncepción de emergencia como violatoria del derecho a la vida, pues la sentencia es explícita en determinar que no existe la titularidad del derecho a la vida antes de la implantación. Finalmente, la sentencia

---

93    Ibíd.

94    Ibíd., párr. 302.

95    Ibíd., párr. 303.

96    Ibíd., párr. 314.

97    Ibíd., párr. 316.

ofrece un análisis interesante acerca del impacto de la denegación del acceso a servicios de salud reproductiva y al disfrute del progreso científico para ciertos grupos como discriminación indirecta.

- **Corte IDH: Medidas provisionales respecto de El Salvador. Asunto B., 2013**

El 29 de abril de 2013 la CIDH otorgó medidas cautelares a favor de “Beatriz”, en El Salvador, Estado en que el aborto es criminalizado en todas las circunstancias, inclusive cuando la vida o la salud de la mujer se encuentran en peligro. De acuerdo con lo establecido por los médicos que la trataban, Beatriz padecía de “lupus eritematoso discoide agravado con nefritis lúpica”, condición que requería “realizarle un procedimiento médico, ya que de no hacerlo [había] una fuerte probabilidad de muerte materna[,] ya que esta [tenía] un feto de trece semanas de gestación con anencefalia[,] la cual es una anomalía mayor incompatible con la vida extrauterina”<sup>98</sup>. La finalización del embarazo fue considerada y acordada por el Comité Médico del hospital en que se atendía.<sup>99</sup> Las autoridades médicas habían determinado que “el efecto del transcurso del tiempo sin la implementación del tratamiento médico recomendado podría afectar los derechos a la vida, la integridad y la salud de la madre”<sup>100</sup>. El caso fue presentado ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la cual admitió el recurso de amparo interpuesto y “resolvió la adopción de medidas cautelares a fin de que las autoridades demandadas garanticen el derecho a la vida y la salud, tanto física como mental, de la señora B, brindando el tratamiento médico necesario e idóneo para la preservación de tales derechos, mientras se tramita este amparo”. Beatriz fue internada en el hospital, pero no se le realizó la interrupción del embarazo.

Ante los hechos, la CIDH “otorgó medidas cautelares para proteger la vida, integridad personal y salud de “B”. Específicamente, la Comisión Interamericana solicitó al Estado de El Salvador que adopte las medidas necesarias para implementar el tratamiento recomendado por el Comité Médico del Hospital Nacional Especializado de Maternidad “Dr. Raúl Arguello Escalón”, [...] y que concierte cualquier medida a adoptarse con la beneficiaria y sus representantes”<sup>101</sup>.

Un mes después, y tras de haber sido reiteradas las medidas cautelares al Estado en atención a que no se había adoptado ninguna medida de las solicitadas por la CIDH, esta solicitó medidas provisionales a la Corte IDH. La solicitud argumentó “la falta de adopción de medidas necesarias para permitir que B pueda acceder a la terminación de un embarazo que, como se dijo, adolece de inviabilidad de vida extrauterina y constituye aunado a su enfermedad, una fuente de riesgo inminente a su vida, integridad persona y salud”<sup>102</sup>. Igualmente, explicó que el obstáculo principal para acceder al tratamiento era “la penalización absoluta del aborto en el Estado de El Salvador”<sup>103</sup>.

El 29 de mayo de 2013 la Corte otorgó medidas provisionales a favor de Beatriz, para proteger sus derechos a la vida y a la integridad personal, reconocidos en los artículos 4 y 5 de la CADH.

Los requisitos que la Corte debe verificar para poder adoptar medidas provisionales son la gravedad, urgencia y posible daño irreparable. La gravedad de la situación fue constatada a partir de la consideración del cuadro médico de Beatriz, quien estaba internada en el hospital y era constantemente monitoreada; la urgencia, en tanto, se constató ante la posibilidad en cualquier momento de riesgo a la vida de la paciente. Sobre el daño irreparable, la Corte determinó que

98 CORTE IDH. Medidas Provisionales Respecto de El Salvador. Asunto B. 29 de mayo de 2013, párr. 2.

99 *Ibid.*, párr. 2.

100 *Ibid.*

101 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. MC 114/13 – B, El Salvador. (Medidas Cautelares).

102 CORTE IDH. Medidas Provisionales Respecto de El Salvador. Asunto B, párr. 4.

103 *Ibid.*, párr. 4.

el diagnóstico médico preveía un sinnúmero de complicaciones en la salud de Beatriz. Asimismo consideró que la situación también había comprometido la salud mental de Beatriz, ya que había manifestado en varias oportunidades que quería vivir, y sabía que su probabilidad de vida se complicaba si no se realizaba la intervención.

Después de verificar las acciones estatales y el grado de desprotección en que quedaría Beatriz en caso de que no se adoptaran medidas, la Corte resolvió “[r]equerir al Estado de El Salvador que adopte y garantice, de manera urgente, todas las medidas que sean necesarias y efectivas para que el grupo médico tratante de la señora B pueda adoptar, sin interferencia alguna, las medidas médicas que se consideren oportunas y convenientes para asegurar la debida protección de los derechos consagrados en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana y, de este modo, evitar daños que pudiesen llegar a ser irreparables a los derechos a la vida y la integridad personal y a la salud de la señora B.”<sup>104</sup>

Las medidas provisionales otorgadas en este caso, en principio, determinan que la penalización absoluta del aborto resulta violatoria del derecho a la vida y a la integridad personal cuando la continuación del embarazo supone un peligro para la vida y/o la salud de la mujer.

A modo de conclusión es posible advertir que, si bien los estándares internacionales han ido progresivamente dotando de contenido a los derechos sexuales y reproductivos, y las constituciones nacionales han ido introduciendo un reconocimiento específico en algunos casos a estos derechos, el reconocimiento, garantía y protección por parte de los Estados sigue siendo un reto.

Después de haber presentado los casos más relevantes que dotan de contenido los derechos reproductivos y sus protecciones en el DIDH, se pasa a analizar algunas de las decisiones más importantes de las cortes constitucionales latinoamericanas en las que, desde el año 2006, se ha considerado la protección de estos derechos.

#### 4. LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS EN LAS CORTES CONSTITUCIONALES DE AMÉRICA LATINA

Respecto de la jurisprudencia que se examina a continuación, debe considerarse que cada sistema de revisión constitucional es diferente y, por lo tanto, sus precedentes tienen un valor distinto en la jurisdicción interna, de acuerdo con sus arreglos constitucionales.

- **Colombia, 2006: la penalización del aborto cuando la vida o la salud de la mujer se encuentra en riesgo, en casos de malformaciones incompatibles con la vida extrauterina y en casos en que el embarazo es producto de violencia sexual es inconstitucional**

En 2006, la Corte Constitucional colombiana determinó que la penalización del aborto es inconstitucional en tres circunstancias: (i) cuando la continuación del embarazo implica un riesgo para la vida o la salud (física o mental) de la mujer, certificado por un médico; (ii) cuando existen serias malformaciones en el feto, incompatibles con la vida extrauterina, certificadas por un médico; y (iii) cuando el embarazo es el resultado de un acto criminal, debidamente reportado ante las autoridades. La decisión liberalizó el aborto en estos tres casos, aceptó el valor del derecho internacional para el reconocimiento de los derechos reproductivos como derechos fundamentales y reconoció como un derecho fundamental el aborto en las circunstancias descritas.

104 Ibíd., párr. 14.

La sentencia C-355 de 2006<sup>105</sup> revisó la constitucionalidad de cuatro artículos diferentes del Código Penal: (i) el artículo 32, que establece los casos generales de responsabilidad penal; (ii) el artículo 122, que criminalizaba el aborto completamente; (iii) el artículo 123, que criminalizaba la realización de un aborto sin el consentimiento de la mujer, y todos los abortos realizados en menores de 14 años; y (iv) el artículo 124, que establece los factores de atenuación de la prohibición general de aborto.

Los argumentos presentados por los peticionarios consideraban que las provisiones impugnadas violaban los derechos a la dignidad, la vida, la integridad personal, la igualdad, la libertad, el libre desarrollo de la personalidad, la salud y varias obligaciones estatales bajo el DIDH.

La sentencia determinó que existía una distinción entre el derecho a la vida y la protección del valor de la vida, sosteniendo que la vida, bajo la Constitución de 1991, era un valor constitucionalmente relevante que debía ser protegido, pero que era diferente del derecho a la vida. La Corte explicó que la vida no era un valor o un derecho absoluto y que por lo tanto debía ser ponderado con otros valores o derechos constitucionales. De acuerdo con la anterior distinción, la Corte concluyó que el derecho a la vida requería de un individuo para reclamarlo, mientras que la protección a la vida, como valor, solo podía ser ostentado por aquellos que no han adquirido la condición humana.<sup>106</sup> Así, determinó distintos grados de protección para ambos, otorgando un mayor grado de protección al derecho a la vida respecto de la protección al valor de la vida.

Al considerar el derecho a la vida como parte del bloque de constitucionalidad<sup>107</sup>, la Corte concluyó que, bajo el derecho internacional, no existía “un deber de protección absoluto e incondicional de la vida en gestación”<sup>108</sup>.

La Corte reconoció los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres como derechos humanos que debían ser protegidos por la Constitución<sup>109</sup>, estableciendo que “su consagración, su protección y garantía parten de la base de reconocer que la igualdad, la equidad de género y la emancipación de la mujer y la niña son esenciales para la sociedad y, por lo tanto, constituyen una de las estrategias directas para promover la dignidad de todos los seres humanos y el progreso de la humanidad en condiciones de justicia social”<sup>110</sup>. No obstante, también concluyó que si bien del derecho internacional no se desprende una obligación de liberalizar o penalizar el aborto, el límite de configuración del legislador encontraba dos límites: (i) el legislador no podía infringir derechos fundamentales y (ii) no podría dejar ciertos valores constitucionales desprotegidos bajo el entendido del derecho penal como de *ultima ratio*.<sup>111</sup>

105 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia de constitucionalidad condicionada C-355/2006, de 10 de mayo de 2006.

106 *Ibíd.*, aparte 5.

107 “El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución” (ARANGO 2004, p. 79).

108 “En conclusión, de las distintas disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad no se desprende un deber de protección absoluto e incondicional de la vida en gestación; por el contrario, tanto de su interpretación literal como sistemática surge la necesidad de ponderar la vida en gestación con otros derechos, principios y valores reconocidos en la Carta de 1991 y en otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, ponderación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha privilegiado” (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia de constitucionalidad condicionada C-355/2006, de 10 de mayo de 2006, aparte 6).

109 “En conclusión, los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres han sido finalmente reconocidos como derechos humanos, y como tales, han entrado a formar parte del derecho constitucional, soporte fundamental de todos los Estados democráticos” (*Ibíd.*).

110 *Ibíd.*, aparte 7.

111 *Ibíd.*

La Corte determinó que los límites del poder de configuración del legislador en materia penal eran el derecho a la dignidad —que comprende el derecho a la autonomía—, los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la salud y a la integridad personal, así como el bloque de constitucionalidad y los principios de proporcionalidad y razonabilidad. De acuerdo con lo anterior, la Corte determinó que la criminalización total del aborto era inconstitucional en tanto vulneraba los referidos derechos en las tres circunstancias descritas. Asimismo, afirmó que el Estado tenía una obligación de proteger el valor de la vida, pero que el legislador podía determinar en qué forma hacerlo.

Respecto de la criminalización del aborto en casos en que el embarazo es producto de violación, fundó su inconstitucionalidad en la vulneración del derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la mujer, toda vez que el embarazo, en tales circunstancias, no era producto de una decisión libre sino de un delito. En el caso de la criminalización del aborto cuando la continuación del embarazo supone un riesgo para la salud o la vida de la mujer, resolvió la inconstitucionalidad sobre la base de que ello implicaba exigir un sacrificio desproporcionado para el goce del derecho a la vida y a la salud de la mujer, al priorizar la vida en formación por encima de la vida formada, a la vez que se vulneraba el bloque de constitucionalidad. Sobre los casos de malformaciones incompatibles con la vida extrauterina, por último, la Corte determinó que bajo esas circunstancias disminuía el deber del Estado de proteger el valor de la vida, dado que esa vida no era viable, lo que daba prevalencia a los derechos de las mujeres. Igualmente, consideró que obligar a una mujer a completar un embarazo bajo esas circunstancias constituía trato cruel, inhumano y degradante, que afectaba su derecho a la dignidad.

- **México, 2008: La despenalización del aborto practicado durante las primeras doce semanas de embarazo es constitucional**

En México, el aborto se encuentra penalizado con algunas excepciones, que varían entre los estados para permitir el aborto en circunstancias como: (i) cuando el embarazo es resultado de una violación; (ii) cuando el aborto es provocado accidentalmente (o, como dice la ley, de manera “imprudencial” o por “conducta culposa”); (iii) cuando el embarazo pone en riesgo la vida de la mujer; (iv) cuando el producto del embarazo tiene malformaciones graves; (v) cuando de continuar con el embarazo se provocaría un grave daño a la salud de la mujer; (vi) cuando el embarazo es producto de una inseminación artificial no consentida; (vii) cuando la mujer vive en situación de pobreza y tiene al menos tres hijos; y (viii) dentro de las primeras doce semanas de gestación. La legalidad del aborto en México encuentra grandes diferencias en el nivel de permisión o criminalización de la conducta entre diversos estados. La causal de violación es la única que ha logrado unanimidad en los estados mexicanos.

En el año 2007 se aprobó una modificación en el artículo 144 del Código Penal de Ciudad de México, a través de la cual se permitía el aborto legal hasta las 12 semanas de embarazo. Ese mismo año la norma fue impugnada por considerar los peticionarios que vulneraba el derecho a la vida del producto de la concepción, el derecho a la igualdad, a la procreación y a la paternidad, que incurría en una invasión de las competencias constitucionales y vulneraba el derecho a la salud en su dimensión social, el principio de legalidad y el derecho a la objeción de conciencia de los prestadores de servicios de salud.<sup>112</sup> El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia resolvió dicha acción de inconstitucionalidad en el año 2008<sup>113</sup>, declarando la constitucionalidad del

112 GRUPO DE INFORMACIÓN EN REPRODUCCIÓN ELEGIDA – GIRE (2009).

113 SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO. Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007. Acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia, de 28 de agosto de 2008.

artículo 144 del Código Penal que despenalizó el aborto en todos los casos antes de las 12 semanas de embarazo.

Esencialmente, la Corte fundamentó su decisión en que la disposición impugnada no vulneraba los derechos a la vida y a la igualdad, los principales argumentos de la demanda.

Respecto del derecho a la vida, la Corte recordó que la Constitución de México no contemplaba expresamente un derecho a la vida, por lo que no se podía entender que existiera una disposición que obligara una protección absoluta. No obstante, eso no quería decir que dicha protección al derecho a la vida no existiera, pero que debía entenderse que los derechos fundamentales debían tener carácter relacional entre ellos y se fundamentaban en el concepto de democracia. Al respecto, afirmó que “[d]el hecho de que la vida sea una condición necesaria de la existencia de otros derechos no se puede válidamente concluir que debe considerarse a la vida como más valiosa que cualquiera de esos otros derechos”<sup>114</sup>. Además, con fundamento en la jurisprudencia de la misma Corte y de la Constitución de México, afirmó que los derechos fundamentales o garantías individuales no son absolutos y admiten modulación.<sup>115</sup>

Por otro lado, la Corte realizó un análisis extensivo de diversos tratados y convenciones internacionales para determinar si en estas se establecía el derecho a la vida como derecho absoluto<sup>116</sup>, del cual concluyó que “el derecho a la vida establecido en el derecho internacional no puede ser considerado de ningún modo como absoluto. La normativa internacional no prohíbe categóricamente la privación de la vida, sino que establece condiciones que la rigen y determinan cuándo la privación de este derecho fundamental es lícita”<sup>117</sup>. Igualmente, la Corte analizó si existía un deber de penalizar ciertas conductas para proteger derechos fundamentales y concluyó que “la mera existencia de un derecho fundamental no implica la obligación de la penalización de una conducta que lo afecte”<sup>118</sup>. También examinó si el legislador se encontraba facultado libremente para despenalizar cualquier conducta y determinó que “al no encontrar ningún mandato constitucional específico para la penalización de todas estas conductas, no parece existir ninguna razón jurídicamente argumentable que nos indique [que] no hay potestad suficiente para despenalizar aquellas conductas que han dejado de tener, a juicio del Legislador democrático, un reproche social”<sup>119</sup>.

Respecto del derecho a la igualdad, la Corte consideró el argumento referido a la violación al derecho a la igualdad y a la paternidad, específicamente, por la exclusión del varón en la decisión sobre el aborto. La Corte no encontró una vulneración al derecho a la igualdad y afirmó que el que la decisión final en casos de aborto recaiga en la persona del sexo femenino no es discriminatoria, porque responde a la clara diferencia de su posición frente a la de cualquier otra persona respecto

114 Ibíd., p. 154.

115 Ibíd., p. 155.

116 La Corte analizó las obligaciones que surgen de los artículos 4 y 27 de la CADH; artículos 4 y 6 del PIDCP; artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 1 de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre; artículos 6 y 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño; artículo 1 del Segundo Protocolo Facultativo del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte; y artículo 1 del Protocolo a la Convención Americana relativo a la abolición de la pena de muerte, además de jurisprudencia de la Corte IDH, como el *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*.

117 SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO. Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007. Op. cit., pp. 162-163.

118 Ibíd., p. 176.

119 Ibíd., p. 180: “Es el legislador democrático el que tiene la facultad de evaluar los elementos para regular, o desregular, una conducta específica. La Asamblea Legislativa del Distrito Federal cuenta entonces con las facultades para determinar, por la mayoría de sus integrantes y mediante un debate abierto, las conductas que en el ámbito penal deban ser o no reprochadas y, dada la ausencia de una obligación constitucional expresa, es su responsabilidad realizar el balance de los diversos hechos, problemas y derechos que puedan encontrarse en conflicto”.

de su reproducción. Lo anterior, porque el derecho a ser padre o madre no es un derecho de carácter colectivo. Adicionalmente, estableció que los efectos del embarazo o de su interrupción recaen especialmente en las mujeres. Así, “la continuación del embarazo no deseado tiene consecuencias distintivamente permanentes y profundas para la mujer, con independencia de que cuente con el apoyo de otras personas en su continuación y después en el cuidado y la educación del niño, y es esa afectación asimétrica al plan de vida lo que establece la base para el trato distinto que el legislador consideró al otorgarle a ella la decisión final acerca de si el embarazo debe o no ser interrumpido, y lo que no hace irrazonable negar al participante masculino la capacidad para tomar esta decisión”<sup>120</sup>. Por último, la Corte llamó la atención sobre la imposibilidad de reconocer la paternidad como derecho en estos casos, pues “[a]ntes de las doce semanas es muy difícil establecer legalmente que una persona en particular es efectivamente el padre potencial”<sup>121</sup>.

- **Chile, 2008: La distribución gratuita de la anticoncepción de emergencia en el sistema de salud público es inconstitucional**

En 2008 el Tribunal Constitucional de Chile se pronunció sobre la constitucionalidad de determinadas secciones del Decreto Supremo Reglamentario 48 del Ministerio de Salud, que aprobaba las “Normas Nacionales Sobre Regulación de Fertilidad” (2007).<sup>122</sup> La demanda, instaurada por 36 diputados, argumentaba la inconstitucionalidad de la entrega gratuita de anticoncepción de emergencia, en cualquiera de sus modalidades, por vulnerar, entre otros, el derecho a la vida.<sup>123</sup> El Tribunal determinó que la entrega de anticoncepción hormonal de emergencia era inconstitucional, pues vulneraba el derecho a la vida del no nacido.

Los demandantes consideraban que (i) la entrega gratuita de la anticoncepción de emergencia no podía haber sido regulada mediante decreto;<sup>124</sup> (ii) las disposiciones impugnadas vulneraban el derecho a la igualdad, ya que otro producto similar a la píldora que se entregaría gratuitamente había sido sacado del mercado por constituir una amenaza a la vida del no nacido;<sup>125</sup> (iii) las normas referidas a la entrega de anticoncepción hormonal de emergencia a adolescentes vulneraban el derecho preferente y el deber de los padres de educar a sus hijos; y (iv) las disposiciones vulneraban el derecho a la vida del no nacido, ya que el componente hormonal de la anticoncepción de emergencia tiene un efecto potencialmente abortivo.

120 *Ibíd.*, p. 188-189.

121 *Ibíd.*, p. 189.

122 Este resumen toma como base el documento manuscrito: CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS (2008).

123 Los artículos de la Constitución chilena supuestamente vulnerados invocados en la demanda son: (i) el deber de los órganos del Estado de promover y respetar los derechos humanos (artículo 5º, inciso segundo); (ii) el principio de sometimiento de los órganos del Estado a la Constitución (artículo 6); (iii) la regla según la cual los órganos del Estado solo pueden actuar dentro de su competencia (artículo 7º); (iv) el derecho a la vida (artículo 19, numeral 1); y v) la inviolabilidad del núcleo esencial de los derechos garantizados en la Constitución (artículo 19, numeral 26).

124 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia Rol 740-07-CDS, de 18 de abril de 2008. Los demandantes consideraban que la materia de la entrega de anticoncepción hormonal no podía haber sido regulada mediante un decreto, ya que no existía una norma de rango superior que habilitara disposiciones que restringen un derecho fundamental. Además, “la aprobación de métodos y mecanismos que afectan la vida del que está por nacer importa en los hechos una restricción a un derecho fundamental garantizado en la Constitución de un modo no autorizado por la misma”.

125 *Ibíd.*

La Corte, tras determinar su competencia en el asunto<sup>126</sup>, pasó a examinar si las normas demandadas vulneraban el derecho a la educación, encontrando que no se verificaba tal vulneración en tanto los padres conservaban la titularidad del derecho a educar a sus hijos y la facultad de escoger el tipo de educación para ellos, sin que las normas demandadas interfirieran en esos ámbitos.<sup>127</sup> A su vez, el Tribunal desestimó el cargo de desigualdad ante la ley, pues los recurrentes no demandaron “norma alguna del citado decreto y de las normas que lo integran por infringir las disposiciones constitucionales sobre la igualdad ante la ley”<sup>128</sup>.

El análisis sobre la vulneración al derecho a la vida se dividió en dos partes. Primero, la Corte examinó si la anticoncepción de emergencia podía afectar al embrión. Después de un análisis de diversos informes científicos y académicos, la Corte consideró que “existen posiciones encontradas acerca de los efectos de la anticoncepción de emergencia cuando ellos se relacionan con impedir la implantación, puesto que la evidencia que provee la ciencia médica es contradictoria y no aparece rodeada de elementos que convezan definitivamente en orden a que ella no afectará la vida de un ser humano concebido aunque no nacido que merece plena protección constitucional según se verá más adelante”<sup>129</sup>. Así, estableció que no podía aseverar que la anticoncepción de emergencia en cualquiera de sus modalidades no podía eventualmente afectar la vida de un ser humano.

La segunda parte de las consideraciones se centró en la obligación del Estado de proteger el derecho a la vida y en la titularidad de ese derecho. La Corte consideró que todas las personas eran titulares del derecho a la vida y que por “persona” se entendía el ser desde la concepción, ya que “si al momento de la concepción surge un individuo que cuenta con toda la información genética necesaria para su desarrollo, constituyéndose en un ser distinto y distinguible completamente de su padre y de su madre —como ha sido afirmado en estos autos—, es posible afirmar que estamos frente a una persona en cuanto sujeto de derecho. La singularidad que posee el embrión, desde la concepción, permite observarlo ya como un ser único e irrepetible que se hace acreedor, desde ese mismo momento, a la protección del derecho y que no podría simplemente ser subsumido en otra entidad, ni menos manipulado, sin afectar la dignidad sustancial de la que ya goza en cuanto persona”<sup>130</sup>. La Corte estimó que esta protección del derecho a la vida desde la concepción también estaba garantizada, en el mismo sentido, por la CADH en su artículo 4.1. A su vez, distinguió que la protección establecida por la Constitución chilena al concebido no se refería al bien jurídico del valor

126 “Primero, el Tribunal estableció que tenía la facultad de “ponderar una cuestión de hecho de la que depende dar por acreditada la vulneración de un derecho fundamental” de acuerdo con el precedente jurisprudencial. Segundo, estableció su competencia para pronunciarse sobre los efectos de un fármaco que ya cuenta con un registro sanitario, ya que las normas demandadas establecían ciertas directrices que obligaban a las instituciones públicas a repartirlo de manera gratuita. Igualmente, aclaró que su pronunciamiento no realizaría un juicio de mérito pero sí de constitucionalidad” (CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS 2008).

127 Tribunal Constitucional Chile, Sentencia Rol 740-07-CDS de 2008: “Las normas sobre consejería en condiciones de confidencialidad no impiden, en efecto, a los padres de las adolescentes escoger el establecimiento educativo de sus hijas ni transmitir a estas conocimientos y valores sobre la vida sexual, lo que es suficiente para rechazar el requerimiento en esta parte, sin que dichas normas vulneren el ejercicio legítimo de los derechos de las adolescentes, que también debe ser respetado”.

128 *Ibíd.*

129 *Ibíd.*

130 *Ibíd.*: “Quincuagesimooctavo: Que de los antecedentes recordados puede concluirse que la intención del Constituyente fue confiar al legislador las modalidades concretas de protección de la vida del que está por nacer en el entendido que se trata de un ser existente e inserto en la concepción de persona, en cuanto sujeto de derecho, a que alude el encabezado del artículo 19. Este mandato al legislador importa la protección de un derecho y no solo del bien jurídico de la vida, distinción que no es menor para estos sentenciadores. En efecto, si solo se hubiese protegido la vida, en cuanto bien jurídico, bastaría que el legislador hubiese consagrado mecanismos que aseguraran al *nasciturus* la viabilidad de la vida intrauterina hasta el nacimiento. Sin embargo, el legislador —interpretando correctamente el mandato que le ha impuesto la Constitución— ha establecido acciones e instrumentos concretos destinados a que el *nasciturus* opte a la protección de sus derechos como cualquier otro titular.”

de la vida sino al derecho, por lo que el no nacido ostentaba la misma titularidad que cualquier otra persona.<sup>131</sup>

Después de determinar que existía una duda razonable respecto del efecto abortivo de la anticoncepción de emergencia, y dado que el aborto constituye una práctica inconstitucional en Chile en razón a la protección del derecho a la vida del no nacido, la Corte estableció que esa duda generaba otra duda razonable respecto de la afectación del derecho a la vida. La Corte, para resolver el asunto, aplicó el principio *pro homine*, según el cual se debe “privilegiar aquella interpretación que favorezca el derecho de “la persona” a la vida frente a cualquier otra interpretación que suponga anular ese derecho”<sup>132</sup>, y procedió a declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas.<sup>133</sup>

- **Perú, 2009: La distribución de la anticoncepción de emergencia en el sistema de salud público es inconstitucional**

En 2009, el Tribunal Constitucional de Perú resolvió un recurso de amparo que buscaba detener la distribución de la anticoncepción de emergencia en el sistema público de salud por el Ministerio de Salud, argumentando que la píldora, por ser abortiva, violaba el derecho a la vida del concebido, así como el derecho a la información.<sup>134</sup>

Los demandantes solicitaron con la acción que el Ministerio de Salud se abstuviera de: (i) iniciar el programa de distribución de la denominada “píldora del día siguiente” en todas las entidades públicas, asistenciales, policlínicos y demás centros hospitalarios en los cuales se pretenda su entrega gratuita<sup>135</sup> y (ii) de “distribuir bajo etiquetas promocionales proyectos que el Poder Ejecutivo pretenda aprobar y ejecutar respecto del Método de Anticoncepción Oral de Emergencia, sin previa consulta del Congreso de la República”<sup>136</sup>.

En primera instancia, el Vigésimo Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de Lima concedió parcialmente el amparo, ya “que por el desempeño de la demandada en cuanto a la ejecución del Programa de Distribución Pública de la denominada píldora del día siguiente, se podría generar una amenaza sobre el derecho a la vida del concebido al no haberse descartado en forma palmaria el “tercer efecto” del citado fármaco”<sup>137</sup>. En segunda instancia, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima revocó la decisión relativa a que la distribución de la píldora violaba el derecho a la vida, pero consideró que sí se violaba el derecho a la información, ya que las etiquetas del fármaco no contenían toda la información sobre los efectos del mismo.<sup>138</sup>

El Tribunal Constitucional de Perú determinó que la distribución gratuita de la píldora sí vulneraba el derecho a la vida del concebido y declaró la inconstitucionalidad de su distribución, ordenando además que los laboratorios privados que produjeran o distribuyeran el fármaco debían advertir en la posología sobre el efecto antiimplantatorio de la píldora.

131 CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS (2008), citando la Sentencia Rol 740-07-CDS de 2008.

132 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia Rol 740-07-CDS, de 18 de abril de 2008.

133 CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS (2008), citando la Sentencia Rol 740-07-CDS de 2008.

134 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ. Expediente N° 02005-2009-PA/TC por demanda de inconstitucionalidad. Sentencia de 16 de octubre de 2009.

135 *Ibíd.*, Antecedentes.

136 *Ibíd.*

137 *Ibíd.*

138 *Ibíd.*: “Argumenta su posición en el hecho de que en las Guías Nacionales de Atención Integral de Salud Sexual y Reproductiva no se ha consignado que los Anticonceptivos Orales de Emergencia producen una ligera alteración al endometrio, que en todo caso no es determinante para impedir la implantación”.

El Tribunal, en las cuestiones a resolver, se refirió primero al derecho a la información. Luego, consideró los derechos reproductivos bajo las protecciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad y la autonomía, y determinó que bajo estos “toda mujer tiene derecho a elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia, lo que está directamente relacionado con su decisión acerca de cuántos hijos quiere tener, con quién y cuándo”<sup>139</sup>. El tercer punto que abordó, y que fue el centro de sus consideraciones, se refirió al derecho a la vida. En su examen, el Tribunal consideró su jurisprudencia sobre la protección al derecho a la vida, así como las disposiciones de derecho internacional que ordenan su protección y las diferentes teorías sobre el inicio de la vida. Después, pasó a establecer que el concebido era sujeto de protección jurídica en Perú<sup>140</sup>, no obstante, la dificultad radicaba en determinar en qué momento sucede la concepción a fin de determinar el momento en que comienza la protección jurídica. El tribunal encontró que la ciencia se encontraba dividida, por lo que ante la duda debían aplicarse los principios *pro homine* y a favor *débilis*.<sup>141</sup> El Tribunal determinó, entonces, que la “concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna con lo cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de la vida de un nuevo ser”<sup>142</sup> y que la implantación se daba en un momento posterior a la concepción.

Después de considerar la posología del fármaco y otros conceptos científicos sobre el mismo, el Tribunal determinó que existía una duda sobre el posible efecto antiimplantatorio de la píldora, lo que potencialmente podía dañar al concebido, por lo que se determinó que violaba su derecho a la vida y se determinó la inconstitucionalidad de la distribución gratuita.<sup>143</sup> Asimismo, consideró que para proteger el derecho a la información, la posología del fármaco, en el marco de su venta privada, debía advertir sobre la posibilidad de la afectación de la implantación.

139 Ibid., párr. 6: “El derecho a la autodeterminación reproductiva es un derecho implícito contenido en el más genérico derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho consiste en la autonomía para decidir en los asuntos que solo le atañen a la persona. Pero también puede afirmarse que el derecho a la autodeterminación reproductiva se desprende del reconocimiento de la dignidad de la persona humana y del derecho general de libertad que le es inherente. Dignidad y libertad concretizadas a partir de la necesidad de poder optar libremente y sin ninguna interferencia en el acto de trascender a través de las generaciones. Libertad para poder decidir como ser racional, con responsabilidad, sobre: 1) el momento adecuado u oportuno de la reproducción; 2) la persona con quién procrear y reproducirse; y, 3) la forma o método para lograrlo o para impedirlo [STC 7435-2006-PC/TC, fundamento de voto del Magistrado Mesía Ramírez]. En consecuencia, toda mujer tiene derecho a elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia, lo que está directamente relacionado con su decisión acerca de cuántos hijos quiere tener, con quién y cuándo”.

140 Ibid., párr. 19: “Tanto por la normativa internacional como la nacional (constitucional como infraconstitucional) resulta evidente que la vida es protegida desde la concepción; siendo ésta, por lo menos desde la perspectiva del Derecho aplicable a nuestro país, una cuestión ya determinada, y sobre la cual no tendría utilidad hacer en este momento disquisiciones mayores”.

141 Ibid., párr. 24: “Corresponde a la ciencia describir y explicar el proceso de reproducción humana y cada una de las etapas del íter vital del ser humano; y, sobre esa base, apoyándose en lo que la ciencia médica señala, correspondería al mundo jurídico resolver las controversias que se le presenten. Como la ciencia médica se encuentra dividida, y no puede llegar a una respuesta definitiva, el mundo jurídico también se encuentra dividido. Es por ello que, para la solución del presente caso, adquieren singular relevancia algunos principios de interpretación de los derechos fundamentales, como el *pro homine* y el favor *débilis*”.

142 Ibid., párr. 28.

143 Ibid., párr. 53. “Por lo anteriormente expuesto, y teniendo en cuenta, por un lado, que la concepción se produce durante el proceso de fecundación, cuando un nuevo ser se crea a partir de la fusión de los pronúcleos de los gametos materno y paterno, proceso que se desarrolla antes de la implantación; y, por otro, que existen dudas razonables respecto de la forma y entidad en que la denominada “Píldora del Día Siguiente” afecta al endometrio y por ende el proceso de implantación; se debe declarar que el derecho a la vida del concebido se ve afectado por acción del citado producto. En consecuencia, el extremo de la demanda relativo a que se ordene el cese de la distribución de la denominada “Píldora del Día Siguiente”, debe ser declarado fundado”.

- **Brasil, 2012: Despenalización del aborto en casos de anencefalia**

En 2012, el Supremo Tribunal Federal de Brasil amplió los casos en que se permite interrumpir un embarazo para incluir aquellos en que el feto presenta una anencefalia. El Tribunal analizó una Acción Declaratoria de Precepto Fundamental, presentada en el 2004 por el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Salud y el Instituto de Bioética, Derechos Humanos y Género, que solicitaba al Estado reparar las lesiones ocasionadas a las mujeres en casos en que eran obligadas a llevar a término embarazos de fetos que habían sido diagnosticados con anencefalia. La acción solicitaba al Tribunal revisar la prohibición del aborto contemplada en los artículos 124, 126 y 128 del Código Penal, que impedían la anticipación terapéutica del parto bajo la hipótesis de un feto con anencefalia previamente diagnosticada por un médico, en atención a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución a la dignidad, a la libertad y a la autonomía, así como al principio de legalidad.

Respecto de los límites del derecho penal, el Tribunal estableció que los casos en que la mujer tenga un feto anencefálico se pueden entender como un estado de necesidad suprarrenal, justificante para la interrupción de la gestación. En virtud de ello, era necesario ajustar la normatividad a la realidad social. El Tribunal Supremo sustentó su decisión en el artículo 128 del Código Penal y estableció que las normas revisadas debían interpretarse a la luz de las nuevas realidades y necesidades científicas y sociales, permitiendo la interrupción terapéutica del embarazo en casos de fetos anencefálicos.<sup>144</sup>

Asimismo, el Tribunal recordó que toda conducta penalizada y criminalizada debía tener justificación en la Constitución y no en el capricho arbitrario del legislador. Así, determinó que la penalización de la interrupción terapéutica del embarazo en casos de fetos anencefálicos no cumplía con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, lo cual fundó principalmente en dos argumentos: (i) las disposiciones penales deben ser de *última ratio*; y (ii) los derechos a la vida, dignidad e integridad de las personas deben tenerse en cuenta a la hora de tipificar delitos y atribuir penas a ciertas conductas.

- **Argentina, 2012: Clarificación sobre la interpretación del aborto no punible en casos de violación**

En el año 2012 la Corte Suprema de Argentina, por medio de una Medida Autosatisfactiva<sup>145</sup>, se pronunció sobre la interpretación del artículo del Código Penal que permite el aborto en casos de violación. El artículo establece, en lo relevante, que el aborto no es punible “si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”<sup>146</sup>. El artículo había generado controversia en su aplicación, ya que no era claro si la causal de violación también aplicaba a mujeres que no fueran “dementes”.

La Corte resolvió el caso de una menor de 15 años de edad (A.G.) que había sufrido una violación y deseaba realizarse un aborto legal. A pesar de que ella presentó un certificado médico y la denuncia de la violación ante el Ministerio Fiscal, se vio obligada a solicitar la interrupción del

144 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL. Acción declaratoria de precepto fundamental, sentencia de 12 de abril de 2012 (Voto del Magistrado Luís Fux).

145 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ARGENTINA. Expediente F.259.XLVI, 2010: “F., A. L. s/ Medida Autosatisfactiva”. Sentencia de 13 de marzo de 2012.

146 Código Penal de la Nación Argentina, Ley 11.179.

embarazo ante tres instancias, que se negaron a otorgar la medida solicitada.<sup>147</sup> Finalmente, el Tribunal Superior de la Provincia de Chubut permitió la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo de A.G. No obstante, esa decisión fue recurrida mediante un recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de Argentina por el Asesor General Subrogante de la Provincia de Chubut, en representación del *nasciturus* y en su carácter de Tutor *Ad-Litem* y Asesor de Familia e Incapaces.

La Corte Suprema denegó el recurso interpuesto y declaró que no es punible toda interrupción de un embarazo que sea consecuencia de una violación, con independencia de la capacidad mental de su víctima. Adicionalmente, consideró que los requisitos judiciales para acceder a la interrupción contrariaban los derechos de las mujeres y los eliminó.

Para llegar a dicha decisión, la Corte determinó que no existía mandato legal alguno en el derecho nacional o internacional que impusiera que el criterio de interpretación de la norma debía ser restrictivo y se debía limitar el aborto legal a los casos de violación de mujeres con discapacidad cognitiva. Como fundamento recurrió a disposiciones de derecho internacional que protegen el derecho a la vida y argumentó que de esas disposiciones no se deriva la invalidez o restricción del aborto.<sup>148</sup>

La Corte también fundamentó su decisión en el derecho a la igualdad y la prohibición de toda discriminación. Afirmó que de dichas protecciones se desprende la prohibición de realizar una distinción de trato entre las mujeres que han sido víctimas de violencia sexual, pues no existe ningún criterio válido o razonable que permita dicha diferenciación.<sup>149</sup>

Igualmente, la Corte consideró violatorio del derecho a la dignidad y desproporcionado exigirle a las “otras víctimas” de violencia sexual que realicen, en beneficio de otros o de un bien colectivo, sacrificios o actos de difícil cumplimiento que les perjudiquen sus propios derechos.<sup>150</sup> La Corte aplicó también los principios de legalidad y *pro homine*, que obligan a adoptar la interpretación más amplia de la norma, así como la más favorable para la protección de los derechos.<sup>151</sup> Lo anterior, considerando que debe entenderse que el derecho penal es un recurso de *última ratio* del ordenamiento jurídico, por lo que debe favorecer la limitación de los casos de punibilidad.

147 La menor, denominada como A.G., realizó solicitud ante la Justicia Penal de la provincia de Chubut. Posteriormente, la madre de la menor inició una medida ante el Juzgado de Familia que ofició a un equipo médico interdisciplinario para que determinara la procedencia de la solicitud. Adicionalmente, el caso se sometió al criterio del Comité de Bioética para finalmente ser rechazado por el Juzgado de Familia. Así, el caso llegó al Tribunal Superior de la Provincia de Chubut que revocó la decisión y admitió la solicitud de la menor y su madre.

148 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ARGENTINA. Expediente F.259.XLVI, 2010: “F., A. L. s/ Medida Autosatisfactiva”. Sentencia de 13 de marzo de 2012, párr. 14.

149 *Ibíd.*, párr. 15. Para dar sustento a lo anterior se resaltó el artículo 16 de la Constitución Nacional de Argentina, el artículo 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, los artículos 2 y 7 de Declaración Universal de Derechos Humanos, los artículos 2.1 y 26 del PIDCP, los artículos 2 y 3 del PIDESC, los artículos 1.1 y 24 de la CADH, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la CEDAW y los artículos 4.f y 6.a, de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

150 *Ibíd.*, párr. 16: “Que por lo demás, de la dignidad de las personas, reconocida en varias normas convencionales (artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 1º, Declaración Universal de los Derechos Humanos; y Preámbulos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), se desprende el principio que las consagra como un fin en sí mismas y proscribire que sean tratadas utilitariamente. Este principio de inviolabilidad de las personas impone rechazar la exégesis restrictiva de la norma según la cual esta solo contempla, como un supuesto de aborto no punible, al practicado respecto de un embarazo que es la consecuencia de una violación a una incapaz mental. En efecto, la pretensión de exigir, a toda otra víctima de un delito sexual, llevar a término un embarazo, que es la consecuencia de un ataque contra sus derechos más fundamentales, resulta, a todas luces, desproporcionada y contraria al postulado, derivado del mencionado principio, que impide exigirle a las personas que realicen, en beneficio de otras o de un bien colectivo, sacrificios de envergadura imposible de conmensurar”.

151 *Ibíd.*, párr. 17.

A su vez, consideró que la norma del Código Penal contempla el supuesto de autorización del representante legal en los casos donde no pueda mediar consentimiento de la mujer para realizar el aborto, por lo que supone que hay casos en que ella sí puede consentir.<sup>152</sup>

Por otro lado, la Corte llamó la atención sobre los requisitos judiciales que se estaban solicitando a las mujeres para la práctica de un aborto legal, sosteniendo que “[l]a judicialización de esta cuestión, que por su reiteración constituye una verdadera práctica institucional, además de ser innecesaria e ilegal, es cuestionable porque obliga a la víctima del delito a exponer públicamente su vida privada, y es también contraproducente porque la demora que aparece en su realización pone en riesgo tanto el derecho a la salud de la solicitante como su derecho al acceso a la interrupción del embarazo en condiciones seguras”<sup>153</sup>.

Igualmente, consideró que someter a una víctima de violencia sexual a la exposición reiterada de los hechos, a trámites injustificados y a enfrentarse a diversas instancias médicas y judiciales se debía considerar como un acto de violencia institucional por parte del Estado. La Corte sustentó esta consideración en el artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y en los artículos 3 y 6 de la Ley 26.485, Régimen de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.<sup>154</sup>

## **5. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO EN AMÉRICA LATINA**

Si bien las decisiones anteriores resuelven problemas diferentes y tienen un valor distinto en cada sistema constitucional, en conjunto representan una tendencia progresiva hacia el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos como derechos tutelados constitucionalmente por parte de las Cortes Constitucionales de América Latina. Con excepción de la chilena, todas las decisiones reconocen implícita o explícitamente los derechos sexuales y reproductivos. A su vez, cada una de las decisiones que se refieren al aborto y que reconocen los derechos reproductivos hace diferentes razonamientos para determinar las protecciones de los derechos.

Los casos que resuelven si la distribución gratuita de anticoncepción de emergencia vulnera el derecho a la vida desde la concepción son diferentes. Aunque las decisiones están considerando la constitucionalidad del cumplimiento de obligaciones internacionales sobre los derechos reproductivos, particularmente la adopción de medidas para garantizar la salud reproductiva de las mujeres sin discriminación, los fallos no consideran los derechos reproductivos como un derecho en juego al momento de analizar la constitucionalidad de la medida. Tanto la decisión peruana como la chilena sostienen que el problema central es determinar si la píldora vulnera el derecho a la vida desde la concepción, pero no consideran que los derechos reproductivos de las mujeres puedan ser potencialmente vulnerados por la decisión y ni siquiera contemplan la opción en casos extremos, como la necesidad de la píldora cuando la mujer es víctima de violencia sexual. Tanto la decisión chilena como la peruana encuentran fundamento en las protecciones del derecho a la vida en el derecho internacional para proteger al no nacido y darle titularidad sobre el derecho a la vida, como sujeto de derechos. Las dos decisiones encuentran una duda razonable sobre el efecto abortivo de la píldora y lo consideran inconstitucional con fundamento en la protección del derecho a la vida del no nacido.

---

152 *Ibíd.*, párr. 18.

153 *Ibíd.*, párr. 19.

154 *Ibíd.*, párr. 24.

La decisión del Tribunal Constitucional de Perú, si bien hace referencia a los derechos reproductivos como una cuestión a resolver, no considera los efectos de su limitación cuando aplica el juicio de constitucionalidad. No obstante, su referencia es importante, toda vez que avanza en la determinación del contenido de los derechos reproductivos en Perú. En sus consideraciones enmarca los derechos reproductivos bajo el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el reconocimiento de la dignidad humana y el derecho a la libertad. El Tribunal, reiterando su jurisprudencia, precisa el derecho como “la libertad para poder decidir como ser racional, con responsabilidad, sobre: (1) el momento adecuado u oportuno de la reproducción; (2) la persona con quién procrear y reproducirse; y, (3) la forma o método para lograrlo o para impedirlo”<sup>155</sup>. Y, para el caso puntual, considera que se trata del derecho de toda mujer a “elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia, lo que está directamente relacionado con su decisión acerca de cuántos hijos quiere tener, con quién y cuándo”<sup>156</sup>. En su resolución, sin embargo, la sentencia solo tiene en cuenta el posible efecto que tendría para el derecho a la vida del concebido la píldora, determinando así el derecho a la vida como un derecho absoluto. No obstante, el Tribunal dejó la puerta abierta para que eventualmente pudiera vencerse la duda razonable sobre el efecto de la píldora.

Tanto la decisión chilena como la peruana generan un problema estructural respecto del derecho a la igualdad en el acceso de las mujeres a los servicios de salud. Al declarar la inconstitucionalidad de la distribución gratuita de la anticoncepción de emergencia, no consideran el doble régimen que se crea como consecuencia: las mujeres que tengan la capacidad económica para adquirir el fármaco tienen la posibilidad de hacerlo, mientras que las mujeres que dependen del servicio de salud público no podrán acceder a él.

Con todo, la decisión del caso “Artavia Murillo” de la Corte IDH tiene el potencial para ser la base de un cambio en las interpretaciones realizadas por los tribunales chileno y peruano respecto del alcance de la protección del derecho a la vida desde la concepción. Las consideraciones en dicha sentencia establecen que, de conformidad con la CADH, no es posible otorgar la titularidad del derecho a la vida antes de la implantación y que al determinar la protección que otorga el artículo 4.1 se deben tener en cuenta todos los derechos fundamentales en juego, confiriendo una protección gradual e incremental de acuerdo con las etapas de desarrollo de la gestación.

En el caso de las sentencias que reconocen el acceso al aborto en ciertas circunstancias, las excepciones a la punibilidad se establecen para los casos en que la salud o la vida de la mujer se encuentren en riesgo, cuando el feto presente malformaciones incompatibles con la vida extrauterina, en los casos en que el embarazo sea producto de una violación y sin motivo o razón durante las primeras doce semanas de embarazo. El siguiente cuadro recoge los derechos constitucionales a partir de los cuales se ha desarrollado el derecho al aborto en diferentes circunstancias en el desarrollo de los derechos reproductivos.

155 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ. Expediente N° 02005-2009-PA/TC por demanda de inconstitucionalidad. Sentencia de 16 de octubre de 2009, párr. 6.

156 *Ibíd.*, párr. 6.

PAÍS	DERECHO RECONOCIDO	DERECHOS CONSIDERADOS
Colombia	Derecho fundamental al aborto cuando el embarazo sea una amenaza para la vida o la salud de la mujer	Vida, salud, bloque de constitucionalidad
Colombia	Derecho fundamental al aborto cuando el feto presenta malformaciones incompatibles con la vida extrauterina	Vida, salud, dignidad, integridad personal, derecho a estar libre de trato cruel, inhumano o degradante, bloque de constitucionalidad
Colombia	Derecho fundamental al aborto cuando el embarazo es producto de violencia sexual	Dignidad, libre desarrollo de la personalidad, autonomía
México	Derecho al aborto por cualquier motivo durante las primeras doce semanas de embarazo	Vida, igualdad
Brasil	Derecho al aborto en casos en que el feto presente anencefalia	Vida, dignidad, integridad, principio de legalidad y proporcionalidad del derecho penal.
Argentina	Derecho al aborto cuando el embarazo es producto de violencia sexual	Vida, salud, igualdad, dignidad, privacidad y derecho a estar libre de violencia

Las decisiones de Colombia, México y Argentina son las que presentan una mayor consideración a sus obligaciones convencionales y al DIDH, y aplican este último como fundamento de sus resoluciones. Estas sentencias también muestran la importancia de determinar cómo opera la protección del derecho a la vida desde la concepción en el marco del derecho internacional, que también usan como fundamento. Particularmente, en el caso de la decisión de Colombia para determinar el derecho al aborto cuando la vida o la salud de la mujer se encuentren en riesgo, la Corte toma el bloque de constitucionalidad como fundamento del derecho. Lo anterior implica un reconocimiento de que en el derecho internacional se entiende que existe una tendencia hacia la protección de los derechos de la mujer a la salud y a la vida cuando estos se enfrentan a la protección del interés de la vida en potencia. Igualmente, las consideraciones sobre el derecho a la igualdad son transversales a las tres decisiones.

La decisión de Brasil no reconoce explícitamente el derecho al aborto en el caso de la anencefalia, sino que determina la ampliación de las circunstancias en las que es legal adelantar el parto a partir de consideraciones esencialmente del derecho penal. No obstante, la introducción de la causal de no punibilidad de aborto al amparo de consideraciones sobre el derecho a la vida, a la dignidad y a la integridad, en las que se da prevalencia a los derechos de la mujer, reitera el carácter progresivo del reconocimiento del derecho al aborto, cuando la salud o la vida de la mujer se encuentre en riesgo, como un derecho fundamental.

Las decisiones expuestas, implícita o explícitamente, muestran una tendencia orientada a cumplir con la obligación de eliminar los estereotipos que pesan sobre las mujeres, a través de la incorporación de la perspectiva de género y la protección de los derechos humanos a la política criminal. Las decisiones sobre aborto se alejan de la priorización de tutela de la moral colectiva en la criminalización del aborto para pasar a considerar la tutela específica de los derechos de las mujeres.

Si bien se percibe la tendencia hacia el reconocimiento, garantía y protección de los derechos sexuales y reproductivos en las anteriores decisiones, estas constituyen solo un punto de partida y no representan necesariamente todo el panorama jurídico de un sistema constitucional

frente al tema. La tendencia progresiva hacia el reconocimiento y protección de ciertos derechos reproductivos parte de diferentes análisis, en los que no es tan clara la aplicación del control de convencionalidad. Lo anterior, en parte, responde al diseño constitucional en el que la aplicación de un precedente o estándar de DIDH va a depender de si un sistema tiene o no constitucionalizados los tratados internacionales, y a su vez, al valor que le dé dicho sistema a las interpretaciones que hacen los órganos autorizados de interpretar esos tratados. De otra parte, cada decisión parte de análisis diferentes, que en algunos casos se enmarcan exclusivamente en los argumentos presentados por los peticionarios y en otros en la discrecionalidad de los jueces de acuerdo con el margen que les es permitido. Este análisis plantea diferentes preguntas, unas estructurales y otras de contenido. Algunas de estas se plantean a continuación.

**Preguntas:**

1. ¿Cuál es el dialogo que existe entre el DIDH y los regímenes constitucionales?
2. ¿Cuál es la aplicabilidad de los precedentes y estándares internacionales en la interpretación constitucional?
3. ¿Cuál es el papel que juega la dignidad humana en la determinación de los derechos sexuales y reproductivos?
4. ¿Qué interrelación existe entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales en la justiciabilidad de los derechos sexuales y reproductivos?
5. ¿Es la igualdad sustantiva el eje central del análisis constitucional para la determinación de estos derechos y las obligaciones estatales respecto de los mismos? ¿O su reconocimiento encuentra su eje en el principio de proporcionalidad en la ponderación de derechos y en la determinación de las obligaciones exigibles de los individuos?

## BIBLIOGRAFÍA

ARANGO OLAYA, Mónica. 2004. El Bloque de Constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. En: PRECEDENTE – Anuario Jurídico 2004. Colombia, Universidad Icesi.

ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. 1999. Informe del Comité especial plenario del vigésimo primer periodo extraordinario de sesiones. Adición: Medidas clave para seguir ejecutando el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. [En línea] U.N. Doc. A/S-21/5/Add.1. <<http://www.un.org/popin/unpopcom/32ndsess/gass/215a1sp.pdf>> [Consulta: 10 de octubre de 2013].

ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. 2000. Informe del Comité Especial Plenario del vigésimo primer periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General. [En línea] U.N. Doc. A/S-23/10/Rev.1. <<http://www.un.org/spanish/conferences/Beijing/as2310rev1.pdf>> [Consulta: 10 de octubre de 2013].

CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS. 2008. La anticoncepción de emergencia en Chile (documento manuscrito).

CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS. 2010a. Haciendo de los derechos una realidad. [En línea] <<http://reproductiverights.org/es/document/haciendo-de-los-derechos-una-realidad>> [Consulta: 10 de octubre de 2013].

CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS. 2010b. Hoja Informativa: Aborto y Derechos Humanos. [En Línea] <<http://reproductiverights.org/sites/crr.civicaactions.net/files/documents/BRB-Aborto%20y%20Derechos%20Humanos.pdf>> [Consulta: 17 de octubre de 2013].

CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS. 2010c. Hoja Informativa: Estar libre de violencia es un derecho humano. [En Línea] <<http://reproductiverights.org/sites/crr.civicaactions.net/files/documents/BRB-Estar%20Libre%20de%20Violencia.pdf>> [Consulta: 17 de octubre de 2013] [Consulta: 17 de octubre de 2013].

CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS. 2010d. Hoja Informativa: La planificación familiar es un derecho humano. [En Línea] <<http://reproductiverights.org/sites/crr.civicaactions.net/files/documents/BRB-Planificacion.pdf>> [Consulta: 17 de octubre de 2013].

CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS. 2010e. Hoja Informativa: Los derechos en el matrimonio y en las relaciones familiares. [En Línea] <<http://reproductiverights.org/sites/crr.civicaactions.net/files/documents/BRB-Derechos%20Matrimonio.pdf>> [Consulta: 17 de octubre de 2013].

CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS. 2010f. Hoja Informativa: Mutilación genital femenina y otras prácticas nocivas. [En Línea] <<http://reproductiverights.org/sites/crr.civicaactions.net/files/documents/BRB-Mutilacion%CC%81n%20Genital.pdf>> [Consulta: 17 de octubre de 2013].

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. 1999. Integración de los derechos de la mujer y la perspectiva de género: La violencia contra la mujer. Informe de la relatora especial sobre la violencia contra la Mujer, sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomaraswamy, preparado de conformidad con la resolución 1997/44 de la Comisión de derechos humanos: Políticas y prácticas que repercuten sobre los derechos reproductivos de la mujer y contribuyen a la violencia contra la mujer, la causan o la constituyen. Adición. [En línea] U.N. Doc. E/CN.4/1999/68/Add.4. <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G99/103/29/PDF/G9910329.pdf?OpenElement>> [Consulta: 17 de octubre de 2013].

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. 2005. Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, Manfred Nowak: Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención. [En línea] U.N. Doc. E/CN.4/2006/6. <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/168/12/PDF/G0516812.pdf?OpenElement>> [Consulta: 17 de octubre de 2013].

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2010. Informe sobre Servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos. 2010. [En Línea] <<http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/SaludMaterna2010.pdf>> [Consulta: 17 de octubre de 2013].

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2011a. Acceso a la Información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II., doc. 61. [En Línea] <<http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/ACCESO%20INFORMACION%20MUJERES.pdf>> [Consulta: 17 de octubre de 2013].

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2011b. Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica. OEA/Ser.L/V/II., doc. 63 [En Línea] <<http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/MESOAMERICA%202011%20ESP%20FINAL.pdf>> [Consulta: 17 de octubre de 2013].

COMITÉ CONTRA LA TORTURA. 2004. Observaciones finales al tercer informe periódico de Chile, aprobadas por el Comité en su 32° periodo de sesiones (3 a 21 de mayo de 2004).

COMITÉ CONTRA LA TORTURA. 2006. Observaciones finales al cuarto informe periódico de Perú, aprobadas por el Comité durante su 36° periodo de sesiones (19 a 19 de mayo de 2006). U.N. Doc. CAT/C/PER/CO/4.

COMITÉ CONTRA LA TORTURA. 2009. Observaciones finales al informe inicial de Nicaragua, aprobadas por el Comité en su 42° periodo de sesiones (27 de abril a 15 de mayo de 2009). U.N. Doc. CAT/C/NIC/CO/1.

COMITÉ CONTRA LA TORTURA. 2010. Observaciones finales a los informes periódicos cuarto, quinto y sexto combinados de Ecuador, aprobadas por el Comité en su 45° periodo de sesiones (1 a 19 de noviembre de 2010) U.N. Doc. CAT/C/ECU/CO/4-6.

COMITÉ CONTRA LA TORTURA. 2011a. Observaciones finales sobre el informe inicial de Irlanda, aprobadas por el Comité en su 46° periodo de sesiones (9 de mayo a 3 de junio de 2011) U.N. Doc. CAT/C/IRL/CO/1.

COMITÉ CONTRA LA TORTURA. 2011b. Observaciones finales a los informes cuarto, quinto y sexto combinados de Paraguay, aprobadas por el Comité en su 47° periodo de sesiones (31 de octubre a 25 de noviembre de 2011). U.N. Doc CAT/C/PRY/CO/4-6.

COMITÉ CONTRA LA TORTURA. 2012. Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de Perú, aprobadas por el Comité en su 49° período de sesiones (29 de octubre a 23 de noviembre de 2012). U.N. Doc. CAT/C/PER/CO/5-6.

COMITÉ CONTRA LA TORTURA. 2013. Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Kenya, aprobadas por el Comité en su 50° período de sesiones (6 a 31 de mayo de 2013). U.N. Doc. CAT/C/KEN/CO/2.

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. 2013. Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, Juan E. Méndez. [En línea] U.N. Doc. A/HRC/22/53. <[http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A.HRC.22.53\\_English.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A.HRC.22.53_English.pdf)> [Consulta: 17 de octubre de 2013].

COOK, Rebecca, DICKENS, Bernard y FATHALLA, Mahmoud. 2003. Salud reproductiva y derechos humanos: integración de la medicina, la ética y el derecho. Bogotá, Profamilia.

GRUPO DE INFORMACIÓN EN REPRODUCCIÓN ELEGIDA - GIRE. 2009. Constitucionalidad de la ley sobre aborto en la Ciudad de México. [En Línea] <[http://www.gire.org.mx/publica2/ConstitucionalidadAbortoCiudad\\_TD8.pdf](http://www.gire.org.mx/publica2/ConstitucionalidadAbortoCiudad_TD8.pdf)> [Consulta: 17 de octubre de 2013].

MILLER, Alice. 2010. Sexualidad y Derechos Humanos. Documento de reflexión. [En línea] Ginebra, Consejo Internacional de Políticas en Derechos Humanos (ICHRP) <[http://www.ichrp.org/files/reports/57/137\\_report\\_es.pdf](http://www.ichrp.org/files/reports/57/137_report_es.pdf)> [Consulta: 5 de octubre de 2013].

NACIONES UNIDAS. 1995. Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994). [En línea] Nueva York, Naciones Unidas. U.N. Doc. A/CONF.171/13/Rev.1. <[http://www.unfpa.org/webdav/site/global/shared/documents/publications/2004/icpd\\_spa.pdf](http://www.unfpa.org/webdav/site/global/shared/documents/publications/2004/icpd_spa.pdf)> [Consulta: 10 de octubre de 2013].

NACIONES UNIDAS. 1996. Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995). [En línea] Nueva York, Naciones Unidas. U.N. Doc. A/CONF.177/20/Rev.1. <<http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>> [Consulta: 10 de octubre de 2013].

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. 2007. Salud en las Américas. Volumen 1-Regional. [En línea] Washington D.C., OPS. <<http://www2.paho.org/saludenlasamericas/dmdocuments/salud-americas-2007-vol-1.pdf>> [Consulta: 10 de octubre de 2013].

## **Jurisprudencia y casos citados**

### **CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS**

- Caso Irlanda vs. Reino Unido. Application N° 5310/71. Decisión de 18 de enero de 1978. [En Línea] <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57506>> [Consulta: 17 de octubre de 2013].

### **COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS**

- Caso L.M.R. vs. Argentina. Comunicación N° 1608/2007, U.N. Doc. CCPR/C/101/D/1608/2007. Decisión de 28 de abril de 2011.
- Caso K.L. vs. Perú. Comunicación N° 1153/2003, U.N. Doc. CCPR/C/85/D/1153/2003. Decisión de 24 de octubre de 2005.

### **COMITÉ CEDAW**

- Caso Alyne da Silva Pimentel Teixeira vs. Brasil. Com. N° 17/2008. U.N. Doc. CEDAW/C/49/D/17/2008. Decisión de 27 de septiembre de 2011. [En Línea] <[http://www2.ohchr.org/english/law/docs/CEDAW-C-49-D-17-2008\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/english/law/docs/CEDAW-C-49-D-17-2008_sp.pdf)> [Consulta: 17 de octubre de 2013].
- Caso L.C. vs. Perú. Comunicación N° 22/2009. U.N. Doc. CEDAW/C/50/D/22/2009. Decisión de 25 de noviembre de 2011. [En Línea] <[http://www2.ohchr.org/english/law/docs/CEDAW-C-50-D-22-2009\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/english/law/docs/CEDAW-C-50-D-22-2009_sp.pdf)> [Consulta: 17 de octubre de 2013].

### **COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

- Informe No. 71/03 (Solución Amistosa). Caso 12.191: María Mamérita Mestanza Chávez - Perú. 10 de octubre de 2003 [En Línea] <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2003sp/Peru.12191.htm>> [Consulta: 17 de octubre de 2013].
- MC 114/13 – B, El Salvador. (Medidas Cautelares) [En Línea] <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp>> [Consulta: 17 de octubre de 2013].
- MC 43-10 – Amelia, Nicaragua. (Medidas Cautelares) [En Línea] <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp>> [Consulta: 17 de octubre de 2013].

## **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

- Asunto B respecto de El Salvador. Sentencia de 29 de mayo de 2013. (Medidas Provisionales). [En Línea] <[http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/B\\_se\\_01.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/B_se_01.pdf)> [Consulta: 17 de octubre de 2013].
- Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación In Vitro") vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). [En línea] <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)> [Consulta: 17 de octubre de 2013].
- Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre 1999 (Fondo). [En línea] <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_63\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf)> [Consulta: 10 de octubre de 2013].

## **CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**

- Sentencia de constitucionalidad condicionada C-355/2006, de 10 de mayo de 2006. [En Línea] <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>> [Consulta: 17 de octubre de 2013].

## **SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO**

- Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007. Acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia, de 28 de agosto de 2008. [En Línea] <<http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/ENGROSECOSSxcdO-146-07.pdf>> [Consulta: 17 de octubre de 2013].

## **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE**

- Sentencia Rol 740-07-CDS, de 18 de abril de 2008. [En Línea] <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=914>> [Consulta: 17 de octubre de 2013].

## **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ**

- Expediente N° 02005-2009-PA/TC por demanda de inconstitucionalidad. Sentencia de 16 de octubre de 2009. [En Línea] <[http://www.womenslinkworldwide.org/wlw/new.php?modo=observatorio&id\\_decision=389](http://www.womenslinkworldwide.org/wlw/new.php?modo=observatorio&id_decision=389)> [Consulta: 17 de octubre de 2013].

## **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL.**

- Acción declaratoria de precepto fundamental, sentencia de 12 de abril de 2012.

## **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ARGENTINA**

- Expediente F.259.XLVI, 2010: "F., A. L. s/ Medida Autosatisfactiva". Sentencia de 13 de marzo de 2012. [En Línea] <<http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/jurisprudencia/Argentina/ANP-CSJ.pdf>> [Consulta: 17 de octubre de 2013].

# AUTONOMÍA ECONÓMICA, POBREZA, DESARROLLO: LA NO DISCRIMINACIÓN Y LOS DERECHOS SOCIALES DE LAS MUJERES

Óscar Parra Vera \*

## INTRODUCCIÓN

Las deficiencias de las políticas sociales y el incumplimiento de las obligaciones estatales respecto de los derechos económicos y sociales tienen un impacto diferenciado y desproporcionado sobre las mujeres. En efecto, la falta de vivienda, atención en salud, alimentación y trabajo aumentan la vulnerabilidad de las mujeres y las exponen a la violencia, la explotación y el abuso. Las crisis financieras y los programas de ajuste estructural y austeridad que suelen acompañarlas, entre otras medidas similares, tienden a recargar e incrementar las múltiples responsabilidades de las mujeres, particularmente en los ámbitos no formales y privados. Por esta razón, es creciente el interés en impulsar una mayor visibilización del trabajo informal y no remunerado de las mujeres, así como su participación en las tareas agrícolas.

Por otra parte, este impacto desproporcionado de la violación de derechos sociales se refleja claramente en la llamada “feminización de la pobreza”. La carencia de autonomía económica del gran número de mujeres que no cuentan con ingresos propios constituye un factor de riesgo para el surgimiento de la pobreza, la que a su vez impacta de manera específica y agravada a las mujeres.

Asimismo, y en líneas similares a la llamada “feminización de la pobreza”, en las últimas décadas se ha incorporado a las mujeres en los debates sobre el desarrollo económico. El rol de la mujer en la satisfacción de necesidades básicas, el papel del género en la división del trabajo, la visibilización de las mujeres como las más pobres entre los pobres y su tradicional ausencia en los foros sobre población y desarrollo, manifiestan la importancia de asegurar la participación de las mujeres en estos debates,<sup>1</sup> en cuyo marco se ha desarrollado la búsqueda de igualdad legal, educación, oportunidades de trabajo, acceso al control de la natalidad y empoderamiento de las mujeres.

Sin embargo, estos avances legales involucran nuevas paradojas y desafíos. El discurso por el empoderamiento en ocasiones se ha insertado en formas institucionales que facilitan la dominación y la subordinación de las mujeres. Las reformas legales usualmente definen y reproducen estereotipos y roles de género, así como nuevas formas de subordinación, cuando ocultan la magnitud y sofisticación de las modernas formas de discriminación. Lo mismo ocurre cuando las reformas parecen adecuadas a nivel normativo, pero su implementación acentúa nuevas barreras y discriminaciones. El cambio legal y, en general, los diversos avances en la participación y representación de las mujeres enfrentan serios límites cuando no logran un impacto significativo en las estructuras políticas desiguales más profundas de las sociedades —como la estructura patriarcal—, ya sea a causa de impedimentos sociales y económicos, por las condiciones

---

\* Agradezco la asistencia investigativa de Ana Catalina Herrera Parra para la elaboración de este artículo. En algunos segmentos retomo y profundizo algunas ideas desarrolladas previamente en PARRA-VERA, VILLANUEVA HERMIDA y MARTIN (2008). Las opiniones del autor son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan necesariamente el parecer de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ni de su Secretaría.

1 Para mayor desarrollo sobre estos puntos, ver ALVIAR (2008a).

de clase o de ubicación regional, o por factores culturales relacionados con la construcción de lo “femenino” y lo “masculino”.

En este marco, el presente texto explora algunos temas centrales relacionados con la proyección del principio de no discriminación en relación con los derechos económicos y sociales de las mujeres, así como algunos desarrollos y debates en torno a la “feminización de la pobreza” y del desarrollo. En primer lugar, se enuncian en forma breve (1) algunas tensiones entre diversas tendencias en la filosofía política sobre estos temas, y luego se introduce una visión general sobre (2) el impacto diferenciado y desproporcionado de la violación de los derechos económicos y sociales de las mujeres. Posteriormente, el texto hace particular énfasis en (3) el derecho al trabajo y la no discriminación. Respecto de este tema se analizan aspectos relacionados con (4) los estereotipos en torno al rol profesional y laboral que deben cumplir las mujeres y el “techo de cristal” que deben enfrentar en diversos sectores; (5) la protección reforzada de la mujer embarazada y las licencias parentales; y (6) el cuidado de personas y el trabajo doméstico. Estos aspectos son complementados con una valoración del impacto que tienen en la autonomía económica de las mujeres (7) la flexibilidad laboral y la informalidad. Finalmente, se hacen unas breves consideraciones en relación con (9) el derecho a una vivienda adecuada y (10) el derecho a la propiedad.

En la parte final del documento es posible encontrar algunas preguntas que permiten reflexionar sobre los principales debates en torno a estos temas y se indican los más relevantes estándares de derecho internacional aplicable.

## **1. BREVE ALUSIÓN A LA DISTINCIÓN ENTRE LO PÚBLICO/PRIVADO Y PRODUCTIVO/REPRODUCTIVO EN EL MARCO DE LA FILOSOFÍA POLÍTICA**

El debate feminista en torno al Derecho es extenso y cuenta con diversas corrientes y variantes, que no corresponde analizar en este texto. Sin perjuicio de ello, la visión sobre la autonomía económica de las mujeres ha sido relevante para diferenciar entre algunas de las tendencias. Estas discusiones son de vital importancia y se proyectan transversalmente a lo largo de todos los temas que se evalúan posteriormente. Por lo pronto, sin entrar a una valoración analítica detallada, a continuación se hace una breve alusión a algunas tendencias dentro del marco teórico más general sobre la autonomía económica de las mujeres y la filosofía política.<sup>2</sup>

Autoras como Alviar y Pautassi han llamado la atención acerca del impacto de las diversas concepciones de filosofía política sobre la forma en que las mujeres se posicionan en los debates sobre autonomía económica. En este sentido, por ejemplo, Alviar explica cómo para las feministas liberales la cantidad de libertad que tienen las mujeres aumentará en la medida en que ellas sean tratadas en iguales términos que los hombres y reciban oportunidades justas en educación y trabajo. Para ejercer esas oportunidades las mujeres, y particularmente las mujeres rurales, deberán tener acceso a programas de salud reproductiva y métodos de control natal que les permita elegir cuántos hijos quieren tener y, consecuentemente, cómo quieren trabajar. Las críticas a la postura de los feminismos liberales sostienen que tal tipo de decisiones están subordinadas al rol que la sociedad asigna a las mujeres y al papel de la Iglesia sobre dicho rol. En consecuencia, las elecciones libres en estas materias podrían reforzar una visión de la mujer como sacrificada, abnegada, trabajadora, cuidadora y subordinada. Más aun cuando el acceso a programas productivos en algunos países se justificó o se condicionó al papel que jugaban las mujeres como madres.

---

2 En los siguientes segmentos sigo en particular a ALVIAR (2008a) y PAUTASSI (2007).

En razón de lo anterior, Alviar considera que las feministas liberales —que han podido influir en las modificaciones de políticas públicas dentro de los programas de reforma agraria— han privilegiado a la madre abnegada que puede hacerse cargo de horas interminables de trabajo y de cuidado. Las políticas que proponen estas tendencias se han concentrado en dar recursos, títulos de las tierras y acceso a la capacitación técnica para las mujeres con niños. En ese sentido, se las ve reforzando los patrones tradicionales de comportamiento y disciplinando a las mujeres que se desvían.

Por otra parte, las posturas que propugnan por la aprobación de legislación orientada a redistribuir las responsabilidades al interior de la familia, de manera tal que hombres y mujeres sean igualmente responsables en el trabajo y en el hogar, han sido criticadas por subestimar el poder de la cultura, en tanto no toman en consideración en qué proporción la autodefinition de las mujeres se relaciona con la maternidad y el enorme poder que ejerce la Iglesia católica en la formación de esta definición femenina.

Las feministas socialistas, por su parte, consideran que la emancipación de las mujeres se derivará solo del mejoramiento de sus condiciones materiales, como resultado del trabajo y la obtención de un salario. Critican la importancia que las feministas liberales otorgan a la libertad porque ella oculta los efectos negativos del capitalismo e ignora la forma en que la clase limita el rango de opciones disponibles para las mujeres. El argumento de estas feministas se resume en que el sistema capitalista crea una división entre las esferas productivas y reproductivas que hace que la mujer no sea capaz de entrar, en condiciones de igualdad, a la esfera productiva. Las tendencias marxistas, en una línea similar, tienden a asociar la opresión de la mujer con la institución de la propiedad privada y el capitalismo. Al mismo tiempo, la clase de la mujer limitará el grado en que ella puede elegir libremente si quiere ser madre o trabajadora, o ambas. Desde estas posturas se insiste en que la subordinación de género no obedece a factores culturales o religiosos vinculados a la construcción de la maternidad o de la mujer decente ideal, sino que resulta de la clase y de las condiciones materiales. Por consiguiente, la única manera de lograr la emancipación de las mujeres será mejorando su acceso al trabajo y al salario, socializando el trabajo reproductivo.

Asimismo, las feministas marxistas tienden a criticar la postura liberal que propugna la igualdad de oportunidades de las mujeres frente al desarrollo, por considerar que aquella no ataca las causas de la exclusión, subordinación e invisibilidad de las mujeres. Además, la consolidación de un sistema capitalista, moderno e industrial beneficia o afecta a las mujeres en forma diferente según la clase a la que pertenecen. Desde una perspectiva de género y de clase, la modernización puede generar mayor dependencia y subordinación de las mujeres, en tanto es un proceso que responde a las necesidades de acumulación de capital, la propiedad privada de los recursos y el provecho de las utilidades que generan los medios de producción a título individual. Bajo esta perspectiva puede sostenerse que las mujeres sí han estado incluidas en los procesos de desarrollo, pero su trabajo no ha sido reconocido y se les ha negado persistentemente la posibilidad de acceder a los beneficios de ese desarrollo.

Finalmente, las tendencias asociadas al feminismo económico ponen en evidencia que la disponibilidad de la fuerza de trabajo que se ocupa en los empleos remunerados solo es posible a causa de la existencia de una dotación de fuerza de trabajo doméstico que asume, gratuita e indivisiblemente, la responsabilidad del cuidado cotidiano de la fuerza de trabajo remunerado presente, pasada y futura. Es decir, el ingreso y permanencia en el empleo están garantizados gracias al trabajo no remunerado de las mujeres, que sostienen a los que desempeñan el trabajo productivo, además de los hijos o de sus ascendientes en condiciones de enfermedad o dependencia.

Como se observa, los binomios “público/privado” y “productivo/reproductivo” son fundamentales en estas discusiones. La tensión entre el trabajo productivo y reproductivo se sitúa

en la base de las condiciones de desigualdad que asedian al empleo femenino. Autoras como Laura Pautassi resaltan que la división entre lo masculino y lo femenino representa una diferencia entre lo público y lo privado, dejando para el primero lo productivo y para el segundo lo reproductivo. Las actividades públicas —como la participación política, el trabajo productivo remunerado, la creación científica y cultural— se han posicionado como las actividades sociales más valoradas, en tanto que lo doméstico ha sido relegado a una posición secundaria y poco valorada, particularmente en términos de recursos, ya sean económicos, simbólicos o de poder. En el ámbito del trabajo, las mujeres generalmente sufren situaciones de discriminación vinculadas con su sexo, su situación matrimonial o sus responsabilidades familiares. Por ello, cualquier enfoque proclive a impulsar la distribución de los recursos y responsabilidades debe impulsarlo tanto en el ámbito público como en el privado.<sup>3</sup>

Estas breves notas sobre algunos marcos teóricos transversales para los temas que se tratarán a lo largo del texto se completan con otro aspecto transversal: algunas precisiones generales sobre los derechos económicos y sociales y el impacto diferenciado que tiene la violación de esos derechos sobre las mujeres.

## 2. EL IMPACTO DIFERENCIADO Y DESPROPORCIONADO SOBRE LAS MUJERES DE LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

El incumplimiento por parte de los Estados de las obligaciones que se derivan de los derechos económicos y sociales de las mujeres es causa de pobreza y desigualdad. Las diversas tareas que deben cumplir las mujeres en su vida familiar tienden a interrumpir o limitar su vida profesional y laboral, situación que se ve agravada a causa de las diferencias salariales entre hombres y mujeres y de la informalidad en la que se desenvuelve gran parte del trabajo femenino. Esta informalidad y la inestabilidad salarial que conlleva, a su vez, afectan la posibilidad de las mujeres de aportar a seguridad social, con lo cual aumentan los riesgos de sufrir violencia doméstica y explotación sexual.

Por otra parte, los estereotipos de género nocivos que imperan en las sociedades modernas han perjudicado las condiciones de igualdad y el éxito de las mujeres en la educación, el trabajo, la política y el hogar.

En términos generales, las mujeres más pobres no logran acceder a una educación de calidad.<sup>4</sup> A modo de ejemplo, cabe recoger las cifras de UNICEF, que muestran que el 53% de los niños que no asisten a la escuela son niñas, a las que se les impide el derecho a la educación.<sup>5</sup> La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha hecho presente su inquietud por las mayores dificultades que las mujeres —incluyendo niñas— tienen, en comparación con los varones, para acceder a la educación en los países americanos<sup>6</sup>, y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) ha instado a los Estados a “adoptar de manera efectiva programas de educación [...] que contribuyan a eliminar prejuicios y prácticas corrientes que obstaculizan la plena aplicación del principio de igualdad social de la mujer”<sup>7</sup>.

3 PAUTASSI (2007). Para un mayor desarrollo sobre el impacto de la distinción entre lo privado y lo público, ver: AMAYA CASTRO (2010).

4 RED-DESC e IRAW ASIA PACIFIC (2013).

5 RED-DESC (2013).

6 Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2003, Cap. V, párr. 1); (1999b, Cap. XII, párr. 15) y (1998, Recomendaciones 13 y 14, párr. 609). También el Relator Especial de las Naciones Unidas para el derecho a la educación ha hecho hincapié en los mayores prejuicios que sufren las mujeres y niñas en relación con la educación paga: CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2004, párr. 18).

7 COMITÉ CEDAW. Recomendación General N° 3: “Educación y campañas de información pública”. U.N. Doc. A/42/38. 1987.

De otro lado, el Programa Mundial de Alimentos señala que el 60% de las personas que sufren de hambre crónica son mujeres y niñas. Ello hace patente la necesidad de erradicar las prácticas tradicionales nocivas relacionadas con la alimentación, como el permitir que las mujeres coman solo después que los hombres estén plenamente satisfechos, permitirles consumir solamente alimentos menos nutritivos o sobrecargar en ellas la recolección de agua para uso doméstico.<sup>8</sup> Este tipo de problemas que enfrentan las mujeres se hacen mucho más graves en situaciones de conflicto armado, en las que se profundizan los obstáculos para el acceso a estos derechos sociales.<sup>9</sup>

### 3. DERECHO AL TRABAJO Y NO DISCRIMINACIÓN

El derecho al trabajo implica que las mujeres deben tener la oportunidad de ganarse la vida con el trabajo que elijan, con oportunidades de empleo igualitario y bajo condiciones de salario dignas y saludables. Existirá discriminación a este respecto en la medida en que las posibilidades y condiciones de empleo sean desiguales para grupos de trabajadores igualmente productivos (hombres y mujeres), es decir, que cuentan con similares capacidades, nivel educativo y potencialidades de desarrollarse en el ámbito del empleo. Un aspecto en el que las mujeres han sido tradicionalmente discriminadas lo constituye el salario: la remuneración de las mujeres, en todo el mundo, es menor que la de los hombres en alrededor de un 17%.<sup>10</sup>

Las razones que explican la discriminación que sufren las mujeres en el ámbito del empleo no son solo legales, sino también históricas, culturales, sociales y económicas. En efecto, el ingreso de las mujeres al trabajo remunerado se verificó de forma muy posterior al de los hombres, concretamente, en la segunda mitad del siglo XX. En sus inicios, la protección jurídica de las mujeres trabajadoras no estuvo dirigida a incentivar su participación igualitaria en el mundo del trabajo, sino a proteger su debilidad física y el bienestar de su familia.<sup>11</sup> El ingreso tardío al mundo del trabajo impactó en la posibilidad de obtener un ingreso propio, autoestima, autorrealización y fortalecimiento de las relaciones de confianza y sociabilidad. En este sentido, autoras como Pautassi resaltan que el empleo no solo procura ingresos, sino también vínculos sociales. Más allá de su importancia económica, el trabajo tiene un enorme significado simbólico, ya que para muchas mujeres el acceso al empleo es un paso importante en un proceso más amplio de autonomía y ejercicio de derechos ciudadanos, al mismo tiempo que tiene un carácter emancipatorio de los imperativos de la tradición y la religión que restringían sus opciones de vida. Por último, se ha reconocido también un componente social en las causas de la situación desventajosa de las mujeres en el trabajo, que se relaciona con el hecho de que históricamente a los hombres se les ha exhortado a trabajar para atender a sus familias, mientras que a las mujeres se las ha acusado de abandonar a esa misma familia cuando salen al mercado laboral en busca de un salario complementario. Los hombres “entran en la carrera”, las mujeres, por el contrario, “desertan del hogar”.<sup>12</sup>

De otra parte, algunos estudios señalan que muchas mujeres de 20 a 24 años no buscan empleo debido a la realización de trabajo no remunerado en el interior de sus hogares, mientras que, en contraste, en los varones la inactividad económica se debe a los estudios u otras razones.<sup>13</sup> Dichos estudios revelan que, en casi todas las ramas, las mujeres están más educadas que los

8 Red-DESC (2013).

9 Ver, en particular, el análisis sobre mujeres y desplazamiento forzado en: CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Auto 092/08, de 14 de abril de 2008.

10 RED-DESC (2013).

11 BERGALLO y GHERARDI (2008).

12 PAUTASSI (2007).

13 RICO y MARCO (2006).

varones y el peso de los niveles técnico y profesional es mucho mayor entre ellas. Las excepciones son los servicios sociales, personales y comunales, donde el grado profesional es mayor entre los trabajadores. Esta información, si bien reafirma que la educación es un factor crucial para el ingreso femenino al trabajo remunerado, también sugiere que, a diferencia de las mujeres, los varones no necesitan tanta educación para insertarse en el mercado laboral. La evidencia de la mayor educación femenina en las diversas ramas de actividad económica revela el aporte de las trabajadoras a la economía en términos de “capital humano”, que lamentablemente no se ha traducido en el beneficio que reciben del desarrollo del sector en relación con los varones.

En relación con lo anteriormente expuesto, cabe resaltar que la segmentación de género de las ocupaciones determina en gran medida la situación de las mujeres en el mercado laboral. En América Latina las ocupaciones masculinas son siete veces más diversificadas que las femeninas, lo que da cuenta de que los varones tienen mayores oportunidades laborales.<sup>14</sup>

A pesar de esta situación estructural, cabe resaltar que el empleo establece una fuente de seguridad para las mujeres. En efecto, trabajar con remuneración constituye uno de los factores protectores de la violencia que se ejerce en contra de las mujeres en el ámbito familiar. También opera como uno de los condicionantes clave del aumento de la autonomía personal y económica de las mujeres en los procesos de adopción de decisiones al interior de las familias y la principal causa de salida del ámbito privado e ingreso al mundo público.<sup>15</sup>

Entre las políticas orientadas a solucionar los problemas que se han expuesto destacan las iniciativas dirigidas al fomento de la inserción laboral de las mujeres en sectores competitivos de la economía, a la promoción de la redistribución de responsabilidades familiares y los cuestionamientos a la división sexual del trabajo. Por el contrario, deben rechazarse las medidas fundadas en la creencia de que las dificultades para aumentar el empleo femenino se resuelven al otorgar facilidades para que las mujeres concilien su trabajo doméstico y de cuidado con el remunerado, pues tales medidas presuponen que las mujeres son las principales o exclusivas responsables de las labores domésticas. Asimismo, la reversión de prácticas discriminatorias al interior de los sindicatos y la ampliación de una conciencia de equidad de género en este ámbito son factores estratégicos de la defensa de los derechos laborales de las mujeres.

Por su parte, órganos como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (Comité DESC) han señalado que la igualdad de acceso al empleo y demás ocupaciones requiere promover el acceso a los programas de orientación y formación profesionales, de manera que estos proporcionen a las mujeres las aptitudes y conocimientos necesarios para beneficiarse por igual del derecho al trabajo.<sup>16</sup> Además, el Comité CEDAW estableció en su Recomendación General N° 5 la necesidad de tomar medidas especiales de carácter temporal “como la acción positiva, el trato preferencial o los sistemas de cupos para que la mujer se integre en la educación, la economía, la política y el empleo”. Este Comité también consagró la necesidad de crear mecanismos de aplicación y fomento del principio de igual remuneración por trabajo de igual valor.<sup>17</sup> En el ámbito regional, la CIDH ha sostenido que “en orden a la vigencia del principio de igualdad, la incorporación creciente de la mujer a las distintas actividades sociales exige que alcance plenitud en el principio de igualdad de remuneración con el varón en caso de labores iguales”<sup>18</sup>.

14 Ibíd.

15 PAUTASSI (2007).

16 COMITÉ DESC. Observación General N° 16: “La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto)”, 2005, párr. 23.

17 COMITÉ CEDAW. Recomendación General N° 13: “Igual remuneración por trabajo de igual valor”, 1989.

18 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1971, Parte II: Relación de los campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los derechos humanos).

#### 4. ESTEREOTIPOS Y PREJUICIOS EN TORNO AL ROL PROFESIONAL Y LABORAL (SEGREGACIÓN OCUPACIONAL HORIZONTAL Y SEGREGACIÓN OCUPACIONAL VERTICAL). EL INGRESO DESIGUAL Y LOS PROBLEMAS EN LA DETERMINACIÓN DEL TRABAJO DE IGUAL VALOR

A continuación se profundiza en dos temas en los que se concretiza la discriminación en relación con el derecho al trabajo de las mujeres. El primero, relacionado con la sobrerrepresentación femenina en determinadas ramas de actividad asociadas principalmente al cuidado, la enseñanza, la sanidad y el trabajo doméstico, se denomina “segregación ocupacional horizontal”. El segundo aspecto, relacionado con las dificultades existentes para el ascenso de las mujeres a los puestos de decisión, se denomina “segregación ocupacional vertical”. Esta segregación se evidencia en la baja participación de las mujeres en los niveles más altos de responsabilidad de la gran mayoría de las áreas de actividad económica.<sup>19</sup>

Respecto de la segregación ocupacional horizontal, un aspecto que genera especial vulnerabilidad de las mujeres se relaciona con los estereotipos asociados a actitudes tradicionales en torno a los oficios que debe desempeñar una mujer<sup>20</sup>, a la idea preconcebida de que existen diferencias de productividad entre el hombre y la mujer, y a la percepción, en algunas culturas, de que la mujer está sujeta a “debilidades inherentes que limitan su capacidad en comparación al hombre”<sup>21</sup>. Por ello, algunos órganos internacionales buscan exigir a los Estados a que adopten medidas para garantizar remuneración, seguridad social y prestaciones sociales a las mujeres que trabajan en empresas familiares y no reciben ninguna de esas prestaciones<sup>22</sup>,

19 DURÁN (2011).

20 “Las actitudes tradicionales, según las cuales se considera a la mujer como subordinada o se le atribuyen funciones estereotipadas[,] perpetúan la difusión de prácticas que entrañan violencia o coacción, como la violencia y los malos tratos en la familia, los matrimonios forzados, el asesinato por presentar dotes insuficientes, los ataques con ácido y la circuncisión femenina. Esos prejuicios y prácticas pueden llegar a justificar la violencia contra la mujer como una forma de protección o dominación. El efecto de dicha violencia sobre su integridad física y mental es privarla del goce efectivo, el ejercicio y aun el conocimiento de sus derechos humanos y libertades fundamentales. Si bien en esta observación se hace hincapié en la violencia real o las amenazas de violencia, sus consecuencias básicas contribuyen a mantener a la mujer subordinada, a su escasa participación en política y a su nivel inferior de educación y capacitación y de oportunidades de empleo” (CEDAW. Recomendación General N° 19: “La violencia contra la mujer”, 1992, párr. 11). En el caso de María Eugenia Morales, la Comisión Interamericana denunció que en la realidad jurídica guatemalteca existía una discriminación clara contra la mujer basada, entre otras cosas, “en los valores guatemaltecos tradicionales”, imponiendo a la mujer casada una posición de subordinación respecto del hombre, pudiendo trabajar fuera del hogar solo si el marido no muestra oposición, perpetuando así una situación de discriminación (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe N° 4/01 (Fondo), Caso 11.625: María Eugenia Morales de Sierra - Guatemala, 19 de enero de 2001). Otro ejemplo sería la situación de las mujeres en República Dominicana, en especial las que trabajan en las zonas francas. Las empresas que trabajan en estas zonas ponen en práctica “patrones sexistas tradicionales al momento de seleccionar y contratar al personal” (70% de los trabajadores de las zonas francas son mujeres), lo cual genera la obtención de salarios muy bajos en proporción al trabajo realizado por las mujeres, además de sufrir acoso sexual por parte de los jefes y vigilantes, situaciones que no denuncian por miedo a perder ese trabajo. Ver: COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1999, párr. 396 y ss).

21 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso María Eugenia Morales de Sierra - Guatemala (op. cit., *supra*, nota 20), párr. 81. De otra parte, en su Informe sobre Cuba de 1983, la CIDH mencionaba el problema que constituía, a pesar de la promoción de la incorporación de la mujer al trabajo que el Estado había realizado, el hecho de que las mujeres todavía se concentraban en las ocupaciones que tradicionalmente se entendían como femeninas, como la enseñanza, enfermería, cuidado de niños, servicio de restaurantes, entre otras, estando solo el 17% de los puestos dirigentes ocupados por mujeres, y destacaba que “esto podría estar reflejando que aún prevalece cierto rasgo preferencial asociado a la diferencia de sexos” (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 1983, párr. 12).

22 COMITÉ CEDAW. Recomendación General N° 16: “Mujeres que trabajan sin remuneración en empresas familiares rurales y urbanas”, 1991, recomendación (c).

así como medidas para cuantificar el trabajo doméstico no remunerado de la mujer e incluirlo en el producto nacional bruto.<sup>23</sup>

En relación con estos estereotipos, en el caso *María Eugenia Morales de Sierra* ante la CIDH<sup>24</sup> se cuestionó la conformidad con la CADH de ciertas normativas del código civil guatemalteco que confieren a la esposa el derecho y obligación especial de cuidar de los hijos y el hogar, de modo que la mujer solo puede ejercer una profesión si ello no perjudica sus funciones de madre y ama de casa, y el marido tiene la facultad de oponerse a que la mujer realice actividades fuera del hogar. Esta regulación, en concreto, impide a la mujer la posibilidad de ganarse la vida de manera autónoma y de gozar de la “autonomía para elegir y adoptar opciones de desarrollo y sustento personal”<sup>25</sup>, si no es con aquiescencia del marido. Se le niega a la mujer, por tanto, el derecho a buscar empleo y beneficiarse de la autodeterminación que ello comporta,<sup>26</sup> condicionando así el derecho de la mujer casada a disfrutar de su derecho al trabajo y creando una situación de vulnerabilidad, debido a la subordinación económica que esa situación genera<sup>27</sup>. Al respecto, la CIDH determinó que,

“[e]l hecho de que la ley otorgue una serie de capacidades legales exclusivamente al marido establece una situación de dependencia *de jure* para la esposa y crea un desequilibrio incorregible en la autoridad de los esposos dentro del matrimonio. Además, las disposiciones del Código Civil aplican conceptos estereotipados de las funciones de la mujer y del hombre que perpetúan una discriminación *de facto* contra la mujer en la esfera familiar y que tienen un efecto ulterior de dificultar la capacidad de los hombres para desarrollar plenamente sus papeles dentro del matrimonio y de la familia”<sup>28</sup>.

Ahora bien, Laura Pautassi resalta dos ejemplos en que los estereotipos influyen en la adscripción de las mujeres a cierto tipo de profesiones. El primero lo constituyen las especializaciones en la medicina, en donde se concentra y promueve el ingreso de mujeres a aquellas vinculadas con lo reproductivo —como el caso de la pediatría, la clínica médica o la ginecología— y se desestimula la “elección” de especializaciones que se consideran típicamente masculinas, como traumatología, cirugía o urología, entre otras. En segundo lugar, a pesar de que las mujeres constituyen la mayoría en ciertos sectores, acceden en menor medida a los cargos de conducción, tanto en aquellos cargos de conducción política como de conducción técnica.<sup>29</sup>

Las trabajadoras se concentran en determinados sectores y oficios, considerados socialmente más adecuados a los estereotipos y roles de género dominantes. La extensión del rol doméstico de cuidadoras al ámbito de la enseñanza, la salud, la atención personal y la administración, así como la socialización diferencial de género, conducen a que las mujeres se vean adscritas preferentemente a determinados sectores económicos o a un conjunto de actividades profesionales, quedando otros prácticamente fuera de sus opciones laborales. El análisis de dicho fenómeno permite identificar las notorias asimetrías entre las formas de inserción laboral de hombres y mujeres de acuerdo con la distribución por actividad, tipos de ocupación, ubicación, jerarquía, contratación y salarios y, asimismo, reconocer las diferencias existentes entre sectores cuando estos son más feminizados —principalmente en cuanto al monto de los salarios—.<sup>30</sup>

23 COMITÉ CEDAW Recomendación General N° 17: “Medición y cuantificación del trabajo doméstico no remunerado de la mujer y su reconocimiento en el producto nacional bruto”, 1991, recomendación (b).

24 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso María Eugenia Morales de Sierra – Guatemala (op. cit., *supra*, nota 20).

25 *Ibíd.*, párr. 49.

26 *Ibíd.*

27 *Ibíd.*, párr. 52: “La subordinación económica *de jure* o *de facto*, ‘obliga a la mujer a soportar relaciones de violencia’”.

28 *Ibíd.*, párr. 44.

29 PAUTASSI (2007).

30 RICO y MARCO (2006).

Otros elementos determinan que las mujeres no cuenten con suficiente poder para revertir esta situación. La mayoría de las mujeres cuentan con empleos a tiempo parcial, por regla general no acceden a la representación de los sindicatos, la mayoría no son sindicalizadas y existe la tendencia a excluirlas de las oportunidades de educación y capacitación, aspecto que consolida la ocupación de las mujeres en tareas de mejor jerarquía. En atención a ello, Bergallo y Gherardi resaltan la importancia de distinguir entre las desigualdades relacionadas con las características de la persona y las desigualdades causadas por la discriminación, determinar las desigualdades dentro de los grupos y revelar que los ingresos de las mujeres son más bajos que los de los varones.<sup>31</sup>

Otro de los estereotipos que limita el acceso de las mujeres al mundo del trabajo es aquel que se relaciona con su descalificación debido a un “mayor costo laboral de la maternidad”. Esta preconcepción o prejuicio ha sido desvirtuada a través de diversas investigaciones que documentan en qué forma no hay base objetiva para considerar que existe ese tipo de “mayor costo” y, por el contrario, se desconoce la importante función social que cumple la reproducción.

Este tipo de problema se ha reflejado en algunos casos judiciales. La Corte Constitucional colombiana consideró el caso de una mujer que presentó una solicitud a la administración de la Escuela Naval para ejercer la carrera de Infantería de Marina, que fue rechazada por su sexo. En este fallo, la Corte indicó que entre los requisitos de acceso no está el ser de sexo masculino y que se había consolidado una situación discriminatoria en razón del sexo. Existe también jurisprudencia sobre los obstáculos a la hora de contratar mujeres y la respuesta de los tribunales frente a la alegada libertad de contratación de las empresas privadas.<sup>32</sup>

Por otra parte, Bergallo y Gherardi han señalado que en un contexto de segregación horizontal, donde las mujeres ocupan cargos diferentes a los de los hombres, el intento de hacer una comparación de salarios resulta fútil, por lo cual se ha generalizado el criterio por el cual el concepto restringido de “igual trabajo” debe extenderse al de “trabajo de igual valor”. Esta obligación implica para el Estado eliminar políticas y prácticas discriminatorias por sexo a la hora de determinar salarios y negociar convenios colectivos, y requiere que los salarios se encuentren determinados sobre la base de un organigrama de trabajadores, el cual debe estar libre de discriminación.

31 BERGALLO y GHERARDI (2008) resaltan que la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, en la sentencia del caso Estrella Fernández contra Sanatorio Güemes S.A., de 23 de agosto de 1988, ordenó al tribunal inferior que considerara con mayor detenimiento la prueba aportada por la actora para acreditar que había sido injustamente discriminada en el pago de sus salarios y posteriormente en el pago de su indemnización, ya que la facultad del empleador de retribuir en forma diferente a ciertos empleados, en razón de sus méritos, admite prueba en contrario. En esta decisión se hace alusión al Convenio 100 de la OIT, el cual dispone que se deberían adoptar medidas para promover la evaluación objetiva del empleo, y estas dependen del tipo de labor que se desempeñe al interior de cada empresa.

32 BERGALLO y GHERARDI (2008) resaltan dos decisiones jurisprudenciales en esta materia. La primera es de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Buenos Aires, Argentina, en el caso Fundación mujeres en igualdad contra Feddo S.A., de 16 de diciembre de 2002. En este caso la discriminación surge de la práctica de preferir la contratación de mano de obra masculina en una proporción tan considerable que torna irrazonable el margen de discrecionalidad que debe concedérsele al empleador en la selección de su personal. En esta decisión se entró a considerar factores como que el empleador, de acuerdo con las funciones que se debían desarrollar al interior de la empresa, argumentaba que estas no podrían ser desempeñadas por el sexo femenino porque este era “el sexo débil”. Se llegó a la conclusión que muchas de las razones que daba la empresa estaban directamente relacionadas con la forma de pensamiento con la que se ha educado a la gente, que claramente genera una división social y cultural del trabajo. Por otra parte, las autoras resaltaron que la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia T-026 de 1996, analizó el caso de un empleado de la Casa Cultural de un municipio en Colombia, a quien se le indicó que debía ser retirado del empleo porque en “futuro lo debería desempeñar una mujer”, pues se trataba de tareas de aseo, mantenimiento y cuidado. La Corte consideró que el trabajador debía ser reintegrado, pues tales labores claramente también podían ser desarrolladas por una persona del sexo masculino y más aún, porque él ya las había desarrollado con anterioridad. La Corte indicó que cualquier actividad que establezca *a priori* una distinción de tareas específicamente reservadas al hombre o la mujer, con el fin de negar el acceso o la permanencia a una persona porque la tarea es propia del otro sexo, es una diferencia de trato inadmisibles.

Ahora bien, como un correlato de la segregación ocupacional “horizontal”, es posible encontrar una segregación ocupacional “vertical”. Pautassi describe dos ejemplos sobre la pertinencia de este concepto. Primero, el fenómeno conocido como “techo de cristal”, en el extremo superior de la estructura ocupacional, alude a las dificultades de las mujeres para prosperar en su carrera o superar determinados umbrales ocupacionales. El “piso pegajoso” en los espacios inferiores se refiere, por su parte, a la concentración de las mujeres en puestos de baja calificación y movilidad, con bajas remuneraciones y escaso acceso a la capacitación laboral. Ambos fenómenos se cruzan por la disponibilidad sesgada de tiempo que tienen las mujeres para desenvolverse en los ámbitos productivos; esto es, tienen menos tiempo “para vender” y más ocupaciones y responsabilidades que atender, particularmente en el ámbito de sus relaciones familiares.<sup>33</sup>

## 5. PROTECCIÓN REFORZADA DE LA MUJER EMBARAZADA Y LICENCIAS PARENTALES

La jurisprudencia y los procesos de reforma legal verificados en América Latina respecto de esta materia muestran importantes desarrollos. A continuación haré referencia a un ejemplo destacado de jurisprudencia garantista en este ámbito: el de la Corte Constitucional de Colombia. Posteriormente efectuaré una breve mención de ciertos desarrollos en el derecho comparado.

La Corte Constitucional de Colombia ha consolidado su jurisprudencia sobre la protección laboral reforzada a la mujer embarazada.<sup>34</sup> Dicha Corte ha señalado que esta protección cobija no solo a las mujeres en una relación laboral, sino a todas las mujeres, es decir, incluso a aquellas que se desempeñan en tareas asociadas a la flexibilidad laboral. El Tribunal precisó que, desde el derecho internacional, no es suficiente que los Estados protejan los ingresos laborales de las mujeres, sino que es necesario que además les aseguren efectivamente la posibilidad de trabajar.

“[E]n desarrollo del principio de igualdad y en aras de garantizar el derecho al trabajo de la mujer embarazada [...] [ella] tiene un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, pues una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual ha sido, y sigue siendo, el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, debido a los eventuales sobrecostos o incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las empresas”<sup>35</sup>.

La Corte colombiana también ha establecido que la protección reforzada de la mujer embarazada estaría incompleta si no abarca la protección de la maternidad, es decir, la protección a la mujer que ya ha culminado el período de gestación y ha dado a luz. Con ello se pretende que la mujer pueda brindar la necesaria atención a sus hijos, sin que por ello sea objeto de discriminaciones en otros campos de la vida social, como el trabajo. Es decir, lo que se busca, entre otros objetivos, es “garantizar el buen cuidado y la alimentación de los recién nacidos”<sup>36</sup>. Los requisitos para que las mujeres puedan utilizar la acción de tutela son los siguientes:

“(1) Que el despido o la desvinculación se ocasion[e] durante el embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto; (2) que la desvinculación se produ[zca] sin los requisitos legales pertinentes para cada caso; (3) que el empleador [conociere o hubiese debido conocer] el estado de embarazo de la empleada o trabajadora; (4) que el despido amena[ce] el mínimo vital de la actora o que la arbitrariedad result[e] evidente y el daño que aparea [sea] devastador”<sup>37</sup>

33 PAUTASSI (2007). Ver, asimismo, BERGALLO (2006).

34 Ver, al respecto, las sentencias SU070/13 y SU071/13 de la Corte Constitucional de Colombia.

35 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-005/2009.

36 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-568/1996, fundamento jurídico N° 5.

37 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-373/1998.

En su sentencia T-095 de 2008, la Corte otorgó una protección más amplia en esta materia al valorar en diferente forma el requisito de acreditar que el empleador conocía o debía conocer el estado de embarazo de la trabajadora. Dicho Tribunal consideró que una interpretación rígida o restringida en esta materia, en la que tampoco la normativa legal exige que el estado de embarazo deba ser conocido por el empleador, termina por exigir que sea la trabajadora quien pruebe dicho conocimiento, lo que se presta para abusos y ubica a las mujeres en una situación grave de indefensión.<sup>38</sup> Se señaló entonces que:

“Si la trabajadora quedó embarazada durante la vigencia del contrato y prueba mediante certificado médico que ello fue así —cualquiera que sea la modalidad de contrato mediante el cual se encuentre vinculada laboralmente la mujer gestante—, el empleador debe reconocerle las prestaciones económicas y en salud que tal protección comprende en consonancia con lo dispuesto por la Constitución y por los instrumentos internacionales de derechos humanos”<sup>39</sup>.

En suma, como existe la presunción de despido por razón del embarazo, la prueba de que el empleador conocía o debía conocer el estado de gravidez de la trabajadora no puede ser exigida a la mujer, y es el empleador quien debe demostrar que el despido está objetivamente justificado en alguna de las causales de despido con justa causa del Código Sustantivo del Trabajo. La Corte señaló que esta exigencia en ningún momento pretende omitir el requisito del conocimiento que debe tener el empleador sobre la gravidez de la trabajadora, sino que aspira a ampliar la protección de la mujer gestante para evitar que en casos de despido injustificado de una trabajadora embarazada, se niegue el amparo por una supuesta insuficiencia probatoria<sup>40</sup>.

La jurisprudencia ha aludido entonces a un “fuero de maternidad”. Tal como fue mencionado, ha existido debate sobre el alcance de esta protección en espacios que no se relacionan directamente con un contrato de trabajo, como ocurre con las trabajadoras que laboran de manera independiente, en contratos de prestación de servicios, cooperativas de trabajo asociado, contratos de obra o en cargos de carrera en provisionalidad, entre otros. Parte de la discusión se relaciona con la forma en que procede la protección respecto de aquellas figuras donde no opera un despido propiamente dicho, debido a que se presentan figuras tales como la finalización de la obra o labor, o similares. Autoras como Lemaitre han precisado que en muchas ocasiones las empresas eludían el fuero al tomar la decisión de no extender el contrato (en el caso de contrato a término definido) o de que ha finalizado la labor para la cual fue contratada (en el caso del contrato con una empresa de servicios temporales)<sup>41</sup>.

En relación con estos casos, la Corte colombiana ha analizado (i) el conocimiento del embarazo por parte del empleador y (ii) la modalidad bajo la cual se encontraba trabajando la mujer gestante. En cuanto al conocimiento del embarazo de la trabajadora por parte del empleador, la Corte ha reiterado que no es requisito para establecer si hay lugar o no a la protección, sino únicamente para determinar el grado de protección. Ese conocimiento da lugar a una protección integral y completa, pues se asume que el despido obedeció al embarazo y, por ende, a un factor de discriminación en razón del sexo. Por su parte, la falta de conocimiento da lugar a una protección diferente, basada en el principio de solidaridad y en la garantía de estabilidad en el trabajo durante

38 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-184/2012. En relación con este tema, LEMAITRE (2006) ha precisado que las empresas se resisten a reconocer que saben que la empleada está embarazada, razón por la cual aparecen despidos por rumores de embarazo antes de que exista una notificación formal, o se niega aceptar la notificación formal. Todo ello conduce a que la mujer se encuentre en desventaja probatoria ante un eventual juicio.

39 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-095/2008.

40 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-184/2012.

41 LEMAITRE (2006).

el embarazo y la lactancia como un medio para asegurar un salario o un ingreso económico a la madre y como garantía de los derechos del recién nacido<sup>42</sup>.

Respecto de la modalidad de la relación laboral, la Corte ha determinado que si en algunos contratos con fecha o condición específica de terminación la necesidad del servicio o de la obra pendiente de realizar o del objeto del contrato desaparece en momentos en que la empleada o contratista ha quedado en estado de embarazo, es posible presumir que la falta de renovación del contrato se dio por causa del embarazo. Por ello, para que proceda la protección reforzada derivada de la maternidad, en caso de cesación de la alternativa laboral, basta demostrar: (a) la existencia de una relación laboral y (b) que la mujer se encuentre en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o prestación. Para la Corte, el solo vencimiento del plazo inicialmente pactado, o el simple hecho de una supuesta terminación de la obra o labor contratada, no basta para legitimar la decisión del empleador de no renovar el contrato<sup>43</sup>.

Estos precedentes resultan relevantes dado que, en la región, la situación de las trabajadoras informales y de las empleadas de algunas industrias y actividades —como el servicio doméstico— tienen restringido el derecho al permiso maternal.

Entre otros desarrollos jurisprudenciales relevantes, cabe resaltar una decisión del antiguo Tribunal Constitucional del Ecuador<sup>44</sup>, donde se analizó si era una violación de los derechos constitucionales de la trabajadora embarazada la solicitud de acogerse a una transacción para terminar el contrato laboral y el posterior despido en respuesta a su negativa. Allí, el Tribunal consideró que el ofrecimiento de un acuerdo para terminar la relación laboral con una trabajadora embarazada y su posterior despido luego de que esta se negara al acuerdo, constituyen un acto ilegítimo del debido proceso para la tramitación de un despido.

Por su parte, la CIDH se ha referido a la prohibición legal de despedir a empleadas en estado de gravidez que existía en Guatemala. Esta regulación, sin embargo, no erradicaba la violación del derecho de la mujer al trabajo, ya que se habían establecido multas insignificantes que no evitaban que los empresarios despidieran a las mujeres, al considerar más eficiente violar la ley y pagar la multa.<sup>45</sup>

En cuanto a los desarrollos legales en los países de la región, Bergallo y Gherardi han analizado el derecho comparado vigente hasta 2009 en esta materia. Estas autoras señalan que hay normas que están encaminadas a impedir que la mujer desarrolle labores que pudieran ir en detrimento de la salud de la madre y del feto. El tiempo de protección reforzada es diferente en cada país. Por ejemplo, en Argentina el fuero va hasta siete meses y medio después del alumbramiento, en Bolivia se garantiza la inamovilidad de todas las mujeres desde el inicio de la gestación hasta el primer año de edad de la descendencia, en Chile la protección termina un año después de la finalización de la licencia por maternidad, es decir, se extiende a los quince meses posteriores al parto. También hay diferentes modalidades para remediar el despido en caso de que se dé sin el reconocimiento del fuero. En algunos países es obligatorio el reintegro, en otros se puede optar por la reincorporación o la indemnización agravada, que en algunos convenios colectivos llegan al doble de la indemnización estándar. En algunos casos los empleadores pueden solicitar a la autorización administrativa de control de la relación laboral para despedir a la mujer embarazada.

42 Corte Constitucional de Colombia. Sentencias SU070/2013 y SU071/2013

43 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-184/2012.

44 Tribunal Constitucional del Ecuador. Sentencia 0198-2003-RA.

45 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2001, párr. 33).

Por el contrario, hay legislaciones, como la dominicana, que declaran la nulidad del despido de la mujer embarazada. Las legislaciones latinoamericanas mencionadas y las normas internacionales coinciden en la necesidad de otorgar un trato especial a la mujer durante el estado de embarazo, sin embargo, la justificación del trato especial difiere. A menudo, la protección del embarazo se justifica en términos de la protección del feto o el sostenimiento económico del niño o la niña, mientras en otros casos la protección es considerada una medida para combatir la discriminación por sexo en el trabajo.<sup>46</sup>

Ahora bien, es importante resaltar que existe debate entre las posturas que defienden las licencias de maternidad.<sup>47</sup> Algunas tendencias afirman que estas deberían regularse en el marco de las reglas generales de licencias por cuestiones médicas o de salud, ya que la dispensa de un trato especial con sobrecarga para el empleador podría incrementar la discriminación contra las mujeres. Otras posturas critican que el acento en las demandas físicas del embarazo podría perpetuar estereotipos sobre la fragilidad de las mujeres y la disminución de sus capacidades para el trabajo, contribuyendo a reforzar la discriminación por sexo. Desde esta visión, los empleadores tendrían la obligación de dar licencias médicas razonables para cualquier empleado con una necesidad médica. Otras tendencias, en tanto, afirman que un embarazo normal, que culmina con un parto normal, no es una enfermedad, de manera que tratar el embarazo y el parto como problemas médicos contribuiría a seguir estigmatizando a las mujeres embarazadas como enfermas o incapaces. Por su parte, las feministas culturales han resaltado que el trabajo de gestar y dar a luz es un trabajo valioso y poco valorado, a pesar de ser uno de los grandes aportes de la mujer en la sociedad, de modo que las licencias por maternidad deberían ser vistas como un reconocimiento al generoso trabajo físico de reproducción humana con el que cumplen las mujeres en bien de la sociedad.

Arreglos como la licencia de paternidad obligatoria por plazo idéntico al de la licencia por maternidad son algunas de las propuestas que las feministas han ofrecido para utilizar las licencias en la búsqueda de la transformación de la división sexual del trabajo. Algunas feministas culturales proponen la extensión de las licencias por maternidad existentes para incorporar en la definición del plazo, como variable, la práctica del amamantamiento más prolongado que fomenta la medicina por su impacto en la salud de los niños. Si bien hay puntos de encuentro entre las diferentes propuestas feministas, al momento de definir el plazo y la obligatoriedad de la licencia para el padre hay diferencias, al igual que al momento de definir si la licencia se justifica por los derechos de los niños.

## 6. CUIDADO DE PERSONAS Y TRABAJO DOMÉSTICO

Se ha señalado la dificultad que enfrentan las mujeres para acceder y permanecer en el trabajo remunerado, debido a su vínculo estereotipado con los trabajos de cuidado, de crianza y domésticos, considerados una responsabilidad casi exclusivamente femenina. De ahí que en muchos casos quienes no pueden delegarlo a otras mujeres, por medio del servicio doméstico, redes familiares o comunales, o bien no tienen la necesidad imperiosa de una remuneración, se dediquen únicamente a los quehaceres del hogar y permanezcan sin ingresos propios.

Autoras como Bergallo y Gherardi han analizado en detalle la forma en que el cuidado de niñas, niños y otras personas dependientes ha recaído esencialmente en las mujeres, a pesar de ciertas normas que exigen la implementación de servicios de guardería. Un problema radica en que se restringe este tipo de posibilidades solo a las mujeres madres, sin que sea claro por qué no

46 BERGALLO y GHERARDI (2008)

47 Para un mayor detalle sobre estas posturas, ver: BERGALLO y GHERARDI (2008).

se otorga este tipo de beneficio a los hombres. A causa de los estereotipos que pesan sobre ellas y de la influencia del rol histórico que han cumplido, las mujeres se enfrentan simultáneamente a las exigencias del ámbito laboral y familiar, con jornada, con requerimiento de capacitación y formación en horarios extralaborales, con reclamos de sus hijos y en muchos casos con responsabilidades para con los progenitores en situación de enfermedad. En atención a ello, autoras como Pautassi resaltan que es necesario comprometer a los varones a que asuman el cuidado no solo como una responsabilidad, sino también como una obligación.<sup>48</sup>

Asimismo, los servicios de guarderías y mecanismos de cuidado de carácter público son muy reducidos en Latinoamérica, contando además con diversos problemas en su acceso y calidad, lo cual lleva a que muchas mujeres abandonen su trabajo ante la imposibilidad de delegar el cuidado en una empleada doméstica u otros familiares.<sup>49</sup> Respecto de las estrategias relacionadas con la obligatoriedad para las empresas de proveer el acceso a guarderías o “salas cuna”, muchas veces solo se toma como referente para su impulso la cantidad de mujeres al interior de la empresa. Al respecto, cabe criticar que reglamentar la infraestructura del cuidado en función de las trabajadoras mujeres no solo presupone que serán las trabajadoras madres las que concurrirán al trabajo con sus hijos, sino que, además, las obligaciones legales que derivan de tales sistemas resultan fáciles de evadir por parte de las empresas, que suelen contratar el número de trabajadoras inmediatamente anterior al que las leyes fijan como condición para la obligatoriedad de la provisión de guarderías, a fin de eludir la carga extra que supone sostener una sala de cuidado infantil.

Este problema se agrava con el tradicional desequilibrio en el desarrollo de tareas domésticas. De acuerdo con el análisis de Bergallo y Gherardi<sup>50</sup>, la mayoría de las mujeres que se dedican al servicio doméstico remunerado (empleadas domésticas) están sometidas a largas jornadas de trabajo y se encuentran en la informalidad. En muchas ocasiones, además, este oficio termina siendo desempeñado por inmigrantes indocumentadas o mujeres de minorías étnicas. Estos aspectos generan una enorme dificultad para garantizar un adecuado acceso a la justicia ante denuncias de explotación, en gran medida debido al nivel de informalidad en la relación de trabajo.

## 7. FLEXIBILIDAD LABORAL E INFORMALIDAD

Uno de los principales problemas que enfrentan las mujeres, como ya se ha mencionado, se refiere a que los empleos en que ellas se desempeñan mayoritariamente suelen desarrollarse en escenarios de informalidad, lo que las sitúa fuera del ámbito de protección establecido en las legislaciones laborales. Dando cuenta de este fenómeno, la CIDH ha observado que un alto porcentaje de mujeres trabaja en el “sector informal” del mercado laboral, lo cual las somete a diversas desventajas<sup>51</sup>, que en general se derivan de la exclusión de este sector de la regulación y supervisión estatal.

Uno de los factores que explican la situación descrita en el párrafo anterior es la incorporación tardía de la mujer al mundo del trabajo, que condujo a que su inserción masiva se concentrara en puestos de bajo nivel dentro de la jerarquía ocupacional. Así, mientras que en la década de los sesenta la incorporación de las mujeres en el mercado del trabajo supuso una mejora en su calidad de vida, hacia los años noventa el aumento de la participación laboral femenina aparece

48 PAUTASSI (2007).

49 BERGALLO y GHERARDI (2008).

50 Ibíd.

51 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2001, Cap. XIIIa, párr. 31).

vinculado a las crisis económicas o familiares y en el marco de las políticas de ajuste estructural.<sup>52</sup> La pobreza generada por el neoliberalismo ha recargado de manera específica a las mujeres, dado que ellas enfrentan su impacto tanto en lo público como en lo privado, al ser muchas veces las únicas sostenedoras del hogar. Una triste paradoja, en este sentido, se observa durante las épocas de “flexibilidad” laboral impulsadas por el neoliberalismo, en cuyo contexto las mujeres consiguen trabajo más fácilmente que los varones en ciertas actividades, en tanto están dispuestas a aceptar condiciones de trabajo más precarias y con menor remuneración. En este contexto, en general, el aumento de la participación laboral femenina termina siendo causa y consecuencia de todo tipo de abusos en el marco de la flexibilidad laboral. El neoliberalismo privilegia a las mujeres solteras, sin hijos o con hijos grandes, quienes tienen menos responsabilidades familiares para salir a trabajar y, por lo tanto, mayor disponibilidad para aceptar jornadas laborales extensas y bajos salarios.

La situación de vulnerabilidad a la que se ven expuestas las mujeres bajo esta lógica y las consecuencias que de ella se derivan han sido reconocidas y examinadas por los órganos internacionales de derechos humanos. Un ejemplo que ilustra de manera precisa la situación en estudio se encuentra en el análisis que realizó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (IDH) con ocasión del caso *Campo Algodonero*<sup>53</sup>, específicamente, al reconstruir el contexto social y económico de los asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez, México. Dicho análisis mostró que el impulso a gran escala de la industria maquiladora en la zona fronteriza —como consecuencia de los tratados de libre comercio con los Estados Unidos— generó que muchas mujeres se incorporaran masivamente a estos nuevos trabajos, caracterizados por su excesiva precariedad y su desproporcionada exigencia en relación con horarios y jornadas laborales. Ello las sometió a una especial vulnerabilidad que se ha asociado al ejercicio brutal de violencia contra las mujeres en dicha región.

La deficiencia de las condiciones laborales de las mujeres es un fenómeno generalizado y que, en mayor o menor grado, se encuentra presente en todos los Estados latinoamericanos. Así, por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha hecho presente su preocupación en cuanto al cumplimiento del PIDESC en El Salvador, debido a que las condiciones establecidas en el Código del Trabajo no son respetadas respecto de las mujeres que trabajan en las maquiladoras, quienes experimentan precarias situaciones laborales como consecuencia de la falta de aplicación de las reglas de contratación y de las condiciones mínimas de trabajo.<sup>54</sup>

## 8. DERECHO A UNA VIVIENDA ADECUADA Y AUTONOMÍA ECONÓMICA DE LAS MUJERES

El derecho a una vivienda adecuada se reconoce en el párrafo 1 del artículo 11 del PIDESC:

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”.

52 Al respecto, ver: PAUTASSI (2007)

53 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

54 COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (2006, párr. 14).

El requisito de “adecuación” de la vivienda resulta de particular relevancia para determinar el contenido del derecho recién referido. El Comité DESC ha identificado los aspectos que deben evaluarse, en cualquier contexto, para determinar si una vivienda es adecuada:

- a) *Seguridad jurídica de la tenencia.* La tenencia adopta una variedad de formas, como el alquiler (público y privado), la vivienda en cooperativa, el arriendo, la ocupación por el propietario, la vivienda de emergencia y los asentamientos informales, incluida la ocupación de tierra o propiedad. Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados.
- b) *Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura.* Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia.
- c) *Gastos soportables.* Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sean, en general, commensurados con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda. De conformidad con el principio de la posibilidad de costear la vivienda, se debería proteger por medios adecuados a los inquilinos contra niveles o aumentos desproporcionados de los alquileres. En las sociedades en que los materiales naturales constituyen las principales fuentes de material de construcción de vivienda, los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar la disponibilidad de esos materiales.
- d) *Habitabilidad.* Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda<sup>[v]</sup> preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas.
- e) *Asequibilidad.* La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos. En muchos Estados Partes, el mayor acceso a la tierra por sectores desprovistos de tierra o empobrecidos de la

- sociedad debería ser el centro del objetivo de la política. Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho.
- f) *Lugar*. La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. Esto es particularmente cierto en ciudades grandes y zonas rurales donde los costos temporales y financieros para llegar a los lugares de trabajo y volver de ellos puede imponer exigencias excesivas en los presupuestos de las familias pobres. De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes.
- g) *Adecuación cultural*. La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por que se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos<sup>55</sup>.

Ciertos grupos de mujeres están expuestas a un mayor riesgo de carecer de vivienda o tenerla de modo inadecuado: mujeres viudas o divorciadas, jefas de hogar, indígenas o pertenecientes a tribus, víctimas de violencia doméstica, aquellas que hayan sido separadas de sus hijos menores de edad, empleadas domésticas, trabajadoras sexuales, refugiadas, lesbianas y transexuales.<sup>56</sup> A fin de asegurar el acceso de estas mujeres a una vivienda adecuada, los Estados deben emprender acciones orientadas a revertir tradiciones, prácticas o costumbres que discriminan a la mujer en relación con el acceso a la tierra, propiedad y vivienda<sup>57</sup>. En este sentido se ha pronunciado la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, instando a los Estados a:

“(Q)ue preparen legislación y revisen las leyes existentes para velar por que la mujer disfrute de plena igualdad de derechos en materia de propiedad de la tierra y otros bienes y del derecho a una vivienda adecuada, en particular mediante derechos sucesorios, y a que emprendan reformas administrativas y adopten otras medidas necesarias para dar a la mujer los mismos derechos de que disfruta el hombre en materia de crédito, capital, tecnologías apropiadas, acceso a mercados e información; [y alentando] a los gobiernos a que apoyen la transformación de las costumbres y tradiciones que discriminan contra la mujer y que le niegan la seguridad de tenencia en materia de propiedad, acceso y control de la tierra y la igualdad de derechos a la propiedad y a una vivienda adecuada, y aseguren el derecho de las mujeres a un tratamiento igual en los programas de reforma agraria, así como en los planes de reasentamiento y en lo relativo a la propiedad de bienes y la vivienda adecuada, y a que tomen otras medidas para

55 COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación General N° 14: “El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)”.

56 Ver: COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS (2006, párr. 30).

57 La Comisión de Derechos Humanos de la ONU ha “insta[do] a los Estados a que preparen legislación y revisen las leyes existentes para velar por que la mujer disfrute de plena igualdad de derechos en materia de propiedad de la tierra y otros bienes y del derecho a una vivienda adecuada, en particular mediante derechos sucesorios, y a que emprendan reformas administrativas y adopten otras medidas necesarias para dar a la mujer los mismos derechos de que disfruta el hombre en materia de crédito, capital, tecnologías apropiadas, acceso a mercados e información; [y alentado] a los gobiernos a que apoyen la transformación de las costumbres y tradiciones que discriminan contra la mujer y que le niegan la seguridad de tenencia en materia de propiedad, acceso y control de la tierra y la igualdad de derechos a la propiedad y a una vivienda adecuada, y aseguren el derecho de las mujeres a un tratamiento igual en los programas de reforma agraria, así como en los planes de reasentamiento y en lo relativo a la propiedad de bienes y la vivienda adecuada, y a que tomen otras medidas para incrementar el acceso a la tierra y la vivienda de las mujeres que viven en situación de pobreza, en particular las que son cabeza de familia, entre otras cosas mediante el acceso a los subsidios para vivienda” (COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS 2005, artículos 4 y 5).

incrementar el acceso a la tierra y la vivienda de las mujeres que viven en situación de pobreza, en particular las que son cabeza de familia, entre otras cosas mediante el acceso a los subsidios para vivienda”<sup>58</sup>.

De este pronunciamiento del Comité es posible extraer que el acceso de las mujeres a una vivienda adecuada se relaciona directamente con el acceso a la propiedad en general, que se examina brevemente a continuación.

## 9. DERECHO A LA PROPIEDAD

El acceso a la propiedad supone primeramente la obtención de los recursos necesarios para poder ejercer ese acceso. En ese sentido resulta relevante tener en consideración cómo “la posibilidad de adquirir el carácter de comerciante y de tener la propiedad sobre los bienes producto de ese oficio inciden en ciertas ideas como las del trabajo doméstico en cabeza de las madres de familia, la del comercio como una actividad inmoral y la función de la mujer como forjadora de la moral”. De esta manera, un primer factor que se visibiliza como obstáculo para el acceso de las mujeres a la propiedad tiene directa relación con la asignación de estereotipos de género en las relaciones familiares y en la división del trabajo entre hombres y mujeres.<sup>59</sup>

Un segundo aspecto relevante para comprender la dificultad que experimentan las mujeres para acceder a la propiedad dice relación con la intervención estatal en materia de propiedad, que se ha concretado de tres maneras en los Estados liberales:

“En primer lugar, la identificación de la función social [de la propiedad] como un derecho absoluto se debilitó para reconfigurarse en su lugar como un derecho con límites. Esta idea fundamentó reformas agrarias menos radicales —las radicales desmontan la propiedad privada— y justificó la redistribución de grandes extensiones de tierra en los diferentes países. Adicionalmente, la distribución de la propiedad abrió el camino a los subsidios de vivienda urbana. En segundo lugar, y con el mismo espíritu de distribución equitativa de recursos, se encuentran las leyes y políticas públicas que designan una porción del territorio para ser asignada a una minoría. Finalmente se encuentra el desarrollo jurisprudencial, que configura un orden de prioridad y un procedimiento privilegiado para los miembros de grupos vulnerables: indígenas, campesinos, mujeres, mujeres cabeza de familia, mujeres desplazadas y víctimas de un conflicto armado, entre otros”<sup>60</sup>.

Atendiendo a este contexto, autoras como Alviar<sup>61</sup> han señalado que muchos procesos de reforma agraria han invisibilizado las formas de acceso privilegiado de los hombres a la propiedad y que, paralelamente, existe tensión entre los objetivos de igualdad para los campesinos y la igualdad para las madres que no pueden poseer la tierra debido a sus obligaciones de cuidado de la familia. Asimismo, esta autora resalta que la definición de la posesión es un impedimento jurídico importante dado que, especialmente en las reformas agrarias, el uso de la tierra otorga la propiedad formal sobre los predios. De este modo, aunque el derecho de propiedad se garantice indistintamente a hombres y mujeres, la definición de la posesión en atención al cultivo de la tierra excluirá a las mujeres que se dedican principalmente al trabajo doméstico y reproductivo. En otras palabras, la tradicional asignación de roles que sitúa a las mujeres como proveedoras de cuidado,

58 Ibíd.

59 ALVIAR (2008a, p. 506).

60 Ibíd., pp. 513-514.

61 Ibíd.

cariño y valores —en oposición a los hombres, que se posicionan como proveedores económicos— en ocasiones limita sus posibilidades de ser propietarias. Existen casos, sin embargo, en que se han dictado resoluciones judiciales que contabilizan el trabajo reproductivo y otorgan el derecho de propiedad a la mujer cuando el objeto de la legislación ha sido proteger a los niños de una familia, como cuando se trata de la disolución de la sociedad conyugal.<sup>62</sup>

Por último, cabe advertir que las políticas públicas de vivienda destinadas a las madres cabeza de familia han sido estrategias claves para impulsar la función social de la propiedad. En este punto, Alviar resalta que “el acceso privilegiado a la propiedad para las mujeres con cargas familiares mayores se debe analizar según el concepto de familia protegido por un ordenamiento jurídico en concordancia con el concepto de propiedad que se promueva”<sup>63</sup>.

Al ilustrar la aplicación judicial concreta del acceso privilegiado de las mujeres jefas de familia a la vivienda, la Corte Constitucional colombiana<sup>64</sup> se pronunció en el año 2004 respecto de si se podía crear un procedimiento más expedito para la constitución del patrimonio familiar, sin violar la igualdad entre todas las personas, cuando la cabeza del núcleo familiar es una madre. La Corte estableció que, en virtud de la protección especial a las mujeres cabeza de familia, la constitución del patrimonio familiar no debía estar sujeta a los mismos requisitos que se exigen a las familias en las que ambos padres están presentes.<sup>65</sup> Esta especial protección de la que son titulares las madres cabeza de familia se explica por las condiciones de discriminación y marginación que experimentan las mujeres y por el significativo número de mujeres que, por diversos motivos, se han convertido en cabezas de familia y han debido asumir, en condiciones precarias y sin apoyo de ninguna naturaleza, tanto las responsabilidades del hogar como las propias de la actividad de la que obtienen el sustento familiar.

## 10. CONSIDERACIONES FINALES: NEOLIBERALISMO, FLEXIBILIZACIÓN LABORAL, POBREZA Y AUTONOMÍA ECONÓMICA

Los diversos temas analizados en este texto permiten identificar la importancia de un abordaje integral y sectorial de la autonomía económica de las mujeres, en el marco del cual sea posible ver la pobreza como causa y consecuencia de la violación de sus derechos económicos y sociales. Al respecto, en línea con lo que se ha mencionado varias veces en este documento en torno a la pobreza, cabe resaltar que en la Declaración del Milenio los gobiernos han asumido el compromiso de “[p]romover la igualdad entre los sexos y la autonomía de la mujer como medios eficaces de combatir la pobreza, el hambre y las enfermedades y de estimular un desarrollo verdaderamente sostenible”<sup>66</sup>. Esta interrelación entre temáticas de autonomía económica, pobreza y desarrollo busca resaltar que las mujeres y las niñas se ven más afectadas que los hombres por el hambre, la inseguridad alimentaria y la pobreza. Y ello se relaciona con las desigualdades entre los géneros, la falta de poder social, económico y políticos de las mujeres y la discriminación contra ellas.<sup>67</sup>

Las mujeres sufren más la pobreza por la multiplicidad de intersecciones de subordinación que limitan su desarrollo de potencial humano, teniendo en cuenta que en muchas ocasiones son responsables casi “exclusivas” de la provisión cotidiana para la supervivencia del núcleo familiar,

62 Ibid.

63 Ibid., p. 530.

64 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-950 de 2004.

65 ALVIAR (2008, pp. 530-532).

66 ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS (2000, párr. 20).

67 Ver: ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS (2005, punto 4); (2006, punto 4) y (2003, párr. 13, 19 y 20).

responsabilidad que no se distribuye equitativamente al interior del hogar.<sup>68</sup> Asimismo, estereotipos de género producen y reproducen visiones y realidades que mantienen a las mujeres en situaciones de subordinación, exclusión y mayor pobreza.<sup>69</sup>

### **Preguntas:**

1. ¿De qué forma influyen los roles y los estereotipos de género en el tipo de ocupaciones que se adscriben a las mujeres?
2. ¿En qué forma se puede señalar que existe un impacto desproporcionado y diferencial de la violación de los derechos económicos y sociales respecto de las mujeres?
3. ¿Qué impacto tienen la economía informal y la flexibilización laboral respecto de la garantía del derecho al trabajo de las mujeres?
4. ¿Qué alcance le ha otorgado la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia a la protección laboral reforzada de la mujer embarazada?
5. ¿Qué problemas de desigualdad han generado algunos de los procesos de reforma agraria? ¿Cómo podrían redefinirse el derecho a la vivienda y el derecho a la propiedad para permitir un mayor empoderamiento de las mujeres?

## **11. SELECCIÓN DE ESTÁNDARES INTERNACIONALES RELEVANTES**

### **11.1. Sistema Universal**

La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 25 señala que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”, mientras que el artículo 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) señala que “se debe conceder especial protección a las madres durante un período razonable antes y después del parto”.

En el artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos enunciados en el Pacto, y en el artículo 7.a.(i) se hace referencia al derecho a “un salario igual por trabajo de igual valor” y a “igual oportunidad para todos de ser promovidos” en el trabajo. El artículo 10 dispone que se debe conceder especial protección a las madres durante un período razonable antes y después del parto y que se deben adoptar medidas especiales en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna.

El artículo 12.2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), señala que “los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario”. El artículo 11 de este tratado reconoce el derecho al empleo condiciones de igualdad entre varones y mujeres, incluyendo, entre otros, el derecho a la seguridad

68 PAUTASSI (2007).

69 Para un mayor desarrollo de este punto, ver: VICENTE (2005).

social, a elegir libremente el empleo, el derecho al ascenso y a la formación profesional. Asimismo prohíbe la discriminación en el empleo y el despido por motivos de embarazo o matrimonio.

De forma más concreta, la CEDAW en su artículo 11 dispone que es obligación de los Estados adoptar “todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo” a fin de asegurarle, en condiciones de igualdad con los hombres “el derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano”. El ordinal segundo del artículo establece, respecto de la estabilidad laboral y la licencia por maternidad, lo siguiente:

“2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

- a. Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;
- b. Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales.”

## 11.2. Sistema Interamericano

En el art. 6.2 del Protocolo de San Salvador se establece que “[l]os Estados Partes se comprometen [...] a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo”.

## 11.3. Organización Internacional del Trabajo

Diversos Convenios de la OIT han tenido el propósito de garantizar el derecho a la no discriminación en el mundo del trabajo y avanzar en la creación de las condiciones necesarias para el logro de la igualdad de oportunidades. Además de la Constitución de la OIT, donde se establece la obligación de promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres en el mundo laboral, cabe destacar los siguientes instrumentos<sup>70</sup>.

Convenio N° 100 Relativo a la igualdad de remuneración (1950). Este convenio hace referencia al principio de igualdad de remuneración (salario) entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor. Uno de los métodos que exalta el Convenio para facilitar su aplicación es la evaluación objetiva del empleo.

Convenio N° 111 Relativo a la no discriminación en el empleo y ocupación (1958). Hace referencia a cualquier distinción, exclusión o preferencia en el empleo por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. Señala que todo Estado que ratifique el Convenio se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva la igualdad de oportunidades y de trato.

Convenio N° 156 Relativo a trabajadores con responsabilidades familiares (1981). Con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares, este Convenio busca garantizar la libertad en la elección del empleo teniendo en cuenta sus necesidades personales y la reincorporación en el empleo después de una ausencia debido a dichas responsabilidades. Todo Estado debe permitir que las personas

70 Un análisis más detallado puede verse en: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2012).

con responsabilidades familiares desempeñen un empleo sin ser objeto de discriminación, y en la medida de lo posible sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales.

Convenio N° 158 Relativo a la terminación de la relación de trabajo. Hace referencia a que un empleador no podrá terminar la relación de trabajo de un trabajador por motivos de afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo; tampoco por ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; por presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, por recurrir ante las autoridades administrativas competentes; por cuestiones de la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social; o por la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad.

Convenio N° 171 Relativo al trabajo nocturno. Señala que se deben adoptar en beneficio de los trabajadores nocturnos las medidas específicas requeridas por la naturaleza de ese trabajo, a fin de proteger su salud, ayudarles a cumplir con sus responsabilidades familiares y sociales, proporcionarles posibilidades de mejoras en su carrera y compensarles adecuadamente. Tales medidas deberán también tomarse en el ámbito de la seguridad y de la protección de la maternidad, en favor de todos los trabajadores que realizan un trabajo nocturno. En materia de protección a la maternidad, el Convenio indica que deberá existir una alternativa al trabajo nocturno para las mujeres durante el periodo de al menos 16 semanas, antes y después del parto, de las cuales al menos ocho semanas deberán tomarse antes de la presunta fecha del parto y durante el embarazo y durante un lapso determinado más allá del periodo de 16 semanas, previa presentación de un certificado médico. Resalta también que, durante los diferentes periodos, no se deberá despedir ni comunicar el despido a una trabajadora, salvo por causas justificadas no vinculadas al parto ni al embarazo.

#### Convenio N° 183 Sobre la protección de la maternidad (1952)

“§ Toda mujer a la que se aplique el presente Convenio tendrá derecho, mediante presentación de un certificado médico o de cualquier otro certificado apropiado, según lo determinen la legislación y la práctica nacionales, en el que se indique la fecha presunta del parto, a una licencia de maternidad de una duración de al menos catorce semanas.

§ Teniendo debidamente en cuenta la necesidad de proteger la salud de la madre y del hijo, la licencia de maternidad incluirá un período de seis semanas de licencia obligatoria posterior al parto, a menos que se acuerde de otra forma a nivel nacional por los gobiernos y las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores.

§ El período prenatal de la licencia de maternidad deberá prolongarse por un período equivalente al transcurrido entre la fecha presunta del parto y la fecha en que el parto tiene lugar efectivamente, sin reducir la duración de cualquier período de licencia obligatoria después del parto.

§ Las prestaciones médicas deberán comprender la asistencia prenatal, la asistencia durante el parto y la asistencia después del parto, así como la hospitalización cuando sea necesario.

§ La mujer tiene derecho a una o varias interrupciones por día o a una reducción diaria del tiempo de trabajo para la lactancia de su hijo”

Convenio N° 189 Sobre el trabajo decente para las trabajadoras y trabajadores domésticos (2011). En su Preámbulo, este Convenio precisó que el trabajo doméstico sigue siendo infravalorado e invisible y que lo realizan principalmente las mujeres y las niñas, muchas de las cuales son migrantes o forman parte de comunidades desfavorecidas, y son particularmente vulnerables a la discriminación y abusos. El artículo 3.(d) de este Convenio obliga a la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALVIAR GARCÍA, Helena. 2008a. Derecho, desarrollo y feminismo en América Latina. Bogotá, Uniandes/Temis.
- ALVIAR GARCÍA, Helena. 2008b. Propiedad. En: MOTTA, Cristina y SÁEZ, Macarena (eds.). La mirada de los jueces. Buenos Aires, Siglo del Hombre / Red Alas.
- AMAYA CASTRO, Juan Manuel. 2010. Human rights and the critiques of the public-private distinction. Bogotá, Vrije Universiteit.
- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. 2000. Declaración del Milenio. [En línea] Resolución 55/2, 50° periodo de sesiones, U.N. Doc. A/RES/55/2, 13 de septiembre. <<http://www.un.org/spanish/milenio/ares552.pdf>> [Consulta: 14 de octubre de 2013].
- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. 2003. El derecho a la alimentación. Informe preparado por el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, Sr. Jean Ziegler, de conformidad con la resolución 57/226 de la Asamblea General. 58° periodo de sesiones, U.N. Doc. A/58/330, 28 de agosto.
- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. 2005. El derecho a una alimentación adecuada. Resolución 59/202 de 31 de marzo de 2005. U.N.Doc. A/RES/59/202.
- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. 2006. El derecho a una alimentación adecuada. Resolución 60/165 de 2 de marzo de 2006. U.N.Doc A/RES/60/165.
- BERGALLO, Paola y GHERARDI, Natalia. 2008. Trabajo. En: MOTTA, Cristina y SÁEZ, Macarena (eds.). La mirada de los jueces. Buenos Aires, Siglo del Hombre / Red Alas.
- BERGALLO, Paola. 2006. ¿Un techo de cristal en el Poder Judicial? La selección de los jueces federales y nacionales en Buenos Aires. En: CABAL, Luisa y MOTTA, Cristina (eds.). Más allá del Derecho. Justicia y género en América Latina. Colombia, Red Alas.
- CABAL, Luisa y MOTTA, Cristina (eds.). 2006. Más allá del Derecho. Justicia y género en América Latina. Colombia, Red Alas.
- COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. 2005. La igualdad de las mujeres en materia de propiedad, acceso y control de la tierra y la igualdad de derechos a la propiedad y a una vivienda adecuada. Resolución 2005/25, de 15 de abril. U.N. Doc E/CN.4/RES/2005/25.
- COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. 2006. La mujer y la vivienda adecuada. Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, Miloon Kothari. [En línea] U.N. Doc. E/CN.4/2006/118, 27 de febrero. <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/111/69/PDF/G0611169.pdf?OpenElement>> [Consulta: 14 de octubre de 2013].
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 1971. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1970. OEA/Ser.L/V/II.25 Doc. 9, 12 de marzo.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 1983. Informe sobre Cuba. OEA/Ser.L/V/II.61, Doc. 29 rev. 1, 4 de octubre de 1983.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 1998. Informe sobre la situación de los derechos humanos en México. [En línea] OEA/Ser.L/V/II.100 Doc. 7 rev. 1, 24 de septiembre.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 1999a. Informe sobre República Dominicana. OEA/Ser.L/V/II.104, Doc.49 rev. 1, 7 de octubre.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 1999b. Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia. [En línea] OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1, 26 de febrero. <<http://www.cidh.org/countryrep/colom99sp/indice.htm>> [Consulta: 14 de octubre de 2013].

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2001. Informe sobre Guatemala. OEA/Ser.L/V/II.111, doc. 21 rev, 6 de abril.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2003. Justicia e inclusión social: los desafíos de la democracia en Guatemala. [En línea] OEA/Ser.L/V/II.118 Doc. 5 rev. 1. <<http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/GUATEMALA.2003.pdf>> [Consulta: 14 de octubre de 2013].

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. 2006. Observaciones finales al segundo informe periódico de El Salvador, adoptadas por el Comité en su 37° periodo de sesiones (6 al 24 de noviembre de 2006). U.N. Doc. E/C.12/SLV/CO/2.

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. 2004. Los derechos económicos, sociales y culturales. El derecho a la educación. Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Vernor Muñoz Villalobos. [En línea] E/CN.4/2005/50, 17 de diciembre. <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/171/43/PDF/G0417143.pdf?OpenElement>> [Consulta: 14 de octubre de 2013].

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. 2006. Resolución 60/251. Aprobada por la Asamblea General el 15 de marzo (A/RES/60/251).

DURÁN, Josefina *et al.* 2012. Derecho a la no discriminación en la formación profesional y el empleo. En: EQUIPO LATINOAMERICANO DE JUSTICIA Y GÉNERO – ELA. La justicia en construcción: derechos y género ante los tribunales y los medios de comunicación en América Latina. Argentina, ELA.

LEMAITRE, Julieta. 2006. Alcance de la reforma legal: La prohibición de despido a la mujer embarazada en Colombia. En: CABAL, Luisa y MOTTA, Cristina (eds.). Más allá del Derecho. Justicia y género en América Latina. Colombia, Red Alas.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 2012. Igualdad de género y trabajo decente: Convenios y recomendaciones claves de la OIT para la igualdad de género. Ginebra, OIT.

PARRA VERA, Óscar, VILLANUEVA HERMIDA, María Aránzazu y MARTIN, Agustín. 2008. Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Sistema Universal y Sistema Interamericano. San José, IIDH.

PAUTASSI, Laura. 2007. ¡Cuánto trabajo, mujer! Buenos Aires, Capital Intelectual.

RED-DESC e IWRAP ASIA PACIFIC. 2013. Claiming women's economic social and cultural rights. [En Línea] <<http://www.escri-net.org/sites/default/files/ESCR-NET-Manual-Booklet-1.pdf>> [Consulta: 14 de octubre de 2013].

RED-DESC. 2013. Folleto Informativo sobre los DESC de las mujeres. [En Línea] <<http://www.escri-net.org/sites/default/files/ESCR-factsheet-SPANISH-Web.pdf>> [Consulta: 14 de octubre de 2013].

RICO, María Nieves y MARCO, Flavia. 2006. Las mujeres en el empleo sectorial en América Latina. En su: Mujer y empleo. Buenos Aires, Siglo XXI/CEPAL.

VICENTE, Esther. 2005. De la feminización de la pobreza a la feminización y democratización del poder. En: SABA, Roberto. Derecho y pobreza. Buenos Aires, SELA/Editores del Puerto.

## Jurisprudencia citada

### COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- Informe N° 4/01 (Fondo), Caso 11.625: María Eugenia Morales de Sierra - Guatemala, 19 de enero de 2001. [En línea] <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Guatemala11.625.htm>> [Consulta: 14 de octubre de 2013].

## **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

- Caso González y Otras ("Campo Algodonero") vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). [En línea] <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_205\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf)> [Consulta: 9 de octubre de 2013].

## **CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**

- Auto 092/08, de 14 de abril de 2008. Ref.: Protección de los derechos fundamentales de las mujeres víctimas del desplazamiento forzado por causa del conflicto armado, en el marco de la superación del estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia T-025 de 2004, después de la sesión pública de información técnica realizada el 10 de mayo de 2007 ante la Sala Segunda de Revisión. [En línea] <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2008/a092-08.htm>> [Consulta: 14 de octubre de 2013].
- Sentencia SU070/13, de 13 de febrero de 2013. [En línea] <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/su070-13.htm>> [Consulta: 14 de octubre de 2013].
- Sentencia SU071/13, de 13 de febrero de 2013. [En línea] <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/SU071-13.htm>> [Consulta: 14 de octubre de 2013].
- Sentencia T-005/09, de 16 de enero de 2009. [En línea] <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/SU071-13.htm>> [Consulta: 14 de octubre de 2013].
- Sentencia T-026/96, de 26 de enero de 1996. [En línea] <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-026-96.htm>> [Consulta: 14 de octubre de 2013].
- Sentencia T-095/2008, de 7 de febrero de 2008. [En línea] <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-095-08.htm>> [Consulta: 14 de octubre de 2013].
- Sentencia T-184/2012, de 8 de marzo de 2012. [En línea] <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-184-12.htm>> [Consulta: 14 de octubre de 2013].
- Sentencia T-373/1998, de 22 de julio de 1998. [En línea] <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-373-98.htm>> [Consulta: 14 de octubre de 2013].
- Sentencia T-568/96, de 28 de octubre de 1996. [En línea] <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/t-568-96.htm>> [Consulta: 14 de octubre de 2013].

## **CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL (ARGENTINA)**

- Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/Freddo S.A., 16 de diciembre de 2002

## **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA**

- Estrella Fernández c/ Sanatorio Güemes S.A., 23 de agosto de 1988.

## **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR**

- Sentencia 0198-2003-RA.

# LA VIOLENCIA EN CONTRA DE LAS MUJERES

Patricia Palacios Zuloaga

## INTRODUCCIÓN

Es importante destacar que no se puede entender el fenómeno de la violencia en contra de las mujeres sin entender el sistema de poder patriarcal que oprime a las mujeres todos los días en todas las sociedades. La violencia en contra de las mujeres y las respuestas frente a ella son producto de este esquema social que busca mantener el poder masculino. La fuente de la violencia de género es, por ende, la discriminación.

Consideremos, por ejemplo, la influencia de la dicotomía público/privada en las formas de violencia en contra de las mujeres y en la reacción estatal a ellas. La mayoría de las instancias de violencia que sufren las mujeres ocurren a manos de hombres conocidos o a raíz de la trata sexual. Ambos fenómenos pueden explicarse en la subordinación de la mujer a los hombres y la reacción a ellos —o falta de reacción por parte del Estado— se puede explicar en que se considera que la violencia en contra de las mujeres es un asunto propio del ámbito privado y que no merece de la intervención estatal. La violencia doméstica es vista como un problema familiar y la trata de mujeres como un asunto comercial privado.

Asimismo, es evidente que la respuesta del Derecho a estos fenómenos muchas veces no es adecuada justamente porque la ley no toma en cuenta las formas de actuar que tiene el patriarcado. Si las personas que formulan la ley y que la aplican no perciben las estructuras opresivas a las que son sometidas las mujeres no podrán combatir las y su trabajo servirá para perpetuar estas estructuras. Como veremos a continuación, hay muchísimas figuras en el derecho que refuerzan las estructuras de poder que oprimen las mujeres; un buen ejemplo es la formulación del delito de violación sexual como una penetración sexual no consentida, que presume que las mujeres siempre tienen la capacidad y la posibilidad de prestar libre consentimiento. Asimismo, la ley ha procedido a presumir el consentimiento en ciertos casos, por ejemplo, el caso de mujeres casadas que son violadas por sus parejas, el caso de las prostitutas y los casos en que la mujer violada no ha opuesto resistencia física a la agresión<sup>1</sup>.

Las convenciones generales de derechos humanos fueron redactadas mayormente por hombres, quienes se preocuparon de formular los derechos ahí incluidos de tal manera de dejarlos “género-neutros”. De esta manera, resultaron textos que protegen los derechos humanos de la manera androcéntrica en que los entendían sus redactores, y en consecuencia, la mayoría de estos tratados invisibilizan las formas más comunes en que las mujeres sufren violaciones a sus derechos humanos. Estos tratados contienen artículos que *pueden* ser invocados para afirmar que los Estados deben tomar medidas para combatir la violencia en contra de las mujeres, pero se ha requerido que órganos especializados se pronuncien sobre la aplicación de estos derechos a las mujeres. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) abarcan el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y de otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, la prohibición de la esclavitud y el derecho a no sufrir discriminación; sin embargo, el reconocimiento de que estos derechos también se aplican en los casos más frecuentes

1 Ver, por ejemplo: CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Caso M.C. vs. Bulgaria. Application N° 39272/98. Sentencia de 4 de diciembre de 2003

de violencia de género es relativamente reciente. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) exige a los Estados Partes tomar medidas para suprimir la trata y la explotación de la prostitución de la mujer, pero no menciona explícitamente la violencia en su texto. Esto es señal de que incluso al formular este tratado, que es la principal fuente de derecho internacional de las mujeres, los redactores no quisieron sacar la violencia de género del ámbito privado en que ha residido siempre.

El primer tratado internacional en abocarse a la violencia en contra de las mujeres de forma explícita es la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia en Contra de la Mujer, también conocida como la Convención de Belém Do Pará. Este tratado define la violencia en contra de las mujeres de la siguiente manera:

“Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”<sup>2</sup>.

Lo que sigue es un breve análisis del derecho internacional, la jurisprudencia internacional y la doctrina en torno a tres manifestaciones de la violencia en contra de las mujeres: la violencia doméstica, la violencia de género en circunstancias de conflicto armado o dictadura y la trata de mujeres. Esta mirada busca inspirar un análisis crítico de la forma en que la ley ha respondido a estos fenómenos.

## 1. VIOLENCIA DOMÉSTICA

### 1.1. Derecho Internacional

La Organización Mundial de la Salud estima que el 30% de las mujeres en el mundo que han estado en relaciones de pareja han experimentado violencia física o sexual a manos de sus parejas. Asimismo, estima que el 38% de los asesinatos de mujeres son cometidos por sus parejas<sup>3</sup>. Esta forma de violencia en contra de las mujeres es la más común globalmente, pero también es una de las más difíciles de contabilizar, porque hay una altísima cifra oscura de casos que nunca llegan a la atención de las autoridades.

El Comité de Derechos Humanos, órgano de Naciones Unidas encargado de velar por el cumplimiento del PIDCP, emitió en el año 2000 su Comentario General N° 28, que busca explicitar cómo los derechos protegidos en esa Convención deben ser protegidos respecto de las mujeres. Lo que resultó de este esfuerzo fue una relectura del Pacto con una mirada de género y consecuentemente, un catálogo de las formas más comunes en que se violan los derechos humanos de las mujeres. El Comité, al analizar la forma en que se viola el derecho de las mujeres a no ser objeto de torturas u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, se mostró preocupado por la alta incidencia de violencia doméstica en los Estados Partes y la falta de información proporcionada a este respecto en los informes presentados por estos Estados:

“El Comité, a fin de evaluar el cumplimiento del artículo 7 del Pacto, así como del artículo 24, en que se prevé la protección especial del niño, necesita información sobre las leyes y prácticas nacionales relativas a la violencia en el hogar y otros tipos de violencia contra la mujer, con inclusión de la violación”<sup>4</sup>.

2 Convención de Belém do Pará, Artículo 1.

3 WORLD HEALTH ORGANIZATION (2013).

4 COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General N° 28 (la igualdad de derechos entre hombres y mujeres). 68° periodo de sesiones, 2000, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, párr. 11.

En 1992 el Comité CEDAW emitió su recomendación General N° 19, que versa sobre la violencia en contra de las mujeres como consecuencia de la discriminación por sexo:

"9. (...) cabe subrayar que, de conformidad con la Convención, la discriminación no se limita a los actos cometidos por los gobiernos o en su nombre (véanse los apartados e) y f) del artículo 2 y el artículo 5). Por ejemplo, en virtud del inciso e) del artículo 2 de la Convención, los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas. En virtud del derecho internacional y de pactos específicos de derechos humanos, los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas.

[...]

11. Las actitudes tradicionales, según las cuales se considera a la mujer como subordinada o se le atribuyen funciones estereotipadas perpetúan la difusión de prácticas que entrañan violencia o coacción, como la violencia y los malos tratos en la familia, los matrimonios forzosos, el asesinato por presentar dotes insuficientes, los ataques con ácido y la circuncisión femenina. Esos prejuicios y prácticas pueden llegar a justificar la violencia contra la mujer como una forma de protección o dominación. El efecto de dicha violencia sobre su integridad física y mental es privarla del goce efectivo, el ejercicio y aun el conocimiento de sus derechos humanos y libertades fundamentales. Si bien en esta observación se hace hincapié en la violencia real o las amenazas de violencia, sus consecuencias básicas contribuyen a mantener a la mujer subordinada, a su escasa participación en política y a su nivel inferior de educación y capacitación y de oportunidades de empleo.

12. Estas actitudes también contribuyen a la difusión de la pornografía y a la representación y otro tipo de explotación comercial de la mujer como objeto sexual, antes que como persona. Ello, a su vez, contribuye a la violencia contra la mujer.

[...]

23. La violencia en la familia es una de las formas más insidiosas de violencia contra la mujer. Existe en todas las sociedades. En las relaciones familiares se somete a las mujeres de cualquier edad a violencia de todo tipo, como lesiones, violación, otras formas de violencia sexual, violencia mental y violencia de otra índole, que se ven perpetuadas por las actitudes tradicionales. La falta de independencia económica obliga a muchas mujeres a permanecer en situaciones violentas. La negación de sus responsabilidades familiares por parte de los hombres puede ser una forma de violencia y coerción. Esta violencia compromete la salud de la mujer y entorpece su capacidad de participar en la vida familiar y en la vida pública en condiciones de igualdad"<sup>5</sup>.

A la fecha de esta escritura, la única convención internacional que hace referencia explícita a la violencia doméstica es la Convención de Belém do Pará<sup>6</sup>, que en su artículo 2 se preocupa de incluir en la definición de violencia contra las mujeres aquella que ocurre dentro de las relaciones interpersonales:

"Artículo 2

Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

5 COMITÉ CEDAW. Recomendación General N° 19 (violencia contra las mujeres). 11° período de sesiones, 1992, U.N. Doc. HRI\GEN\1\Rev.1 at 84 (1994), párrs. 9-23.

6 La Convención del Consejo de Europa para Prevenir y Combatir la Violencia en Contra de las Mujeres y la Violencia Doméstica aún no entra en vigencia.

- a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;
- b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y
- c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra”<sup>7</sup>.

## 1.2. Jurisprudencia:

- **Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): Informe N° 54/01 (Fondo). Caso 12.051: María Da Penha Maia Fernandes – Brasil. 16 de abril de 2001**

La víctima de este caso sufrió violencia a manos de su cónyuge durante años, violencia que culminó con un intento de homicidio con arma de fuego mientras dormía, que la dejó parapléjica. Al llegar de vuelta del hospital, su cónyuge intentó asesinarla de nuevo, esta vez intentando electrocutarla mientras se bañaba. El proceso penal en contra de su marido tomó ocho años en llegar a sentencia de primera instancia, que lo condenó a quince años de cárcel, reducido a diez años por no tener condenas anteriores. Luego de varias maniobras judiciales de parte del agresor, que suspendieron la ejecución de su condena de cárcel, a la fecha de la resolución de la CIDH habían pasado más de diecisiete años sin que la justicia brasileña hubiese llegado a sentencia definitiva en el caso y sin que el marido de la víctima hubiese sido encarcelado.<sup>8</sup>

Dado que Brasil ratificó la CADH después de los intentos de homicidio en contra de la víctima, la Comisión solo pudo examinar la violación de sus artículos 1 (obligación de respetar los derechos), 8 (garantías judiciales), 24 (igualdad ante la ley) y 25 (protección judicial) en relación con los artículos II (vida) y XVIII (justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los artículos 3, 4, 5 y 7 de la Convención de Belém do Pará. Esta aproximación al caso se encuadra dentro de la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos que separa la violación sustantiva del derecho humano de la búsqueda de la justicia por dicha violación.<sup>9</sup>

### \* EXTRACTO

#### **“B. Igualdad ante la Ley (artículo 24 de la Convención) y artículos II y XVIII de la Declaración**

45. Los peticionarios también alegan la violación del artículo 24 de la Convención Americana en relación con los derechos de igualdad ante la ley, y de derecho a justicia protegidos por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículos II y XVIII).

46. En este sentido, la Comisión Interamericana destaca que ha seguido con especial interés la vigencia y evolución del respeto a los derechos de la mujer y en particular aquellos relacionados con la violencia doméstica. La Comisión recibió información

7 Convención de Belém do Pará, Artículo 2.

8 CIDH. Informe N° 54/01 (Fondo). Caso 12.051: María Da Penha Maia Fernandes – Brasil. 16 de abril de 2001. Párrs. 1-20, 44.

9 A partir de: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Blake vs. Guatemala, Sentencia de 24 de enero de 1998 (Fondo).

sobre el alto número de ataques domésticos contra las mujeres en Brasil. Solamente en Ceará (donde ocurrieron los hechos de este caso) hubo en 1993, 1183 amenazas de muerte registradas en las Delegaciones especiales policiales para la mujer, dentro de una total de 4755 denuncias.

47. Las agresiones domésticas contra mujeres son desproporcionadamente mayores que las que ocurren contra hombres. Un estudio del Movimiento Nacional de Derechos Humanos de Brasil compara la incidencia de agresión doméstica contra las mujeres y contra los hombres, mostrando que en los asesinatos había 30 veces más probabilidad para las víctimas mujeres de haber sido asesinadas por su cónyuge, que para las víctimas masculinas. La Comisión encontró en su Informe Especial sobre Brasil de 1997 que existía una clara discriminación contra las mujeres agredidas por la ineficacia de los sistemas judiciales brasileños y su inadecuada aplicación de los preceptos nacionales e internacionales, inclusive los que surgen de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Brasil.

[...]

### **C. Artículo 7 de la Convención de Belém do Pará**

[...]

55. La impunidad que ha gozado y aún goza el agresor y ex esposo de la señora Fernandes es contraria a la obligación internacional voluntariamente adquirida por parte del Estado al ratificar la Convención de Belém do Pará. La falta de juzgamiento y condena del responsable en estas circunstancias constituye un acto de tolerancia por parte del Estado de la violencia que Maria da Penha sufrió, y esa omisión de los tribunales de justicia brasileños agrava las consecuencias directas de las agresiones por su exmarido sufridas por la señora Maria da Penha Maia Fernandes. Es más, como ha sido demostrado previamente, esa tolerancia por los órganos del Estado no es exclusiva de este caso, sino una pauta sistemática. Es una tolerancia de todo el sistema, que no hace sino perpetuar las raíces y factores psicológicos, sociales e históricos que mantienen y alimentan la violencia contra la mujer.

56. Dado que esta violación contra Maria da Penha forma parte de un patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado para procesar y condenar a los agresores, considera la Comisión que no solo se viola la obligación de procesar y condenar, sino también la de prevenir estas prácticas degradantes. Esa inefectividad judicial general y discriminatoria crea el ambiente que facilita la violencia doméstica, al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad para sancionar esos actos.

57. En relación con los incisos c y h del artículo 7, la Comisión debe considerar las medidas tomadas por el Estado para eliminar la tolerancia de la violencia doméstica. La Comisión ha llamado la atención positivamente por varias medidas de la actual administración con ese objetivo, en particular la creación de Delegaciones especiales de policía, los refugios para mujeres agredidas, y otras. Sin embargo en este caso emblemático de muchos otros, la ineficacia judicial, la impunidad y la imposibilidad de obtener una reparación por la víctima establece una muestra de la falta de compromiso para reaccionar adecuadamente frente a la violencia doméstica. El artículo 7 de la Convención de Belém do Pará parece ser una lista de los compromisos que el Estado brasileño no ha cumplido aún en cuanto a este tipo de casos.

58. Por lo expuesto, la Comisión considera que en este caso se dan las condiciones de violencia doméstica y de tolerancia por el Estado definidas en la Convención de Belém do Pará y existe responsabilidad del Estado por la falta de cumplimiento

del Estado a sus deberes establecidos en los artículos 7(b), (d), (e) (f) y (g) de esa Convención, en relación con los derechos por ella protegidos, entre ellos, a una vida libre de violencia (artículo 3), a que se respete su vida, su integridad física, psíquica y moral y su seguridad personal, su dignidad personal, igual protección ante la ley y de la ley; y a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos (artículos 4(a), (b), (c) (d), (e), (f) y (g)). [...]

## VII. CONCLUSIONES

60. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos reitera al Estado de Brasil las siguientes conclusiones:

1. Que tiene competencia para conocer de este caso y que la petición es admisible de conformidad con los artículos 46(2)(c) y 47 de la Convención Americana, y de acuerdo con el artículo 12 de la Convención de Belém do Pará, respecto de violaciones de los derechos y deberes establecidos en los artículos 1(1) (Obligación de Respetar los Derechos); 8 (Garantías Judiciales); 24 (Igualdad ante la Ley) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana en relación con los artículos II y XVIII de la Declaración Americana (la Declaración); así como del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará.
2. Que, con fundamento en los hechos no controvertidos y el análisis expuestos anteriormente, la República Federativa de Brasil es responsable de la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, garantizados por los artículos 8 y 25 de la Convención Americana en concordancia con la obligación general de respetar y garantizar los derechos, prevista en el artículo 1(1) de dicho instrumento, por la dilación injustificada y tramitación negligente del presente caso de violencia doméstica en Brasil.
3. Que el Estado ha tomado algunas medidas destinadas a reducir el alcance de la violencia doméstica y la tolerancia estatal de la misma, aunque dichas medidas no han aún conseguido reducir significativamente el patrón de tolerancia estatal, en particular a raíz de la ineffectividad de la acción policial y judicial en el Brasil, respecto de la violencia contra la mujer.
4. Que el Estado ha violado los derechos y el cumplimiento de sus deberes según el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará en perjuicio de la señora Fernandes; y en conexión con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana y en su relación con el artículo 1(1) de la Convención, por sus propios actos omisivos y tolerantes de la violación infligida<sup>10</sup>.



### Pregunta:

1. Luego de los comentarios de la Comisión sobre el artículo 24 de la Convención Americana en este caso ¿qué opinión le merece que no se haya encontrado una violación de este artículo en la resolución?

10 CIDH. Informe N° 54/01 (Fondo), *supra*, nota 8, párrs. 45-47, 55-60. Las notas al pie han sido removidas para facilitar la comprensión del texto.

- **Corte Europea de Derechos Humanos: Caso Opuz vs. Turquía. Petición N° 33401/02, Sentencia de 9 de junio de 2009.**

En este caso, la peticionaria y su madre fueron objeto de variadas formas de violencia a manos de sus maridos, H.O. y A.O. Dejaron múltiples constancias de estas agresiones con la policía, pero frecuentemente retiraban los cargos una vez cesada la violencia. Cuando la peticionaria decidió abandonar el hogar familiar, su marido –H.O.– asesinó a su madre.

### \* EXTRACTO

## II. SUPUESTA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 2 DEL CONVENIO

“118. La demandante se quejó de que las autoridades dejaron de proteger el derecho a la vida de su madre, quien fue asesinada por su marido, lo que viola el artículo 2 del Convenio que establece, en su parte relevante que:

1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un Tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena”<sup>11</sup>.

[...]

### “B. La evaluación del Tribunal

1. *Supuesto fracaso en la protección de la vida de la madre de la demandante*

[...]

#### *i) Alcance del caso*

131. En relación con la interpretación anterior, el Tribunal va a establecer si las autoridades nacionales han cumplido con su obligación positiva de adoptar medidas preventivas operativas para proteger el derecho a la vida de la madre de la demandante. En relación con esto, el Tribunal tiene que establecer si las autoridades sabían o debieron saber en ese momento de la existencia de un riesgo real e inmediato hacia la vida de la madre de la demandante en razón de las acciones delictivas realizadas por H.O. Según parece por las presentaciones de las partes, una cuestión crucial del presente caso es si las autoridades locales demostraron debida diligencia para evitar la violencia hacia la demandante y su madre, en especial, al adoptar medidas preventivas penales o de otra índole contra H.O. a pesar de que las víctimas habían retirado las denuncias.

132. Sin embargo, antes de embarcarnos en estos temas, el Tribunal tiene que recalcar que el asunto de la violencia doméstica, que puede tomar varias formas, violencia física y psicológica, o abuso verbal, no puede confinarse a las circunstancias del presente caso. Es un problema general que concierne a todos los Estados miembros y que no siempre sale a la luz, ya que generalmente ocurre dentro de relaciones interpersonales, y no solo son las mujeres las que se ven afectadas. El Tribunal reconoce que los hombres también pueden ser víctimas de violencia doméstica y que, efectivamente, los/as niños/as por lo general también son víctimas del fenómeno, ya sea indirecta o directamente. Por consiguiente, el Tribunal tendrá en cuenta la seriedad del problema en cuestión cuando examine el presente caso.

11 Solo este párrafo es traducción de la autora. El resto del extracto de Opuz vs. Turquía se tomó de: CEJIL (2011).

*ii) Si las autoridades locales podrían haber previsto un ataque letal por parte de H.O.*

133. Respecto de las circunstancias del caso, el Tribunal observa que la demandante y su esposo, H.O., tuvieron una relación problemática desde el comienzo. Como resultado de desacuerdos, H.O. recurrió a la violencia hacia la demandante y, por lo tanto, la madre de la demandante intervino en la relación con su hija para protegerla. Por consiguiente, la madre se convirtió en un blanco para H.O., quien la culpó de ser la causa de sus problemas

[...]

134. En vista de los acontecimientos detallados anteriormente, parece ser que H.O. ejerció cada vez más violencia contra la demandante y su madre. Los delitos cometidos por H.O. eran lo suficientemente graves como para justificar medidas preventivas, y había una amenaza constante a la salud y la seguridad de las víctimas. Cuando se analizó la historia de la relación, fue obvio que el perpetrador tenía una historia de violencia doméstica y que, por lo tanto, existía un riesgo importante de violencia.

135. Además, las situaciones de las víctimas también eran conocidas por las autoridades, y la madre de la demandante había presentado una petición ante la oficina del Fiscal de Diyarbakır, en la que declaraba que su vida estaba en un peligro inminente y en la que solicitaba que la policía actuara contra H.O. Sin embargo, la reacción de las autoridades hacia el pedido de la madre de la demandante se limitó a tomar declaraciones de H.O. en relación con los alegatos de la madre de la demandante. Aproximadamente dos semanas después de este pedido, el 11 de marzo de 2002, H.O. asesinó a la madre de la demandante (...).

136. Teniendo en cuenta lo mencionado anteriormente, el Tribunal encuentra que las autoridades locales podrían haber previsto un ataque mortal por parte de H.O. Aunque el Tribunal no puede concluir con certeza que los hechos hubieran ocurrido de otra forma y que no habría ocurrido el asesinato si las autoridades hubieran actuado de otra forma, recuerda que una falla para tomar las medidas razonables que podrían haber alterado realmente el resultado o podrían haber mitigado el daño es suficiente para comprometer la responsabilidad del Estado (ver *E. and Others v. the United Kingdom*, N° 33218/96, § 99). Por lo tanto, a continuación, el Tribunal evaluará hasta qué punto las autoridades adoptaron medidas para prevenir el asesinato de la madre de la demandante.

*iii) Si las autoridades demostraron debida diligencia para evitar el asesinato de la madre de la demandante*

137. El Gobierno sostuvo que cada vez que las autoridades procesales comenzaban los procedimientos penales contra H.O., tenían que interrumpirlos, de acuerdo con el derecho interno, porque la demandante y su madre retiraban las denuncias. Según ellos, cualquier otro tipo de interferencia por parte de las autoridades hubiera llevado a la violación de los derechos de las víctimas, establecidos en el artículo 8. La demandante explicó que ella y su madre tuvieron que retirar las denuncias porque H.O. las amenazaba de muerte y las presionaba.

138. El Tribunal observa que al inicio parece no haber un consenso general entre los Estados parte en relación con la búsqueda de la acusación penal de los perpetradores de violencia doméstica en los casos en los que la víctima retira las denuncias (ver párrafos 87 y 88 arriba). Sin embargo, parece que hay un reconocimiento del deber de las autoridades para llegar a un equilibrio entre los derechos de las víctimas

establecidos en los artículos 2, 3 y 8, para decidir cómo accionar. En relación con esto, habiendo evaluado las prácticas en los Estados miembro [...], el Tribunal observa que hay ciertos factores que se pueden tener en cuenta para decidir acusar o no:

- la gravedad del delito;
- si los daños de la víctima son físicos o psicológicos;
- si el acusado usó un arma;
- si el acusado realizó alguna amenaza desde el ataque;
- si el acusado había planificado el ataque;
- el efecto (incluyendo el psicológico) que pudo haber tenido en cualquier niño que viviera en el hogar; la probabilidad de que el acusado vuelva a delinquir;
- la amenaza constante a la salud y la seguridad de la víctima o de cualquier otra persona que estuviera, o pudiera estar involucrada;
- el estado actual de la relación de la víctima con el acusado; el efecto que tuvo continuar con la acusación en contra de los deseos de la víctima en su relación con el acusado;
- la historia de la relación, en especial si había habido otras instancias de violencia en el pasado;
- y la historia criminal del acusado, en especial cualquier instancia anterior de violencia.

139. De esta práctica se puede inferir que mientras más grave sea el delito, o mientras más grande sea el riesgo de cometer más delitos, es más probable que el procesamiento del acusado continúe por el interés público, incluso si las víctimas retiran sus denuncias.

140. Respecto de los argumentos del gobierno de que cualquier intento por parte de las autoridades para separar a la demandante y a su marido llevaría a la violación de su derecho a la vida familiar, y teniendo en cuenta que conforme al derecho turco no es un requisito continuar con el proceso legal en los casos en los que la víctima retira su denuncia y en los que no ha sufrido daños que no le permitan trabajar por diez o más días, el Tribunal ahora analizará si las autoridades locales llegaron a un equilibrio justo respecto de los derechos de las víctimas, establecidos en los artículos 2 y 8.

141. En relación con esto, el Tribunal observa que H.O. recurrió a la violencia desde el principio de su relación con la demandante. En muchas instancias, tanto la demandante como su madre sufrieron daños físicos y fueron objeto de presión psicológica, debido a la angustia y el miedo. En algunas instancias de agresión, H.O. usó armas letales como una navaja o una escopeta, y amenazaba de muerte constantemente a la demandante y a su madre. Teniendo en cuenta las circunstancias del asesinato de la madre de la demandante, también se puede decir que H.O. había planificado el ataque, ya que él llevaba una navaja y un arma de fuego, y había estado deambulando por los alrededores de la casa de la víctima en ocasiones anteriores al ataque (...).

142. La madre de la demandante se volvió un blanco debido a que se involucraba en la relación de la pareja, y los niños de la pareja también pueden considerarse víctimas debido a los efectos psicológicos de la violencia constante en el hogar de la familia. Como se observa anteriormente, en el presente caso, un incremento de la violencia no solo era posible sino predecible, dado el comportamiento violento y los antecedentes penales de H.O., sus continuas amenazas a la salud y la seguridad de las víctimas, y la historia de violencia en la relación (...).

143. El Tribunal opina que pareciera que las autoridades locales no consideraron suficientemente los factores mencionados anteriormente cuando, en repetidas ocasiones, decidieron interrumpir los procedimientos penales contra H.O. En cambio, pareciera que dieron más peso a la necesidad de abstenerse de interferir en lo que percibieron como un “asunto de familia” (...). Además, no hay indicación de que las autoridades hayan considerado los motivos que llevaron a las demandantes a retirar las denuncias. Esto ocurrió a pesar de que la madre de la demandante había indicado al Fiscal de Diyarbakır que ella y su hija habían retirado las denuncias porque H.O. las amenazaba de muerte y las presionaba (...). También es llamativo que las víctimas retiraran sus denuncias cuando H.O. estuvo en libertad o después de que fuera liberado de prisión preventiva (...).

144. Respecto del argumento del gobierno de que cualquier otro tipo de interferencia por parte de las autoridades nacionales hubiera llevado a la violación de los derechos de las víctimas conforme al artículo 8 del Convenio, el Tribunal recuerda el fallo que realizó en un caso similar de violencia doméstica (ver *Bevacqua and S. v. Bulgaria*, N° 71127/01, § 83, 12 de junio de 2008), en el que sostuvo que la opinión de las autoridades de que no se requería asistencia, ya que opinaban que la disputa era un “asunto privado” no era compatible con sus obligaciones positivas de asegurar que los demandantes ejercieran sus derechos. Además, el Tribunal reitera que, en algunas instancias, la injerencia de las autoridades nacionales en la vida privada o familiar de los individuos puede ser necesaria para proteger la salud y los derechos de otros o para evitar que se cometan actos delictivos (ver, *K.A. and A.D. v. Belgium*, N° 42758/98 y 45558/99, § 81, 17 de febrero de 2005). En este caso, la gravedad del riesgo que sufría la madre de la demandante llevó a que la intervención por parte de las autoridades fuera necesaria.

145. Sin embargo, el Tribunal lamenta observar que las investigaciones penales del presente caso dependían estrictamente de que estuviesen las denuncias de la demandante y su madre conforme a las disposiciones de derecho doméstico vigentes en el momento de los acontecimientos; es decir, los artículos 456 § 4, 457 y 460 del ahora caduco Código Penal, que evitaba que las autoridades procesales continuaran las investigaciones penales porque los actos delictivos en cuestión no habían ocasionado una enfermedad o provocado que la víctima no pudiera ir a trabajar por diez días o más (...). Observa que la aplicación de las disposiciones mencionadas anteriormente y de la acumulación de fallas por parte de las autoridades locales para llevar adelante procedimientos penales contra H.O. privaba a la madre de la demandante de la protección de su vida y su seguridad. En otras palabras, el marco legislativo vigente en ese momento, en especial el requisito de incapacidad para trabajar por un mínimo de diez días, no alcanzaba para cumplir los requisitos inherentes en las obligaciones positivas del Estado para establecer y poner en práctica de forma eficaz un sistema que castigue todas las formas de violencia doméstica y que brinde salvaguardas suficientes para las víctimas. Por lo tanto, el Tribunal considera que, teniendo en cuenta la gravedad de los delitos cometidos por H.O. en el pasado, las autoridades procesales tendrían que haber podido llevar adelante los procedimientos como un asunto de interés público, sin importar que las víctimas hubieran retirado las denuncias.

146. Más allá del marco legislativo referido a la protección eficaz de las víctimas de violencia doméstica, el Tribunal debe considerar si las autoridades locales desplegaron la debida diligencia para proteger el derecho a la vida de la madre de la demandante.

147. En relación con esto, el Tribunal observa que a pesar de la denuncia de la fallecida de que H.O. había estado acosándola, invadiendo su privacidad al merodear por su propiedad y llevar armas blancas y armas de fuego (...), la policía y las autoridades procesales no detuvieron a H.O. ni tomaron acciones apropiadas frente al alegato de que él tenía una escopeta y que realizaba amenazas violentas contra ella (ver *Kontrová* [...], § 53). Mientras que el Gobierno argumentaba que no había evidencia tangible de que la vida de la madre de la demandante estuviera en peligro inminente, el Tribunal observa que, de hecho, no es evidente que las autoridades hubieran evaluado la amenaza que representaba H.O. y llegado a la conclusión que, en las circunstancias, su detención fuera un paso desproporcionado; en su lugar, las autoridades no trataron el asunto en absoluto. En cualquier caso, el Tribunal desea remarcar que en los casos de violencia doméstica, los derechos de los perpetradores no pueden reemplazar los derechos humanos de las víctimas, el derecho a la vida y a la integridad física y mental (ver los fallos de *Fatma Yildirim v. Austria* y *A.T. v. Hungary* realizados por el Comité CEDAW, [...] §§ 12.1.5 y 9.3, respectivamente).

148. Además, en vista de las obligaciones positivas del Estado que consisten en tomar medidas preventivas operativas para proteger a un individuo cuya vida está en peligro, se hubiera esperado que las autoridades, para enfrentarse a un sospechoso que poseía antecedentes penales por perpetrar ataques violentos, tomaran medidas especiales en concordancia con la gravedad de la situación con el propósito de proteger a la madre de la demandante. Con tal fin, el Fiscal o el juez del Tribunal de Primera Instancia podrían haber ordenado por iniciativa propia una o más de las medidas de protección enumeradas conforme a las secciones 1 y 2 de la Ley N° 4320 (...). También podrían haber emitido una orden judicial para prohibir que H.O. tuviera contacto, se comunicara o se acercara a la madre de la demandante, o que ingresara en áreas definidas (en relación con esto, ver *Recomendación Rec(2002)5 del Comité de los Ministros*, § 82 arriba). Al contrario, como respuesta a los repetidos pedidos de protección por parte de la madre de la demandante, la policía y el Tribunal de Primera Instancia solamente tomaron las declaraciones de H.O. y lo liberaron (...). Mientras que las autoridades permanecieron pasivas por casi dos semanas, desde que tomaron las declaraciones de H.O., él le disparó a la madre de la demandante.

149. En estas circunstancias, el Tribunal concluye que no se puede considerar que las autoridades demostraron debida diligencia. Por lo tanto, no cumplieron con su obligación positiva de proteger el derecho a la vida de la madre de la demandante, dentro de lo establecido en el artículo 2 del Convenio.

[...]

### 3. Conclusión

[...]

153. Adicionalmente, el Tribunal llega a la conclusión de que el sistema de derecho penal, de la forma en la que se lo aplica en el presente caso, no tuvo ningún efecto disuasorio adecuado capaz de asegurar eficazmente que no se llevaran a cabo los actos ilegales cometidos por H.O. Los obstáculos que surgieron como resultado de la legislación y de la falla para utilizar los recursos disponibles eliminaron el efecto disuasorio del sistema judicial en ese momento y el papel que tenía que cumplir para prevenir la violación del derecho a la vida de la madre de la demandante según lo establece el artículo 2 del Convenio. Con relación a esto, el Tribunal reitera que, una vez que la situación fue de conocimiento de las autoridades, estas no pueden

depender de la actitud de la víctima para justificar que no tomaron las medidas adecuadas que podrían prevenir la posibilidad de que un agresor lleve a cabo sus amenazas hacia la integridad física de la víctima (ver *Osman v. the United Kingdom*, [...] § 116). Por lo tanto, ha habido una violación del artículo 2 del Convenio.

### III. SUPUESTA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 3 DEL CONVENIO

154. La demandante se quejó de que ella había sido objeto de violencia, daños corporales y amenazas de muerte en repetidas ocasiones, pero que las autoridades fueron negligentes con su situación, lo que le provocó dolor y miedo, lo que viola el artículo 3 del Convenio, que estipula que:

“Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”. [...]

#### B. La evaluación del Tribunal

##### 1. Principios Aplicables

158. El Tribunal reitera que los maltratos tienen que alcanzar un nivel mínimo de gravedad para caer dentro del alcance del artículo 3. La evaluación de este mínimo es relativa: depende de las circunstancias del caso, como la naturaleza y el contexto del maltrato, su duración, los efectos físicos y psicológicos que provoca y, en algunas instancias, el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima (ver *Costello-Roberts v. the United Kingdom*, 25 de marzo de 1993, § 30, Series A N° 247-C).

159. Respecto de la cuestión de si, conforme al artículo 3, el Estado puede ser considerado responsable de los maltratos infligidos en las personas por actores que no son del Estado, el Tribunal recuerda que la obligación de las Altas Partes Contratantes conforme al artículo 1 del Convenio es la de asegurar a todas las personas dentro de su jurisdicción los derechos y las libertades definidas en el Convenio, que, juntamente con el artículo 3, requieren que los Estados adopten medidas diseñadas para asegurar que los individuos dentro de su jurisdicción no sean sujetos a tortura o a maltratos o castigos inhumanos o degradantes, incluyendo tales maltratos aplicados por individuos privados (ver, *mutatis mutandis*, *H.L.R. v. France*, 29 de abril de 1997, § 40, *Reports* 1997-III). Los niños y otros individuos vulnerables, en especial, tienen derecho a la protección del Estado, en la forma de disuasión eficaz contra las violaciones graves a la integridad personal (ver *A. v. the United Kingdom*, 23 de septiembre de 1998, § 22, *Reports* 1998-VI).

##### 2. Aplicación de los principios mencionados anteriormente en el caso

160. El Tribunal opina que se puede considerar que la demandante entra dentro del grupo de los “individuos vulnerables” que tienen derecho a tener protección del Estado (ver, *A. v. the United Kingdom*, citado anteriormente, § 22). En relación con esto, la Corte observa la violencia sufrida por la demandante en el pasado, las amenazas de H.O. después de haber sido liberado de prisión y el temor de la demandante a sufrir más violencia, así como el *background* social de la demandante, a saber, la vulnerable situación de las mujeres en el sudeste de Turquía.

161. El Tribunal también observa que la violencia que sufrió la demandante, en la forma de daños físicos y presión psicológica, fueron lo suficientemente serios para considerarlos maltratos dentro del significado del artículo 3 del Convenio.

162. Por lo tanto, a continuación, el Tribunal tiene que determinar si las autoridades nacionales tomaron todas las medidas razonables para prevenir que los ataques violentos contra la integridad física de la demandante volvieran a ocurrir.

163. Para llevar a cabo este escrutinio, y teniendo en cuenta que el Tribunal brinda una interpretación final autorizada de los derechos y libertades definidos en la Sección I del Convenio, el Tribunal considerará si las autoridades nacionales han tomado en cuenta de forma suficiente los principios que emanan de sus sentencias en asuntos similares, incluso cuando conciernen a otros Estados.

164. Además, para interpretar las disposiciones del Convenio y el alcance de las obligaciones de los Estados en casos específicos (ver, *mutatis mutandis*, *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], N° 34503/97, §§ 85 y 86, 12, de noviembre de 2008), el Tribunal buscará cualquier consenso y valores comunes que emerjan de las prácticas de los Estados europeos y de instrumentos internacionales especializados, como la CEDAW, así como también hará caso a la evolución de las normas y los principios del derecho internacional a través de otros desarrollos como la Convención de Belém do Pará, que específicamente detalla los deberes de los Estados respecto de la erradicación de la violencia de género.

165. Sin embargo, el papel del Tribunal no es el de reemplazar a las autoridades nacionales y escoger en su lugar medidas de la amplia variedad de posibilidades que podrían haberse adoptado para asegurar que se cumplieran las obligaciones positivas de acuerdo con el artículo 3 del Convenio (ver, *mutatis mutandis*, *Bevacqua and S. v. Bulgaria*, citado anteriormente, § 82). Además, de conformidad con el artículo 19 del Convenio y con el principio de que el Convenio pretende garantizar los derechos de forma práctica y eficaz, no teóricos o ilusorios, el Tribunal tiene que asegurarse que la obligación del Estado de proteger los derechos de aquellos bajo su jurisdicción se cumpla adecuadamente (ver *Nikolova and Velichkova v. Bulgaria*, N° 7888/03, § 61, 20 de diciembre de 2007).

166. Respecto de la evaluación de los hechos, el Tribunal observa que las autoridades locales, a saber la policía y los fiscales, no permanecieron completamente pasivos. Después de cada incidente de violencia, se llevó a la demandante para que la examinara un médico y se iniciaron procedimientos penales contra su esposo. La policía y las autoridades procesales interrogaron a H.O. respecto de sus actos delictivos, lo detuvieron en dos ocasiones, lo acusaron por haber realizado amenazas de muerte e infligir daños corporales graves y, posteriormente a su condena por apuñalar siete veces a la demandante, lo sentenciaron a pagar una multa (...).

167. Sin embargo, ninguna de estas medidas fue suficiente para evitar que H.O. cometiera más violencia. Respecto de esto, el Gobierno culpó a la demandante por retirar sus denuncias y no cooperar con las autoridades, lo que evitó que las autoridades siguieran con los procedimientos penales contra H.O., según las disposiciones del derecho doméstico que requieren que la víctima se involucre activamente (...).

168. El Tribunal reitera su opinión respecto de la demanda conforme al artículo 2, a saber, que el marco legislativo tendría que haber permitido que las autoridades procesales siguieran las investigaciones penales contra H.O. a pesar de que la demandante había retirado las denuncias basándose en a que la violencia cometida por H.O. era lo suficientemente grave como para justificar su procesamiento y que había una amenaza constante hacia la integridad física de la demandante (ver párrafos 137-148, arriba).

169. Sin embargo, no puede decirse que las autoridades locales demostraran la debida diligencia requerida para evitar la recurrencia de los ataques violentos hacia la demandante, ya que el esposo de la demandante la perpetraba sin estorbo y con impunidad, en detrimento de los derechos reconocidos por el Convenio (ver, *mutatis mutandis*, *Maria da Penha vs. Brasil*, citado anteriormente, §§ 42-44). Por ejemplo, el Tribunal observa que, después del primer incidente importante, (...), H.O. golpeó nuevamente a la demandante, y le provocó heridas que bastaron para poner su vida en peligro, pero él fue liberado con el juicio pendiente “teniendo en cuenta la naturaleza del delito y el hecho de que la demandante había recuperado completamente su salud”. Al final, los procedimientos no continuaron porque la demandante había retirado su denuncia (...). Nuevamente, aunque H.O. agredió a la demandante y a su madre con una navaja y les provocó heridas graves, las autoridades procesales interrumpieron el proceso sin llevar a cabo ninguna investigación significativa (...). De la misma forma, H.O. atropelló a la demandante y a su madre con el auto, y esta vez, hirió a la demandante y provocó heridas que amenazaron la vida de la madre de la demandante. Él estuvo solo 25 días en prisión, y recibió una multa por infligir daños graves en la madre de la demandante (...). Por último, al Tribunal lo sorprendió la decisión del Tribunal de Primera Instancia de Diyarbakir de meramente imponer a H.O. una pequeña multa, que se podía pagar en cuotas, como pena por apuñalar siete veces a la demandante (...).

170. En vista de lo anterior, el Tribunal considera que la respuesta a la conducta del ex esposo de la demandante era claramente poco adecuada para la gravedad de los delitos en cuestión (ver, *mutatis mutandis*, *Ali and Ayse Duran v. Turkey*, Nº 42942/02, § 54, 8 de abril de 2008). Por lo tanto, observa que las decisiones judiciales en este caso revelan una falta de eficacia y cierto grado de tolerancia, y las decisiones no tuvieron ningún efecto disuasorio o preventivo evidente en la conducta de H.O.  
[...]

173. Por último, el Tribunal observa con mucha preocupación que la violencia sufrida por la demandante no había llegado a su fin, y que las autoridades siguieron sin actuar. En relación con esto, el Tribunal señala que, inmediatamente después de haber sido liberado de prisión, H.O. volvió a amenazar la integridad física de la demandante (...).  
[...]

#### **IV. SUPUESTA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 14, LEÍDO JUNTAMENTE CON LOS ARTÍCULOS 2 Y 3 DEL CONVENIO**

177. La demandante se quejó de que, conforme al artículo 14, juntamente con los artículos 2 y 3 del Convenio, ella y su madre habían sido discriminadas basándose en su sexo. El artículo 14 del Convenio estipula que:

“El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.  
[...]

## B. La evaluación del Tribunal

### 1. Los principios relevantes

183. En su fallo reciente en el caso *D.H. and Others v. Czech Republic* ([GC], N° 57325/00, 13 de noviembre de 2007, §§ 175-180) el Tribunal estableció los siguientes principios sobre el asunto de la discriminación:

“175. El Tribunal ha establecido en la jurisprudencia que la discriminación significa tratar de forma diferente, sin una justificación razonable u objetiva, a personas en situaciones de igual importancia (*Willis v. the United Kingdom*, N° 36042/97, § 48, ECHR 2002-IV; y *Okpisz v. Germany*, N° 59140/00, § 33, 25 de octubre de 2005). (...) También acepta que una política o medida general que tenga efectos desproporcionadamente perjudiciales para un grupo en particular se considere discriminatoria sin importar que no esté destinada específicamente para ese grupo (ver *Hugh Jordan v. the United Kingdom*, N° 24746/94, § 154, 4 de mayo de 2001; y *Hoogendijk v. the Netherlands* (dec.), N° 58461/00, 6 de enero de 2005), y que de una situación *de facto* pueda surgir una discriminación potencialmente contraria al Convenio (ver *Zarb Adami v. Malta*, N 17209/02, § 76, ECHR 2006-...).

177. Respecto de la carga de la prueba en esta esfera, el Tribunal estableció que una vez que la demandante ha demostrado una diferencia en el tratamiento, queda en manos del Gobierno demostrar que fue justificado (ver, entre otras autoridades, *Chassagnou and Others v. France* [GC], N° 25088/94, 28331/95 y 28443/95, §§ 91-92, ECHR 1999-III; y *Timishev*, [...] § 57).

178. Respecto de la cuestión de qué constituye evidencia *prima facie* capaz de cambiar la carga de la prueba hacia el Estado demandado, el Tribunal sostuvo en *Nachova and Others* ([...] § 147) que en los procedimientos anteriores a este no hay barreras procesales para admitir evidencia o fórmulas predeterminadas para su evaluación. El Tribunal adopta las conclusiones que, en su opinión, están respaldadas por la evaluación libre de toda la evidencia, incluyendo dichas inferencias que puedan fluir de los hechos y de las presentaciones de las partes. De acuerdo con la jurisprudencia establecida, las pruebas pueden surgir de la coexistencia de inferencias lo suficientemente fuertes, claras y concordantes o de suposiciones de hecho irrefutables. Además, el nivel de persuasión necesario para alcanzar una conclusión particular, y, en relación con esto, la distribución de la carga de la prueba están intrínsecamente relacionadas con la especificidad de los hechos, la naturaleza de los alegatos realizados, y el derecho establecido en el Convenio que está en peligro.

179. El Tribunal también ha reconocido que los procedimientos del Convenio no se prestan en todos los casos a una aplicación rigurosa del *affirmanti incumbit probatio* (aquel que alegue algo tiene que probar dicho alegato - *Aktas v. Turkey* (extractos), N° 24351/94, § 272, ECHR 2003-V). En algunas circunstancias, en las que el acontecimiento en cuestión yace en su totalidad, o en gran parte, dentro del conocimiento exclusivo de las autoridades, puede considerarse que la carga de la prueba yace en las autoridades para que estas brinden una explicación satisfactoria y convincente (ver *Salman v. Turkey* [GC], N°21986/93, § 100, ECHR 2000-VII; y *Anguelova v. Bulgaria*, N° 38361/97, § 111, ECHR 2002-IV). En el caso de *Nachova and Others*, (citado anteriormente, § 157), el Tribunal no descartó requerir que

el Gobierno demandado desmienta un alegato discutible de discriminación en ciertos casos, aunque considera que sería algo difícil de hacer en ese caso en particular, en el que el alegato fue que un acto de violencia había sido motivado por el prejuicio racial. En relación con eso, observa que en el sistema legal de muchos países, la prueba del efecto discriminatorio de una política, decisión o práctica, haría innecesaria la necesidad de comprobar la intención respecto de la supuesta discriminación laboral o de otorgamiento de servicios.

180. Respecto de si las estadísticas pueden considerarse evidencia, el Tribunal, en casos anteriores, declaró que las estadísticas en sí mismas no pueden revelar una práctica que puede clasificarse como discriminatoria (*Hugh Jordan*, citado anteriormente, § 154). Sin embargo, en casos más recientes sobre la cuestión de la discriminación, en los que los demandantes alegaron una diferencia en el efecto de una medida general o una situación *de facto* (*Hoogendijk*, citado anteriormente; y *Zarb Adami*, citado anteriormente, §§ 77-78), el Tribunal se basó extensivamente en las estadísticas relevadas por las partes para establecer una diferencia en el tratamiento de dos grupos (hombres y mujeres) en situaciones similares. Por lo tanto, en el fallo del caso *Hoogendijk*, el Tribunal dictaminó que: “En los casos en los que un demandante puede demostrar, basándose en estadísticas oficiales indiscutibles, la existencia de una indicación *prima facie* de que una regla específica –aunque esté formulada de forma neutral– efectivamente afecta a un porcentaje más alto de mujeres que de hombres de forma evidente, queda en manos del Gobierno demandado demostrar que este es el resultado de factores objetivos que no tienen relación con la discriminación de género. Si la obligación de demostrar que una diferencia en el impacto en hombres y mujeres no es discriminatoria en la práctica no cambia hacia el Gobierno demandado, será, en la práctica, extremadamente difícil para los demandantes comprobar la discriminación indirecta”.

## 2. Aplicación de los principios mencionados anteriormente en el presente caso

### a. El significado de la discriminación en el contexto de la violencia doméstica

184. El Tribunal observa al inicio que cuando considera el objeto y el propósito de las disposiciones del Convenio, también tiene en cuenta el trasfondo del derecho internacional concerniente a la cuestión legal a tratar. Al estar conformado por un conjunto de reglas y principios aceptados por la vasta mayoría de los Estados, los estándares internacionales comunes o los del derecho interno de los Estados europeos reflejan una realidad que el Tribunal no puede desestimar cuando se lo llama para aclarar el alcance de una disposición del Convenio que no se ha podido establecer con un nivel suficiente de certeza por los medios más convencionales de interpretación (ver *Saadi v. Italy* [GC], N° 37201/06, § 63, ECHR 2008-..., citado en *Demir and Baykara*, citado anteriormente, § 76).

185. En relación con esto, cuando se tiene en cuenta la definición y el alcance de la discriminación contra la mujer, además de la definición más general de la discriminación como la determina la jurisprudencia (ver párrafo 183, arriba), el Tribunal tiene que considerar las disposiciones de instrumentos legales más especializados y las decisiones de cuerpos legales internacionales sobre la cuestión de la violencia contra la mujer.

186. En ese contexto, la CEDAW define la discriminación contra la mujer conforme al artículo 1 como “...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”.

187. El Comité de la CEDAW ha reiterado que la violencia contra la mujer, incluida la violencia doméstica, es una forma de discriminación contra la mujer (...).

188. La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas reconoció expresamente el nexo entre la violencia de género y la discriminación y remarcó, en la resolución 2003/45 que “todas las formas de violencia contra la mujer en la familia tienen lugar en el contexto de la discriminación *de jure* y *de facto* contra la mujer y de la condición inferior asignada a la mujer en la sociedad, y se ven agravadas por los obstáculos con que suelen enfrentarse las mujeres al tratar de obtener una reparación del Estado”.

189. Además, la Convención de Belém do Pará, que hasta el momento es el único tratado regional multilateral de derechos humanos que trata solamente sobre la violencia contra la mujer, describe el derecho de toda mujer a ser libre de la violencia que abarca, entre otras cosas, el derecho a ser libre de toda forma de discriminación.

190. Por último, la Comisión Interamericana también caracterizó la violencia contra la mujer como una forma de discriminación debido a que el Estado no llevó a cabo su debida diligencia de evitar e investigar una denuncia de violencia doméstica (ver *Maria da Penha v. Brazil*, citado anteriormente, § 80).

191. Se entiende de las reglas y las sentencias mencionadas anteriormente que la falla del Estado de proteger a las mujeres contra la violencia doméstica viola su derecho a tener protección igualitaria de la ley, y que esta falla no necesariamente tiene que ser intencional.

#### *b. El enfoque hacia la violencia doméstica en Turquía*

192. El Tribunal observa que aunque el derecho turco en vigencia en aquel momento no hacía una distinción explícita entre hombres y mujeres para el goce de los derechos y las libertades, necesitaba ser puesto en sintonía con los estándares internacionales en materia del estatus de las mujeres en una sociedad democrática y pluralista. Como el Comité de la CEDAW (ver los Comentarios Finales at §§ 12-21), el Tribunal recibe con agrado las reformas que el Gobierno llevó a cabo, en especial la adopción de la Ley N° 4320 que brinda medidas específicas para la protección contra la violencia doméstica. Por lo tanto, parecería ser que la supuesta discriminación en cuestión no se basaba en la legislación *per se*, sino que surgía como resultado de la actitud general de las autoridades locales, como la forma en la que se trataba a las mujeres en las comisarias cuando denunciaban casos de violencia doméstica, y la pasividad de parte de los jueces para proveer protección eficaz para las víctimas. El Tribunal nota que el Gobierno de Turquía ya había reconocido estas dificultades en la práctica cuando se trató el asunto ante el Comité de la CEDAW (Ibid.).

193. Respecto de eso, el Tribunal observa que la demandante reportó informes y estadísticas preparadas por dos importantes ONG, la Asociación Bar de Diyarbakır (Diyarbakır Bar Association) y Amnistía Internacional, con vistas a demostrar la discriminación contra la mujer (...). Teniendo en cuenta que los descubrimientos

y las conclusiones a las que se llegó en estos informes no han sido disputados por el Gobierno en ningún momento del procedimiento, el Tribunal los va a considerar juntamente con sus propios descubrimientos en el presente caso (ver *Hoogendijk*, citado anteriormente; y *Zarb Adami*, citado anteriormente, §§ 77-78).

194. Después de analizar estos informes, el Tribunal encuentra que el número más alto de víctimas reportadas de violencia doméstica se encuentra en Diyarbakır, donde vivía la demandante en el momento que nos ocupa, y que las víctimas eran todas mujeres que habían sufrido mayormente violencia física. La gran mayoría de estas mujeres eran de origen kurdo, analfabetas o de un nivel educativo bajo, y por lo general no tenían una fuente de ingreso independiente (...).

195. Además, parece haber graves problemas con la implementación de la Ley N° 4320, que el Gobierno consideraba uno de los recursos para las mujeres que se enfrentaban con la violencia doméstica. La investigación llevada a cabo por las organizaciones mencionadas anteriormente indica que cuando las víctimas denuncian casos de violencia doméstica en las comisarías, los oficiales de policía no investigan estas denuncias, sino que buscan asumir el rol de mediadores al intentar convencer a las víctimas de que regresen a sus hogares y de que retiren la denuncia. En relación con esto, los policías consideran el problema como un “asunto familiar con el que no pueden interferir” (...).

196. De estos informes también se puede ver que hay retrasos excesivos en la emisión de mandatos judiciales por parte de los tribunales, conforme a la Ley N° 4320, porque los tribunales los tratan como una forma de acción de divorcio, y no como una acción urgente. Los retrasos también son frecuentes cuando se trata de informar de los mandatos a los agresores, dada la actitud negativa de los oficiales de policía (ver párrafos 91-93, 95 y 101, arriba). Además, los perpetradores de violencia doméstica parecen no recibir castigos disuasorios, porque los tribunales mitigan las sentencias basados en las costumbres, la tradición o el honor (...).

197. Como resultado de estos problemas, los informes mencionados anteriormente sugieren que las autoridades toleran la violencia doméstica y que los recursos indicados por el Gobierno no funcionan eficazmente. El Comité de la CEDAW expresó descubrimientos y preocupaciones similares cuando observó “la persistencia de la violencia contra la mujer, incluyendo la violencia doméstica, en Turquía” e invitó al Estado demandado a intensificar sus esfuerzos para prevenir y combatir la violencia contra la mujer. También subrayó la necesidad de implementar completamente así como vigilar cuidadosamente la eficacia de la Ley para la Protección de la Familia (*Law on the Protection of the Family*), y de políticas para prevenir la violencia contra las mujeres, brindar protección y servicios de apoyo para las víctimas, y castigar y rehabilitar a los perpetradores de dichos actos (ver Comentarios Finales, § 28).

198. A la luz de lo anterior, el Tribunal considera que la demandante ha podido demostrar, respaldada por información estadística que no fue controvertida, la existencia *prima facie* de que la violencia doméstica afectaba principalmente a las mujeres y de que la discriminatoria pasividad judicial general en Turquía creaba un clima que propiciaba la violencia doméstica.

*c. Si la demandante y su madre fueron discriminadas por la falla de las autoridades para brindar la protección igualitaria de la ley*

199. El Tribunal ha establecido que el sistema del derecho penal, de la forma en la que operó en el presente caso, no tuvo un efecto disuasorio adecuado capaz de

asegurar la prevención efectiva de los actos ilegales por parte de H.O. contra la integridad personal de la demandante y su madre y, por lo tanto, violó sus derechos conforme a los artículos 2 y 3 del Convenio.

200. Teniendo en cuenta los datos anteriores sobre el hecho de que la pasividad judicial general y discriminatoria de Turquía, si bien no es intencional, afectaba principalmente a las mujeres, el Tribunal considera que la violencia sufrida por la demandante y su madre puede considerarse una violencia de género que es una forma de discriminación contra la mujer. A pesar de las reformas llevadas a cabo por el Gobierno recientemente, la indiferencia total del sistema judicial y la impunidad que gozaban los agresores, como en el presente caso, indicaron que no había un compromiso suficiente para tomar las acciones apropiadas para tratar la violencia doméstica (ver, en particular, la sección 9 de la CEDAW, citada en el párrafo 187, arriba).

201. Teniendo en cuenta la ineficacia de los recursos internos para proveer protección igualitaria conforme a la ley para la demandante y su madre, y para que gozaran de sus derechos garantizados en los artículos 2 y 3 del Convenio, el Tribunal sostiene que existieron circunstancias especiales que absolvieron a la demandante de su obligación de agotar todos los recursos internos. Por lo tanto, desestima la objeción del Gobierno sobre ese tema en relación con la demanda conforme al artículo 14 del Convenio.

[...]

*POR ESTAS RAZONES, EL TRIBUNAL UNÁNIMEMENTE*

[...]

4. Sostiene que hubo una violación del artículo 2 del Convenio en relación con la muerte de la madre de la demandante;

5. Sostiene que hubo una violación del artículo 3 del Convenio en relación con la falla de las autoridades para proteger a la demandante contra la violencia doméstica perpetrada por su exesposo;

[...]

7. Sostiene que hubo una violación del artículo 14, leído en conjunción con los artículos 2 y 3 del Convenio”.



### **Ejercicios:**

1. Analice el concepto de debida diligencia desarrollado en esta sentencia a la luz de la teoría de género. Preste particular atención al hecho de que el agresor no fue actor estatal y la víctima y su madre retiraron en varias ocasiones sus denuncias.
2. Compare este caso con el caso anterior de Maria da Penha. En particular, compare el tratamiento que la Comisión Interamericana y la Corte Europea le dan a la discriminación como parte de la violación de derechos humanos en ambos casos.

- **Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe No. 80/11 (Fondo). Caso 12.626: Jessica Lenahan (Gonzales) y otros - Estados Unidos. 21 de julio de 2011.**<sup>12</sup>

\* EXTRACTO

2. Los peticionarios sostienen que Estados Unidos violó los artículos I, II, V, VI, VII, IX, XVIII y XXIV de la Declaración Americana por no actuar con debida diligencia para proteger a Jessica Lenahan y a sus hijas contra actos de violencia doméstica cometidos por su exmarido y el padre de las niñas, pese a que se había dictado una orden de protección contra el excónyuge y en favor de la señora Lenahan. Específicamente, alegan que la policía no respondió adecuadamente a las llamadas reiteradas y urgentes de Jessica Lenahan a lo largo de varias horas, en las que denunció que su marido, del que estaba separada, se había llevado a sus tres hijas menores (de 7, 8 y 10 años de edad), en violación de la orden de protección, y solicitó ayuda. Las tres niñas fueron más tarde encontradas muertas en la parte trasera del camión de su padre, después de un intercambio de disparos que resultó en la muerte de este. Los peticionarios sostienen además que el Estado no investigó ni clarificó en forma diligente las circunstancias de la muerte de las hijas de la señora Lenahan, ni le facilitó un recurso adecuado respecto de las fallas de la policía. Conforme a la petición, transcurridos once años, Jessica Lenahan sigue sin conocer los motivos y las circunstancias de tiempo y el lugar de la muerte de sus hijas.

3. Estados Unidos reconoce que los homicidios de las hijas de Jessica Lenahan son “sin duda tragedias”. Sin embargo, el Estado sostiene que toda petición debe ser evaluada por sus méritos, basados en las pruebas recabadas y un fundamento reconocible bajo la Declaración Americana. El Estado afirma que la respuesta de las autoridades fue conforme a derecho y que los hechos alegados por los peticionarios no están respaldados por las pruebas existentes ni por la información a disposición del Departamento de Policía de Castle Rock al momento de los hechos. Además, afirma que los peticionarios no citan disposición alguna de la Declaración Americana que imponga a los Estados Unidos una obligación afirmativa, como el ejercicio de la debida diligencia, para prevenir la comisión de delitos individuales por actores particulares, como los trágicos y criminales asesinatos de las hijas de Jessica Lenahan.  
[...]

## **6. El problema de la violencia doméstica en Estados Unidos y en Colorado**

92. A lo largo del trámite del presente caso ante la Comisión, las dos partes presentaron, como contexto de sus pretensiones, información en relación con el problema de la violencia doméstica en Estados Unidos y con la calidad de la respuesta estatal.

93. Ambas partes reconocen la gravedad e incidencia del problema de la violencia doméstica en Estados Unidos, a la fecha de los acontecimientos y en el presente. Los peticionarios subrayan que, en Estados Unidos, todos los años, entre uno y cinco millones de mujeres sufren violencia no letal a manos de un compañero íntimo. El Gobierno de Estados Unidos caracteriza el problema como “agudo” y “sustancial”, y reconoce que hubo no menos de 3,5 millones de incidentes de violencia doméstica

12 Estados Unidos no es parte de la CADH ni de la Convención de Belém do Pará. Por ello, la CIDH utilizó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre para resolver este caso. Las notas al pie han sido removidas para facilitar la comprensión de este texto.

en un lapso de cuatro años contemporáneos a los hechos que informan el presente caso. Las estimaciones disponibles solo muestran parte de la realidad, dado que los informes indican que solo cerca de la mitad de los incidentes de violencia doméstica que ocurren en Estados Unidos son efectivamente denunciados a la policía.

94. Los estudios e investigaciones presentados por las partes revelan que las mujeres constituyen la mayoría de las víctimas de violencia doméstica en el país. Algunos sectores de la población femenina en los Estados Unidos están especialmente expuestos a actos de violencia doméstica, como mujeres pertenecientes a pueblos indígenas y las que pertenecen a grupos de bajo ingreso. Los niños y las niñas están también con frecuencia expuestos a la violencia doméstica en Estados Unidos, aunque las cifras definitivas son escasas.

95. La investigación empírica presentada a la Comisión también confirma que, para recuperar el control sobre las cónyuges y los niños que se han separado, los agresores incrementan la violencia después que la cónyuge trata de separarse del compañero abusivo. En muchos casos, y como parte del incremento de la violencia, el secuestro de los niños es un medio para forzar la reanudación de la relación de pareja y/o restablecer el control por parte del agresor. Por lo tanto, cuando la víctima trata de abandonar la relación abusiva es cuando los niños están expuestos a un riesgo mayor y cuando más necesitan las protecciones legales y la intervención de los agentes del orden.

96. La Comisión también ha recibido, en el contexto de este caso, información que indica que el problema de la violencia doméstica en Estados Unidos era considerado un “asunto privado” y, por lo tanto, no merecedor de medidas de protección de parte de los organismos encargados de aplicar la ley y del sistema judicial. Una vez que, finalmente, fue reconocida la violencia doméstica como delito, las mujeres siguieron enfrentando grandes desafíos para obtener protección en los Estados Unidos debido a la falta de aplicación generalizada de la legislación sobre violencia doméstica por parte de la policía. Muy frecuentemente, la policía respondía a los llamados en que se denunciaba la violencia doméstica no adoptando medida alguna o deliberadamente demorando su respuesta en la esperanza de evitar un enfrentamiento o, simplemente, tratando de mediar en la situación y de separar a las partes para que “se calmaran”.

97. Por lo tanto, la creación de la orden de protección es ampliamente considerado un logro en el campo de la violencia doméstica en Estados Unidos, por ser un intento a nivel estatal de asegurar que se trataría con seriedad la violencia doméstica. [...] Sin embargo, una de las más graves limitaciones históricas de las órdenes civiles de protección ha sido su falta generalizada de ejecución de parte de la policía. Los funcionarios policiales todavía tienden a respaldar “los roles de género patriarcales tradicionales, lo que les dificulta su identificación con las víctimas mujeres y su ayuda a estas”.

98. El Estado alega que, para abordar efectivamente el problema de la violencia doméstica, el Congreso ha aprobado a nivel federal tres leyes importantes que reconocen la gravedad de la violencia doméstica y la importancia de una respuesta nacional: la Ley sobre violencia contra la mujer, “VAWA” de 1994, la Ley sobre violencia contra la mujer, “VAWA” de 2000 y la Ley sobre violencia contra la mujer y Reautorización del Departamento de Justicia, “VAWA” de 2005. El Estado sostiene que este conjunto de disposiciones legales integrales incluye el requisito de que los estados y los territorios ejecuten las órdenes de protección impartidas por otros estados, tribus y territorios. Sin embargo, la mayor parte de la legislación que protege

a las personas en los Estados Unidos frente a la violencia doméstica y que ofrece recursos civiles contra los perpetradores y otros actores responsables son leyes y ordenanzas estatales y locales. Por lo tanto, en los últimos 20 años, los estados han adoptado una serie de nuevas leyes para mejorar los mecanismos de respuesta de los sistemas de la justicia penal y civil ante la violencia doméstica.

99. Por último, los peticionarios han presentado una serie de estadísticas disponibles que señalan las tasas alarmantes de violencia doméstica en el estado de Colorado, cifras que no fueron controvertidas por el Estado. Aproximadamente, la mitad de los homicidios de Colorado son cometidos por compañeros o excompañeros íntimos y las víctimas son, en gran desproporción, mujeres. En promedio, en un período de tres años, el 45% de las mujeres víctimas de homicidio en todo el estado de Colorado fueron asesinadas por un compañero íntimo. [...]. Entre el 2000 y el 2005, 17 niños resultaron asesinados durante incidentes relacionados con la violencia doméstica.

100. Los peticionarios presentaron asimismo elementos recogidos en artículos periodísticos que indicaban que el número de casos fatales relacionados con la violencia doméstica continúa en aumento en Colorado, y con alarmante frecuencia desde el asesinato de Leslie, Katheryn y Rebecca Gonzales. [...].

[...]

**El derecho a la igualdad ante la ley y la obligación de no discriminar (artículo II), el derecho a la vida (artículo I) y el derecho a una protección especial (artículo VII), establecidos en la Declaración Americana**

[...]

105. Los peticionarios argumentan que la discriminación en la violación del artículo II de la Declaración Americana fue el hilo conductor en todas las presuntas fallas del estado en no garantizar los derechos de Jessica Lenahan y de sus hijas, consagrados en dicho instrumento. Sostienen que las fallas del estado en no responder adecuadamente a las llamadas de Jessica Lenahan en relación con la orden de protección, en no investigar la muerte de Leslie, Katheryn y Rebecca Gonzales, y en no ofrecerle un recurso adecuado por la inacción policial en implementar la orden de protección, constituyeron actos de discriminación, establecidos en el artículo II de la Declaración Americana. Agregan que el deber del estado de proteger a estas víctimas de la violencia doméstica tenía un alcance amplio, involucrando también su derecho a la vida y su derecho a una protección especial, consagrados en los artículos I y VII de la Declaración Americana, dadas las circunstancias fácticas del presente caso. Los peticionarios alegan que la Declaración Americana impone al Estado el deber de adoptar medidas para respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos en ella consagrados; una obligación que en ciertas circunstancias requiere acción estatal para prevenir y responder a la conducta de particulares. Invocan asimismo el principio de la debida diligencia para interpretar el alcance de las obligaciones estatales bajo la Declaración Americana en casos de violencia contra las mujeres; obligaciones que consideran el estado no cumplió en este caso.

106. El estado, por su parte, rechaza los argumentos de los peticionarios afirmando que nadie pudo haber previsto los homicidios trágicos de Leslie, Katheryn y Rebecca Gonzales. Por lo tanto, el estado reitera que sí actuó con diligencia para proteger sus vidas, sobre la base de la información de la cual disponía el Departamento de Policía de Castle Rock al momento de los hechos. El estado también sostiene que

las autoridades estatales investigaron adecuadamente las muertes de Leslie, Katheryn y Rebecca Gonzales, por lo cual no incurrió en discriminación alguna. El estado rechaza los argumentos presentados por los peticionarios en relación con la Declaración Americana y la aplicabilidad del principio de la debida diligencia a los hechos de este caso, señalando que: a) la Declaración Americana es un instrumento no vinculante y sus disposiciones representan aspiraciones; b) que no existe en la Declaración Americana una disposición que imponga a los Estados un deber afirmativo de adoptar medidas para prevenir la comisión de delitos por particulares, y que c) a pesar de que el principio de la debida diligencia ha sido consagrado en varios instrumentos internacionales relacionados con el problema de la violencia contra las mujeres, su contenido no está todavía claro.

107. La Comisión ha establecido reiteradamente que el derecho a la igualdad y a la no discriminación establecido en el artículo II de la Declaración Americana es un principio fundamental del sistema interamericano de derechos humanos. El principio de la no discriminación constituye el eje central de los sistemas universal y regional de protección de los derechos humanos.

108. Como con todos los derechos y libertades fundamentales, la Comisión ha observado que los Estados no están solamente obligados a proveer la igual protección de la ley. Los Estados deben también adoptar las medidas legislativas, políticas y de otra índole necesarias para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos protegidos por el artículo II de la Declaración Americana.

109. La Comisión ha aclarado que el derecho a la igualdad ante la ley no significa que las disposiciones sustantivas de la ley tengan que ser las mismas para todos, sino que la aplicación de la ley debe ser igual para todos, sin discriminación. En la práctica, ello significa que los Estados tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para reconocer y garantizar la igualdad efectiva de todas las personas ante la ley; de abstenerse de introducir en su marco jurídico normas que sean discriminatorias para ciertos grupos, sea en su texto o en la práctica; y de combatir las prácticas discriminatorias. La Comisión ha subrayado que deben examinarse las leyes y las políticas para asegurar que cumplan con los principios de igualdad y no discriminación; un análisis que debe evaluar su posible efecto discriminatorio, aún cuando su formulación o redacción parezca neutral o se apliquen sin distinciones textuales.

110. La violencia basada en género es una de las formas más extremas y generalizadas de discriminación, la cual impide y nulifica de forma severa el ejercicio de los derechos de la mujer. En este sentido, el sistema interamericano ha subrayado la fuerte vinculación entre los problemas de la discriminación y la violencia contra la mujer.

111. Los sistemas internacional y regional de derechos humanos asimismo se han pronunciado sobre la estrecha relación entre la discriminación, la violencia y la debida diligencia, enfatizando que la falla del Estado de actuar con debida diligencia para proteger a las mujeres de la violencia constituye una forma de discriminación, y una negación de su derecho a la igual protección de la ley. Estos principios también han sido aplicados para responsabilizar a los Estados por fallas en la protección de las mujeres respecto de actos de violencia doméstica cometidos por particulares. En esta línea, se ha reconocido internacionalmente que la violencia doméstica es una violación de los derechos humanos y una de las formas más persistentes de discriminación, que afecta a mujeres de todas las edades, etnias, razas y clases sociales.

112. Por otra parte, varios órganos internacionales de derechos humanos han considerado la inacción de los Estados en la esfera de la violencia doméstica no solo una forma de discriminación, sino que también la han declarado un menoscabo del derecho a la vida de las mujeres. La Comisión ha descrito el derecho a la vida “como el derecho supremo del ser humano del que depende el goce de todos los demás derechos”. La importancia del derecho a la vida está reflejada en su incorporación en todos los instrumentos internacionales fundamentales en materia de derechos humanos. El derecho a la vida es uno de los derechos pilares protegidos por la Declaración Americana y, sin duda, ha adquirido el estatus de derecho internacional público consuetudinario.

113. La Comisión también ha reconocido que ciertos grupos de mujeres padecen discriminación basándose en más de un factor a lo largo de su vida, en virtud de su corta edad, su raza y su origen étnico, entre otros, lo que aumenta su riesgo de sufrir actos de violencia. Las medidas de protección se consideran particularmente críticas en el caso de las niñas, por ejemplo, dado que pueden estar expuestas a un mayor riesgo de violación de sus derechos humanos en razón de dos factores: su sexo y su edad. Este principio de protección especial está consagrado en el artículo VII de la Declaración Americana.

114. De los argumentos y escritos de las partes surgen tres cuestiones a analizar bajo los artículos I, II y VII de la Declaración Americana que la Comisión examinará en la siguiente sección. La primera es si la obligación de no discriminar contenida en el artículo II de la Declaración Americana requiere que los Estados actúen para proteger a la mujer de la violencia doméstica, entendiéndola a esta como una forma extrema de discriminación. La segunda se refiere al contenido y alcance de esta obligación jurídica bajo la Declaración Americana a la luz del principio internacionalmente reconocido de la debida diligencia, analizada juntamente con las obligaciones de proteger el derecho a la vida y de brindar una protección especial, consagradas en los artículos I y VII de la Declaración Americana. La tercera cuestión que la Comisión debe examinar es si, en el caso que nos ocupa, esta obligación fue cumplida por las autoridades.

#### **a. Obligación jurídica de proteger a la mujer de la violencia doméstica, conforme al artículo II de la Declaración Americana**

115. La Comisión comienza su análisis de la primera cuestión reiterando lo establecido en la etapa de admisibilidad en el sentido que, de acuerdo con la jurisprudencia y a la práctica bien establecida y de larga data del sistema interamericano de derechos humanos, la Declaración Americana es reconocida como fuente de obligación jurídica para los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los Estados que no son parte de la Convención Americana de Derechos Humanos. Se considera que estas obligaciones emanan de los deberes pertinentes a los derechos humanos de los Estados Miembros bajo la Carta de la OEA. Los Estados miembros han acordado que el contenido de los principios generales de la Carta de la OEA está incorporado y es definido por la Declaración Americana, así como el estatus jurídico consuetudinario de los derechos protegidos por muchas de las disposiciones básicas de la Declaración.

116. El sistema interamericano asimismo ha sostenido que la Declaración es fuente de obligaciones internacionales para todos los Estados miembros de la OEA, incluidos aquellos que han ratificado la Convención Americana. La Declaración Americana es parte del marco de derechos humanos establecido por los Estados miembros de

la OEA, el cual se refiere a las obligaciones y responsabilidades de los Estados, y les exige el abstenerse de respaldar, tolerar o participar en actos u omisiones que vulneren sus compromisos en materia de derechos humanos.

117. Al constituir la Declaración fuente de obligaciones jurídicas, los Estados deben implementar en la práctica, dentro de su jurisdicción, los derechos en ella establecidos. En este sentido, la Comisión ha indicado que la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos está específicamente consagrada en ciertas disposiciones de la Declaración Americana. [...] La naturaleza continua e integrada de las obligaciones en materia de derechos humanos no solo exige la abstención, sino también la acción positiva de los Estados.

118. En concordancia con este principio, la Comisión en sus decisiones ha establecido de forma reiterada que la Declaración Americana requiere a los Estados el adoptar medidas para dar efecto legal a los derechos en ella consagrados; principio aplicable en casos en donde se alega la violación del artículo II. [...] Tradicionalmente, la Comisión ha interpretado el alcance de las obligaciones que impone la Declaración Americana en el contexto más amplio de los sistemas internacional e interamericano de derechos humanos, teniendo en cuenta la evolución del campo del derecho internacional de derechos humanos desde que se aprobó el instrumento, y con debido respeto por las demás normas del derecho internacional aplicables a los Estados miembros.

119. En su análisis de las obligaciones jurídicas establecidas en la Declaración Americana, la Comisión también ha señalado que, en ciertas circunstancias, un Estado puede ser responsable por el comportamiento de actores no estatales. Más aún, ha sostenido que los derechos consagrados en la Declaración Americana pueden verse vulnerados cuando un Estado no actúa para prevenir, procesar y sancionar actos de violencia doméstica cometidos por particulares. La Comisión asimismo observa que tanto el sistema universal como el sistema interamericano de derechos humanos han afirmado –refiriéndose al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a la Convención Americana y a otros instrumentos internacionales– que el deber de los Estados de implementar sus obligaciones de derechos humanos en la práctica se extiende a la prevención y a la respuesta frente a actos cometidos por particulares.

120. Basándose en estas consideraciones, la Comisión observa que los Estados están obligados por la Declaración Americana a dar efecto legal a los deberes contenidos en su artículo II. Las obligaciones que establece este artículo comprenden la prevención y la erradicación de la violencia contra la mujer como componente crucial del deber del Estado de eliminar formas directas e indirectas de discriminación. De acuerdo con esta obligación, en ciertas circunstancias, el Estado puede incurrir en responsabilidad por no proteger a las mujeres de actos de violencia doméstica perpetrados por particulares.

121. La Comisión destaca, asimismo, que cuando un Estado no cumple con su obligación de proteger a las mujeres de violencia doméstica de acuerdo con lo dispuesto en el artículo II de la Declaración Americana, esto puede también dar lugar en ciertos casos a una violación del derecho a la vida consagrado en el artículo I de la Declaración Americana y al deber de otorgar una protección especial, establecido en el artículo VII del mismo instrumento. Estos principios serán analizados de forma pormenorizada en la siguiente sección.

## **b. La Declaración Americana, el principio de la debida diligencia y la violencia doméstica**

122. La Comisión observa que el principio de la debida diligencia tiene una larga historia en el sistema jurídico internacional y en sus estándares sobre responsabilidad estatal. Dicho principio ha sido aplicado a una serie de circunstancias para solidificar la obligación de los Estados de prevenir, sancionar y reparar actos de violencia, cuando estos son cometidos por agentes del Estado o por particulares.

123. La Comisión observa asimismo que existe un amplio consenso internacional en torno a la aplicación del principio de la debida diligencia para interpretar el contenido de las obligaciones jurídicas de los Estados en relación con el problema de la violencia contra la mujer, incluyendo el problema de la violencia doméstica. Este consenso refleja el creciente reconocimiento por la comunidad internacional de la violencia contra la mujer como un problema de derechos humanos que requiere la acción del Estado.

124. Dicho consenso ha sido consagrado en una diversidad de instrumentos internacionales [...].

125. La comunidad internacional ha aplicado de forma reiterada el estándar de la debida diligencia como manera de comprender qué significan en la práctica las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos, cuando se trata de violencia cometida contra las mujeres de distintas edades y en distintos contextos, incluyendo la violencia doméstica. Este principio también ha sido crucial para definir las circunstancias en que el Estado puede estar obligado a prevenir actos u omisiones de particulares y a responder a ellos. Este deber comprende la organización de toda la estructura estatal –incluyendo el marco legislativo, las políticas públicas, los órganos encargados de implementar la ley como la policía, y el sistema judicial– para prevenir y responder de forma adecuada y efectiva a estos problemas. Tanto la Comisión como la Corte Interamericana han invocado el principio de la debida diligencia como referencia para pronunciarse jurídicamente sobre casos y situaciones de violencia contra la mujer perpetrada por particulares, incluyendo casos relacionados con las niñas.

126. La evolución del derecho y de la práctica relacionada con la aplicación del estándar de la debida diligencia en casos de violencia contra la mujer destaca, en particular, cuatro principios. En primer lugar, los órganos internacionales han establecido de forma consistente que el Estado puede incurrir en responsabilidad internacional por no actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar los actos de violencia contra la mujer; un deber aplicable a los actos cometidos por particulares en ciertas circunstancias. En segundo lugar, subrayan el vínculo entre la discriminación, la violencia contra la mujer y la debida diligencia, señalando que el deber de los Estados de enfrentar y responder a la violencia contra la mujer también implica medidas para prevenir la discriminación que perpetúa este grave problema. Los Estados deben adoptar las medidas necesarias para modificar los patrones de comportamiento sociales y culturales de hombres y mujeres, y eliminar los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de otra índole basadas en la premisa de la inferioridad o superioridad de uno de los sexos, y sobre los roles estereotipados que se imponen tanto a los hombres como a las mujeres.

127. En tercer lugar, destacan el vínculo entre el deber de actuar con la debida diligencia y la obligación de los Estados de garantizar el acceso a recursos judiciales

adecuados y efectivos para las víctimas y sus familiares, cuando son objeto de actos de violencia. Cuarto, los sistemas de derechos humanos tanto a nivel internacional como regional han identificado ciertos grupos de mujeres expuestos a un riesgo particular de sufrir actos de violencia, debido a formas de discriminación que sufren por más de un factor, como las niñas y las mujeres pertenecientes a ciertos grupos étnicos, raciales y minoritarios; un factor que debe ser considerado por los Estados en la adopción de medidas para prevenir todas las formas de violencia.

128. La protección del derecho a la vida es un componente crítico del deber de debida diligencia de parte de los Estados para proteger a la mujer de actos de violencia. Esta obligación jurídica pertenece a toda la estructura estatal, incluyendo las acciones de todos los encargados de garantizar la seguridad del Estado e implementar la ley, como la fuerza policial. Comprende igualmente las obligaciones que puede tener el Estado para prevenir y responder a las acciones de actores no estatales y particulares.

129. El deber de protección estatal vinculado al derecho a la vida se considera especialmente riguroso en el caso de las niñas. Ello deriva, por un lado, de la obligación internacional ampliamente reconocida de otorgar protección especial a los niños y a las niñas, debido a su desarrollo físico y emocional. Por otro, se relaciona al reconocimiento internacional de que el deber de la debida diligencia de los Estados para proteger y prevenir la violencia tiene connotaciones especiales en el caso de las mujeres, debido a la discriminación histórica que han sufrido como grupo.

130. A la luz de estas consideraciones, la Comisión observa que los estándares evolutivos relacionados con el principio de la debida diligencia son relevantes para interpretar el contenido y el alcance de las obligaciones jurídicas consagradas en los artículos I, II y VII de la Declaración Americana en casos de violencia contra las mujeres y las niñas que ocurren en el contexto doméstico. Los casos de violencia contra las mujeres cometidos por particulares requieren un análisis integral de las obligaciones jurídicas de los Estados bajo la Declaración Americana de actuar con la debida diligencia requerida para prevenir, investigar, sancionar y reparar estos actos.

131. Los órganos internacionales y regionales de derechos humanos también han aplicado el principio de la debida diligencia a casos individuales de violencia doméstica. La Comisión Interamericana, por su parte, en el caso de *Maria Da Penha Maia Fernandes*, estableció que la obligación de los Estados de actuar con la debida diligencia necesaria para investigar y sancionar violaciones de los derechos humanos se aplica a casos de violencia doméstica. La Comisión interpretó el alcance del deber de actuar con la debida diligencia frente a la violencia doméstica en un sentido amplio, comprendiendo no solo la pronta investigación, procesamiento y sanción de dichos actos, sino también la obligación de “prevenir estas prácticas degradantes”. La Comisión asimismo verificó la existencia de un patrón general de tolerancia estatal e ineficacia judicial hacia casos de violencia doméstica, lo que promovió su repetición, y reafirmó el vínculo estrecho entre el problema de la violencia contra las mujeres y la discriminación en el contexto doméstico .

132. En el ámbito de la prevención, la Corte Europea de Derechos Humanos y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante “Comité de la CEDAW”) han emitido una serie de sentencias y pronunciamientos encontrando a Estados responsables por fallas en proteger a víctimas de actos inminentes de violencia doméstica, cuando han considerado que las autoridades conocían de una

situación de riesgo real e inmediato para la cónyuge, sus hijos y/u otros familiares, pero no adoptaron medidas razonables para proteger a estas personas de daño. Al pronunciarse sobre el aspecto del “conocimiento”, un hilo conductor de estos pronunciamientos es que las autoridades estatales ya habían reconocido la existencia de un riesgo de daño para la víctima y/o sus familiares, pero no actuaron de forma diligente para protegerlos. El reconocimiento del riesgo involucrado estuvo reflejado en el otorgamiento de órdenes de protección, la detención del agresor, la asistencia a la víctima y/o a sus familiares en la presentación de denuncias, y el impulso por parte de las autoridades de procesos penales, en respuesta a los contactos reiterados de la víctima y/o sus familiares con las autoridades. Este razonamiento también ha sido aplicado por la Corte Europea en casos en donde los servicios sociales del Estado ya habían reconocido un riesgo de daño para niños y niñas abusadas en el contexto familiar, y no adoptaron medidas positivas para prevenir otros abusos.

133. En varios de estos casos, los Estados han sido hallados responsables de la violación del derecho a la vida cuando sus autoridades no adoptaron medidas razonables para proteger a niños y a niñas de la violencia doméstica, teniendo como resultado su muerte, pese a que las autoridades sabían o debían haber sabido del riesgo existente. En algunos casos, por ejemplo, los niños y niñas fueron asesinados en una situación de violencia doméstica después de que las autoridades estuvieran al tanto de la situación de riesgo tras la presentación de una denuncia sobre violencia doméstica por parte de uno de los progenitores.

134. En el análisis de los casos referidos, la Corte Europea de Derechos Humanos ha avanzado principios importantes en relación con el alcance y el contenido de la obligación del Estado de prevenir actos de violencia doméstica. La Corte Europea ha considerado que la obligación de protección es de medios y no de resultados, incurriendo el Estado responsabilidad cuando no adopta medidas razonables que tengan un potencial real de alterar el resultado o de atenuar el daño. La Corte ha establecido que al adoptar dichas medidas de protección, las autoridades deben considerar la incidencia de la violencia doméstica, su carácter oculto y las víctimas frecuentes de este fenómeno, en la adopción de medidas de protección; una obligación que puede ser aplicable aún en casos en que las víctimas han retirado sus denuncias. Dada la naturaleza de la violencia doméstica, en ciertas circunstancias, las autoridades pueden tener razones para saber que el retiro de una denuncia puede reflejar una situación de amenazas de parte del agresor o, como mínimo, puede ser necesario que el Estado investigue esa posibilidad. Por último, la Corte Europea ha establecido que cuando un Estado no protege a las mujeres de la violencia doméstica, esto viola su derecho a la igual protección de la ley, y que esta falla no requiere ser intencional.

135. Como lo ha sostenido la Comisión anteriormente en casos que involucran la aplicación de la Declaración Americana, aunque los órganos del sistema interamericano no están obligados a aplicar los principios consagrados en sentencias dictadas por órganos de supervisión internacional, su jurisprudencia puede ofrecer un aporte constructivo a la interpretación y aplicación de derechos que son comunes a los sistemas de derechos humanos a nivel regional e internacional.

136. En la siguiente sección, la Comisión aplicará estas consideraciones al caso específico de Jessica Lenahan y Leslie, Katheryn y Rebecca Gonzales.

### c. Análisis de la respuesta de las autoridades en este caso

137. Teniendo en cuenta las circunstancias específicas de este caso, la Comisión procede a analizar: i) si las autoridades estatales en cuestión debieron haber sabido que las víctimas estaban en una situación de inminente riesgo de violencia doméstica, y ii) si las autoridades adoptaron medidas razonables para protegerlas de esos actos. El examen de la Comisión en este caso no se limitará solo a las acciones del Departamento de Policía de Castle Rock, dado que la obligación de la debida diligencia del estado requiere la organización y coordinación de la labor de toda la estructura estatal para proteger a las víctimas de violencia doméstica de un daño inminente.

#### i. Conocimiento de las autoridades de que las víctimas estaban en una situación de riesgo

138. Los hechos probados de este caso muestran que Jessica Lenahan tenía en su poder una orden de protección válida al momento de los hechos. Esta orden fue inicialmente otorgada por el sistema de justicia con carácter temporal, el 21 de mayo de 1999 y después fue concedida de forma permanente, el 4 de junio de 1999. Los términos de la orden de protección temporal incluían a Jessica Lenahan y a sus hijas como beneficiarias, e indicaban expresamente que se produciría un “daño físico o emocional” a menos que Simon Gonzales fuera excluido del hogar. Cuando se otorgó carácter permanente a la orden, Jessica Lenahan obtuvo la custodia física exclusiva y temporal de sus tres hijas. También se otorgó a Simon Gonzales tiempo de paternidad según los términos de la orden de protección, con ciertas condiciones. El tiempo de Simon Gonzales con sus hijas durante la semana se reducía a “una visita a mitad de semana, a la hora de la cena” que Simon Gonzales y Jessica Lenahan debían coordinar anteriormente “con una antelación razonable”.

139. El reverso de la orden temporal contenía avisos importantes para la parte afectada y para los oficiales encargados de hacer cumplir la ley. La orden indicaba a la parte restringida lo siguiente:

....SI USTED VIOLA ESTA ORDEN PENSANDO QUE LA OTRA PARTE O UN HIJO/A DESIGNADO/A EN LA PRESENTE ORDEN LE DIO PERMISO **ESTÁ EQUIVOCADO**, Y PUEDE SER ARRESTADO Y PROCESADO...  
LOS TÉRMINOS DE LA ORDEN NO PUEDEN SER CAMBIADOS POR ACUERDO DE LA OTRA PARTE O DE LOS HIJOS/AS. SOLO EL TRIBUNAL PUEDE CAMBIAR ESTA ORDEN...

140. Para los encargados de hacer cumplir la ley, la orden establecía lo siguiente, reproduciendo los términos de la ley de arresto obligatorio de Colorado vigente al momento de los hechos:

USTED DEBE USAR TODOS LOS MEDIOS RAZONABLES PARA EJECUTAR LA ORDEN DE PROTECCIÓN.  
ARRESTARÁ O, SI UN ARRESTO NO FUERA PRÁCTICO EN LAS CIRCUNSTANCIAS, PROCURARÁ UNA ORDEN DE ARRESTO DE LA PERSONA RESTRINGIDA CUANDO DISPONGA DE INFORMACIÓN EQUIVALENTE A CAUSA PROBABLE DE QUE LA PERSONA RESTRINGIDA HAYA VIOLADO O INTENTADO VIOLAR ALGUNA DE LAS DISPOSICIONES DE LA PRESENTE ORDEN...  
EJECUTARÁ ESTA ORDEN AUNQUE NO EXISTA CONSTANCIA DE LA MISMA EN EL REGISTRO CENTRAL...

**ESTÁ AUTORIZADO A EMPLEAR TODOS LOS ESFUERZOS RAZONABLES PARA PROTEGER A LA PRESUNTA VÍCTIMA Y A SUS HIJOS/AS A FIN DE PREVENIR MAYOR VIOLENCIA...**

141. La Comisión considera que la emisión de esta orden de protección y sus términos reflejan que las autoridades judiciales sabían que Jessica Lenahan y sus hijas estaban en riesgo de daño por parte de Simon Gonzales. Ante la Comisión, los peticionarios interpretan esta orden como una determinación judicial de ese riesgo, en caso de violación de sus términos; una alegación que el estado no ha impugnado. La orden inclusive impide a las partes cambiar sus términos por acuerdo, dado que solo el tribunal pertinente puede cambiarla.

142. La Comisión considera que el otorgamiento de esta orden refleja un reconocimiento por parte del estado del riesgo enfrentado por sus beneficiarios de daño a causa de actos de violencia doméstica que pueden ser cometidos por la parte restringida, y de la necesidad de protección estatal. Este reconocimiento es frecuentemente producto de una determinación de una autoridad judicial de que un beneficiario –una mujer, sus hijos y/u otros familiares– sufrirán daño sin la protección de la policía. El propio Estado reconoce en sus escritos que ha adoptado una serie de medidas a nivel federal y estatal para garantizar que las órdenes de protección sean efectivamente implementadas por la policía, ya que representan una valoración del riesgo involucrado, y una forma de protección estatal.

143. Por lo tanto, la Comisión considera que el reconocimiento por el estado del riesgo involucrado en esta situación de violencia doméstica mediante el otorgamiento de una orden de protección –y los términos de dicha orden– es un elemento relevante para evaluar las implicaciones de derechos humanos de la acción o inacción del estado para responder a los hechos presentados por este caso. Constituye un componente clave para determinar si las autoridades estatales debieron haber sabido que las víctimas se encontraban en una situación de riesgo inminente a la violencia doméstica si se violaban los términos de la orden. Es también un indicio de las medidas que se podían razonablemente esperar de las autoridades.

144. Respecto de la cuestión de las medidas que cabía razonablemente esperar, el sistema judicial utilizó en la orden un lenguaje que indicaba que los términos de su ejecución eran estrictos y que las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley eran responsables de implementar esta orden cuando fuera necesario. La orden obligaba a la policía –al emplear expresiones imperativas como “arrestará” o “procurará una orden de arresto”– a actuar de forma diligente, para arrestar o para obtener una orden de arresto del agresor en la presencia de información apuntando a causa probable de una violación. La orden autorizaba y requería de la policía que realizara todo esfuerzo razonable para proteger a la víctima y a sus hijas de la violencia doméstica.

145. A la luz de este reconocimiento judicial de riesgo y de la correspondiente necesidad de protección, el estado estaba obligado a asegurar que su estructura respondiera efectivamente y en forma coordinada para hacer cumplir los términos de esta orden a fin de proteger de daño a las víctimas. Ello requería que las autoridades a las que se confió la ejecución de la orden de protección conocieran de su existencia y sus términos; que entendieran que una orden de protección representa una determinación judicial de riesgo y cuáles eran sus responsabilidades a partir de esta determinación; que entendieran las características del problema de la violencia doméstica; y que estuvieran capacitados para responder a informes

de posibles violaciones. Una respuesta adecuada hubiera requerido la existencia de protocolos o directivas y de capacitación sobre cómo implementar las órdenes de protección, y sobre cómo responder a llamadas como las realizadas por Jessica Lenahan.

## ii. Medidas adoptadas para proteger a las víctimas

146. En este caso, ha quedado establecido que Jessica Lenahan tuvo ocho contactos con el Departamento de Policía de Castle Rock en el curso de la noche del 22 y la madrugada del 23 de junio de 1999, y que durante esos contactos informó al Departamento de Policía que era beneficiaria de una orden de protección. Les informó también que no conocía el paradero de sus hijas, que eran niñas y que temía que hubieran sido recogidas por su padre sin aviso, junto con una amiga.

147. Por lo tanto, en este caso, el Departamento de Policía fue puesto en conocimiento de que existía la orden de protección. Sabiendo que esta orden de protección existía, cabía razonablemente esperar que examinaran detenidamente sus términos para comprender el riesgo involucrado y sus obligaciones frente a ese riesgo. De acuerdo con los requisitos de la propia orden, el Departamento de Policía debió haber investigado de inmediato si se habían violado sus términos y, si mediaba causa probable de una violación, debieron haber arrestado o haber procurado una orden para arrestar a Simon Gonzales, como se indicaba en la propia orden. Ello hubiera formado parte de una respuesta coordinada de protección de parte del Estado, involucrando las acciones de sus autoridades judiciales y las encargadas en hacer cumplir la ley, como la policía.

148. Las partes han aportado ante la Comisión una serie de directrices nacionales sobre la ejecución de la ley relacionadas con la ejecución de las órdenes de protección que son instructivas sobre las medidas mínimas que las autoridades debieron haber adoptado para determinar si la orden examinada había sido violada. Las directrices de la Asociación Internacional de Jefes de Policía, presentadas por los peticionarios, disponen que el funcionario policial debe leer la orden en su totalidad para determinar su posible violación; cuando una víctima no dispone de una copia de la orden, los funcionarios policiales deben tratar de comprobar su existencia y que, cuando no se sabe su paradero, los funcionarios deben tratar de localizar y arrestar al abusador e incautar las armas de fuego sujetas a prohibiciones del estado, territoriales, locales o tribales. Existen algunos factores que los funcionarios policiales pueden evaluar para determinar el posible riesgo a la violación de una orden de protección, incluyendo las amenazas de suicidio del agresor, antecedentes de violencia doméstica y de conducta delictiva violenta; la separación de las partes, depresión y otras enfermedades mentales, apego obsesivo a la víctima, y la posesión de armas de fuego o acceso a las mismas, entre otros. En los casos en que el abusador haya huido de la escena del crimen, las instrucciones encomiendan a los funcionarios policiales que determinen si las acciones del abusador justifican su arresto y que sigan el procedimiento del departamento para lidiar con un sospechoso de naturaleza criminal que ha huido del lugar de los hechos.

149. El Manual de Adiestramiento para los Agentes del Orden (*Law Enforcement Training Manual*) publicado por la Coalición contra la Violencia Doméstica de Colorado, mencionado por el estado, ofrece directrices similares para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley cuando responden a posibles violaciones de las órdenes de protección, en cumplimiento de la Ley de arresto obligatorio de Colorado.

El manual señala como vital que la policía esté adiestrada en la compleja dinámica del problema de la violencia doméstica para responder adecuadamente a los llamados de las víctimas. Por ejemplo, las tácticas de los agresores para controlar a la víctima pueden incluir el abuso de sus hijos e hijas, dado que a menudo son lo más importante para la víctima. El manual destaca factores que cuando están presentes pueden apuntar a un mayor riesgo y probabilidad de violencia resultando en muerte para la víctima y sus familiares, como: la separación o el divorcio de las partes; la posesión obsesiva de parte del agresor; amenazas de cometer suicidio; el otorgamiento de órdenes de protección o restricción; depresión del agresor; antecedentes anteriores de conducta delictiva de parte del abusador; incidentes relacionados con acoso; y acceso del agresor a armas de fuego. El manual indica que los funcionarios policiales no deben basar su evaluación del posible carácter letal en el tono o conducta de la víctima, ya que puede no corresponder a la gravedad de la situación, y ser producto de las relaciones de poder desiguales intrínsecas de la violencia doméstica.

150. Basándose en un examen exhaustivo del expediente, la Comisión considera que el Departamento de Policía de Castle Rock no adoptó las medidas mencionadas de investigación con la diligencia requerida y sin demora. Su respuesta puede caracterizarse como fragmentada, descoordinada y desprevenida, consistiendo en medidas que no produjeron una determinación comprehensiva de si los términos de la orden de protección examinada habían sido violados.

151. La Comisión presenta a continuación algunas observaciones respecto de la respuesta del Departamento de Policía a partir de las pruebas presentadas por las partes.

152. En primer lugar, la Comisión no dispone de información alguna que indique que los agentes de policía que respondieron a las llamadas de Jessica Lenahan y que la visitaron en su casa en algún momento revisaron detenidamente la orden de protección para confirmar sus términos y sus obligaciones de ejecutarla. La información disponible indica que tomaron nota de la existencia de la orden basados en la información que Jessica Lenahan proporcionó a lo largo de la noche, a sus conclusiones y prejuicios respecto de esta información, y no sobre la base de los términos reales de la orden. Por ejemplo, tan pronto escucharon de Jessica Lenahan que la orden de protección otorgaba a Simon Gonzales tiempo de paternidad, no hubo seguimiento alguno para determinar si los términos de la orden limitaban ese tiempo de paternidad. Jessica Lenahan informó de forma reiterada a los policías que atendieron sus llamadas que a lo largo de la noche del 22 de junio y la madrugada del 23 de junio, que estaba preocupada por el paradero de sus hijas. Aun cuando Jessica Lenahan indicó en un punto durante esa noche que no pensaba que Simon Gonzales les haría daño a sus hijas, los policías atendiendo sus llamadas y tomando sus reportes aparentemente solo aplicaron sus percepciones personales en determinar que las niñas estaban en un sitio seguro porque estaban con su padre. También se desprende del expediente que la información sobre la existencia de la orden de protección no fue debidamente comunicada entre quienes atendieron las llamadas y los agentes de policía a lo largo de la noche y que Jessica Lenahan fue objeto de las mismas preguntas en cada una de sus llamadas telefónicas.

153. En segundo lugar, hacia las 8:49 pm del 22 de junio, Jessica Lenahan había informado a la policía que Simon Gonzales había llevado a las niñas a otra jurisdicción de Colorado sin aviso. Sin embargo, las medidas de los funcionarios policiales para localizar a Katheryn, Leslie y Rebecca se limitaron a Castle Rock hasta

que se hallaron sus cuerpos la madrugada siguiente. Los agentes debieron haber llamado al departamento policial de Denver para alertarlos de la situación, pero no lo hicieron. Hacia la medianoche, sabían que Simon Gonzales podría haberlas llevado al área *Pueblo*, pero no tomaron ninguna medida para buscarlas allí.

154. Tercero, el expediente a la vista de la Comisión también demuestra que los funcionarios policiales en ningún momento realizaron una búsqueda de los antecedentes penales de Simon Gonzales y de sus contactos con la policía. Estos antecedentes ilustraban un patrón de problemas emocionales y de conducta errática e imprevisible que hubiera sido importante para evaluar el potencial riesgo de una violación de la orden de protección.

155. Cuarto, la información a la vista de la Comisión indica que aparentemente no existían protocolos ni directivas que orientaran a los funcionarios policiales en torno a cómo responder a denuncias de una posible violación de una orden de protección involucrando a niñas desaparecidas, lo que contribuyó al atraso en la respuesta. Por ejemplo, los hechos probados demuestran que le tomó a una agente de la policía una hora, entre las 2:15 y las 3:25 am, encontrar las directrices para ingresar un “intento de localización” de Simon Gonzales y su vehículo. Esa agente también declaró haber tenido problemas para ingresar la información en la pantalla para un “intento de localización” porque le faltaba información clave, como la descripción física de las niñas. Esta información nunca le fue solicitada a Jessica Lenahan, pese a sus ocho contactos con la policía en el curso de esa noche.

156. Quinto, fue evidente la falta de capacitación de los funcionarios policiales de Castle Rock a lo largo de la noche del 22 y la madrugada del 23 de junio. La respuesta de los funcionarios policiales de Castle Rock, al ser evaluada en su conjunto durante el tiempo involucrado, ilustra malentendidos y concepciones equivocadas respecto del problema de la violencia doméstica. Incluso el Estado acepta en sus escritos que, desde el punto de vista del Departamento de Policía de Castle Rock, esta situación parecía ser un “malentendido” entre el señor y la señora Gonzales, y los funcionarios sintieron cierto alivio al saber que las niñas estaban por lo menos en un lugar conocido con su padre, pese a que este estaba sujeto a una orden de protección.

157. Algunas declaraciones demuestran que los agentes de la policía no entendían la urgencia y la gravedad de la situación. Cuando Jessica Lenahan llamó por teléfono al Departamento de Policía por tercera vez, a las 9:57 pm, para denunciar que sus hijas todavía no habían regresado a casa, la agente de policía que respondió a la llamada le pidió que volviera a llamar por una “línea que no fuera la de emergencia” y que esperaba que ella y Simon Gonzales llegaran a algún tipo de arreglo, porque “es un poco ridículo asustarnos haciéndonos pensar que las niñas están desaparecidas”.

158. En sexto lugar, la Comisión observa que, a lo largo de esa noche, los funcionarios policiales evidenciaron no entender que eran ellos los responsables de determinar si se había violado la orden de protección. Pidieron una y otra vez a Jessica Lenahan que volviera a llamar durante esa noche y que se pusiera en contacto ella misma con Simon Gonzalez, pese a estar en conocimiento de que se trataba de una situación de violencia doméstica. El propio estado, en sus escritos, argumentó como defensa que Jessica Lenahan nunca denunció a los funcionarios policiales que se había violado la orden de protección. La Comisión ha manifestado su preocupación sobre cómo los Estados adoptan la posición equivocada de que son las propias víctimas las responsables de hacer monitoreo de las medidas preventivas, lo que las deja indefensas y en peligro de ser víctimas de represalias de los agresores.

159. Séptimo, los hechos probados también demuestran fallas sistémicas, no solo del Departamento de Policía de Castle Rock, sino también de la Oficina Federal de Investigaciones (*Federal Bureau of Investigations*). El 22 de junio de 1999, Simon Gonzales compró una pistola Taurus 9 mm y municiones a William George Palsulich, quien tenía una licencia federal para armas de fuego desde 1992. Simon Gonzales contactó a Palsulich a las 6:00 pm del 22 de junio de 1999, en respuesta a un anuncio que Palsulich había publicado en el periódico sobre la venta del arma, preguntando si podía comprar la pistola y las municiones. Simon Gonzales fue a casa de Palsulich a las 7:10 pm del 22 de junio de 1999 con Leslie, Katheryn y Rebecca Gonzales para comprar esta arma. Del expediente ante la Comisión se desprende que el vendedor tramitó un control de antecedentes a través de la Oficina Federal de Investigaciones para efectuar la venta a Simon Gonzales. El señor Palsulich, al principio, no efectuó la venta porque el FBI rechazó el control de antecedentes, pero más tarde llamaron e informaron a Palsulich que la transacción había sido aprobada. El estado no ha respondido a este punto, ni ha indicado cómo la verificación de antecedentes de una persona como Simon Gonzales, sujeto a una orden de protección y con un historial criminal, pudo ser aprobada. El estado tampoco ha explicado por qué aparentemente la orden de protección no apareció en el examen de los datos como parte del control de antecedentes.

### iii. Conclusiones

160. Sobre la base de estas consideraciones, la Comisión concluye que, aunque el estado reconoció la necesidad de proteger a Jessica Lenahan y Leslie, Katheryn y Rebecca Gonzales de la violencia doméstica, no cumplió con su deber de actuar con la debida diligencia. El aparato del estado no estaba debidamente organizado, coordinado y listo para proteger a estas víctimas de violencia doméstica mediante la implementación adecuada y efectiva de la orden de protección en cuestión; fallas en la protección que constituyeron una forma de discriminación violatoria del artículo II de la Declaración Americana.

161. Estas fallas sistémicas son particularmente graves al producirse en un contexto en donde ha existido un problema histórico en la ejecución de las órdenes de protección; situación que ha afectado desproporcionadamente a las mujeres –especialmente a las que pertenecen a minorías étnicas y raciales, y a grupos de bajos ingresos–, ya que constituyen la mayoría de las titulares de las órdenes de protección. Dentro de este contexto existe también una gran correlación entre el problema de la violencia doméstica y el abuso de niñas y niños; problema agravado durante la ruptura de un matrimonio o relación de pareja. Aunque la Comisión reconoce los esfuerzos legislativos y programáticos de los Estados Unidos para abordar el problema de la violencia doméstica, estas medidas no fueron suficientemente puestas en práctica en el presente caso.

162. La Comisión destaca que todos los Estados tienen una obligación legal de proteger a las mujeres de la violencia doméstica; un problema ampliamente reconocido por la comunidad internacional como una grave violación de los derechos humanos y una forma extrema de discriminación. Esto es parte de su obligación legal de respetar y garantizar el derecho a la no discriminación y a la igual protección de la ley. En principio, esta obligación de ejercer la debida diligencia se aplica a todos los Estados miembros de la OEA.

163. Los deberes de los Estados de proteger y garantizar los derechos de las víctimas de violencia doméstica deben también implementarse en la práctica. Como lo ha

establecido la Comisión en el pasado, en el cumplimiento de sus deberes, los Estados deben tener en cuenta que la violencia doméstica es un problema que afecta desproporcionadamente a las mujeres, al constituir la mayoría de las víctimas. Las niñas y los niños también son con frecuencia testigos, víctimas y ampliamente perjudicados por el fenómeno. Las órdenes de protección son vitales para garantizar la obligación de la debida diligencia en los casos de violencia doméstica. A menudo son el único recurso del cual disponen las mujeres víctimas y sus hijos e hijas para protegerse de un daño inminente. Sin embargo, solo son efectivas si son implementadas con diligencia.

164. En el caso de Leslie, Katheryn y Rebecca Gonzales, la Comisión también establece que la inacción de los Estados Unidos, al no organizar adecuadamente su estructura estatal para protegerlas de la violencia doméstica, no solo fue discriminatoria, sino que también constituyó una violación de su derecho a la vida, consagrado en el artículo I, y de su derecho a una protección especial como niñas, establecido en el artículo VII de la Declaración Americana. Como ocurre con otras obligaciones contenidas en la Declaración Americana, los Estados no solo deben garantizar que una persona no sea privada arbitrariamente de su vida. Los Estados también tienen la obligación positiva de proteger y prevenir violaciones de este derecho mediante la creación de las condiciones que son necesarias para su garantía. En el caso de Leslie, Katheryn y Rebecca Gonzales, el estado tenía un deber reforzado de actuar con la debida diligencia para protegerlas de daño y de privaciones de su vida por su edad y su sexo, con medidas especiales de cuidado, prevención y garantía. El reconocimiento por el Estado del riesgo de daño y de la necesidad de protección –mediante el otorgamiento de una orden de protección que las incluía como beneficiarias– tornaba aún más crítica la implementación adecuada de esta medida de protección.

165. El deber del estado de aplicar la debida diligencia para actuar en forma expedita a fin de proteger a las niñas de la violación de su derecho a la vida requiere que las autoridades encargadas de recibir las denuncias de personas desaparecidas tengan la capacidad de entender la gravedad del fenómeno de la violencia perpetrada contra ellas y de actuar de inmediato. En este caso, la policía parece haber asumido que las hijas de Jessica Lenahan y su amiga estarían en una situación segura con Simon Gonzales por ser el padre de Leslie, Katheryn y Rebecca. Existe un amplio reconocimiento internacional del vínculo estrecho entre la violencia doméstica y la violencia fatal contra las niñas y niños perpetrada por los padres, y los funcionarios del Departamento de Policía de Castle Rock debieron haber sido capacitados en relación con este vínculo. Los funcionarios policiales también debieron haber sido conscientes de que las niñas estaban expuestas a un riesgo aún mayor de violencia en razón de que sus padres estaban separados, de los esfuerzos de Simon Gonzales por mantener contacto con Jessica Lenahan, y de sus antecedentes penales. Además, la Comisión no conoce de protocolos y/o directrices que existieran al momento de los hechos para orientar a los funcionarios encargados sobre cómo responder a denuncias de niñas y niños desaparecidos en el contexto de la violencia doméstica y de órdenes de protección. La respuesta de los funcionarios policiales a lo largo de la noche fue descoordinada y no conducente a determinar si Simon Gonzales había violado los términos de la orden de protección.

166. Como parte de sus conclusiones, la Comisión observa que, cuando un Estado otorga una orden de protección, ello tiene implicaciones de seguridad para la mujer que solicitó dicha orden, para sus hijos e hijas, y sus familiares. Las órdenes de protección pueden agravar el problema de la violencia derivada de la separación,

dando lugar a represalias del agresor contra la mujer y sus hijos e hijas, problema que incrementa la necesidad de que las víctimas reciban protección legal del Estado, luego que se imparte una orden de este tipo. Jessica Lenahan declaró ante la Comisión cómo desistió de adoptar otras medidas para localizar a sus hijas esa noche pensando que el estado haría más para protegerlas, dado que tenía una orden de protección.

167. La Comisión observa con particular preocupación la insensibilidad demostrada hacia Jessica Lenahan en algunos de los comentarios de la policía a sus llamadas durante la noche del 22 de junio y la madrugada del 23 de junio, considerando que en sus contactos ella demostraba preocupación por el bienestar de sus hijas. Por ejemplo, y como se señaló antes, cuando Jessica Lenahan llamó al Departamento de Policía por tercera vez, a las 9:57 p.m., para denunciar que sus hijas todavía no habían regresado a su casa, la funcionaria que atendió la llamada le dijo que esperaba que ella y Simon Gonzales hubieran hecho algún arreglo, porque “es un poco ridículo asustarnos y hacernos pensar que las niñas desaparecieron”. Sus súplicas a la policía de adoptar acciones de búsqueda se tornaron más angustiantes a medida que avanzó la noche. La Comisión destaca que esta forma de maltrato incrementa la desconfianza de las mujeres y de sus familiares de que la estructura del Estado puede realmente protegerlas de daño, lo que reproduce la tolerancia social frente a estos actos. La Comisión también subraya el principio internacionalmente reconocido de que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley “respetarán y protegerán la dignidad humana y mantendrán y defenderán los derechos humanos de todas las personas en el cumplimiento de sus funciones”.

168. La Comisión reitera que la inacción del Estado ante casos de violencia contra las mujeres fomenta un ambiente de impunidad y promueve la repetición de la violencia, “dado que la sociedad no ve pruebas de la voluntad del Estado, como representante de la sociedad, de adoptar medidas efectivas para sancionar tales actos”.

169. La Comisión también observa que las obligaciones del Estado de proteger a Jessica Lenahan y a sus hijas de la violencia doméstica no concluyeron esa noche, sino que comprenden el ofrecer a Jessica Lenahan un recurso para cuestionar estas fallas, e investigar las circunstancias de la muerte de Leslie, Katheryn y Rebecca Gonzales, conforme se analiza en la sección siguiente.

170. Basándose en estas consideraciones, la Comisión sostiene que la falla sistemática de los Estados Unidos de ofrecer una respuesta coordinada y efectiva para proteger a Jessica Lenahan y a Leslie, Katheryn y Rebecca Gonzales de la violencia doméstica constituyó un acto de discriminación, un menoscabo de su obligación de no discriminar y una violación de su derecho de garantizar la igualdad ante la ley bajo el artículo II de la Declaración Americana. La Comisión también concluye que la no adopción por parte del Estado de medidas razonables para proteger la vida de Leslie, Katheryn y Rebecca Gonzales constituyó además una violación de su derecho a la vida, consagrado en el artículo I de la Declaración Americana, en relación con su derecho a una protección especial, contenido en el artículo VII del mismo instrumento.

[...]

## V. CONCLUSIONES

199. Sobre la base de las consideraciones de hecho y de derecho avanzadas y habiendo examinado las pruebas y los argumentos presentados por las partes en el curso del trámite del presente caso, la Comisión concluye que el Estado no actuó

con la debida diligencia para proteger a Jessica Lenahan y a Leslie, Katheryn y Rebecca Gonzales de la violencia doméstica, en menoscabo de su obligación de no discriminar y de garantizar la igual protección ante la ley, conforme al artículo II de la Declaración Americana. El estado tampoco adoptó medidas razonables para prevenir la muerte de Leslie, Katheryn y Rebecca Gonzales, en violación de su derecho a la vida, consagrado en el artículo I de la Declaración Americana, juntamente con su derecho a una protección especial como niñas, consagrado en el artículo VII de la Declaración Americana. Por último, la Comisión concluye que el estado violó el derecho a la protección judicial de Jessica Lenahan y de sus familiares, establecido en el artículo XVIII de la Declaración Americana.



### **Ejercicio:**

1. Compare los tres casos expuestos. ¿Cómo ha evolucionado el concepto de debida diligencia en torno a la violencia doméstica en la jurisprudencia internacional? ¿Qué importancia tiene la prueba de la extensión de la violencia doméstica como fenómeno social en cada caso?

## **2. VIOLENCIA DE GÉNERO EN TIEMPOS DE CONFLICTO ARMADO, DICTADURA Y POSGUERRA**

La violencia en contra de las mujeres, particularmente la violencia sexual, ha sido parte del conflicto armado desde siempre. Sin embargo, no se ha reconocido este fenómeno como tal, sino recientemente. La guerra ha sido entendida como un asunto entre hombres y poca atención ha sido prestada a las consecuencias del conflicto armado en las mujeres que participan en ella o que son afectadas por ella como no combatientes. Se ha entendido la violencia sexual en contra de las mujeres como un lamentable exceso de la guerra, producto del estereotipo de soldado que opera afuera de las normas sociales; un hombre dedicado a la violencia extrema y que se encuentra privado de actividad sexual por encontrarse en guerra, rodeado de hombres.

Sin embargo, la verdad es que la violencia sexual es usada en contra de las mujeres como táctica de guerra, no solo para atacarlas a ellas, sino también para atacar a los hombres. Si entendemos que el sistema patriarcal encarga a los hombres la protección de las mujeres, entonces ejercer violencia sexual en contra de mujeres en tiempos de conflicto armado es un ataque simbólico a la masculinidad del enemigo. En particular, si los hombres son encargados de velar por la "integridad" sexual de las mujeres a su cargo, la violencia sexual ejercida en contra de sus parejas, madres, hijas y hermanas es un arma psicológica que busca quebrar el espíritu del combatiente hombre.

### **2.1. El Derecho Internacional**

Las Convenciones de Ginebra, que gobiernan el comportamiento de los beligerantes en conflictos armados, establecen en su IV Convenio relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra que:

“Las personas protegidas tienen derecho, en todas las circunstancias, a que su persona, su honor, sus derechos familiares, sus convicciones y prácticas religiosas, sus hábitos y sus costumbres sean respetados. Siempre serán tratadas con humanidad y protegidas especialmente contra cualquier acto de violencia o de intimidación, contra los insultos y la curiosidad pública.

Las mujeres serán especialmente protegidas contra todo atentado a su honor y, en particular, contra la violación, la prostitución forzada y todo atentado a su pudor”<sup>13</sup>.

Por otro lado, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional al definir lo que se entenderá como crimen de lesa humanidad, establece que:

“A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:  
[...]

g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;”<sup>14</sup>

Más adelante, el Estatuto de Roma también incluye la violación y otros tipos de violencia sexual como crímenes de guerra.<sup>15</sup>

La Observación General N° 28 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, mencionada anteriormente, afirma que:

“La mujer está en situación particularmente vulnerable en tiempos de conflicto armado interno o internacional. Los Estados Partes deberán informar al Comité de todas las medidas adoptadas en situaciones de esa índole para proteger a la mujer de la violación, el secuestro u otras formas de violencia basada en el género. [...]”<sup>16</sup>.

## 2.2. Jurisprudencia

La mayor parte de los casos de violencia sexual que han llegado al conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) hablan de incidentes que han tenido lugar en el marco de algún conflicto armado interno. La Corte, lamentablemente, tuvo bastantes problemas para resolver estos casos de manera adecuada en sus primeros años de trabajo. Por ejemplo, en el caso *Caballero Delgado y Santana v. Colombia*, cuyos hechos tuvieron lugar dentro de la guerra civil colombiana, la Corte no encontró una violación al derecho a la integridad física y psíquica a pesar de que recibió testimonios que afirmaron que la víctima mujer fue vista en poder de una patrulla militar total o parcialmente desnuda.<sup>17</sup> Más adelante, en el caso de *Loayza Tamayo v. Perú*, la víctima (una mujer acusada de formar parte de Sendero Luminoso), afirmó que fue torturada a manos de funcionarios públicos y que estas torturas incluyeron su violación. Al resolver este caso la Corte tomó en cuenta el hecho de que el Estado no presentó argumentos en contra de esta acusación, pero, luego de dar por probada la tortura de la víctima, decidió excluir de esta presunción de veracidad la violación de Loayza Tamayo porque “dada la naturaleza del hecho, no está en condiciones de darlo por probado”<sup>18</sup>.

13 Convenio de Ginebra relativo a la Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra, Artículo 27.

14 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Artículo 7.

15 *Ibid.*, Artículos 8.2.b.xxii y 8.2.e.vi.

16 COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General N° 28, *supra*, nota 4, párr. 8.

17 CORTE IDH. Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia. Sentencia de 8 de diciembre de 1995 (Fondo), párrs. 36, 38-39.

18 CORTE IDH. Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Sentencia de 17 de septiembre de 1997 (Fondo), párr. 58.

Mientras tanto, en África estaba comenzando el trabajo del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, un tribunal *ad hoc* creado para enjuiciar a los responsables del genocidio que tuvo lugar en ese país en el año 1994. Fue este tribunal el que, al fallar el primer caso sometido a su conocimiento, dio el paso más grande hacia la justicia de género luego de conflictos armados.

### 2.3. Doctrina

- **Patricia Palacios Zuloaga: "El Tratamiento de la Violencia del Género en la Organización de Naciones Unidas". Centro de Derechos Humanos, 2011, pp. 196-204.**<sup>19</sup>

#### \* EXTRACTO

### 2. EL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA (ICTR)

Las tensiones raciales entre la población del Estado africano de Ruanda son antiguas. La mayoría de la población pertenece a la etnia Hutu, que fue relegada por los colonizadores belgas, mientras que la minoría tutsi recibió ciertos privilegios en tiempos coloniales. Desde antes de la independencia de Ruanda en 1962, el origen étnico ha sido un factor clave en la política ruandesa. En abril de 1994, un avión que transportaba al presidente Habyarimana de Ruanda, un hutu, y al Presidente Ntaryamira de Burundi, se estrelló en las cercanías de Kigali, la capital de Ruanda, al parecer producto de un ataque con cohetes. En las horas que siguieron al ataque comenzó una ola de violencia que asoló a la capital y luego al país entero. Hutus culpaban a tutsis del ataque al Presidente y tanto líderes políticos y militares como propaganda difundida por medios masivos de comunicación, instigaron a la población hutu a matar a sus vecinos tutsi. Se estima que en los cien días que duró la violencia, aproximadamente 800.000 personas murieron.

El propósito de exterminar una etnia hizo que la masacre ruandesa fuera catalogada de genocidio. Una de las características de este genocidio fue la enorme cantidad de personas que participaron en los hechos a instigación de las autoridades y los medios de comunicación; los crímenes muchas veces fueron cometidos con instrumentos rudimentarios como machetes. Otra característica fue la enorme extensión de la violencia sexual en contra de mujeres tutsi. Varios observadores de la masacre notaron que esta violencia, al parecer, estaba ligada a la función reproductiva de las mujeres tutsi como continuadoras del grupo étnico que se buscaba eliminar. Por ello, las violaciones y abusos sexuales que muchas veces precedían a las muertes de las víctimas fueron frecuentemente acompañadas de mutilaciones de órganos sexuales y reproductivos de las mujeres.

Frente a este genocidio, la comunidad internacional respondió con la creación del segundo tribunal penal *ad hoc* de Naciones Unidas con sede en Arusha, Tanzania. Un año y medio antes, Naciones Unidas había creado el Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia y se estimó que si bien la masacre de Ruanda requería su propio tribunal, este debía compartir la misma Oficina del Fiscal con su par europeo. El mandato del Tribunal Penal Internacional para Ruanda fue establecer la responsabilidad criminal de personas responsables de las serias violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio ruandés, así como de ruandeses que cometieron el mismo tipo de violaciones en territorios

19 Las notas al pie han sido omitidas para facilitar la comprensión del texto.

vecinos durante 1994. Su competencia *ratione materiae* se extiende al crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y las violaciones del artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra y de su Protocolo Adicional II. Para los efectos de este trabajo, es preciso destacar que la definición de genocidio empleada en el Estatuto del Tribunal corresponde a la establecida en la Convención de Naciones Unidas para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y, por ende, incluye no solo la matanza de personas sino también las lesiones graves a su integridad física o mental. Asimismo, la definición del crimen de lesa humanidad que emplea el Estatuto incluye el asesinato, la exterminación, la esclavitud, la deportación, la prisión, la tortura, la violación, la persecución política, racial y religiosa y otros actos inhumanos. Por otro lado, de acuerdo con el Estatuto, las violaciones al artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra y a su Protocolo Adicional II incluían entre otros, ataques contra la vida, salud y bienestar físico o mental de las personas –en particular el asesinato y el tratamiento cruel como por ejemplo la tortura, la mutilación o cualquier forma de castigo corporal– y, además, ofensas a la dignidad personal, en particular el tratamiento humillante o degradante, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de abuso sexual.

#### - EL CASO AKAYESU

El primer caso que el ICTR fue llamado a conocer fue en contra de Paul Akayesu, alcalde y por ende autoridad máxima de la localidad de Taba. Los hechos denunciados en su contra indicaron que durante 1994 murieron al menos dos mil tutsis en Taba. Además, se alegó que las golpizas y las agresiones sexuales en contra de tutsis fueron extensas y públicas. La fiscalía acusó que pese a tener la autoridad y responsabilidad de tomar medidas para evitar los atentados contra los tutsis, Akayesu no lo hizo y tampoco pidió ayuda a la autoridad regional o nacional para tal efecto.

Los cargos específicos por violencia sexual no fueron incluidos en la acusación original presentada en contra de Akayesu, sino que fueron añadidos a petición del mismo tribunal. Estos cargos específicos indican que:

“12A. Entre el 7 de abril y finales de junio de 1994 cientos de civiles (en adelante “civiles desplazados”) buscaron refugio en las oficinas municipales. La mayoría de estos civiles desplazados eran tutsis. Mientras buscaron refugio en las oficinas municipales, mujeres civiles desplazadas fueron llevadas regularmente por milicianos locales armados y/o policías comunales y sometidas a violencia sexual y/o golpizas en o cerca de las oficinas municipales. Civiles desplazados también fueron asesinados con frecuencia en o cerca de las oficinas municipales. Muchas mujeres fueron forzadas a soportar múltiples actos de violencia sexual que en ocasiones fueron cometidas por más de un agresor. Estos actos de violencia sexual generalmente iban acompañados por amenazas explícitas de muerte o lesiones físicas. Las civiles desplazadas mujeres vivían con temor constante y su salud física y psicológica se deterioró como resultado de la violencia sexual y golpizas y asesinatos.

12B. Jean Paul AKAYESU supo de los actos de violencia sexual, golpizas y asesinatos y en ocasiones estuvo presente durante su comisión. Jean Paul AKAYESU facilitó la violencia sexual, las golpizas y los asesinatos al permitir que la violencia sexual y golpizas y asesinatos ocurriesen en o cerca de las oficinas municipales. Por medio de su presencia durante la comisión de la

violencia sexual, golpizas y asesinatos y por medio de su negativa a prevenir la violencia sexual, las golpizas y los asesinatos, Jean Paul AKAYESU alentó estas actividades”.

La defensa empleada por Akayesu fue diferente para los cargos de violencia sexual y para los de otros tipos de violencia. Mientras reconoció la existencia de asesinatos y de golpizas –afirmando que no tuvo posibilidad de impedirlos y que el Tribunal no puede exigirle actos de heroísmo– derechamente negó la existencia de actos de violencia sexual, por lo menos en las oficinas municipales.

La sentencia del ICTR consideró culpable a Jean Paul Akayesu por nueve de los quince cargos presentados en su contra, incluyendo el crimen de genocidio y de violación como crimen de lesa humanidad. En una sentencia de octubre de 1998 fue condenado a cadena perpetua.

Para efectos de este trabajo, la sentencia en el caso Akayesu es notable por varias razones:

a. La condena de Akayesu por violación y agresiones sexuales sin que se haya probado que haya violado o agredido sexualmente a mujeres en forma directa.

La abundante evidencia testimonial de las sobrevivientes de la masacre en Taba no incluyó prueba de que Akayesu o los policías comunales bajo su mando cometieran actos de violación. Al parecer, el grueso de las agresiones sexuales fue cometido por miembros de la improvisada milicia armada que operaba en la zona. Sin embargo, el ICTR condenó a Akayesu por violación como crimen de lesa humanidad y como genocidio (como veremos a continuación) basándose en que Akayesu ordenó en oportunidades la violación y en su comprobada tolerancia, facilitación e instigación a la violación. En efecto:

“452. Sobre la base de la evidencia presentada aquí, el Tribunal encuentra, más allá de la duda razonable, que el Acusado debió saber y de hecho supo que violencia sexual tuvo lugar en o cerca de las oficinas municipales, y que mujeres estaban siendo llevadas de las oficinas municipales y violadas sexualmente. No hay evidencias de que el Acusado tomó medida alguna para prevenir actos de violencia sexual o para castigar a los perpetradores de violencia sexual. De hecho, hay evidencia que indica que el Acusado ordenó, instigó y de alguna manera facilitó la violencia sexual.

[...]

706. [...] Ha sido probado que algunos policías comunales que llevaban armas de fuego y el acusado mismo estuvieron presentes mientras se cometieron algunas de estas violaciones y abusos sexuales. Más encima, se ha probado que Akayesu alentó estos actos en variadas ocasiones, por su presencia, su actitud y sus dichos. Una testigo declaró que Akayesu se dirigió a los Interahamwe [milicia armada] que estaban cometiendo las violaciones y les dijo “nunca más me pregunten cómo sabe una mujer tutsi”. En la opinión del Tribunal, esto constituye aliento tácito a las violaciones que se estaban cometiendo”.

b. La calificación de la violación como una forma de genocidio

Tal como hemos visto, la definición de genocidio empleada por el ICTR es la que ofrece la Convención de Naciones Unidas para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Para efectos de dicha Convención:

“[...] se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

A la hora de interpretar esta disposición, el Tribunal estimó que la lesión grave a la integridad física o mental incluía, pero no se limitaba a actos de tortura, fueran físicos o mentales, tratamiento inhumano o degradante y persecución. Por otro lado, al interpretar el significado de “medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo” declaró lo siguiente:

“507. Para efectos de interpretar el artículo 2(2)(d) del Estatuto, el Tribunal afirma que las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo deben ser entendidas como mutilación sexual, esterilización, medidas de anticoncepción forzadas, separación de las personas de distinto sexo y la prohibición de matrimonios. En sociedades patriarcales donde la pertenencia a un grupo se determina por la identidad del padre, un ejemplo de una medida destinada a impedir nacimientos en el seno de un grupo es el caso en donde, durante una violación, una mujer de dicho grupo es deliberadamente impregnada por un hombre de otro grupo, con la intención de que dé a luz un hijo que en consecuencia no pertenecerá al grupo de la madre.

508. Más encima, el Tribunal toma consciencia de que las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo pueden ser físicas, pero también pueden ser mentales. Por ejemplo, la violación puede ser una medida destinada a impedir los nacimientos cuando la persona violada se niega posteriormente a procrear, de la misma manera que miembros de un grupo pueden ser llevados a no procrear debido a amenazas o traumas”.

Al decidir sobre la responsabilidad criminal de Akayesu por el delito de genocidio, el Tribunal consideró que efectivamente facilitó la preparación y ejecución de las matanzas, así como también la producción de lesiones físicas y mentales graves en los miembros del grupo tutsi. Por ello fue encontrado culpable del delito de genocidio.

El Tribunal quiso dejar en claro la máxima gravedad de los hechos de violencia sexual ocurridos en Taba e hizo hincapié en que la violación y la violencia sexual pueden llegar a constituir genocidio:

“731. En relación particular con los actos descritos en los párrafos 12(A) y 12(B) de la Acusación, o sea, violación y violencia sexual, el Tribunal quisiera destacar el hecho que en su opinión constituyen genocidio de la misma forma que cualquier otro acto mientras se cometan con la intención específica de destruir, total o parcialmente, un grupo específico, perseguido como tal. De hecho, la violación y la violencia sexual ciertamente constituyen lesiones graves a la integridad física y mental de las víctimas y son incluso, según el tribunal, una de las peores maneras de producir daño a la víctima, ya que el o ella sufre daño tanto físico como mental. A la luz de la evidencia presentada, el Tribunal encuentra que los actos de violación y violencia sexual descritas

anteriormente fueron cometidas solamente en contra de mujeres tutsi, muchas de las cuales fueron sometidas a la peor humillación pública, mutiladas y violadas en reiteradas ocasiones, frecuentemente en público, en las oficinas municipales o en otros lugares públicos y frecuentemente por más de un agresor. Estas violaciones resultaron en la destrucción física y psicológica de las mujeres tutsi, sus familias y sus comunidades. La violencia sexual fue parte íntegra del proceso de destrucción, las mujeres tutsi fueron perseguidas específicamente y la violencia sexual contribuyó específicamente a su destrucción y a la destrucción del grupo tutsi como un todo.

732. La violación de mujeres tutsis fue sistemática y perpetrada en contra de todas las mujeres tutsi y solamente en su contra. Una mujer tutsi, casada con un hutu, testificó ante el Tribunal que no fue violada porque su origen étnico fue desconocido. Como parte de la campaña de propaganda que buscaba movilizar a hutus contra tutsis, las mujeres tutsi fueron presentadas como objetos sexuales. De hecho, el Tribunal conoció como ejemplo que antes de ser violada y asesinada Alexia, quien era cónyuge del profesor Ntereye, y sus dos sobrinas, fueron forzadas por el Interahamwe [milicia armada] a desvestirse y a correr y hacer ejercicios “para exhibir los muslos de las mujeres tutsi”. El Interahamwe que violó a Alexia dijo, mientras las lanzó al piso y se subió encima de ella, “ahora veamos cómo sabe la vagina de una mujer tutsi”. Como se ha dicho anteriormente, el mismo Akayesu, dirigiéndose a los Interahamwe que estaban cometiendo las violaciones, les dijo: “nunca más me pregunten cómo sabe una mujer tutsi”. Esta representación sexualizada de la identidad étnica ilustra en forma gráfica que las mujeres tutsi fueron sometidas a la violencia sexual porque eran tutsis. La violencia sexual fue un paso en el proceso de destrucción del grupo tutsi –destrucción del espíritu, de las ganas de vivir y de la vida misma–.

Por medio de la calificación explícita de algunas formas de violación y violencia sexual como genocidio, el Tribunal logró asociarles el mayor estigma posible en el ámbito internacional y contribuyó a vencer la idea de que el genocidio es esencialmente un crimen de género neutro.

c. La calificación de la violación como crimen de lesa humanidad

Akayesu también fue condenado por violación y por violencia sexual como crímenes de lesa humanidad. Para estos efectos, el Tribunal precisó que para que la violación y la violencia sexual constituyan crímenes de lesa humanidad deben ser cometidas:

“598. [...]

- (a) como parte de un ataque amplio y sistemático;
- (b) en contra de la población civil;
- (c) basadas en ciertos criterios discriminatorios catalogados, siendo estos: la nacionalidad, la etnia, la política, la raza o la religión”.

d. La definición ampliada de violación

Aunque el Tribunal no tuvo problemas para ubicar a la violación y la violencia sexual dentro de los confines del genocidio y los crímenes de lesa humanidad, fue necesario que antes definiera ambos conceptos. Esto se debió a que ni el Estatuto del Tribunal ni los textos que le sirvieron de fuente definían lo que se debe entender por violación y por violencia sexual. Tomando nota de las definiciones existentes

en legislaciones nacionales, el Tribunal estimó que se requería de definiciones más amplias para abarcar el tipo de actos de violencia sexual perpetrados en Taba. De esta manera, el ICTR proporcionó la primera definición de violación que se conoce en el derecho internacional.

“686. Al considerar el grado en el cual los actos de violencia sexual constituyen crímenes de lesa humanidad bajo el artículo 3(g) de su Estatuto, el Tribunal debe definir la violación, ya que no hay una definición ampliamente aceptada en el derecho internacional. El Tribunal toma nota que muchos de los testigos han empleado el término “violación” en sus testimonios. En ocasiones la Fiscalía y la Defensa han intentado también obtener una descripción explícita de lo que ocurrió en términos físicos para documentar lo que los testigos quieren decir con el término “violación”. El Tribunal toma nota de que mientras históricamente la violación ha sido definida en jurisdicciones nacionales como una relación sexual no consensuada, variaciones en la forma de violación pueden incluir actos que involucran la inserción de objetos y/o el uso de orificios corporales no considerados como intrínsecamente sexuales. Un acto como el que describió la Testigo KK en su testimonio –los Interahamwes que insertaron violentamente un pedazo de madera en los órganos sexuales de una mujer mientras yacía muriendo– constituye violación en la opinión del tribunal.

687. El Tribunal considera que la violación es una forma de agresión y que los elementos centrales del delito de violación no pueden ser capturados en una descripción mecánica de objetos y partes corporales. El Tribunal también toma nota de las sensibilidades culturales involucradas en la discusión pública de asuntos íntimos y recuerda la reticencia dolorosa y la inhabilidad de testigos a contar los detalles anatómicos gráficos de la violencia sexual que sufrieron. La Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes no hace un catálogo de actos específicos en su definición de tortura, prefiriendo hacer hincapié en el marco conceptual de la violencia estatal. El Tribunal encuentra este enfoque más útil en el contexto del derecho internacional. Cómo la tortura, la violación se utilizan para propósitos como la intimidación, degradación, humillación, discriminación, castigo, control o destrucción de una persona. Cómo la tortura, la violación son un atentado contra la dignidad personal y la violación de hecho constituye tortura cuando se inflige por un oficial público u otra persona que tenga un rol oficial o debido a su instigación, consentimiento o aquiescencia.

688. El tribunal define la violación como una invasión de naturaleza sexual cometida contra una persona bajo circunstancias que son coercitivas” [...].

Esta definición amplia de violación fue suficientemente flexible para que el Tribunal pudiese incluir en ella actos que no involucran órganos típicamente considerados como sexuales, pero que sí tenían una clara connotación sexual. Si estos actos, por ejemplo el descrito por KK, no fueran considerados como violación tendrían que ser considerados violencia sexual, un ilícito internacional que no conlleva el mismo estigma que la violación. La invasión que es requisito de esta nueva definición de violación puede cometerse con cualquier miembro corporal o cualquier objeto, siempre que la invasión tenga una naturaleza sexual. Por otro lado, como veremos a continuación, el Tribunal también utilizó un concepto bastante amplio de lo que

se debe entender por coerción. Lo más innovador de la definición de violación proporcionada por el ICTR es la completa ausencia del concepto de consentimiento. Mientras que la mayoría de las definiciones de violación ofrecidas por legislaciones nacionales requiere que la persona violada no haya consentido en el acto sexual, el Tribunal del caso Akayesu descartó la utilidad del concepto de consentimiento en el contexto de conflicto armado y perpetración de genocidio y crímenes de lesa humanidad que se dio en Ruanda. En su lugar, el Tribunal ofreció un concepto de coerción que remueve el énfasis otorgado al acto individual y lo sitúa en un contexto compartido por todas las mujeres víctimas de violación y violencia sexual. En efecto, perdió importancia para el Tribunal si la mujer víctima de violación en las oficinas municipales de Taba había manifestado o no su aquiescencia al acto sexual, ya que en el contexto de violencia que se dio, el consentimiento libre dejó de ser una posibilidad.

e. La definición amplia de agresión sexual

Luego de definir ampliamente lo que el Tribunal iba a entender por violación, la sentencia en el caso Akayesu inmediatamente pasó a examinar el concepto de violencia sexual. Usando el mismo criterio amplio determinó que:

“688. [...] El Tribunal considera que la violencia sexual, que incluye la violación, es cualquier acto de naturaleza sexual que se comete contra una persona bajo circunstancias que son coercitivas. La violencia sexual no se limita a la invasión física del cuerpo humano y puede incluir actos que no involucran penetración o siquiera contacto físico. El incidente descrito por el Testigo KK en donde el Acusado ordenó al Interahamwe desnudar a una estudiante y forzarla a hacer gimnasia desnuda en la plaza pública de las oficinas municipales, delante de una multitud, constituye violencia sexual. En este contexto, el Tribunal toma nota de que las circunstancias coercitivas no requieren ser demostradas por medio de la fuerza física. Amenazas, intimidación, chantaje y otras formas de fuerza que aprovechan el miedo o la desesperación pueden constituir coerción, y la coerción puede estar inherente en ciertas circunstancias, como el conflicto armado o la presencia militar de los Interahamwe entre mujeres refugiadas Tutsis en las oficinas municipales. La violencia sexual se encuentra comprendida dentro del campo de “otros actos inhumanos” del Artículo 3(i) del Estatuto del Tribunal, “ofensas a la dignidad personal” del Artículo 4(e) del Estatuto y “lesiones graves a su integridad física o mental” del Artículo 2(2)(b) del Estatuto”.

La amplitud de este concepto está dada por el hecho que cualquier acto puede ser violencia sexual, siempre que este sea de naturaleza sexual y que se cometa bajo circunstancias coercitivas. Bajo esta definición es posible que el acto que constituye la violencia sexual se dé sin que el agresor tenga contacto físico con la víctima. La coerción, por otro lado, tampoco requiere ser física e incluso no requiere ser explicitada; la existencia del conflicto armado en la localidad de Taba fue suficiente para llenar el requisito de coerción. Nuevamente vemos cómo el Tribunal reemplazó consentimiento por coerción y se alejó aún más de la regulación de delitos sexuales que existe en muchas legislaciones nacionales.



Las repercusiones del caso Akayesu se sintieron en Latinoamérica. En 2006, la Corte IDH utilizó este precedente para encontrar responsable al Estado de Perú por la violencia sexual ejercida en contra de mujeres privadas de libertad que fueron atacadas por fuerzas militares. La sentencia en el caso *Castro Castro* estableció que:

\* EXTRACTO

304. Se probó que en el Hospital de la Policía los internos heridos, quienes se encontraban en deplorables condiciones, fueron además desnudados y obligados a permanecer sin ropa durante casi todo el tiempo que estuvieron en el hospital, que en algunos casos se prolongó durante varios días y en otros durante semanas, y se encontraron vigilados por agentes armados [...].

305. La Corte considera que todos los internos que fueron sometidos durante ese prolongado período a la referida desnudez forzada fueron víctimas de un trato violatorio de su dignidad personal.

306. En relación con lo anterior, es preciso enfatizar que dicha desnudez forzada tuvo características especialmente graves para las seis mujeres internas que se ha acreditado que fueron sometidas a ese trato. Asimismo, durante todo el tiempo que permanecieron en este lugar a las internas no se les permitió asearse y, en algunos casos, para utilizar los servicios sanitarios debían hacerlo acompañadas de un guardia armado quien no les permitía cerrar la puerta y las apuntaba con el arma mientras hacían sus necesidades fisiológicas [...] El Tribunal estima que esas mujeres, además de recibir un trato violatorio de su dignidad personal, también fueron víctimas de violencia sexual, ya que estuvieron desnudas y cubiertas con tan solo una sábana, estando rodeadas de hombres armados, quienes aparentemente eran miembros de las fuerzas de seguridad del Estado. Lo que califica este tratamiento de violencia sexual es que las mujeres fueron constantemente observadas por hombres. La Corte, siguiendo la línea de la jurisprudencia internacional y tomando en cuenta lo dispuesto en la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, considera que la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen en una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno. [Citando el caso Akayesu aquí]

307. La Corte hace notar el contexto en el que fueron realizados dichos actos, ya que las mujeres que los sufrieron se hallaban sujetas al completo control del poder de agentes del Estado, absolutamente indefensas, y habían sido heridas precisamente por agentes estatales de seguridad.

308. El haber forzado a las internas a permanecer desnudas en el hospital, vigiladas por hombres armados, en el estado precario de salud en que se encontraban, constituyó violencia sexual en los términos antes descritos, que les produjo constante temor ante la posibilidad de que dicha violencia se extremara aún más por parte de los agentes de seguridad, todo lo cual les ocasionó grave sufrimiento psicológico y moral, que se añade al sufrimiento físico que ya estaban padeciendo a causa de sus heridas. Dichos actos de violencia sexual atentaron directamente contra la dignidad de esas mujeres. El Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5.2 de la Convención Americana, en perjuicio de las seis internas que sufrieron esos tratos crueles, cuyos nombres se encuentran

incluidos en el Anexo 2 de víctimas de la presente Sentencia que para estos efectos forma parte de la misma.

309. Por otra parte, en el presente caso se ha probado que una interna que fue trasladada al Hospital de la Sanidad de la Policía fue objeto de una “inspección” vaginal dactilar, realizada por varias personas encapuchadas a la vez, con suma brusquedad, bajo el pretexto de revisarla [...].

310. Siguiendo el criterio jurisprudencial y normativo que impera tanto en el ámbito del Derecho Penal Internacional como en el Derecho Penal comparado, el Tribunal considera que la violación sexual no implica necesariamente una relación sexual sin consentimiento, por vía vaginal, como se consideró tradicionalmente. Por violación sexual también debe entenderse actos de penetración vaginales o anales, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril.

311. La Corte reconoce que la violación sexual de una detenida por un agente del Estado es un acto especialmente grave y reprobable, tomando en cuenta la vulnerabilidad de la víctima y el abuso de poder que despliega el agente. Asimismo, la violación sexual es una experiencia sumamente traumática que puede tener severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima “humillada física y emocionalmente”, situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas.

312. Con base en lo anterior, y tomando en cuenta lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, este Tribunal concluye que los actos de violencia sexual a que fue sometida una interna bajo supuesta “inspección” vaginal dactilar [...] constituyeron una violación sexual que por sus efectos constituye tortura. Por lo tanto, el Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5.2 de la Convención Americana, así como por la violación de los artículos 1, 6 y 8 de la referida Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en perjuicio de la interna indicada en el Anexo 2 de víctimas de la presente Sentencia que para estos efectos forma parte de la misma.

313. La Relatora Especial de la ONU para la Violencia contra las Mujeres ha establecido, refiriéndose a la violencia contra las mujeres en el contexto de un conflicto armado, que la “[l]a agresión sexual a menudo se considera y practica como medio para humillar al adversario” y que “las violaciones sexuales son usadas por ambas partes como un acto simbólico”. Este Tribunal reconoce que la violencia sexual contra la mujer tiene consecuencias físicas, emocionales y psicológicas devastadoras para ellas, que se ven agravadas en los casos de mujeres detenidas<sup>20</sup>.



En los casos *Rosendo Cantu* y *Fernández Ortega*, ambos entablados en contra de México y que versan sobre la violencia sufrida por mujeres a manos de militares, los casos *Akayesu* y *Castro Castro* fueron citados por la Corte Interamericana para afirmar que la violación de las víctimas constituyó tortura<sup>21</sup>.

20 CORTE IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 304-313. Las notas al pie han sido removidas para facilitar la comprensión del texto.

21 CORTE IDH. Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Sentencia de 30 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 117-132; CORTE IDH. Caso Rosendo Cantú y otras vs. México. Sentencia de 31 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 107-122.

Por otro lado, poco a poco se ha ido visibilizando la violencia sexual en contra de las mujeres en los informes de la verdad que aparecen luego de tiempos prolongados de dictadura o conflicto armado interno. Por ejemplo, informes de las Comisiones de la Verdad en Guatemala<sup>22</sup>, Perú<sup>23</sup> y Chile<sup>24</sup> han hecho referencia explícita a la forma en que la violencia sexual fue utilizada como estrategia de represión en contra de grupos opositores.

- **Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura: Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura. Capítulo V: “Métodos de tortura: definiciones y testimonios”, apartado “Violencia Sexual Contra las Mujeres”<sup>25</sup>:**

\* EXTRACTO

### VIOLENCIA SEXUAL CONTRA LAS MUJERES

Ha parecido necesario destacar separadamente la situación de violencia sexual que afectó a las mujeres detenidas, tomando en consideración las características de esa violencia, además de su significación moral y cultural en la sociedad chilena.

Durante siglos, la violación sexual y todas las formas de violencia sexual contra las mujeres eran consideradas como situaciones inevitables y casi normales en las guerras y conflictos políticos armados. Es más, la violación era una conducta más de agresión contra los enemigos que vulneraba su dignidad y su moral y de paso gratificaba las necesidades sexuales de los vencedores, por tanto carecía completamente de sanción. Este lado oscuro y miserable del conflicto no alcanzaba a empañar las victorias porque había pocas voces dispuestas a reconocer su existencia y a calificarlo como un crimen. Con dificultades, estas denuncias han ido creciendo, mostrando la gravedad de los hechos y sus consecuencias.

La violación y otras formas de violencia sexual están prohibidas por el derecho internacional humanitario, específicamente por los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales de 1977, de los que Chile es signatario. Estos contienen 19 disposiciones específicas relativas a la mujer, pero su alcance es limitado. En su conjunto, tienen como objetivo prestar una protección especial a las mujeres embarazadas, a las madres lactantes y a las madres en general, y presentar la cuestión de la vulnerabilidad de las mujeres ante la violencia sexual en tiempo de conflicto armado. Es importante agregar que la violencia sexual constituye una de las formas más graves de la violencia.

En 1998, la Corte Penal Internacional reconoció en uno de sus estatutos legales vinculantes, que la violación sexual podría constituirse en un crimen de guerra o un crimen de lesa humanidad, en vez de considerarlo un simple crimen contra la dignidad de las personas, como tradicionalmente se ha establecido en el derecho internacional humanitario.

En ese contexto, la violación es un ataque contra la dignidad personal y constituye una tortura cuando:

22 COMISIÓN PARA EL ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO (1999, párr. 91).

23 COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN (2003, Vol. VI, Capítulo 1.5 y Vol. VIII, Capítulo 2.1).

24 COMISIÓN NACIONAL SOBRE PRISIÓN POLÍTICA Y TORTURA (2004).

25 *Ibid.*, pp. 290-291. Las notas al pie han sido removidas para facilitar la comprensión del texto.

- Es infligida, instigada o llevada a cabo con el consentimiento o la pasividad de un funcionario público u otra persona que actúa como representante oficial;
- Busca infligir dolores o sufrimientos para intimidar a la víctima, obtener información, denigrarla o castigarla por actos reales o supuestos atribuidos a ella o a miembros de su familia o para proporcionar satisfacción al victimario bajo condiciones de abuso y desprotección absoluta de la víctima.

La violación es una experiencia traumática que afecta principalmente a la vida sexual. Tiene, además, consecuencias emocionales y físicas inmediatas por un eventual embarazo o incluso por una enfermedad sexual. El efecto devastador de la violación se agrava cuando es realizada por varios individuos en forma sucesiva. No se trata solamente de la agonía física sufrida, sino también del desamparo ante la agresión y del hecho que las otras personas no solamente son indiferentes a lo que le ocurre a la víctima, sino que participan activamente en la agresión. La tortura, en todos los casos, destruye la confianza en los otros seres humanos, pero en el caso de la tortura sexual bajo estas circunstancias, incide sobre las relaciones afectivas más íntimas y cercanas tanto de la propia sexualidad como de la maternidad.

### **Situaciones conocidas por la Comisión**

Las entrevistas realizadas por esta Comisión no indagaron expresamente acerca de la violencia sexual ejercida contra las expropiadas. Las situaciones que se registran fueron mencionadas espontáneamente por las declarantes. Es necesario señalar que la violación sexual es para muchas mujeres un hecho del cual les cuesta hablar y muchas veces prefieren no hacerlo.

La violencia sexual contra las mujeres durante el régimen militar constituye una de las formas más brutales de violencia; sin embargo, es preciso subrayar que las mujeres fueron detenidas por sus ideas, sus acciones y participación política, no por su condición de tales. Sin embargo, la violencia ejercida sobre ellas utiliza su condición sexual, agravando el impacto sobre su integridad moral y psicológica.

Esta Comisión recibió el testimonio de 3.399 mujeres, correspondiendo a 12,5% de los declarantes. Más de la mitad de ellas estuvieron detenidas durante 1973. Casi todas las mujeres dijeron haber sido objeto de violencia sexual sin distinción de edades y 316 dijeron haber sido violadas. No obstante, se estima que la cantidad de mujeres violadas es muy superior a los casos en que ellas relataron haberlo sido, por las consideraciones anteriores y porque existen numerosos testimonios de detenidos que señalan haber presenciado violaciones, cometidas en una gran cantidad de recintos de detención. La tortura sufrida por las mujeres menores de edad y por aquellas que se encontraban embarazadas subraya la brutalidad ejercida y la gravedad de las consecuencias que les han afectado. Cabe señalar respecto de estas últimas que 229 mujeres que declararon ante esta Comisión fueron detenidas estando embarazadas y 11 de ellas dijeron haber sido violadas. Debido a las torturas sufridas, 20 abortaron y 15 tuvieron a sus hijos en presidio.



### Ejercicios:

1. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda redefinió la violencia sexual y la violación sexual al reemplazar el elemento “consentimiento” por el elemento “coerción”. En su opinión, ¿esta redefinición contribuye o no a vencer los paradigmas patriarcales sobre la violencia en contra de las mujeres que han sido identificados en los textos? Explique por qué.
2. El Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura de Chile señala en su capítulo V que:

“Las entrevistas realizadas por esta Comisión no indagaron expresamente acerca de la violencia sexual ejercida contra las ex presas. Las situaciones que se registran fueron mencionadas espontáneamente por las declarantes. Es necesario señalar que la violación sexual es para muchas mujeres un hecho del cual les cuesta hablar y muchas veces prefieren no hacerlo. La violencia sexual contra las mujeres durante el régimen militar constituye una de las formas más brutales de violencia. Sin embargo, es preciso subrayar que las mujeres fueron detenidas por sus ideas, sus acciones y participación política, no por su condición de tales. No obstante, la violencia ejercida sobre ellas utiliza su condición sexual, agravando el impacto sobre su integridad moral y psicológica.

Esta Comisión recibió el testimonio de 3.399 mujeres, correspondiendo al 12,5% de los declarantes. Más de la mitad de ellas estuvieron detenidas durante 1973. Casi todas las mujeres dijeron haber sido objeto de violencia sexual, sin distinción de edades, y 316 dijeron haber sido violadas. No obstante, se estima que la cantidad de mujeres violadas es muy superior a los casos en que ellas relataron haberlo sido, por las consideraciones anteriores y porque existen numerosos testimonios de detenidos que señalan haber presenciado violaciones, cometidas en una gran cantidad de recintos de detención”.

Analice, a la luz de la teoría feminista, la metodología empleada por la Comisión al no incluir preguntas sobre violencia sexual en su entrevista a víctimas de prisión política y tortura. ¿Esta metodología fue apta para poder llegar a entender el fenómeno de la violencia sexual durante la dictadura chilena? A la luz de lo anterior ¿qué valor tienen las conclusiones a las que llega dicha Comisión sobre la extensión de la violencia sexual y la violación en contra de mujeres durante el régimen militar?

### 3. EL TRÁFICO SEXUAL DE MUJERES

Otra de las situaciones en donde las mujeres se encuentran expuestas a violencia es la trata sexual. El comercio sexual, en donde se transan actos sexuales por dinero u otro tipo de pago, se ha convertido en una industria sumamente lucrativa. Naciones Unidas estima que 43% de las 2,5 millones de víctimas del tráfico humano son usadas para la explotación sexual comercial forzada y que el 98% de estas víctimas son mujeres y niños.<sup>26</sup>

La prostitución es conocida como “la profesión más antigua del mundo” y se encuentra firmemente arraigada en prácticamente todo el mundo. Existe amplia tolerancia a este fenómeno y en muchos círculos se considera un asunto comercial privado en lugar de una forma de esclavitud.

26 UN GLOBAL INITIATIVE TO FIGHT HUMAN TRAFFICKING. (s.a.).

### 3.1. El Derecho Internacional

La Convención sobre la Esclavitud de 1926 no hizo mención alguna del comercio sexual cuando se refirió a la necesidad de abolir la trata de esclavos y de evitar que las formas de trabajo forzado se conviertan en esclavitud. Definió el fenómeno de la esclavitud y la trata y las obligaciones de los Estados Partes de la siguiente forma:

#### Artículo 1.

A los fines de la presente Convención se entiende que:

1. La esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos.
2. La trata de esclavos comprende todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido para venderle o cambiarle, y en general todo acto de comercio o de transporte de esclavos.

#### Artículo 2.

Las Altas Partes contratantes se obligan, en tanto no hayan tomado ya las medidas necesarias, y cada una en lo que concierne a los territorios colocados bajo su soberanía, jurisdicción, protección, dominio (suzeraineté) o tutela:

- a) A prevenir y reprimir la trata de esclavos;
- b) A procurar de una manera progresiva, y tan pronto como sea posible, la supresión completa de la esclavitud en todas sus formas.

Aunque hay tratados de la primera mitad del siglo XX abocados a erradicar la llamada “trata de blancas”<sup>27</sup>, el tratado más moderno que se refiere al tráfico sexual es el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, también conocido como el Protocolo de Palermo. El artículo 3 de dicho Protocolo define el fenómeno:

“Para los fines del presente Protocolo:

- a) Por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;
- b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado”<sup>28</sup>.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional incluye a la esclavitud como crimen de lesa humanidad y la define como “el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños”<sup>29</sup>.

27 Acuerdo Internacional para la Supresión del Tráfico de Trata de Blancas (1904); Convenio Internacional para la Supresión del Tráfico de Trata de Blancas (1910); Convención para la Supresión del Tráfico de Mujeres y Niños (1921); Convención para la Supresión del Tráfico de Mujeres Mayores de Edad (1933); Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena (1949).

28 Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Artículo 3.

29 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Artículo 7.2.c. Ver también la esclavitud sexual como crimen de guerra en los artículos 8.b.xxii y 8.e.vi.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos dejó en claro, en su Observación General N° 28, que al informar al Comité sobre los esfuerzos tomados para erradicar la esclavitud, los Estados Partes debían incluir los esfuerzos tomados para erradicar la trata de mujeres y niños:

“12. Los Estados Partes, teniendo en cuenta sus obligaciones en virtud del artículo 8, deberán informar al Comité acerca de las medidas adoptadas para erradicar la trata de mujeres y niños dentro del país o fuera de sus fronteras, así como la prostitución forzada. Deberán también proporcionar información acerca de las medidas adoptadas para proteger a mujeres y niños, incluidos los extranjeros, de la esclavitud, encubierta entre otras cosas en la forma de servicios domésticos o servicios personales de otra índole. Los Estados Partes en que se recluta a las mujeres y a los niños y los Estados Partes que los reciben deberán proporcionar información acerca de las medidas adoptadas en los planos nacional o internacional para impedir que se vulneren los derechos de unas y otros”.

La CEDAW exige a los Estados Partes suprimir la trata y la explotación de la prostitución de las mujeres. El Comité de CEDAW, al interpretar el artículo 6 de la Convención en su Recomendación General N° 19, sobre la violencia en contra de las mujeres, dijo lo siguiente sobre las causas de la trata sexual:

“13. En el artículo 6 se exige a los Estados Partes que adopten medidas para suprimir todas las formas de trata y explotación de la prostitución de la mujer.

14. La pobreza y el desempleo aumentan las oportunidades de trata. Además de las formas establecidas, hay nuevas formas de explotación sexual, como el turismo sexual, la contratación de trabajadoras domésticas de países en desarrollo en los países desarrollados y el casamiento de mujeres de los países en desarrollo con extranjeros. Estas prácticas son incompatibles con la igualdad de derechos y con el respeto a los derechos y la dignidad de las mujeres y las ponen en situaciones especiales de riesgo de sufrir violencia y malos tratos.

15. La pobreza y el desempleo obligan a muchas mujeres, incluso a muchachas, a prostituirse. Las prostitutas son especialmente vulnerables a la violencia porque su condición, que puede ser ilícita, tiende a marginarlas. Necesitan la protección de la ley contra la violación y otras formas de violencia.

16. 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”<sup>30</sup>.

### 3.2. Jurisprudencia

- **Corte Europea de Derechos Humanos: Caso Rantsev vs. Chipre y Rusia. Application N° 25965/04. Sentencia de 7 de enero de 2013**

Oxana Rantseva fue una joven rusa que viajó de Rusia a Chipre luego de ser contratada para trabajar en un cabaret. Para ello viajó con visa de “artista” que es reconocida en Chipre como sinónimo de prostituta<sup>31</sup>. Luego de tres días de trabajo huyó de la casa en donde se alojaba con otras jóvenes contratadas en el mismo cabaret. Días después, luego de que fue encontrada en un local nocturno, fue llevada a una estación de policía por un empleado del cabaret, quien exigió que la detuvieran por violación de las condiciones de su visa de ingreso. Rantseva pasó horas detenida,

30 COMITÉ CEDAW. Recomendación General N° 19, *supra*, nota 5, párrs. 13-16.

31 CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Rantsev vs. Chipre y Rusia. Application N° 25965/04. Judgement, 7 de enero de 2013, párr. 83, al referirse la Corte al informe del Ombudsman de Chipre.

luego de lo cual los policías la entregaron al empleado del cabaret con instrucciones de llevarla a una oficina administrativa al día siguiente. Los policías le entregaron al empleado el pasaporte de Rantseva.

El hombre la llevó al departamento de otro empleado del cabaret donde fue puesta en un dormitorio. En algún momento de esa noche Rantseva cayó del balcón del dormitorio. Fue encontrada muerta en la calle.

La investigación chipriota encontró que la joven murió al caer del balcón en un intento de escapar del departamento, pero no indagó mayormente sobre las razones por las cuales tuvo que escapar. La autopsia realizada fue deficiente y la investigación en general fue poco acuciosa<sup>32</sup>.

El padre de Rantseva presentó la denuncia en contra de Chipre y de Rusia por varias violaciones a los derechos humanos de su hija, entre otras el no haber protegido su vida y su derecho a no ser sometida a torturas y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, el no haberla protegido de la esclavitud y el trabajo forzoso, el haber contribuido a su privación de libertad y el no haber investigado su tráfico y su muerte con la debida diligencia.

La Corte Europea encontró que, aun cuando las víctimas de tráfico sexual están a alto riesgo de sufrir violencia y malos tratos a manos de sus "empleadores", en este caso no hubo indicaciones específicas de que Rantseva estaba en riesgo real e inmediato de perder su vida. Por ende no encontró una violación sustantiva por parte de Chipre del derecho a la vida de la víctima<sup>33</sup>. Por las mismas razones no encontró una violación del derecho a no ser torturada ni sometida a tratos crueles, inhumanos y degradantes, porque aun cuando estos tratos son comunes en la trata, no hubo evidencia concreta de que Rantseva las haya sufrido<sup>34</sup>. En cambio, sí encontró una violación de la obligación de investigar debidamente la muerte de Rantseva<sup>35</sup>.

Más adelante, la Corte Europea sostuvo que la trata sexual se encuentra comprendida dentro de los confines de la prohibición de la esclavitud y el trabajo forzoso del artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>36</sup> y encontró a Chipre responsable de no tomar las medidas necesarias para proteger a las mujeres de ser tratadas y de específicamente no proteger a Rantseva de ser tratada<sup>37</sup>. Encontró a Rusia responsable de no investigar debidamente la trata de Rantseva una vez que el demandante llamó la atención de las autoridades de las circunstancias en las que murió su hija<sup>38</sup>.

Finalmente, la Corte encontró que Chipre había violado el derecho a la libertad de la víctima al entregarla al empleado del cabaret luego de su detención en el cuartel y por entregarle al empleado su pasaporte.<sup>39</sup>

---

32 Ibid., párrs. 13-79.

33 Ibid., párr. 222.

34 Ibid., párrs. 248-252.

35 Ibid., párrs. 232-242.

36 Ibid., párrs. 272-282.

37 Ibid., párrs. 283-300.

38 Ibid., párrs. 307-39.

39 Ibid., párrs. 314-325.

### 3.3. Doctrina

- **Catharine A. MacKinnon: “Rantsev v. Chipre & Rusia, App. N°25965/04 (Eur. Ct. H.R. Ene. 7, 2010)”. Anuario de Derechos Humanos 2011, pp. 110-114.**<sup>40</sup>

#### \* EXTRACTO

La aproximación europea a la trata sexual es con frecuencia considerada globalmente como un modelo a seguir. Sin embargo, es seriamente minada por la tensión que existe entre los Estados Partes que consideran que la prostitución es una violación de derechos humanos y aquellos que lo consideran un derecho humano. De hecho, la confusión en el caso *Rantsev* entre la trata sexual, la esclavitud sexual y el trabajo forzoso, aun cuando probablemente ayudara a quienes eran litigantes, puede interpretarse como el resultado de la falta de deseo de entrar en el debate sobre la realidad de la prostitución –¿es explotación sexual o trabajo sexual?– y por lo tanto de la trata para estos fines. La distancia que le falta recorrer al entendimiento europeo sobre la trata sexual, como resultado de esta sentencia, se vislumbra claramente al comparar la decisión en *Rantsev* con el fallo reciente de la Corte Europea de Derechos Humanos en materia de violencia en el ámbito familiar en *Opuz v. Turkey*. Allí, se sostuvo que las autoridades turcas eran sustancialmente responsables del asesinato de una madre a manos de su yerno, en violación del Artículo 2, pues se consideró que debieron haber sabido que las vidas de las mujeres de la familia Opuz se encontraban en un real e inmediato peligro. Por el contrario, en *Rantsev*, la Corte sostuvo que Chipre no violó el derecho sustantivo a la vida de Oksana Rantseva bajo el Artículo 2. Aun si sabían que ella había sido objeto de tráfico –y debieron saberlo– y aun cuando se sabe que la trata es violenta, la Corte no encontró indicios específicos de una amenaza inmediata a su vida en las circunstancias particulares de su caso.

Se debe conceder que, a diferencia de *Rantsev*, en *Opuz* la hija peticionaria y su madre habían formulado reiteradas denuncias a la policía turca sobre los actos violentos y las amenazas de muerte en su contra por parte del marido de la peticionaria. Ambas fueron hospitalizadas en repetidas ocasiones a causa de actos perpetrados por él. En respuesta, las autoridades hicieron poco o nada, luego de lo cual ocurrió el asesinato. Por lo tanto, Turquía resultó responsable sustantiva y procesalmente por la muerte de la mujer a manos de un actor no estatal, dado el hecho de que “las autoridades no hicieron todo lo que pudo razonablemente esperarse de ellas para evitar un peligro real e inmediato a la vida, que conocieron o debieron conocer”. Las autoridades turcas violaron su obligación positiva de proteger su derecho a la vida, dejando de ejercer la debida diligencia para prevenir su asesinato, en violación del Artículo 2 del Convenio, violando, a su vez, el Artículo 3 al dejar de tomar medidas de protección para disuadir los serios atentados a la integridad personal de la peticionaria en violación de las garantías contra la tortura y los malos tratos. Fundamentalmente, observando que “la pasividad judicial general y discriminatoria en Turquía, aun involuntaria, afectó mayormente a las mujeres”, la Corte estableció que la violencia sufrida por ambas mujeres fue “violencia por razón de género, una forma de discriminación en contra de las mujeres”, en contra de la cual Turquía había tomado medidas insuficientes y había proporcionado recursos insuficientes. Por primera vez en el sistema europeo, actos de violencia en contra de las mujeres fueron declarados discriminatorios sobre la base del sexo, en violación del derecho a la igualdad prevista en el Artículo 14.

40 Las notas al pie han sido removidas para facilitar la comprensión del texto.

Resulta esclarecedor reconsiderar el tratamiento dado por la Corte a los hechos en *Rantsev* a la luz de la siguiente observación de *Opuz*: “[U]na vez que han sido informadas de la situación, las autoridades nacionales no pueden atribuir a la actitud de la víctima sus faltas de tomar medidas adecuadas que pudieron prevenir” ataques a la integridad física de la víctima. El fallo en *Rantsev* contiene especulación persistente por parte de testigos sobre si Oksana estaba ebria y muchos testimonios contradictorios sobre su comportamiento. Esto permite atribuirle el abuso a ella en lugar de a sus abusadores. La bruma comúnmente nubla la percepción de la trata con fines de prostitución. Parece ideológicamente esencial dejar abierta la posibilidad de que la situación en la cual ella se encontraba, hasta e incluyendo su muerte (¿saltó o la empujaron?), puede atribuirse a ella misma. Esto es especialmente abierto a críticas dada la fuerte implicación en *Rantsev* de que la policía chipriota no solo fue cómplice por medio de la indiferencia, sino que estuvo involucrada en su trata, al contrario de la policía en *Opuz*, que no estuvo involucrada en la agresión misma.

Como mínimo, la policía chipriota, en su rol de autoridad pública, entregó a Oksana Rantseva a su proxeneta, resultado de lo cual no solo fue privada de su libertad, sino que, además, al intentar escapar del confinamiento en el cual la policía la había colocado, ella también perdió su vida. Cualquiera haya sido la trayectoria, si ella no hubiera estado atrapada, ella no hubiera muerto. Si la ECHR hubiera sido tan clara en materia de trata como lo fueron en materia de violencia en el ámbito familiar, incluyendo considerarla sistémica y estructuralmente como una práctica integral de desigualdad por sexo, podrían haber encontrado a Chipre también sustancialmente responsable por la muerte de Oksana.

En el marco de los derechos humanos, la violencia doméstica ha llegado a entenderse, en general, como abusiva, sin peros ni vacilaciones y como una situación que nadie elegiría libremente, sin importar cuánto tiempo hubieran sido tratadas de esa manera o cuántas veces hubieran vuelto a ella. La culpa de la violencia se atribuye al agresor. Internacionalmente, la agresión hacia las mujeres –que colectivamente se basa en un sistema social de dominación masculina, en lugar de estar situada como una relación particular entre dos personas abstraídas de su contexto social de género– se contextualiza como una violación de los derechos a la igualdad por razón de sexo. El tratamiento europeo oficial dado a la prostitución, por el contrario, continúa cercado por la noción de que esta puede potencialmente ser una carrera libremente elegida por personas autónomas, a pesar de que la prostitución es el destino principal de los autores de trata sexual; y por la opinión que, para algunas, esta puede no ser una práctica de discriminación basada en el género, a pesar de las evidentes y ampliamente reconocidas dimensiones de la explotación de sus víctimas sobre la base de su sexo, desde el así llamado reclutamiento hasta su uso y abuso sexual, sin siquiera necesitar mencionar la dramática desproporción entre la cantidad de mujeres que son victimizadas por la prostitución y de hombres que las victimizan. Debidamente contextualizadas, en la realidad, la violencia doméstica y la prostitución son prácticas ambas basadas en el género, que son ampliamente reconocidas internacionalmente, en especial en casos que involucran a terceros, como formas de violencia contra las mujeres.

Más aún, las agresiones hacia las mujeres y la prostitución –siendo la prostitución el propósito de la trata sexual– tienen claros paralelos y convergencias. En los primeros años de la década de los 90, investigadoras e investigadores y activistas comenzaron a identificar las similitudes entre las relaciones entre proxeneta y prostituta, por un lado, y agresor y mujer agredida, por otro. Al formular una observación que agudiza

los paralelos entre los hechos de *Opuz* y *Rantsev*, más allá de poner énfasis en lo que la segunda decisión dejó de reconocer, Evelina Giobbe fue la primera en ver que “las tácticas de poder y control que [el proxeneta] usa para reclutar y mantener atrapada a una mujer en la prostitución son cercanamente paralelas a aquellas usadas por agresores para asegurar la obediencia de sus cónyuges o sus parejas íntimas”. Sus tácticas en común incluyen “aislamiento de la mujer; minimización y negación del abuso; ejercicio del privilegio masculino; amenazas e intimidación; y abuso emocional, sexual y físico”. El objetivo en común es el poder sobre y el control de las mujeres, ya sea por “amor” o por dinero”. Otras personas también han defendido el entendimiento de la prostitución como agresión en contra de las mujeres y las niñas, observando que tienen en común la falta de hogar alternativo, las barreras en el acceso a la cobertura de salud y el abuso de sustancias, así como la pobreza y la discriminación que definen las precondiciones de la entrada, las condiciones de trato y las barreras a la salida. El concepto de agresión –en el cual el abuso sexual no se considera una opción aun si la víctima elige estar con el agresor– aparentemente no se ha extendido todavía a las mujeres prostituidas, por lo menos no en Europa. Aun en el comparativamente avanzado y sofisticado sistema interamericano, todavía no hay un caso de trata que refleje el acabado entendimiento de la violencia en el ámbito familiar que se ve, por ejemplo en *Maria da Penha v. Brasil*. Pero la prostitución se parece mucho a la violencia doméstica extrema cuando mujeres prostituidas son controladas por proxenetas violentos que, además, como es común, viven económicamente a costa de ellas. La violencia ejercida en contra de mujeres prostitutas por parte de sus proxenetas y las agresiones que se ven obligadas a soportar por parte de “compradores” y de la policía como resultado de haber sido obligadas a la prostitución en beneficio de proxenetas y traficantes, han sido documentadas acabadamente.

Más allá de la analogía, muchas mujeres prostituidas tienen como proxenetas a hombres agresores con los cuales tienen relaciones de cercanía. Las mujeres agredidas y las mujeres prostituidas son, de hecho, frecuentemente las mismas mujeres, a veces al mismo tiempo, a veces en momentos diferentes a través de sus vidas. En este sentido, es relevante decir que la Corte en *Rantsev* fusionó su evaluación de los reclamos de tortura y malos tratos bajo el Artículo 3, con aquellos que involucraron la trata bajo el artículo 4, de modo que “el uso de la violencia y los malos tratos en contra de las víctimas eran características comunes de la trata”, lo cual tornaba innecesario evaluar en forma separada el reclamo por tortura y malos tratos. Un modelo de la agresión de la prostitución hubiera investigado en profundidad, mediante entrevistas a las mujeres con las cuales vivió Oksana, y que estaban en la misma posición en la que estaba ella, exactamente la forma en que fue tratada mientras estaba “trabajando” en el cabaret los tres días previos a su huida. La misma comprensión de las necesidades de las mujeres agredidas que impulsa las políticas públicas en esa cuestión podría también incluir a las mujeres prostituidas.

Además, a diferencia de lo que se reconoce de manera profunda y detallada en *Opuz*, hay poco en *Rantsev* que sugiera pasos a seguir para dismantelar esta industria y para disuadir la complicidad oficial que hay con ella. En un paso que hubiera podido haber llenado este vacío, el Consejo de Europa y el Parlamento Europeo, posteriormente, dictaron una Directiva sobre la trata. A pesar de tener algunas fortalezas, incluyendo una definición de ilícitos que entiende, sobre la base del Protocolo de Palermo, que “una posición de vulnerabilidad significa una situación en la cual la persona involucrada no tiene otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso en cuestión”, la Directiva es socavada por la ausencia general de comprensión del

problema de la trata sexual con fines de prostitución, así como de algún enfoque de la complicidad entre el gobierno y el crimen organizado en esta materia. Sus normas más fuertes están reservadas para las niñas y los niños, quienes merecen la preocupación de las autoridades, pero poco harán por las Oksanas del mundo, aunque la penalización por “poner en peligro la vida de la víctima deliberadamente o debido a la negligencia grave” podría haber ayudado a alertar a algunas.

Así como *Opuz* contrasta con *Rantsev*, la reciente Propuesta de Convención para Prevenir y Combatir la Violencia en contra de las Mujeres y la Violencia Doméstica del Consejo de Europa (“Propuesta de Convención”) contrasta con esta Directiva relativamente pálida. Esta Propuesta de Convención, de la misma manera que *Opuz* lo hace en relación con la agresión contra las mujeres, reconoce firmemente que el problema al que se refiere está basado en la desigualdad de género y entiende que “la naturaleza estructural de la violencia contra las mujeres es violencia basada en el género y que la violencia contra las mujeres es uno de los mecanismos sociales cruciales por los cuales las mujeres son obligadas a permanecer en una posición de subordinación en comparación con los hombres”. Se establece tolerancia cero para este tipo de violencia y se garantiza a “toda persona, en particular las mujeres, [una vida] libre de violencia tanto en el ámbito público como el privado”, junto con un conjunto integral de recursos. La prohibición de la violencia sexual requiere que “el consentimiento debe estar dado voluntariamente como resultado de la libre voluntad de la persona, evaluada en el contexto de las circunstancias circundantes”, lo cual es difícil de imaginar sucediendo en las circunstancias de Oksana Rantseva en Chipre (o, de hecho, en Rusia o en la mayoría de la prostitución). De manera útil para estos propósitos, en la Propuesta de Convención, la violencia contra las mujeres “significará todo acto de violencia basado en el género que resulte en, o probablemente resulte en, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico o económico para las mujeres... coerción o privación arbitraria de libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o privada”. La prostitución, bajo condiciones como las de Oksana Rantseva, en este momento en Europa, por lo tanto, es entendida más realísticamente y manejada más constructivamente (aun cuando no se implementa concretamente o con recursos específicos) por los instrumentos y en el marco de la violencia contra las mujeres que por aquellos específicamente referidos a la trata.



## Ejercicios:

1. MacKinnon llama la atención al hecho que la Corte Europea de Derechos Humanos encontró a Turquía responsable por la muerte de la madre de la peticionaria en el caso Opuz, pero no encontró a Chipre o Rusia responsables por la muerte de la hija del demandante en Rantsev. Ella reconoce que una de las diferencias en los hechos de estos casos fue que la demandante y su madre en Opuz habían denunciado las agresiones en su contra a las autoridades, mientras que Oksana Rantseva no se identificó como víctima a las autoridades.

Analice esta diferencia en la jurisprudencia de la Corte Europea a la luz de la teoría feminista del derecho; tome en cuenta y comente la importancia o falta de importancia que tiene el hecho de que la demandante y su madre en Opuz retiraron sus denuncias en varias oportunidades.

2. MacKinnon afirma que en la sentencia del caso Rantsev “[p]arece ideológicamente esencial dejar abierta la posibilidad de que la situación en la cual ella se encontraba, hasta e incluyendo su muerte (¿saltó o la empujaron?), puede atribuirse a ella misma”.

Examine el tema del consentimiento en la prostitución. En particular, examine la postura que afirma que las prostitutas entran y permanecen en la industria sexual voluntariamente y confronte esta postura con aquella que afirma que no puede existir consentimiento en esos casos. Asimismo, refiérase a la opinión social que presume el consentimiento de las prostitutas a toda relación sexual. Analice todo lo anterior a la luz de la teoría feminista del derecho.

## BIBLIOGRAFÍA

CEJIL. 2011. Sumarios de Jurisprudencia. Violencia de género (2° edición actualizada). [En línea] Buenos Aires, CEJIL, pp. 255-279. <[http://cejil.org/sites/default/files/sumarios\\_jurisprudencia\\_violencia\\_de\\_genero\\_2011.pdf](http://cejil.org/sites/default/files/sumarios_jurisprudencia_violencia_de_genero_2011.pdf)> [Consulta: 24 de Septiembre de 2013].

COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. 2003. Informe Final. Lima, CVR.

COMISIÓN NACIONAL SOBRE PRISIÓN POLÍTICA Y TORTURA. 2004. Informe Final de la Comisión Nacional Sobre Prisión Política y Tortura. Santiago, Gobierno de Chile.

COMISIÓN PARA EL ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO. 1999. Guatemala, Memoria del Silencio. Ciudad de Guatemala, F&G Editores.

MACKINNON, Catharine. 2011. Rantsev v. Chipre & Rusia, App. No. 25965/04 (Eur. Ct. H.R. Jan. 7, 2010). [En línea] Anuario de Derechos Humanos 2011, pp. 107-115. <<http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/17000/20529>> [Consulta: 8 de octubre de 2013].

PALACIOS ZULOAGA, Patricia. 2011. El tratamiento de la violencia del género en la Organización de Naciones Unidas. [En línea] Santiago, Centro de Derechos Humanos (Facultad de Derecho, Universidad de Chile). <<http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/1.pdf>> [Consulta: 9 de octubre de 2013].

UN GLOBAL INITIATIVE TO FIGHT HUMAN TRAFFICKING. (s.a.). Human trafficking: the facts. [En línea] <[http://www.unglobalcompact.org/docs/issues\\_doc/labour/Forced\\_labour/HUMAN\\_TRAFFICKING\\_-\\_THE\\_FACTS\\_-\\_final.pdf](http://www.unglobalcompact.org/docs/issues_doc/labour/Forced_labour/HUMAN_TRAFFICKING_-_THE_FACTS_-_final.pdf)> [Consulta: 8 de octubre de 2013].

WORLD HEALTH ORGANIZATION. 2013. Global and regional estimates of violence against women: Prevalence and health effects of intimate partner violence and non-partner sexual violence. [En línea] <<http://www.who.int/reproductivehealth/publications/violence/9789241564625/en/index.html>> [Consulta: 8 de octubre de 2013].

### Jurisprudencia y casos citados:

#### COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:

- Informe No. 80/11 (Fondo). Caso 12.626: Jessica Lenahan (Gonzales) y otros - Estados Unidos. 21 de julio de 2011. [En línea] <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2011/USPU12626ES.doc>> [Consulta: 9 de octubre de 2013].
- Informe N° 54/01 (Fondo). Caso 12.051: Maria Da Penha Maia Fernandes - Brasil. 16 de abril de 2001. [En línea] <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Brasil12.051.htm>> [Consulta: 9 de octubre de 2013].

#### CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:

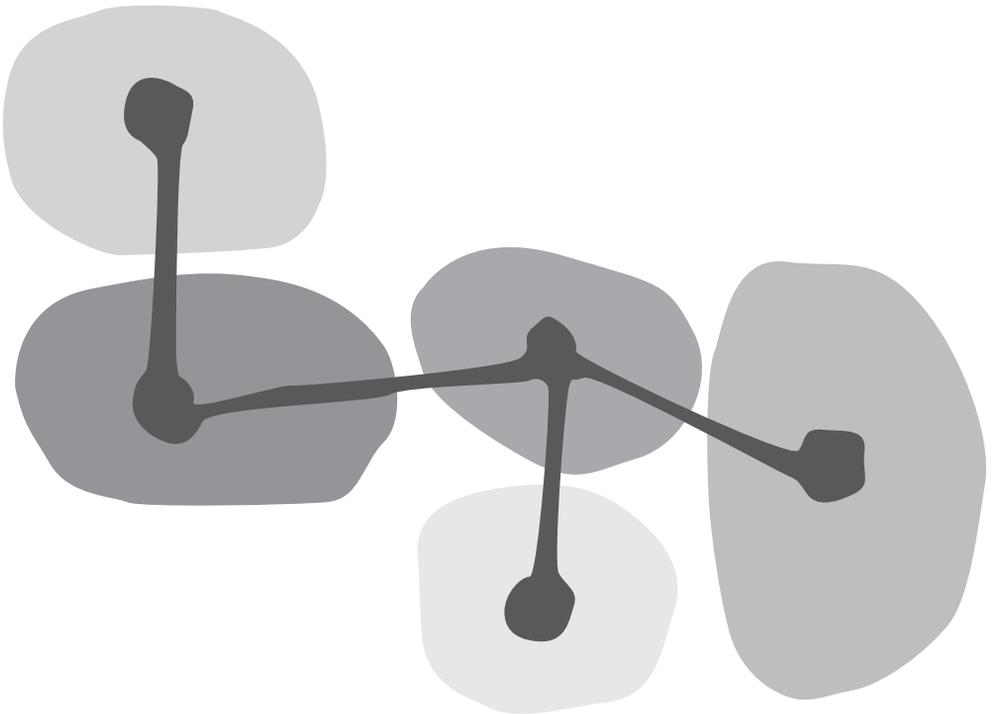
- Caso Blake vs. Guatemala. Sentencia de 24 de enero de 1998 (Fondo). [En línea] <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_36\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_esp.pdf)> [Consulta: 9 de octubre de 2013].
- Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia. Sentencia de 8 de diciembre de 1995 (Fondo). [En línea] <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_22\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_22_esp.pdf)> [Consulta: 9 de octubre de 2013].
- Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). [En línea] <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_160\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf)> [Consulta: 9 de octubre de 2013].

- Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Sentencia de 30 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). [En línea] <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_215\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf)> [Consulta: 9 de octubre de 2013]
- Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Sentencia de 17 de septiembre de 1997 (Fondo). [En línea] <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_33\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf)> [Consulta: 9 de octubre de 2013].
- Caso Rosendo Cantú y otras vs. México. Sentencia de 31 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 107-122. En línea: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_216\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf)> [Consulta: 9 de octubre de 2013].

### **CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS:**

- Caso M.C. vs. Bulgaria. Application N° 39272/98. Sentencia de 4 de diciembre de 2003. [En línea] <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61521>> [Consulta: 9 de octubre de 2013].
- Caso Opuz vs. Turquía, Petición N° 33401/02. Sentencia de 9 de Junio de 2009. [En línea] <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-92945>> [Consulta: 9 de octubre de 2013].
- Caso Rantsev vs. Chipre y Rusia. Application N° 25965/04. Sentencia de 7 de enero de 2013. [En línea] <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-96549>> [Consulta: 9 de octubre de 2013].

# AUTORAS Y AUTORES



## AUTORAS Y AUTORES

### **Mónica Arango Olaya**

Es abogada de la Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia). Completó su Maestría en Derecho en Harvard en 2010.

Actualmente es la Directora Regional para América Latina y el Caribe del Centro de Derechos Reproductivos. Antes de incorporarse al Centro trabajó en la Corte Constitucional de Colombia, en el Congreso de Colombia y en el CIJUS de la Universidad de los Andes, entre otros.

Ha publicado artículos sobre derecho constitucional, derecho internacional y derechos reproductivos.

### **Mariano Fernández Valle**

Abogado (Universidad de Palermo). Máster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos (Universidad de Palermo). Diplomado en Derechos Humanos y Procesos de Democratización (Universidad de Chile). Becario residente en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñate, país vasco (2010).

Se desempeñó como docente en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad de Palermo, teniendo a cargo cursos de teoría del estado, sistemas jurídicos y derecho constitucional. Fue también Investigador del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile y docente en sus cursos de posgrado dirigidos a profesionales de América Latina. Asimismo, fue asesor legislativo e integró el Observatorio de Género en la Justicia, dentro del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Actualmente continúa dando clases en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad Nacional de General Sarmiento. Participa a su vez de proyectos sobre acceso a la justicia, litigio de interés público, derecho constitucional, género, sexualidades y no discriminación, principalmente desde el ámbito académico. Es integrante de la Comisión sobre Temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación.

Forma parte del Comité Académico del diploma de postítulo "Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica" del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

### **Lorena Fries Monleón**

Abogada por la Universidad de Chile y Máster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Oxford. Reconocida defensora de los derechos humanos de las mujeres, es autora de diversas publicaciones en la materia. Coordinó a las organizaciones de mujeres para la incorporación de una perspectiva de género y derechos de las mujeres en el proceso de negociación del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional.

Es profesora del diploma de postítulo “Mujeres y Derechos Humanos: Teoría y Práctica” del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, integrando además el Comité académico de este diploma.

Fue fundadora y Presidenta de la Corporación Humanas.

Es Consejera del Instituto Nacional de Derechos Humanos de Chile (INDH) por la sociedad civil, y el 20 de julio de 2012 fue elegida Directora del INDH por la mayoría absoluta de sus miembros.

### **Nicole Lacrampette Polanco**

Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales (2011) y Bachiller en Humanidades y Ciencias Sociales (2004) por la Universidad de Chile. Es investigadora del Programa “Mujeres, Género y Derechos Humanos” del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y editora de la Revista Electrónica “Género, Sexualidades y Derechos Humanos”. Ha colaborado con Women’s Link Worldwide a través de su programa de prácticas.

### **Catalina Lagos Tschorne**

Abogada, Universidad Diego Portales. Diplomada en “Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica” y en “Derechos Indígenas, medioambiente y procesos de diálogo en el marco de la consulta del Convenio 169” por la Universidad de Chile. Candidata a Magíster en Derecho con mención en Derecho Público, Universidad de Chile.

Se ha desempeñado como abogada de derechos humanos tramitando causas a nivel nacional, ante Ministros de Fuero y/o en Visita Extraordinaria, Cortes de Apelaciones, Corte Marcial y Corte Suprema; y a nivel internacional, ante la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, tiene una sólida experiencia trabajando con los órganos del Sistema Universal de protección a los derechos humanos.

Hasta el año 2013 formó parte del equipo jurídico de Corporación Humanas, donde le correspondió llevar casos ante tribunales nacionales (destacan las querellas por violencia sexual como tortura cometida contra mujeres durante la dictadura militar chilena) y casos ante el sistema interamericano de derechos humanos (como el caso de Karen Atala y niñas vs. Chile). Adicionalmente estuvo encargada de coordinar el trabajo de incidencia internacional y de representar a Corporación Humanas ante los organismos de derechos humanos de Naciones Unidas, habiendo coordinado la elaboración y presentación de numerosos informes alternativos ante Comités; trabajado y colaborado con diversos procedimientos especiales; y realizado numerosas intervenciones orales y trabajo de incidencia ante el Consejo de Derechos Humanos.

Entre 2008 y 2011 trabajó como abogada del Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior, debiendo participar en calidad de coadyuvante o querellante en procesos en que se investigan hechos relacionados con desapariciones forzadas y ejecuciones políticas durante la dictadura militar chilena.

**Patricia Palacios Zuloaga**

Abogada y Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile, LL.M. por Harvard University y JSD por New York University. Ha publicado varios libros con el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, incluyendo “La No Discriminación” y “El Tratamiento de la Violencia de Género en la Organización de Naciones Unidas”. Su artículo “El Camino a la Justicia de Género en la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (en inglés) ganó el Premio Audre Rapoport para el Estudio del Género y los Derechos Humanos. Actualmente se desempeña como Fellow en The London School of Economics.

**Óscar Parra Vera**

Abogado y máster en derecho de la Universidad Nacional de Colombia, con estudios especializados en Derechos Humanos y Derecho Humanitario en American University (Washington College of Law) y Abo Akademi University (Institute for Human Rights, Finlandia).

Desde 2006 se desempeña como Abogado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y desde 2010 coordina uno de los ocho grupos de trabajo del área legal. También se ha desempeñado como visitante investigador en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Trabajó como Becario “Rómulo Gallegos” y como Consultor sobre Indicadores en Derechos Sociales en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En Colombia trabajó como investigador de la Defensoría del Pueblo, en la Comisión Colombiana de Juristas y como auxiliar judicial de la Corte Constitucional. Ha sido consultor de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” de Colombia, del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile. Se ha desempeñado como conferencista y profesor invitado en seminarios y cursos en diversos países. Es profesor de la Maestría en Derechos Humanos y Democracia de la FLACSO (México).

**Claudia Sarmiento Ramírez**

Abogada. LL.M. en teoría legal por New York University, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile. Profesora invitada del departamento de derecho internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, donde imparte el curso electivo “Discriminación: normativa y jurisprudencia internacional”.

**Yanira Zúñiga Añazco**

Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Austral de Chile y Doctora en Derecho (programa de derechos fundamentales) por la Universidad Carlos III de Madrid. Ha realizado una formación posdoctoral en el equipo de estudios de género SAGESSE, perteneciente a la Universidad de Toulouse Le Mirail, Francia. Actualmente se desempeña como docente del Instituto de Derecho Público de la Universidad Austral de Chile y Directora de la Escuela de Graduados de la Facultad de Derecho de la misma Universidad. Ha impartido cursos de pregrado y de posgrado en derecho constitucional, derecho internacional público y género. Su investigación tiene como ejes temáticos los derechos humanos, las relaciones entre género y el desarrollo, la participación política femenina y su influencia en el modelo democrático, entre otros temas.