

**JUAN A. CRUZ PARCERO
RODOLFO VÁZQUEZ
(Coords.)**

**DERECHOS DE LAS MUJERES
EN EL DERECHO INTERNACIONAL**

GENERO, DERECHO Y JUSTICIA No.

PRESENTACIÓN

En el año 2008, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emprendió un programa de actividades para introducir la perspectiva de género en sus ámbitos jurisdiccional y administrativo como una de las estrategias necesarias para cumplir con las obligaciones constitucionales derivadas del principio de igualdad y del derecho a la no discriminación.

Entre los objetivos de dicho programa, se encuentra la reducción de los obstáculos para acceder a la justicia por parte de las mujeres y los grupos menos aventajados, el cuestionamiento de la supuesta neutralidad de las normas, y la visibilización de los impactos diferenciados que la interpretación de las leyes tiene en los hombres y en las mujeres.

En este marco, el Máximo Tribunal del país, a través de la Coordinación General del Programa de Equidad de Género del Poder Judicial de la Federación y la Dirección de Equidad de Género de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estableció una alianza con la Editorial Fontamara para la realización de la serie “Género, Derecho y Justicia”.

Esta serie y los propósitos que la animan son ahora posibles gracias al decidido apoyo de la Comisión de Equidad de Género de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, integrada actualmente por el Ministro Presidente Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, la Ministra Olga María Sánchez Cordero y el Ministro José Ramón Cossío Díaz. La Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, quien formó parte de la misma en su composición original, igualmente contribuyó a la realización de este proyecto editorial.

Esta serie, que hoy se pone a disposición del público, pretende sistematizar algunos de los abordajes teóricos más relevantes sobre la construcción social y cultural del género y su estrecha relación con el acceso y la impartición de justi-

cia. Asimismo, desea articular las diversas críticas que los estudios de género han puesto sobre la mesa de la disciplina jurídica.

Partiendo del reconocimiento del pluralismo y la diversidad social en el marco de la igualdad democrática y tomando seriamente en consideración los cambios sociales y culturales ocurridos en las últimas décadas en México, resulta imprescindible abordar, desde el punto de vista teórico y práctico, los desafíos que la perspectiva de género y no discriminación presentan a los órganos de impartición de justicia y a la labor jurisdiccional.

Con el lanzamiento de la serie “Género, Derecho y Justicia”, la Suprema Corte de Justicia de la Nación toma parte activa en los debates académicos en la materia, contribuye al intercambio constructivo de saberes y experiencias, y propicia, en última instancia, una mejoría en el acceso a la justicia.

La esperanza es que las discusiones plasmadas en esta serie abonen a la construcción de una sociedad más incluyente y justa, y a la transformación del quehacer jurisdiccional en el sentido de adoptar la defensa efectiva de los derechos y libertades fundamentales sin discriminación.

MÓNICA MACCISE DUAYHE
RODOLFO VÁZQUEZ

INTRODUCCIÓN

El reconocimiento de los derechos humanos que se dio al finalizar la Segunda Guerra Mundial, ha llevado a la comunidad internacional a plantearse los fundamentos de la convivencia internacional y nacional a partir del respeto de los derechos humanos. Este avance innegable refuerza la idea de que todo ser humano debe gozar de las mismas bases de respeto, de una protección básica y elemental de ciertas necesidades que le permitan desarrollarse como persona libre y autónoma. Aceptado esto no tendríamos por qué hacer diferencias entre derechos del hombre y de la mujer, sino tan sólo afirmar su igualdad. Sin embargo, dentro de los muchos problemas por los que atraviesa la humanidad, algunos especialmente urgentes y graves suelen afectar a determinados grupos, uno especialmente relevante por tratarse de la mitad de la población mundial es el de las mujeres. Desafortunadamente los avances en materia de derechos humanos no han impactado igual a hombres que a mujeres.

El desarrollo de los derechos humanos ha llevado a una fase que Bobbio denominó *fase de concretización*, donde los derechos humanos abstractos de las primeras declaraciones de derechos del siglo XVIII y luego la Declaración Universal de 1948, empezaron a especificarse en declaraciones y tratados que han intentado atender los problemas que sufren los seres humanos en determinadas circunstancias apremiantes. Es así que el desarrollo de los derechos humanos ha llevado a tener que focalizar los problemas de la mujer, a desarrollar instrumentos internacionales y domésticos para una atención especial de las condiciones que propician violaciones sistemáticas y generalizadas hacia las mujeres.

En todos los países existe exclusión y tratos discriminatorios contra la mujer, en ocasiones exacerbados por otras circunstancias como ser pobre, pertenecer a ciertas religiones, a ciertos grupos étnico-cultural, ser migrante, tener cierta profesión o modo de vivir, tener determinadas preferencias sexuales, etc. Las circuns-

tancias en que las mujeres ven vulnerados sus derechos más básicos y derechos que les permitan elegir y ser libres son muy variadas y, por desgracia, persistentes y comunes en todas partes. En este libro se recoge información y puntos de vista en torno a la dimensión de problemas relacionados con la maternidad, los derechos reproductivos, el aborto, la violencia de género, la discriminación laboral, la situación de las mujeres migrantes y otros más. Los problemas no son exclusivos de México, y la perspectiva que se aporta en los trabajos de esta antología es amplia, tratando de abarcar los problemas de la mujer en Latinoamérica y en algunos casos en Europa.

Pese a que la descripción de la situación de la mujer no es nada buena hoy día, hay algunos avances importantes que tenemos que celebrar y que nos hacen ser moderadamente optimistas. Estos avances han sido producto de la lucha que miles, seguramente millones, de mujeres (y también hombres) han dado a lo largo de la historia y que en tiempos recientes se ha concretado no sólo en el reconocimiento de sus problemas y en la necesidad de enfrentarlos, sino que se han dado pasos firmes en sentar las bases de un sistema internacional que busca hacerse cargo de la protección de sus derechos y de eliminar la violencia y la discriminación que padecen en muchos lugares. Estos logros son importantes, pero son tan solo las bases para nuevas etapas en la lucha diaria que hay que dar para que el respeto a estos derechos se convierta en una realidad, para que puedan erradicarse de manera considerable algunas de las condiciones sociales y culturales que propician la violencia, discriminación y marginación de la mujer. Hay mucho por hacer todavía, y mucho de lo que tenemos que hacer consiste en conocer y educarnos de otra forma, abandonando estereotipos machistas y aprovechando y difundiendo los avances normativos e institucionales que ha habido en las décadas recientes, que representan un punto de apoyo firme para avanzar en la defensa y protección de los derechos de la mujer.

Con esta antología que presentamos queremos ofrecer en voz de diversas(os) especialistas una reflexión sobre los avances y retos que representan los instrumentos internacionales de derechos humanos en lo que respecta a la situación de las mujeres, en particular en Latinoamérica. Son múltiples los logros normativos a nivel internacional, y es una pena que hoy por hoy no se conozcan ni se utilicen con más frecuencia. Más desafortunado aún es que siendo muchos de estos instrumentos obligatorios en México y otros países de la región, sus destinatarios principales, esto es, los funcionarios públicos ni siquiera los conocen y por ello ignoran que están obligados a hacerlos respetar y aplicarlos. Con los jueces y tribunales ocurre muchas veces algo semejante, a pesar de tratarse de normas internacionales aplicables a nivel local suelen ser ignoradas y sólo de manera excepcional suelen invocarse en la fundamentación de las decisiones judiciales. El derecho internacional no sólo debe aplicarse por organismos o tribunales internacionales,

buena parte de las obligaciones que contiene debe aplicarse a nivel doméstico. En este libro se ofrece un análisis específico de ciertos instrumentos y mecanismos de derecho internacional, así como de su forma de aplicación tanto local e internacional; se presentan y se discuten algunos casos judiciales, la jurisprudencia de algunos tribunales internacionales en asuntos relacionados con las mujeres.

Con este trabajo esperamos difundir a un público amplio –pero específicamente a abogados, jueces, fiscales, luchadoras y luchadores por los derechos de las mujeres– las obligaciones que tienen los Estados para defender y proteger los derechos de las mujeres, los recursos que existen a nivel internacional para su protección y experiencias de cómo han sido usados exitosamente. Esperamos que este trabajo contribuya entonces a la difusión y al uso de estos instrumentos, a su aplicación y uso a nivel doméstico de los tratados internacionales, al uso de recursos internacionales cuando la justicia a nivel local no ha logrado una defensa y protección adecuada, cuando subsista impunidad, contubernio o indiferencia de las autoridades locales. México ha sido sentado ya en el banquillo de los acusados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en varios casos que tienen que ver con violaciones a los derechos de las mujeres. Ha sido objeto también de recomendaciones de la Comisión Interamericana y mal haríamos en no aprender de todas estas lecciones. Corresponde a todos hacernos responsables de que el respeto y vigencia de los derechos de la mujer comience *en casa*, y tomándonos en serio esta metáfora, digamos que nos corresponde que se respeten tanto en el ámbito privado como en el público.

Quienes colaboran en esta antología son expertos reconocidos por sus trabajos sobre derecho internacional y especialmente sobre temas relacionados con las mujeres, les agradecemos que muchos hayan hecho un esfuerzo por abordar de manera específica los problemas de la mujer en México y en Latinoamérica. Los textos en su conjunto logran dar un amplio panorama de los problemas más graves que aquejan a las mujeres y de su situación en la región. En conjunto nos hablan de todos los instrumentos internacionales relevantes, especialmente los regionales, de los organismos y tribunales encargados de velar por el respeto de los derechos de la mujer.

El trabajo de Florencia Luna comienza por centrar el problema general que nos preocupa y que de alguna forma nos da las coordenadas generales sobre la situación de la mujer en Latinoamérica. En su texto “Mujer en Latinoamérica: pobreza, vulnerabilidad y derechos reproductivos”, nos presenta la situación de la mujer a partir de lo que llama el fenómeno de la feminización de la pobreza. La pobreza en Latinoamérica alcanza casi a la mitad de la población y especialmente afecta a los hogares encabezados por mujeres. Las mujeres se encuentran en una situación de vulnerabilidad, no sólo por lo que respecta a la proporción, sino en función de su sexo. Las mujeres sufren exclusión, violencia, disminución de capacidades no sólo

en relación al poder y la distribución de riqueza, sino dentro de los hogares en relación al varón. Florencia Luna invita a que abramos la “caja negra” del hogar para captar una pobreza que ha permanecido invisible. Con la ayuda del concepto de *vulnerabilidad* nos propone operar un análisis por capas que sea capaz de atender a diferentes aspectos y contextos que influyen negativamente en las mujeres.

Uno de estos aspectos que genera mayor vulnerabilidad es la falta de libertad reproductiva, cuestión que afecta especialmente a las mujeres de pocos recursos. La importancia fundamental que se brinda a los embriones en Latinoamérica –una especie de “embriología”– va en detrimento de las personas concretas y reales que son las mujeres. La autora llama también la atención sobre el uso de las técnicas de reproducción asistida, que son técnicas muy invasivas con el cuerpo de la mujer (aun cuando el problema sea la infertilidad masculina), en estas prácticas, nos advierte, las mujeres son las que ponen el cuerpo, cosa que se agrava porque en la mayor parte de la región no hay una regulación al respecto. A estos problemas se suma el de una doble moral que repercute seriamente en la salud de la mujer. La falta de salud sexual y reproductiva más la discriminación de la mujer genera infertilidad por infecciones o abortos inseguros, cosa que termina impactando en las técnicas de reproducción asistida.

Las cifras que a lo largo del trabajo nos muestra la autora nos indican las dimensiones que estos problemas alcanzan en la región, y ante ello una de las opciones que nos propone Florencia Luna es el empoderamiento de la mujer, el que pueda actuar como agente moral responsable, con información, educación y dentro de un marco normativo adecuado en torno a su fertilidad.

Por su parte Regina Tamés en su artículo “El reconocimiento de los derechos de las mujeres en las Naciones Unidas” nos presenta el largo recorrido que han tenido que pasar las mujeres para ser reconocidas como plenas titulares de derechos humanos. El hombre (el varón) ha sido históricamente el referente de lo humano, al grado que en el propio seno de las Naciones Unidas se tuvieron que gestar luchas por el reconocimiento de los derechos de la mujer y de la discriminación de la que es objeto. En 1946 se logró la creación de un órgano dedicado de manera exclusiva a atender la situación de la mujer: la Comisión sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer. Desde un comienzo la Comisión luchó porque empezando por el lenguaje del proyecto de la Declaración Universal de Derechos, se abandonara la idea de derechos *del hombre* y se hablara de derechos *humanos*. Los esfuerzos continuaron y se consiguió la adopción de otros instrumentos como la *Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer* (1952), la *Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada* (1957), la *Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio* (1962). Uno de los logros más significativos de la Comisión fue la *Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer* (1967) que daría origen a la *Convención para la Eliminación de to-*

das las formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) en 1979. En esta Convención se reconoce por primera vez en documentos internacionales que la cultura, las tradiciones, la religión, entre otros, son factores que pueden afectar el ejercicio de derechos de las mujeres, y señala que los Estados tienen obligación de modificar los patrones culturales con miras a alcanzar la eliminación de prejuicios y prácticas que impliquen la idea de inferioridad de las mujeres. La autora hace un análisis de los aportes de la CEDAW, la importancia que han tenido las conferencias mundiales sobre la mujer y el trabajo del Comité de la CEDAW mediante sus recomendaciones. Sin embargo, pese a los grandes avances normativos que ha habido Regina Tamés nos recuerda que las condiciones de la mujer no han logrado el respeto y disfrute pleno de sus derechos, las obligaciones contraídas por los Estados no se han cumplido y no se ha conseguido todavía una garantía adecuada de los derechos de las mujeres.

Soledad García Muñoz en su trabajo “Género y derechos humanos de las mujeres: estándares conceptuales y normativos en clave de derecho internacional”, nos presenta un minucioso análisis de las herramientas normativas disponibles en relación con los derechos de la mujer, especialmente en Latinoamérica. Su estudio comienza por una aproximación conceptual a la idea de los derechos de la mujer a partir de un proceso de especificación de los derechos humanos que busca dar respuesta a patrones históricos y generalizados de violación de derechos de las mujeres. A partir de definir lo que ha de entenderse por derechos de la mujer, se ha buscado afirmar la universalidad de los mismos, su indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos, colocando en un plano de igualdad tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales.

En su estudio Soledad García analiza problemas como el de la violencia, la discriminación, la perspectiva de género a partir de los estándares internacionales que se han generado por diferentes organismos. Tanto en el ámbito internacional como en el americano existen instrumentos específicos donde se han reconocido derechos a las mujeres. Luego de una revisión de instrumentos como la CEDAW y su Protocolo Facultativo, se enfoca en los instrumentos creados en el marco de la Organización de los Estados Americanos. Aquí resalta la labor de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que cuenta con una Relatoría Especial sobre Derechos de las Mujeres quien ha sido la responsable de la creación de la mayor parte de los estándares sobre derechos humanos de las mujeres. Uno de los instrumentos regionales específicos más importantes que se destacan en el trabajo de Soledad García es la *Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer*, conocida como *Convención de Belém do Pará*, adoptada en 1994. Sin embargo, pese a los avances normativos la autora advierte de las brechas que existen entre las obligaciones asumidas por los Estados al hacerse parte de los tratados y la realidad de las mujeres en nuestro continente, así como de las

lagunas en el conocimiento de los instrumentos internacionales tanto por parte de los obligados a cumplirlas como por parte de las organizaciones que luchan a favor de los derechos de las mujeres.

Christian Courtis en “La aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos por los tribunales nacionales. El caso de los derechos de la mujer” analiza la importancia de los tratados internacionales en el derecho doméstico. Su estudio comienza por señalar la ruptura del paradigma tradicional del derecho internacional que se limitaba a establecer acuerdos entre Estados con poca proyección de los mismos al derecho interno. La novedad, nos dice, comienza con tres importantes aspectos: a) los individuos pasan a ser sujetos de derecho internacional rompiendo el monopolio de los Estados, b) la finalidad principal de los tratados de derechos humanos es el establecimiento de estándares a los que debe ajustarse todo el derecho interno, y c) se establecen mecanismos de control de las disposiciones sustantivas, mecanismos jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales.

Esta nueva situación genera una presión sobre las autoridades nacionales, incluyendo a las judiciales, para que tomen en consideración el contenido de los tratados internacionales, sujetando a los Estados a una constante evaluación. A su vez, este nuevo paradigma internacional hace apremiante que los órganos nacionales conozcan y se familiaricen con el contenido y la interpretación que se ha hecho de los tratados, a fin de convertir a los mismos en parte del derecho interno. De manera minuciosa, Courtis nos adentra en la tarea interpretativa del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer mediante algunos de los casos de los que se ha ocupado. Abunda también sobre el novedoso proceso de investigación y del caso específico de los homicidios de mujeres en Ciudad Juárez, señalando pormenorizadamente las recomendaciones que se dirigieron al Gobierno mexicano tanto en un nivel general como en relación a la identificación y castigo de los responsables, la atención adecuada de familiares de las víctimas y en materia de prevención de más violencia. Su estudio concluye con una presentación de las observaciones finales del Comité ante los informes periódicos presentados por México, donde se destacan ciertas preocupaciones por las mujeres indígenas y campesinas, las trabajadoras maquiladoras, la violencia doméstica, la elevada demanda insatisfecha de métodos anticonceptivos, la prostitución infantil, la situación de las mujeres migrantes, entre otros. Un punto importante que preocupa al Comité es la ausencia de ejemplos que muestren que el Poder Judicial en México aplica la *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer*.

Gabriela Rodríguez Huerta en su trabajo titulado “La no discriminación de las mujeres: objeto y fin de la CEDAW” analiza la importancia de la *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer* (CEDAW) adoptada el 18 de diciembre de 1979, en la Conferencia Mundial sobre las Mujeres cele-

brada en la Ciudad de México. La CEDAW es un tratado internacional sobre derechos humanos, lo que significa que impone obligaciones a los Estados para con las personas que habitan sus territorios. 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”. Es una Convención que no sólo se encarga de establecer el reconocimiento de la igualdad y no discriminación en pro de las mujeres, sino que abarca el ejercicio de dicha igualdad, obligando a los Estados a adoptar medidas, no sólo legislativas, sino también políticas públicas y sociales que logren erradicar, no sólo *de jure*, sino también *de facto*, los tratos desiguales que aquejan a las mujeres por el hecho de ser mujeres, tanto en el ámbito público como en el privado.

Junto con la Convención se creó el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, órgano encargado de vigilar que el tratado se lleve a cabo entre los Estados Parte; además, se adoptó posteriormente el Protocolo Facultativo de la *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer*, instrumento que permite a las personas individuales o en grupo, se dirijan directamente al Comité y que éste revise dichas comunicaciones. El trabajo de Gabriela Rodríguez advierte de los problemas que se han generado para la implementación de la CEDAW, las reservas hechas por parte de algunos Estados, y abarca la dimensión práctica del tratado al encarar la cuestión de su aplicación judicial haciendo evidente que no se trata de una cuestión sencilla. El Protocolo Facultativo de la CEDAW adoptado en 1999 fortalece los mecanismos de vigilancia y supervisión al permitir la presentación de denuncias de violaciones por parte de un Estado. México adoptó dicho protocolo en junio del 2002 y fue el primer país al que se le aplicó un procedimiento de investigación por el caso de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez, que concluyó con una recomendación.

Esther Vicente en “La Comisión y la Corte Interamericanas ante los derechos humanos de las mujeres” parte de un panorama desalentador respecto de la situación de las mujeres en la región americana y caribeña. La salud de la mujer, en especial su salud reproductiva, muestra índices de grave deterioro (mortalidad y aborto clandestino); la violencia contra las mujeres, nos dice, no cede a pesar de los esfuerzos realizados por organismos de todo tipo. Los feminicidios son una muestra de esta precariedad. Su trabajo se centra en analizar aspectos destacados de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos y las interpretaciones que han hecho de los instrumentos de derechos humanos desde una perspectiva de género. La Convención Americana garantiza el disfrute de derechos sin discriminación por razón de sexo o de otro tipo, la Corte Interamericana ha precisado el análisis de los principios de no discriminación y de protección igualitaria ante la ley. El sistema interamericano, se señala en este trabajo, no sólo recoge

una noción formal de igualdad, sino avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural basado en el reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas especiales de equiparación, lo cual implica la necesidad de un trato diferenciado. Una preocupación especial surge, por ejemplo, con los estereotipos de género que tienden a mantener y legitimar una situación de subordinación social y jurídica respecto a la mujer. Este caso de los estereotipos fue uno de los primeros asuntos que ocupó a la Corte Interamericana en un caso de 1983 en relación con Costa Rica y otro caso más en Guatemala en 2001.

Otro problema que aborda Esther Vicente es el de la violencia contra las mujeres. La Comisión Interamericana en el caso *Raquel Martín de Mejía*, una mujer violada por militares, estableció que la agresión sexual constituye una forma de tortura de conformidad con la *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*. Otro caso del que da cuenta es el de las hermanas *González Pérez contra México* donde se destacó la total impunidad de los responsables, la inacción del Estado y la falta de garantías procesales que aseguren la imparcialidad a causa de la existencia del fuero militar. El trabajo muestra varios casos más y los alcances de los informes de la Comisión Interamericana. También muestra cómo la Comisión Interamericana se ha ocupado del entrecruzamiento que existe entre la discriminación y violencia, por un lado, con otras formas de discriminación social como las discapacidades, la orientación sexual, la identidad étnica, por el otro. El trabajo concluye abordando un tema que a pesar de su relevancia es de los que menos atención ha recibido por parte de la Comisión y la Corte Interamericanas, el tema de la salud sexual, los derechos reproductivos y la elección de orientación sexual.

Marisa Iglesias Vila en “Acción positiva y género en la Unión Europea ¿Es la jurisprudencia del TJCE un obstáculo para la acción positiva en Europa?” aborda la problemática referente a la aplicación de las acciones positivas como instrumentos idóneos para revertir las consecuencias de la desigualdad estructural en la sociedad. Pero la acción positiva enfrenta múltiples problemas, el objetivo de la autora es analizar críticamente cómo han funcionado y qué argumentos se han usado para limitarlas, manteniendo una postura optimista respecto a ellas. En primer lugar, la autora nos ofrece un acercamiento general al concepto de acción positiva, entendiendo que se trata de medidas que otorgan beneficios especiales o tratos preferentes a los miembros de ciertos grupos humanos para corregir su situación de desventaja social y económica respecto a otros grupos, tales medidas han de tener un carácter temporal, ya que su objetivo es deshacer las prácticas sociales que han dado forma a la desigualdad estructural que atenta contra la igualdad de determinados grupos. Existen diversos tipos de acción positiva, tres para ser exactos: a) medidas de concienciación y apoyo, b) cuotas o tratos preferentes flexibles, y c) cuotas o tratos preferentes rígidos. En segundo lugar, la autora sostiene que las medidas de acción positiva persiguen y se justifican en el principio de igualdad

de oportunidades, dicho principio puede ser entendido en dos dimensiones, una negativa y otra positiva, las medidas de acción positiva se sustentan en la visión positiva del principio. Se busca que mediante dichas medidas personas que por su pertenencia a determinados grupos no estuvieran en condiciones de llevar a cabo sus planes de vida, lo estén, y que de subsistir condiciones de desigualdad, éstas sean provocadas por decisiones autónomas de los miembros de los grupos infra-representados, mas no porque éstos de entrada tengan negado el acceso a participar en ciertas relaciones sociales por la manera en que éstas se han desarrollado históricamente. En tercer lugar se analiza la normativa de la Unión Europea (UE) y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas criticando que este órgano jurisdiccional no ha comprendido del todo el problema de la desigualdad estructural por razón de género. De manera especial trata el tema de las cuotas electorales de género para incrementar la participación política de las mujeres, que son un mecanismo efectivo que ha probado su eficacia en varios países de la UE, aunque este sistema por sí mismo es insuficiente para lograr la igualdad política del hombre y la mujer.

Rosa Ana Alija Fernández en su trabajo “Crímenes de derecho internacional y derechos de la mujer: de la protección del honor a la salvaguarda de la libertad” nos dice que las mujeres han sido el grupo que a lo largo de la historia más ha resentido los estragos de la organización patriarcal que caracteriza a las sociedades; la violencia de género tiene diversos escenarios tanto privados como en diferentes esferas sociales. La autora expone el trato tardío que el derecho internacional, en especial el humanitario y el penal, ha dado a las atrocidades contra las mujeres en contextos de violencia armada o de violaciones masivas y sistemáticas a sus derechos, prácticas que no deben permanecer impunes y que merecen ser castigadas penalmente aun en contra de las disposiciones internas de los países.

El desarrollo del derecho penal internacional tiene un importante desarrollo después de la Segunda Guerra Mundial con el establecimiento de Tribunales internacionales (Núremberg, Tokio) y con la adopción de tratados internacionales. Sin embargo, este proceso se frenaría y sería hasta la década de los noventa cuando tomaría nuevo impulso a raíz de los casos de la ex Yugoslavia y Ruanda. Estos avances cristalizaron de mejor manera en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que pese a tener ciertos defectos, contribuyó de manera sustancial a la tipificación de la violencia sexual, que se incluyó entre los crímenes de guerra y en los crímenes contra la humanidad; se amplió el catálogo de conductas que actualizaban este tipo de crimen, además, el bien jurídico tutelado por este reconocimiento pasó de ser el honor a ser la libertad sexual de las personas. Aunado a esto, la creación de los tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y para Ruanda sentaron precedentes cuyo valor no es sólo discursivo, puesto que sus respectivas jurisprudencias han coadyuvado en el establecimiento de las disposiciones en contra

de la violencia sexual. Por último, la autora expone el proceso que ha seguido la incorporación de la perspectiva de género a los crímenes de derecho internacional, reconociendo un significativo avance al mismo tiempo que identifica las carencias que aún deben ser cubiertas por los tribunales penales internacionales en materia de género.

Mila Paspalanova en “La vulnerabilidad de las mujeres migrantes: un fenómeno poco reconocido”, se adentra en los problemas de discriminación y maltrato que generalmente acompaña a las personas con estatus de migrante, a quienes generalmente se percibe como individuos de segunda clase, mismos que tienen que enfrentarse al menoscabo en la protección de sus derechos fundamentales no sólo en el país que les recibe, también en su país de origen. El uso de un lenguaje peyorativo expresado en denominaciones tales como migrante ilegal, migrante clandestino, entre otros, trasciende las implicaciones lingüísticas y se convierten en verdaderas amenazas a la dignidad de los migrantes, pues se fortalece la percepción pública de los migrantes como criminales o sujetos poco deseables, por lo tanto, una denominación correcta como podría serlo el término “migrante en situación irregular”, no es una cuestión de “semántica linda”, sino un instrumento protector de los migrantes. La autora aporta datos estadísticos con la intención de demostrar que la idea de que la migración es una empresa exclusiva de los hombres es equivocada, tanto, que el flujo migratorio realizado por mujeres alcanza cifras de hasta 49%. Pese a esto las mujeres que migran siguen siendo consideradas migrantes familiares. El texto continúa con la descripción de la situación en la que las mujeres migrantes se ven inmersas al dejar sus países de origen, si bien para todo migrante la situación es dura, para las mujeres es todavía más complicada: su trabajo es menos remunerado, sus horarios más largos, su trabajo es considerado no calificado, además de que las mujeres migrantes sufren discriminación tanto en el país que dejan como aquél al que llegan por motivos del rol social que históricamente se les ha asignado. A pesar de la importancia del fenómeno migratorio de las mujeres no se cuenta con modelos teóricos que logren explicar de manera eficaz sus causas, consecuencias e implicaciones, pues las teorías que explican el fenómeno migratorio no cuentan con una perspectiva de género. Debemos sumar también la falta de políticas migratorias con perspectiva de género, ya que si bien los programas actuales de migración legal (aunque sea temporal) reflejan cierto progreso en el tratamiento de la cuestión, para las mujeres no ha resultado tan benéfico. Además la falta de instrumentos de protección para las mujeres migrantes es prácticamente inexistente en las agendas políticas de los Estados. Al final, la autora pone como ejemplo la insuficiencia en la forma en la que los Estados están encarando el tema de la migración de mujeres, el caso de México, dejando a organizaciones no estatales la tarea de proteger a las mujeres migrantes tales como la OIM (Organización Internacional para las Migraciones), la OIT (Organización Internacional

del Trabajo) y el UNIFEM (Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para las Mujeres).

Por último, María José Fariñas Dulce en su trabajo “Mujer, trabajo y pobreza desde una perspectiva transnacional” se pregunta qué empobrece a las mujeres, y encuentra dos respuestas: la primera, la maternidad en ausencia de condiciones adecuadas que genera a su vez discriminación y falta de oportunidades; la segunda, la segregación de la mujer en el mercado laboral. Otra pregunta que se hace la autora es si la globalización es neutral en cuestiones de género. La respuesta es inevitablemente negativa. Los efectos nocivos para la mujer se reflejan en el reforzamiento de esquemas sociales patriarcales y androcéntricos, con tintes misóginos; un incremento de estereotipos femeninos en la cultura y en el ámbito laboral; y el aumento de la pobreza femenina, el fenómeno llamado *femenización de la pobreza*, que es más que un eslogan. Las políticas neoliberales han afectado más a las mujeres por la desprotección social y laboral; los servicios más afectados por este tipo de políticas son los de salud, educación, asistencia social, entre otros, los cuales impactan más en las mujeres ya que son ellas las que suelen ocupar dichos trabajos. Son las mujeres, por tanto, las primeras en ser expulsadas del mercado formal y son las primeras en ser explotadas en los mercados informales. En países del tercer mundo las mujeres trabajadoras están marcadas por situaciones de pobreza extrema, analfabetismo, explotación, violencia, crímenes de honor, marginación, abusos psicológicos y sexuales de todo tipo. La segregación ocupacional de la mujer tiene dos aspectos, que la autora denomina segregación vertical y horizontal. La primera se manifiesta en la limitadísima presencia de las mujeres en puestos de responsabilidad laboral. Las mujeres encuentran fuertes barreras a la hora de avanzar en sus carreras profesionales por falta de equidad y debido al estereotipo de que no pueden renunciar a sus obligaciones domésticas y al cuidado de hijos y marido. El segundo tipo de segregación, la horizontal, se refiere al mantenimiento de una división del mercado laboral que las encasilla en trabajos femeninos: servicio doméstico, pequeño comercio, hotelería, etc. Las soluciones que podrían darse pasan por políticas públicas que apoyen a la mujer en su maternidad, que eviten la discriminación laboral, que se refuercen con políticas de cuotas y políticas contra la pobreza que se enfoquen en las mujeres.

Esperamos que esta antología contribuya a la difusión de las obligaciones que tienen los gobiernos a partir de los tratados internacionales en la materia y de los mecanismos con los que contamos a nivel internacional para lograr el respeto y la protección de los derechos de la mujer; esperamos también que el mayor conocimiento de estos instrumentos se traduzca en su aplicación en México y el resto de los países de Latinoamérica. Queremos agradecer a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de Mónica Maccise, el que nos haya brindado la oportunidad de dirigir esta colección. Especialmente queremos agradecer a Edna Guzmán el valioso apoyo en la edición de esta antología.

MUJER EN LATINOAMÉRICA: POBREZA, VULNERABILIDAD Y DERECHOS REPRODUCTIVOS

Florencia Luna

Generalizar respecto de la situación de la mujer en una región tan variada y amplia como Latinoamérica parece muy arriesgado. Sin embargo, en mayor o menor medida, pueden establecerse algunas pautas comunes las cuales, tomadas con la suficiente cautela, resultan relevantes para comprender algunos desafíos y obstáculos que se presentan a las mujeres en Latinoamérica.

Aun con grandes diferencias, en muchos de nuestros países convive una situación de “primer mundo” con aquella de un “tercer mundo”. Esto es, se trata de una de las regiones del planeta con mayores desigualdades. Así, algunas mujeres pueden tener acceso a una educación de excelencia, a una buena atención sanitaria con técnicas y tratamientos médicos de última generación, a posibilidades de desarrollo laboral mientras que otras mujeres quedan casi totalmente excluidas de estas opciones, inmersas en una situación de pobreza de la cual no se puede salir fácilmente. Tal desigualdad plantea la existencia de dos polos fuertemente diferenciados con características y problemas propios. Esto resulta evidente en países como México, Brasil o Argentina pero se repite en diferentes proporciones en casi toda la región. Sin embargo, cierto desdén hacia las mujeres respecto de sus derechos reproductivos parece trascender tales polaridades e impacta en la salud integral de las mismas.

Este artículo se divide en dos grandes partes en las cuales se tratan diferentes aspectos de la situación de la mujer. En la primera, se comienza planteando la situación de desigualdad presente en América Latina. El artículo se centra en la pobreza tal como se manifiesta en la región. El objetivo es exhibir el impacto que la conceptualización que se haga de la misma tiene. La idea es abrir la “caja negra”

que significa padecer esta situación y las diferentes dimensiones que pueden implicarse. Para ello se pasa revista a los diferentes análisis que se han formulado de la pobreza ya que lo que no se conceptualiza no se mide.¹ Luego se analiza el impacto que la falta de recursos tiene en las mujeres. Esto es, en qué consiste el fenómeno de la feminización de la pobreza. En tercer término se introduce la noción de vulnerabilidad para mostrar cómo ésta puede ser una herramienta interesante a la hora de pensar diferentes matices implicados en la pobreza.

En la segunda parte se aborda una de las cuestiones fundamentales que hacen a la salud de las mujeres y que tiene relevancia cuando se mira el fenómeno de la pobreza desde concepciones alternativas: los derechos reproductivos y su generalizada falta de respeto en la región. Se explicita la influencia que tiene la protección de los embriones en algunas políticas públicas y no sólo se examina su influencia en cuestiones de salud básica, sino que se irá más allá para mostrar cómo impacta en las mujeres de diferentes estratos sociales. Se mostrará que, si bien la falta de respeto a los derechos reproductivos puede resultar devastador en la situación de pobreza, también influye en técnicas sofisticadas como la reproducción asistida o los diagnósticos genéticos preimplantatorios y en mujeres de mayores recursos socioeconómicos.

PRIMERA PARTE

I. MÁS ALLÁ DE LOS NÚMEROS

Según un informe de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL)² la región de las Américas muestra la peor distribución del ingreso del mundo.³ Las dis-

¹ María del Carmen Feijó, "Dimensiones subjetivas de la pobreza", en Arriagada I. y Torres C. (eds.), *Género y pobreza. Nuevas dimensiones*. Santiago de Chile, ISIS Internacional (Ediciones de las Mujeres núm. 26) 1998.

² Naciones Unidas-CEPAL. *Cumbre de las Américas 1994-2009. Indicadores seleccionados*. Quinta Cumbre de las Américas, Puerto España, 17 a 19 de abril de 2009, pp. 26 y ss. Disponible en: <<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/5/35755/2009-156-Indicadoresseleccionados-WEB.pdf>>.

³ Sobre la base de tabulaciones especiales de las encuestas de hogares de los respectivos países, véase: Luxembourg Income Study (LIS), disponible en <<http://www.lisproject.org/keyfigures.html>>; UNU-WIDER World Income Inequality Database (WIID), disponible en <http://www.wider.unu.edu/research/Database/en_GB/database/>. Los datos regionales son promedios simples de la última observación disponible en cada país para el periodo 2000-2006. Dadas las diferencias en las fuentes de datos, éstos no son estrictamente comparables y sólo tienen un valor referencial. En América Latina se incluyen: Argentina (2006) (zonas urbanas), Bolivia (2007), Brasil (2007), Chile (2006), Colombia (2005), Costa Rica (2007), Ecuador (2005), El Salvador (2005), Guatemala (2006), Honduras (2007), México (2006), Nicaragua (2005), Panamá (2007), Paraguay (2007), Perú (2003), República Bolivariana de Venezuela

paridades más elevadas se observan en Chile, la Argentina y la República Dominicana.⁴ Lamentablemente, en 2007 el coeficiente de Gini,⁵ uno de los criterios para medir la desigualdad, llegó a 0.51 para las Américas por sobre los valores del África subsahariana y Asia. Esto se explica por las fuertes asimetrías existentes en los países de América Latina.

En relación al problema de la pobreza la Organización Panamericana de la Salud (OPS) señalaba en el 2005 que la cantidad de latinoamericanos viviendo en situación de pobreza disminuyó levemente durante el 2004 llegando a 224 millones de personas, un 43.2% de la población total.⁶ Nótese el altísimo porcentaje que casi llega a la mitad de la población de la región. Respecto a su impacto en las mujeres: hasta 2007, en 10 de 18 países de las Américas respecto de los que se contaba con datos de pobreza desagregados por el sexo del jefe de hogar, la pobreza afectaba más a los hogares encabezados por mujeres. Según el mencionado informe de la CEPAL el promedio simple del índice de paridad por sexos aumentó de 1.02 en 2000 a 1.09 en 2007, lo que muestra un deterioro de la situación de las mujeres.

Así, estos números y estadísticas nos ubican muy rápidamente en contexto. Nos enfrentan a una región signada por la desigualdad y la violencia que esto implica. Obsérvese cómo un país como Chile con indicadores económicos en general optimistas —el único país de Latinoamérica que cumple con las Metas del Milenio—, sin embargo, continúa teniendo un grado muy alto de desigualdad. Las cifras mencionadas muestran cientos de millones de personas en situación de pobreza, y esto inevitablemente impacta; sin embargo, los números no son neutros, no están desprovistos de una carga subjetiva y de cierto sesgo ideológico.

Para mostrar esto, vale la pena profundizar en esta cuestión y comenzar señalando la existencia de diferentes concepciones para abordar el fenómeno de la pobreza. No sólo porque éstas impactan en las mediciones sino, y principalmente, porque cada uno de estos enfoques ilumina las varias dimensiones que implica vivir en situación de pobreza, y porque puede ayudar a pensar diferentes formas de erradicarla.

(2007), República Dominicana (2007) y Uruguay (2007) (zonas urbanas). Los datos de los Estados Unidos y Canadá corresponden a 2004. No se incluye a Canadá ni a los Estados Unidos.

⁴ Naciones Unidas-CEPAL, *op.cit.*, pp. 44 y ss.

⁵ El coeficiente GINI es una medida de la desigualdad ideada por el estadístico italiano Corrado Gini. Es un número entre el 0 y el 1, en donde 0 se corresponde con la perfecta igualdad (todos tienen los mismos ingresos) y 1 con la perfecta desigualdad (una persona tiene todos los ingresos y los demás, ninguno).

⁶ Organización Panamericana de la Salud-Bolivia. Centro de Noticias OPS/OMS. *El Diario*. La Paz, Bolivia, 25 de enero de 2005, en <<http://www.ops.org.bo/servicios/?DB=B&S11=6445&SE=SN>>.

Existen al menos cinco concepciones alternativas de la pobreza.⁷ El más popular es el enfoque monetario que define a la pobreza como un descenso en el consumo o ingreso y que toma como base una línea de pobreza.

Un segundo enfoque es aquel que se centra en las capacidades, cuyo pionero fue el economista y filósofo Amartya Sen. Éste rechaza el ingreso monetario como la única medida del bienestar. Para Sen el bienestar consiste en la libertad de los individuos para vivir una vida que les permita la realización de sus capacidades. Desde esta perspectiva la pobreza se entiende como la carencia de recursos que impide a las personas cumplir algunas actividades básicas como permanecer vivo y gozar de una vida larga y saludable, reproducirse y transmitir su cultura a las generaciones siguientes, interactuar socialmente, acceder al conocimiento y gozar de libertad de expresión y pensamiento. La lucha contra la pobreza consistiría en identificar y potenciar las capacidades de las personas para mejorar su bienestar.

Un tercer desarrollo es el de la exclusión social. Así se estudian las características estructurales de la sociedad que generan procesos y dinámicas que excluyen a los individuos o a los grupos de la participación social plena. Desde esta perspectiva se hace especial referencia a la distribución de las oportunidades y los recursos para la superación de la exclusión.

Un cuarto acercamiento es el del enfoque participativo. Desde esta concepción los pobres definen la pobreza a partir de un análisis que ellos mismos hacen de su realidad e incluyen los aspectos que consideran significativos. Desde esta perspectiva, la superación de la pobreza pasa por el empoderamiento de las personas sin recursos.⁸

Finalmente también se ha hecho referencia al capital social, como el recurso intangible que posibilita o capacita a las personas y grupos a la obtención de beneficios mediante sus relaciones sociales.⁹ Se trataría de variables vinculadas a componentes psicosociales de la pobreza. Aporta una visión integral para la comprensión de desarrollo y de pobreza en la que se incluyen aspectos políticos, sociales y económicos.

Estas diferentes concepciones muestran las complejidades involucradas en el fenómeno de la pobreza, recogen su naturaleza multicausal; se trata de elementos significativos para luchar contra este flagelo. Así resulta muy diferente pensar

⁷ CEPAL-UNIFEM. *Entender la pobreza desde la perspectiva de género*. Santiago de Chile, 2004, pp. 10 y ss. Disponible en: <<http://www.oei.es/decada/portadas/cl2063e.pdf>>.

⁸ Ruggeri Laderchi, C., Saith, R. y Stewart, F. *Does it matter we don't agree on the definition of poverty? A comparison of four approaches*. Queen Elizabeth House, University of Oxford. Working Paper Number 107, 2003; Arriagada, I. *Dimensiones de la pobreza y políticas sociales*, 2003.

⁹ F. Miranda, "Capital social, pobreza y género. Aportes para la reflexión", Presentación Grupo de Discusión Pobreza y Género, organizado por la Unidad Mujer y Desarrollo-CEPAL. Documento preliminar de discusión, 2003.

que la solución reside en un salario o el nivel de ingreso de una persona, aun si se entiende de manera amplia como asociado al infraconsumo, desnutrición, condiciones precarias de vida, que apuntar a las capacidades que las personas deben poder satisfacer, que independientemente del ingreso, pueden cumplirse o no. Puesto que generar capacidades implica otro tipo de proceso de “rescate” e integración social más complejo. Y por ejemplo, el tipo de política pública que deba ser implementada es absolutamente diferente si apunta únicamente al salario o tiende a proveer bienes (por ejemplo bolsas de comida), subsidios, etc. de aquellas que busquen generar capacidades, por ejemplo por medio de políticas de formación, o brindando incentivos a nuevas actividades empresariales, etc. Así se pueden observar los debates teóricos de filósofos como John Rawls, centrados en la provisión de bienes primarios, y los de Amartya Sen, formulando el concepto de capacidades, replicados en la arena de lo cotidiano. El primer tipo de enfoque, frecuentemente identificado con respuestas rápidas y, desgraciadamente en muchos casos, demagógicas; el segundo planteando inversiones a mediano o más largo plazo. Frente a estas posibilidades, la reacción no debe ser maniquea o dicotómica. Se necesita un tipo de reflexión que sea sutil y permita desplegar las diferentes vulnerabilidades y matices implícitos en cada situación. Probablemente, en muchos casos, la opción no sea entre uno u otro sino más bien, en la complementación de arquitecturas sofisticadas que los combinen en función de las urgencias, las vulnerabilidades involucradas y la profundidad de los problemas.

En este sentido, las concepciones alternativas de la pobreza tienen en cuenta fenómenos tan importantes como ciertas capacidades, la exclusión o la inclusión y otros recursos no-económicos que el primer enfoque parece pasar por alto. Tales elementos, como se acaba de señalar, no resultan menores a la hora de pensar políticas públicas. Y para las cuales, como veremos más adelante, ciertos conceptos como el de “vulnerabilidad”, vinculado a cuestiones tan fundamentales como la salud reproductiva resulta operativo.

II. GÉNERO Y POBREZA

Ahora bien, aun desde la teoría, la situación de pobreza se puede analizar de manera general o tratando de hilar más fino para ver de qué manera ese fenómeno afecta a las personas particulares. Y es aquí en donde una reflexión desde el género nos permite visualizar diferencias muy concretas y relevantes. Detenernos en este tipo de problematización del fenómeno de la pobreza permite sacar a la luz situaciones socioculturales que, para las personas sin recursos y, especialmente para las mujeres, resultan agravantes serios a su ya difícil situación. Explícita cómo la falta de recursos impacta de manera diferente a varones y mujeres. No

sólo porque estas últimas son afectadas en una mayor proporción, sino porque son prisioneras de inaceptables vulnerabilidades en función de su sexo.

Es así como en la década de los ochenta se comienza a analizar el fenómeno de la pobreza desde una perspectiva de género. Esto permite identificar una serie de situaciones que afectan de manera específica a las mujeres, señalar que la cantidad de mujeres pobres era mayor a la de los hombres, más aguda y mostrar que existía una tendencia al aumento.

En función de lo anterior se puede observar que así como las concepciones alternativas de la pobreza recién mencionadas exhiben diferentes dimensiones de este fenómeno y ayudan a comprender más profundamente el problema; uno de los puntos fundamentales de esta mirada de género es que continúa esta línea y permite sofisticar aún más este análisis. La mirada de género también hace visible la discriminación tanto en el ámbito público como en el interior de los hogares, develando el impacto diferente que ésta tiene en varones y mujeres y pone de manifiesto en ambos casos las relaciones de poder y la distribución desigual de los recursos. En este sentido, permite visualizar la situación de las mujeres: una gran mayoría silenciosa y hasta hace relativamente poco ignorada. Esta estrategia vincula perspectivas generales y específicas y relaciona el desarrollo económico y social con la vida cotidiana de las personas, lo que muestra las conexiones entre ambos niveles y la complejidad de los procesos que entraña el fenómeno de la pobreza.

Por ejemplo, desde esta mirada, resulta evidente que una expresión de las limitaciones que sufren las mujeres se refleja en el acceso a los activos materiales. Si bien esto se ha ido modificando, las tasas de desocupación son más elevadas en mujeres. En cuanto a las remuneraciones, las mujeres reciben un ingreso laboral promedio inferior al de los hombres y la brecha es especialmente acentuada entre las mujeres más calificadas.¹⁰

Otro punto interesante es considerar los activos sociales, esto es, los ingresos, bienes y servicios a los que tiene acceso una persona por medio de sus vínculos sociales y culturales (educación formal y conocimiento cultural, etc). Así los niveles de analfabetismo expresan un acceso restringido a estos recursos debido a los espacios limitados que se les asigna a las mujeres por la división sexual del trabajo y las jerarquías sociales. Nuevamente, si bien estas tasas que han afectado históricamente a las mujeres han descendido y la brecha respecto de los hombres ha disminuido, aun hay una mayor cantidad de mujeres entre los analfabetos.¹¹

Respecto a la familia, la perspectiva de género mejora la comprensión del funcionamiento del hogar, ya que muestra las jerarquías y la distribución de los recur-

¹⁰ CEPAL-UNIFEM, *op. cit.*, pp. 13-14.

¹¹ *Ibid.*, p. 13.

sos y cuestiona la idea de que los recursos en el interior del hogar se distribuyen equitativamente y que las necesidades de sus miembros son iguales.

Todo lo anterior se refleja en el tipo de medición a utilizar. Mientras las mediciones en función del ingreso por hogar tienen la ventaja de universalidad y representatividad resultan insuficientes desde una perspectiva de género. Mediciones a nivel individual permiten abrir la “caja negra” del hogar. En este sentido resultan más interesantes métodos combinados que permitan captar la situación de pobreza femenina invisible. Por ejemplo, esta es la que surge en los casos de la mujer sin ingresos o con ingresos muy bajos que reside en un hogar no pobre. Así uno de los puntos relevantes a tener en cuenta es el grado de autonomía económica (el hecho de tener ingresos propios que permitan satisfacer sus necesidades). La falta de autonomía económica es la situación de una gran cantidad de mujeres cónyuges que viven tanto en hogares pobres como en hogares no pobres y que debido a sus actividades principalmente domésticas, se ubican en una posición de dependencia con relación al jefe del hogar.¹² Por lo tanto, si se quiere medir este tipo de cuestión, se puede trabajar con los datos censales que tienen la ventaja de la universalidad, con lo cual desaparece el problema de la representatividad y el error muestral.

Por otra parte vale la pena tener en cuenta algunos de los problemas que presentan las mediciones por jefatura del hogar como indicador de la pobreza de las mujeres. A fines de los años setenta se planteó que los hogares en los que se daban estas situaciones eran los más pobres entre los pobres.¹³ En parte debido a la menor remuneración de las mujeres en el mercado laboral y la discriminación de la que son objeto.

Sin embargo, esto fue luego cuestionado ya que los hogares con jefatura femenina abarcan un universo sumamente variado. Las jefaturas femeninas pueden tener aspectos positivos. Por ejemplo, puede haber un menor sometimiento a la autoridad marital, una mayor autoestima por parte de la mujer, más libertad para dejar a un compañero ocasional o para la constitución de una pareja.¹⁴ Esto muestra cierta influencia de elementos subjetivos, ya que aun cuando estos hogares puedan ser pobres en términos de ingresos, las mujeres jefas de hogar pueden sentirse menos vulnerables.¹⁵

Sin embargo, las mediciones respecto a América Latina señalan diferencias acerca de otras regiones: las jefas de hogar perciben menores ingresos que los jefes de hogar y los hogares con jefatura femenina muestran un ingreso *per cápita*

¹² *Ibid.*, p. 15.

¹³ *Ibid.*, p. 24.

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ Sylvia Chant, “New contributions to the analysis of poverty: methodological and conceptual challenges to understanding poverty from a gender perspective”, artículo elaborado para Unidad Mujer y Desarrollo, CEPAL, 2003.

inferior a los de los hogares con jefaturas masculina. Además, en América Latina, 88% de los hogares con jefatura masculina hay un cónyuge; mientras que 90% de los hogares con jefatura femenina no lo hay. Un punto no menor, si se tiene en cuenta que en esas mujeres jefas de hogar recae además del trabajo remunerado, el trabajo doméstico y la responsabilidad respecto de la crianza de los niños. Así, si bien en la región se aprecia un aumento de la jefatura femenina a nivel general, durante la década de los noventa, la mayor proporción de jefaturas femeninas se encuentra en los hogares indigentes y continúa incrementándose. Y esto no sólo habla de pobreza, sino también, de situaciones que probablemente están relacionadas con su falta de posibilidades y su carencia de libertad reproductiva.

III. VULNERABILIDAD

Como se puede observar, los números no son suficientes para desentrañar y exhibir la profundidad y sutilezas del problema. Ilustran, sin duda, una situación dramática y apremiante, pero es necesario ir más allá y develar y conceptualizar cada una de las dimensiones. Estas concepciones alternativas de la pobreza, así como los planteos feministas recién presentados, pueden comprenderse como apuntando a medir este fenómeno e influyendo en la forma de remediar este problema. Ahora bien, para desplegar todos los elementos que tales concepciones pretenden develar se necesita una herramienta más sutil.

Un concepto que está en sintonía con lo anterior y puede resultar interesante, a estos efectos, es el de “vulnerabilidad”. Sin embargo, este concepto ha sido fuertemente criticado en la literatura bioética y especialmente en la ética de la investigación. Implícitas a estas críticas puede leerse un cierto temor a la creciente superpoblación de “nuevos grupos vulnerables” para los cuales la “vulnerabilidad” se convierte en una etiqueta fácilmente utilizada para rotular a cualquiera como vulnerable.¹⁶ Esto tiene su origen, en parte, en los documentos y códigos de ética de la investigación que simplemente enumeran grupos de personas que deberían ser considerados vulnerables.¹⁷ Este tipo de propuesta superficial y rápida ha llevado a una idea de vulnerabilidad correctamente criticada por Levine y otros en tanto constituía una etiqueta o categoría estigmatizante.¹⁸ Estos críticos sostienen

¹⁶ Cfr. Florencia Luna, “Elucidating the concept of vulnerability. Layers not labels”, en *IJFAB* 2 (1), 2009; y “Vulnerabilidad: la metáfora de las capas”, en *Revista Lexis.-Nexis, Jurisprudencia Argentina* 2008; IV.

¹⁷ Una excepción es el documento: CIOMS-OMS. *International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects*, Ginebra, 2002.

¹⁸ C. Levine *et al.*, “The limitations of ‘vulnerability’ as a protection for human research participants”, en *American Journal of Bioethics* 4 (3), 2004, pp. 44-49.

que las cuestiones prevalentes que han surgido en relación con la vulnerabilidad conciernen a la aplicación o no de la categoría 'vulnerable' a un grupo en particular.¹⁹ Yo tampoco coincido con este enfoque, en parte correctamente criticado. Uno de los puntos que mi propuesta critica es justamente el análisis basado en subpoblaciones.²⁰ En varios artículos, por ejemplo, rescato la importancia de este concepto y propongo su análisis basado en la noción de capas de vulnerabilidad. Mi propuesta es considerar el aspecto dinámico y contextual del concepto de vulnerabilidad como parte de su propio contenido.²¹

Desde esta conceptualización, el funcionamiento de este concepto es dinámico y esto determina tanto su alcance como las maneras de pensarlo o concebirlo. Así, la vulnerabilidad debería ser pensada mediante la idea de *capas*. La metáfora de las capas brinda la idea de algo *flexible*, algo que puede ser múltiple y diferente, y que puede ser removido de uno en uno, capa por capa. No hay una *sólida y única vulnerabilidad* que agote la categoría, pueden haber diferentes vulnerabilidades, varias capas operando. Estas capas pueden superponerse y, por ejemplo, algunas pueden estar relacionadas con un problema, mientras que otras lo estarán con otras carencias. No existen contenidos fijos. Éste es justamente uno de los beneficios de mi propuesta: la vulnerabilidad que caracteriza a una persona o a un grupo, puede alterarse o modificarse. No se trata de una característica esencial que las personas posean y, por lo tanto, no debería ser entendida como una *categoría*.

Esta propuesta basada en capas tiene otra ventaja: puede operar sutilmente. El concepto de vulnerabilidad, pensado de esta manera, se transforma en una herramienta conceptual interesante y útil, ya que permite identificar diferentes capas que interactúan con el contexto. Ayuda a realizar un análisis más sofisticado de la situación. Si se pueden identificar diferentes capas de vulnerabilidad cuando se examina una situación, y si se puede remover una capa tras otra, entonces puede resultar más sencillo encontrar mejores estrategias para evitar los aspectos negativos que la *vulnerabilidad* identifica.

¹⁹ Esta estrategia basada en subpoblaciones apunta a especificar condiciones necesarias y suficientes que las poblaciones deben satisfacer para ser consideradas vulnerables. Supone, por un lado, un estándar de base o paradigma que caracterizaría al sujeto de investigación paradigmático: una persona madura, moderadamente bien educada, con pensamiento claro, alfabetizado, que se baste a sí mismo y, por otro lado, la posibilidad de identificar vulnerabilidades en subpoblaciones en tanto que las mismas se alejan del paradigma.

²⁰ Uno de los pocos autores que critica este enfoque es Kipnis. Cfr. K. Seven Kipnis, "Vulnerabilities in the pediatric research subject", en *Theoretical Medicine and Bioethics*, 24, 2003, pp. 107-120.

²¹ Sigo un análisis contextual de este concepto, que es el camino abierto por Wittgenstein cuando se refería al "aire o parecido de familia", y el análisis de los conceptos que realiza Hilary Putnam, a través de los estereotipos, las representaciones arquetípicas o los casos paradigmáticos, considerando las similitudes y diferencias entre ellos y los casos.

Por ejemplo, si consideramos la situación de las mujeres, puede decirse que, en general, ser una mujer no implica, *per se*, que esa persona sea vulnerable. Una gran parte de las mujeres actualmente son respetadas, pueden estudiar, trabajar y elegir su plan de vida (aunque, por supuesto, y tal como se verá hay muchas excepciones como las mujeres que están de manera ilegal, o que pertenecen a ciertas minorías excluidas, etc.). Ahora bien, las mujeres que viven en países *intolerantes a los derechos* reproductivos adquieren una primera capa de vulnerabilidad. A su vez, aún viviendo en el mismo país, la situación de las mujeres con educación y recursos socioeconómicos es diferente a la de las mujeres que carecen de ellos. En el primer caso, las mujeres quizás puedan superar algunas de las consecuencias de la intolerancia a los derechos reproductivos –ya sea porque tengan la capacidad socioeconómica de comprar anticonceptivos y acceder a un profesional médico que las asesore adecuadamente o porque, aun si deben recurrir a un aborto ilegal, logren pagar y hacerlo en condiciones de mayor seguridad. En cambio, una *mujer pobre* viviendo en un país intolerante a los derechos reproductivos adquiere otra capa de vulnerabilidad que se suma a la anterior. Por ejemplo, es posible que ella no tenga acceso a anticonceptivos habituales o a los de emergencia y sea más susceptible a embarazos no deseados o a secuelas físicas por carecer de acceso al sistema de salud. Es más, una mujer pobre y *analfabeta* viviendo en un país intolerante a los derechos reproductivos adquiere otra capa más de vulnerabilidad (porque probablemente le resulte mucho más difícil luchar por sus derechos y asesorarse adecuadamente), y si pertenece a un grupo migrante o a poblaciones aborígenes padecerá otras capas que se manifestarán de formas diversas, y, así sucesivamente. De la misma manera podemos ir insertando las capas de vulnerabilidad que un medio ambiente degradado, ajeno, excluyente implique, ya sea por la dificultad de traslado y acceso a cuidados sanitarios o, por ejemplo, por otras complicaciones sanitarias debido a la falta de agua potable.

Así, esta concepción de la vulnerabilidad con base en capas considera la manera en que los diferentes aspectos del contexto influyen negativamente a las poblaciones. En este sentido complementa y permite develar estos otros elementos que las concepciones alternativas de la pobreza intentaban medir y poner al descubierto.

SEGUNDA PARTE

I. ¿DESDÉN POR LA SALUD REPRODUCTIVA BÁSICA?

Como se puede percibir a partir del ejemplo presentado en la sección anterior, un elemento fundamental que genera vulnerabilidad es la falta de libertad repro-

ductiva que tienen estas mujeres. Así, en esta segunda parte quiero señalar la amplitud que tiene este problema. Me centraré en este punto clave para exhibir cómo permea desde cuestiones básicas de salud y afecta de manera alarmante a las mujeres sin recursos en su atención más elemental hasta cuestiones mucho más sofisticadas, como pueden ser complejos tratamientos médicos como las nuevas técnicas para superar la infertilidad. Uno de los puntos a señalar es la importancia fundamental que se brinda a los embriones en la región aún en detrimento de personas concretas y reales como son las mujeres.

Así, teniendo en cuenta el contexto socioeconómico recién presentado, querría centrarme brevemente en esta situación particular también característica de Latinoamérica. Ya que según el informe de la CEPAL del 2009, además de las limitaciones que sufren las mujeres para acceder al empleo, existen restricciones para su acceso a la salud, a la educación y a las redes sociales, y para su participación en la adopción de decisiones en temas políticos, sociales y económicos lo cual compromete, entre otros, su autonomía física y el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos.

Aquí tomaré el caso de la Argentina. Señalaré algunos datos:

Un tercio de las muertes maternas de nuestro país tuvo como causa un aborto practicado sobre un embarazo no deseado. Dos tercios de los casos de sida notificados se contagiaron por relaciones sexuales sin protección. Una sexta parte de las mujeres que fueron madres tenían entre 10 y 19 años. En cinco años crecieron en un 46% las hospitalizaciones por complicaciones de abortos. Se estima en más de 600 000 los abortos provocados anualmente...

La situación descrita fue señalada por el Ministerio de Salud en el 2002. Sin embargo, no ha habido un cambio drástico en los últimos años. Hoy se lee en la prensa que cada tres días muere una mujer en Argentina como consecuencia de un aborto en malas condiciones, y por ejemplo, que 60% de los embarazos son no planificados.²² Lo anterior ilustra dramáticamente las consecuencias de embarazos no deseados, la falta de educación sexual y la gran cantidad de abortos ilegales e inseguros que se practican. Y, lo que es aún peor, exhibe las consecuencias de una pesada herencia no muy fácil de revertir. En el caso de la Argentina, y creo que no me equivoco si incluyo a gran parte de los países de Latinoamérica, pareciera que las mujeres son ciudadanas de segunda y su salud y su vida prescindibles. Considérese que la mayoría de estas muertes y enfermedades no son inevitables, podrían ser prevenidas con relativa facilidad.

²² Josefina Licitra, "Mil millones, el gasto en abortos ilegales", en *Crítica*, Argentina (27/11/2009), p. 25.

¿Tiene relevancia preocuparse por estas cuestiones? ¿Acaso importa tanto la salud reproductiva? Frente a estas preguntas pueden brindarse varios argumentos. Desde la bioética se puede señalar, en primer instancia, que atender a la salud reproductiva implica mostrar respeto por las personas. Esto tiene como componente esencial la obligación moral de tratar a los otros como personas responsables y como agentes morales. Se trata de seres humanos con la capacidad de tomar decisiones autónomas en función de la información que se les brinda y de sus propios valores. Téngase en cuenta que cuando se habla de salud reproductiva se hace referencia, entre otras cosas, a la trascendental decisión de tener o no un hijo. Se trata de una de las decisiones más personales e íntimas en la vida de las personas. Obstaculizar esta posibilidad, negar información o el acceso a los medios para ejercer estos derechos disminuye a estas personas. Implica infantilizarlos y negar aquello que las personas tienen como absolutamente propio: su capacidad racional y su agencia moral. Desde este primer aspecto, es absolutamente condenable tal falta de respeto de las personas y de su autonomía.

Si se analizan las bases éticas de los profesionales de la salud, se puede señalar un segundo argumento basado en, el principio de no dañar, presente desde el juramento hipocrático. Parece, pues, una verdad de perogrullo que se debe evitar el sufrimiento innecesario o la muerte prematura. Los datos presentados hablan de enfermedades, sufrimiento y muerte evitable. Abarca enfermedades tan graves como el VIH/sida hasta la muerte materna. Relata una situación a la que se enfrentan, en general, las mujeres con pocos recursos que no pueden acceder a otros servicios de salud que no sean los públicos y que cuando no pueden llevar a término un embarazo acceden a cualquier medio o alternativa para hacer un aborto. Así resulta absolutamente inaceptable carecer de políticas públicas que prevengan estas muertes y estas enfermedades.

Este segundo argumento se relaciona íntimamente con un tercero. Aquel que se basa en la justicia y la equidad. Si se desglosan los datos de muerte materna en la Argentina, en algunas provincias con menor cantidad de recursos como Jujuy, se puede observar la muerte materna que asciende a 197 por 100 000 mientras que en ciudad de Buenos Aires es de 9 por 100 000. En Canadá, en cambio, la muerte materna es de 4 por 100 000. Nótese que la mayoría de los casos de muerte materna suceden en personas sanas y, en los casos de legislaciones restrictivas, como las prevalentes en América Latina, en mujeres que a causa de embarazos no deseados, mueren. Otra cuestión preocupante es la cantidad de embarazos adolescentes. Claramente esto plantea un serio problema de justicia y falta de equidad. Con frecuencia, se trata de mujeres sin recursos que no tienen acceso a una buena información, y cuando la tienen no pueden procurarse métodos anticonceptivos eficaces por falta de medios económicos. A raíz de embarazos precoces no deseados o de embarazos demasiado frecuentes ven sus posibilidades

de trabajo y educación seriamente disminuidas y el nivel de pobreza se acrecienta. Las mujeres y las parejas que no tienen acceso a medios eficaces para controlar su fecundidad no viven una vida que ellas mismas eligen, sino una existencia que se les impone. Esto plantea un panorama aún más angustiante para aquellas que no tienen recursos y están expuestas a mayores grados de vulnerabilidad ya que ni siquiera pueden acceder a cuidados mínimos, lo cual nuevamente pone en primer plano el fenómeno de la pobreza.

Creo que a esta altura resulta evidente que se debe brindar, como mínimo, iguales oportunidades para todos. Esto no es un mero *desideratum* local o particular, al respecto vale la pena mencionar la posición de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Para esta institución, no sólo la salud reproductiva es una de las prioridades, sino que ésta también plantea cuestiones de equidad y justicia. En uno de sus Reportes del 2006²³ hace referencia a la Declaración del Milenio del 2000 en la cual los miembros estado reconocen la falta de justicia en el mundo actual y se plantean ocho objetivos a realizar en el 2015. Este reporte de la OMS señala que desde el principio mejorar la salud sexual y reproductiva se tomó como un elemento clave para el logro de varios de esos objetivos. También señala que, en mayo del 2004, la Asamblea de la OMS aprobó una estrategia global para ayudar a lograr las metas y objetivos de salud sexual y reproductiva. Basada en los derechos humanos, esta estrategia se centra en cinco aspectos fundamentales de la salud sexual y reproductiva: 1) mejorar el cuidado prenatal, perinatal, posparto y del recién nacido; 2) proveer servicios de calidad para la planificación familiar; incluir servicios de infertilidad; 3) eliminar el aborto inseguro; 4) combatir enfermedades transmitidas sexualmente, incluyendo el VIH, infecciones del tracto reproductivo, cáncer cervical y otras enfermedades ginecológicas y 5) promover la salud sexual.

Nótese que el planteo de la OMS resulta bastante amplio. No sólo abarca cuestiones como combatir enfermedades de transmisión sexual, pasando por la eliminación del aborto inseguro, sino que avanza hasta la inclusión de servicios de infertilidad. Esto resulta muy atinado porque la falta de respeto a los derechos sexuales y reproductivos tiene implicaciones fundamentales para las mujeres a lo largo de su vida y en mayor o menor medida en todos los estratos sociales. Si bien, indudablemente, su impacto es mucho más profundo para mujeres sin recursos; no resulta inocuo para mujeres que se encuentran en una situación socioeconómica más favorable.

Así, me detendré en algunos de los problemas y paradojas que se plantean en relación a los avances tecno-científicos que a primera vista parecieran no tener vínculo alguno con los planteos que se vienen formulando en el presente artículo

²³ World Health Organization, *Sexual and Reproductive Health. Laying the Foundation for a More Just World through Research and Action. Biennial Report 2004-2005*, Ginebra, 2006.

pero que, sin embargo, tienen relevancia. En lo que sigue mostraré cómo el enfoque restrictivo respecto de los derechos reproductivos influye en tratamientos más sofisticados como puede ser la fertilización asistida o el diagnóstico genético pre-implantatorio.

II. REPRODUCCIÓN ASISTIDA: REGULACIONES Y PRÁCTICAS

En primer lugar quizás valga la pena señalar que las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) generan fuertes debates, así como nuevamente resaltar la importancia que tener hijos tiene, en general, para las parejas, pero en especial para las mujeres,²⁴ quienes muchas veces están dispuestas a utilizar técnicas muy invasivas para su cuerpo, aun si el problema es masculino (la infertilidad por causas masculinas está aumentando).²⁵ Es más, en muchos casos las mujeres “escondan” el problema de sus parejas porque para éstos la imposibilidad de tener hijos se asocia con falta de virilidad. En este sentido, si bien las TRA abren nuevas posibilidades también generan nuevas “necesidades”. Una mujer, que teniendo los recursos económicos para intentarlo, no lo hace; puede parecer no estar realmente comprometida con el deseo de formar una familia. En este sentido, el feminismo tiene un punto cuando plantea la sutil presión social del contexto. Latinoamérica, en general, con su idealización de la maternidad, no es ajena a esta tendencia. Pero, si bien se puede reconocer esta posibilidad, hay que tener cuidado y no terminar concediendo que las mujeres son pasivas o carecen de la autonomía necesaria para revisar sus actitudes. Sin embargo, para que las mujeres puedan ejercer su autonomía es necesario brindar la información adecuada, señalar los riesgos involucrados y los porcentajes de éxito, así como los costos tanto económicos como psicológicos. Así, debe reconocerse que las TRA no están exentas de desafíos y de problemas de implementación, pues implican, entre otras cuestiones, un manejo de la información que debe ser veraz, no generar falsas expectativas, ni jugar con la ansiedad y el deseo por un hijo. Asimismo, deben involucrar un trato cuidadoso de los pacientes, en especial de las mujeres que son quienes en estas prácticas “ponen el cuerpo”. En este sentido, es claro que estas técnicas necesitan regulación y control.

Sin embargo, en muchos países de Latinoamérica estas tecnologías casi no están reguladas y, por ende, tampoco existen claras políticas públicas al respec-

²⁴ J. Strickler, “The new reproductive technology: Problem or solution?”, en *Sociology of Health & Illness* 14 (1), 1992, pp. 111-132.

²⁵ Florencia Luna, “Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina. Instituto Interamericano de Derechos Humanos”, 2008. Disponible en <<http://iac.unfpa.org/public/cache/offonce/pid/4503;jsessionid=7797BEB6D081EFD23D4A94B49D0572FB>>.

to. Una excepción es Costa Rica que prohibió todas las prácticas de reproducción *in vitro* y también la inseminación artificial con donante y cuyo caso se encuentra en estos momentos ante la Corte Interamericana de DDHH. Costa Rica sólo permite la inseminación homóloga, una de las técnicas más simples y menos eficaces. Para utilizar la inseminación homóloga los problemas de infertilidad deben ser muy leves

La mayoría de los países de Latinoamérica no tienen regulación. En Brasil sólo hay resoluciones como la del Consejo Federal de Medicina y proyectos de ley.²⁶ En México y Brasil las Técnicas de Reproducción Asistida se ofrecen a matrimonios o a parejas estables y la criopreservación de embriones está permitida. En ambos, la donación de espermatozoides u ovocitos está permitida. En el caso de Brasil, se acepta el alquiler de vientres sólo si un pariente está dispuesto a someterse a dicho procedimiento. No se admite, en principio, la comercialización de este procedimiento. En este sentido, la posición de Brasil, es una de las más permisivas de la región.

Los países con una regulación de tipo “informal” (esto es, sin una regulación legal) padecen problemas diferentes. Al no haber una prohibición explícita, estas técnicas están permitidas. Éste, por ejemplo, es el caso de la Argentina²⁷ y de la mayoría de los países de la región. Uno de los desafíos ético-prácticos que enfrentan los médicos de estos países —en el nivel de la práctica privada— está relacionado con la *imposición de límites*. La falta de regulación hace que la práctica “de hecho” de los médicos que trabajan en reproducción asistida tenga mucho peso. Así se percibe una posición, al menos pública, de autolimitación de las técnicas con el objetivo de evitar resquemores o críticas sociales. Así se plantean cuáles son los límites en las intervenciones médicas, si deben los médicos proveer las Técnicas de Reproducción Asistida a mujeres solteras o a las parejas homosexuales. También deben preguntarse si la edad debe determinar el límite y si las mujeres post-menopáusicas pueden tener acceso a estas técnicas. La falta de una ley que establezca los usos admitidos y prohibidos de estas técnicas implica una presión para los “proveedores”. Ellos deben tomar decisiones al respecto, arbitrariamente, sin una regla externa que fije los límites.

Y más relevante aún, en estas sociedades en las cuales la Iglesia católica ejerce una gran influencia, cualquier mínima intervención que se aleje de lo “normalmente” aceptado corre el riesgo de ser criticada. La Iglesia católica rechaza estas técnicas, pero, incluso católicos moderados que privada y personalmente aceptan

²⁶ D. Guilhem y M. Machado do Prado, “Bioética, legislação e tecnologias reprodutivas”, en *Bioética*, 9 (2), 2001. Para una visión más actualizada de los proyectos de ley en discusión en Brasil, véase D. Diniz, “Tecnologias reprodutivas conceptivas: o estado da arte do debate legislativo brasileiro”, en *Jornal Brasileiro de Reprodução Humana Assistida*, 7 (3), 2003, pp. 10-19.

²⁷ En el caso de Argentina, algunos proyectos de ley son tan restrictivos que habrían hecho imposible la implementación de estas técnicas. Otras propuestas son bastante intrusivas. Por ejemplo, durante el año 2005, un abogado mediante una acción de tipo precautoria iniciada en 1993 se erigió en “tutor de los embriones”. En este sentido, es comprensible que el modelo de prohibición total de Costa Rica genera aprehensión.

estas nuevas técnicas, pueden llegar a tener problemas con algunos de sus procedimientos y con quiénes las utilicen (por ejemplo, mujeres solteras, post-menopáusicas, etc.).

Así, en relación con el rechazo de las Técnicas de Reproducción Asistida, es interesante señalar el amplio uso de un “doble estándar moral”. Una cosa es lo que dice la religión y otra, lo que la gente hace. Por ejemplo, la gran mayoría de la población, (en la Argentina 84.4% que afirma ser católica) no sigue las enseñanzas del catolicismo. Este fenómeno no sólo se observa en el caso de las tecnologías de reproducción asistida; las actitudes son las mismas respecto a la anticoncepción y el aborto.

También debe considerarse el avance de la globalización y cómo ésta influye en la rápida incorporación de tecnologías en contextos sociales no preparados. Nótese que en 1984 nació el primer bebé con reproducción asistida en la región (sólo seis años después de Louise Brown en Inglaterra)²⁸ o que la tecnología inyección intracitoplásmica del esperma (ICSI) fue introducida en Latinoamérica a sólo tres años de su descubrimiento. Durante 1995, 7000 ciclos de reproducción asistida que incluyen 351 ciclos con ovocitos donados se practicaron en 59 centros en Latinoamérica.²⁹ Según Ester Polak de Fried, combinando los reportes de Cohen *et al.* (el *IFFS Surveillance*) de 2007³⁰ y la RED-LARA (Red Latinoamericana de Reproducción Asistida) los ciclos oscilan en 24 588 hasta más de 50 000 por año.³¹ En el año 2000 se incrementó el número de centros registrados en Latinoamérica a 95. En el reporte de 2007 del *IFFS Surveillance*, en el que participaron nueve países de Latinoamérica, se informaba la presencia de 263 centros. Podría pensarse, entonces, que la solución a la presión ideológica está resuelta por el ejercicio de esta doble moral. Pareciera que si bien hay una supuesta condena social, ciertas técnicas reproductivas se practican sin mayores problemas. Sin embargo, como se verá a continuación, esta respuesta es problemática.

²⁸ L. Acero, “Trends in Latin American New Reproductive Technologies and Gender: Social Practices, Ethics and Views on Motherhood”. Presentado en la First Cardiff-Lancaster International Conference on Genomics and Society, The Royal Society, March 2-3, 2004 y publicado en el *Journal of Genomics and Society*, 2005.

²⁹ F. Zegers-Hoschchild, “Cultural diversity in attitudes towards intervention in reproduction”, en M.H. Geoffrey y J. Waittes *et al.* (eds.), *Current advances in andrology (Proceedings of the VI International Congress of Andrology)*, Italia, Monduzzi Editors, 1997, p. 412.

³⁰ E. Polak de Fried, “Justice and socio-cultural issues regarding infertility and ART,” *Syllabus*, 17 de octubre de 2007, Washington, D.C., ASRM Annual Meeting,

³¹ *Idem*.

III. ¿EMBRIOLATRÍA?

En este apartado se señalarán ciertos puntos que aparecen específicamente en la implementación de las Técnicas de Reproducción Asistida mostrando el *privilegio velado que se brinda a los embriones en la región*.

Un punto que deseo formular es la importancia que se otorga a los óvulos fecundados o embriones, muchas veces en detrimento de las mismas mujeres. Ya hemos visto cómo en ámbitos menos “sofisticados”, como puede ser en la educación sexual, en la provisión de anticonceptivos o en la prevención de serias enfermedades evitables, las mujeres no son verdaderamente tenidas en cuenta. Mujeres sanas mueren porque no pueden tener acceso a un adecuado cuidado de su salud reproductiva. En muchos casos, aún en las situaciones en las que tienen derecho a un aborto legal (en las pocas excepciones permitidas), esta posibilidad es obstaculizada y negada en aras de proteger al feto. Se han dado casos de niñas de doce o trece años violadas, que además padecían severos problemas mentales, cuyos abortos legales fueron impedidos. Sin embargo, este desdén por las mujeres no se agota en tales situaciones básicas. En el área de la reproducción asistida o de los diagnósticos prenatales, que, en general, tiene como usuarias a mujeres con mayores recursos socioeconómicos, esta tendencia –que podría definirse como un sutil desdén por las mujeres, sus derechos y su bienestar– se mantiene. Esta “prioridad” de los embriones está sutilmente presente en algunas actitudes, en la terminología utilizada y en ciertas prácticas que determinan y limitan disimuladamente las opciones que pueden ofrecérsese a una mujer o a una pareja. Tomaré como ejemplo cuatro actitudes y prácticas que ponen esto de manifiesto y que se plantean en muchos centros de reproducción asistida en la Argentina:

- 1) El rechazo a criopreservar embriones cuando no existe ninguna ley que lo prohíba.
- 2) La obligación de donar embriones.
- 3) La terminología que se utiliza: “adopción prenatal”.
- 4) La paradoja de introducir el diagnóstico genético pre-implantatorio cuando no se acepta el descarte de embriones.

Para evaluar el primer punto es necesario aclarar la lógica del procedimiento. Las técnicas más complejas como la fertilización *in vitro* o el icsi necesitan fertilizar los óvulos *ex útero* para luego transferirlos a la mujer. Hay que tener en cuenta que el éxito de estas técnicas no es alto y que frecuentemente hay que repetir el proceso durante varios ciclos para lograr el embarazo.

A pesar de que existe consenso acerca de la importancia y los beneficios de la criopreservación de embriones u óvulos fecundados internacionalmente, los

centros argentinos dedicados a la fertilidad se plantean límites en la cantidad de embriones que se congelan. Existe una tendencia según la cual los centros criopreservan cada vez menos embriones con el objeto de reducir su número y, yo agregaría, evitar problemas con el *status quo*. Esto tiene como consecuencia que las mujeres deban someterse más frecuentemente a tratamientos de hiperestimulación con hormonas y medicamentos, con los inconvenientes y daños que ello implica. Pese a que las complicaciones no son sumamente frecuentes, son lo suficientemente severas como para evitarlas cuanto sea posible. Este es el caso del síndrome de hiperestimulación ovárica así como el posible aumento del riesgo de cáncer de ovario (por ejemplo, se ha relacionado con el uso de citrato de clomifeno durante 12 meses consecutivos y se ha visto el aumento en la incidencia de tumores *borderline* que no llegan a ser malignos).³²

Nótese que esto sucede porque en algún punto la falta de ley que brinde protecciones y regulaciones adecuadas, permite que haya acciones legales que generen inseguridad. Por ejemplo, en Argentina, durante el 2005, un abogado mediante una acción de tipo precautoria iniciada en 1993 se erigió en “tutor de los embriones”. A raíz de esto, la justicia porteña requirió los listados de los embriones criopreservados a los centros de fertilidad, violando la confidencialidad de las parejas que habían recurrido a estas tecnologías. En el 2006 se estableció, previa reunión con los principales centros de reproducción asistida de la ciudad de Buenos Aires, que los centros informarían cada seis meses sobre el número de embriones congelados pero sin revelar la identidad de los progenitores. Si bien se debe observar que se trata de una medida local (abarca sólo a la ciudad de Buenos Aires y a algunos centros), esta medida estará vigente hasta que el Congreso dicte una ley que regule las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Indudablemente saber que hay un “tutor de los embriones”, cuyo deber es velar por ellos (de la misma manera que un tutor de un menor o una persona con capacidades diferentes) pone en una situación incómoda a estos centros. Quizás también valga la pena señalar que en el caso de la Argentina, gran parte de los jueces tiene una posición conservadora y sus sentencias se magnifican debido al apoyo que reciben de los principales diarios del país.³³ Así, ante la posibilidad de generar algún tipo de escozor social, la estrategia es pasar inadvertidos, aun a costa del bienestar de las mujeres.

Una segunda cuestión es que, en general, en Latinoamérica, a diferencia de la mayoría de los países industrializados, no se ofrece explícitamente la posibilidad

³² P. C. Nasca, P. Greenwald *et al.*, “An epidemiologic case-control study of ovarian cancer and reproductive factors”, en *American Journal of Epidemiology* 119, 1984, pp. 705-713.

³³ S. Chaher, S. Molina y A. Waigandt, “El aborto en la prensa argentina. Monitoreo de 10 casos”. Disponible en <www.artemisnoticias.com.ar/images/FotosNotas/informe%20monitoreo%20final608%-5B1%5D.pdf>; Florencia Luna y Arleen L. F. Salles, “On moral incoherence and hidden battles: stem cell research in Argentina”, en *Developing World Bioethics* (en prensa).

de descartar los embriones supernumerarios. La única alternativa explícita en los centros argentinos –cuando una persona no quiere utilizar los embriones restantes– es la de donarlos a otra pareja. De modo que esta “donación inducida” prácticamente es una obligación, que puede acarrear serios daños psicológicos, y puede resultar especialmente dolorosa en el caso de que la “donante” no pudo quedar embarazada.

Una tercera consideración surge con esta práctica de la “donación de embriones” y su actual denominación: “adopción prenatal”. La terminología que se utiliza tiene mucho peso, implica una determinada manera de interpretar los hechos. La expresión “adopción prenatal” es engañosa y conlleva la idea de una “adopción real”. No se trata de un término neutral, menos aún en una región en la que el embrión muchas veces está tan protegido. Con esta denominación, los embriones son tratados como “huérfanos”, analogía que conduce a ciertas paradojas: si le concediéramos a los embriones la condición de personas, el proceso de criopreservación resultaría, por lo menos, extraño –¿cómo podríamos congelar personas? Esta terminología resulta bastante problemática y debería ser abandonada.

El último problema está relacionado con el estado de salud del embrión y la prohibición del descarte de embriones. Abarca cuestiones que no sólo se vinculan con las TRA sino también con otro tipo de pruebas genéticas o prenatales que puedan llevar a cuestionar la continuación del embarazo. Mientras que la Federación Internacional de Sociedades de Fertilidad estimula el control de enfermedades graves que pudieran significar una amenaza para la salud del futuro niño, como se ha señalado, gran parte de los países de Latinoamérica no acepta la eliminación de los embriones sobrantes ni la práctica del aborto. Brasil, en tanto, admite este tipo de aborto, es la excepción.³⁴

Los países que no permiten descartar embriones, incluso en el caso de anomalías genéticas, enfrentan otra paradoja. Ése, por ejemplo, es el caso de Chile y Argentina. Aun en la situación en la que los embriones hayan sido investigados y se haya probado que poseen serios problemas genéticos, igualmente –en teoría– deberían ser transferidos (porque no pueden ser descartados). La mayoría de los centros informan que no descartan embriones. De modo que esto conduciría a la “pesadilla” de que una mujer deba aceptar la transferencia del embrión y llevar adelante un embarazo con el conocimiento de que su futuro hijo padecerá una grave enfermedad, que incluso podría ser fatal.

Por consiguiente, o se prohíbe el diagnóstico genético pre-implantatorio –lo cual puede lesionar los derechos de las parejas y resultar penoso para ellas y su futura descendencia, especialmente si están utilizando este procedimiento para evitar la transmisión de una enfermedad genética– o bien, se permite su realización, junto

³⁴ Cfr. Guilhem y Machado do Prado, “Bioética, legislação e...”, en *op. cit.*

con la posibilidad de descartar los embriones con problemas genéticos. Sin embargo, la mayoría de los centros de fertilidad niegan que ofrecen esta última opción –lo cual constituye otro ejemplo de hipocresía y doble estándar–. No hay una posición pública clara. Nótese que esto va mucho más allá y es válido para toda prueba prenatal ya que en el caso de los tests más simples como el ultrasonido, la decisión, si el análisis muestra serios problemas genéticos o de malformaciones, es el aborto. Situación que hemos visto es rechazada en estos países.

Los casos mencionados muestran cómo sutilmente se privilegia el bienestar de embriones por encima del de las mujeres y sus parejas. Como se acaba de señalar, algunas de estas prácticas pueden incrementar el riesgo de problemas médicos serios a las mujeres, pueden dañarlas psicológicamente, fomentar malentendidos o limitar la posibilidad de gestar hijos sanos a parejas con problemas genéticos.

IV. DOBLE MORAL E INFERTILIDAD: ¡LOS EXTREMOS A VECES SE TOCAN!

Como se ha intentado mostrar en el apartado anterior, la condena social y ciertas ideologías tienen influencia en la práctica e implementación de ciertas técnicas médicas (TRA, diagnósticos genéticos y asesoramiento prenatal). Aceptar o promover una doble moral tiene serios efectos en la salud reproductiva en general y en la reproducción asistida en particular. Y esto se manifiesta en la *infertilidad secundaria debido a secuelas por infecciones o abortos inseguros*.³⁵ En este apartado se intentará mostrar cómo la falta de salud sexual y reproductiva y una disimulada discriminación hacia las mujeres, que habitualmente se pasa por alto, lleva a este tipo de infertilidad secundaria y, por lo tanto, impacta en la necesidad de las Técnicas de Reproducción Asistida.

En primer lugar, como se ha señalado, la carencia de *educación sexual y de métodos anticonceptivos* tiene como consecuencia una gran cantidad de embarazos no deseados y abortos ilegales. Particularmente preocupante es la cantidad de embarazos adolescentes o madres-niñas. En algunos países como Brasil, se suma a lo anterior, la sesgada difusión de las ligaduras tubarias muy precoces. Se trata de un procedimiento anticonceptivo de muy difícil reversión que luego genera la necesidad de tratamientos sofisticados de reproducción asistida para lograr un embarazo.

³⁵ No debe confundirse este tipo de infertilidad secundaria a enfermedades o problemas previos con la *infertilidad primaria* y la *infertilidad secundaria (strictu sensu)*. Esta última se presenta en las mujeres que se embarazaron pero tuvieron abortos espontáneos. Véase Luna 2008, *op.cit.*, sección I, apartado "Infertilidad".

En segundo lugar, debe considerarse la *gran cantidad de abortos ilegales* realizados en muy malas condiciones con serias consecuencias en la salud de las mujeres. Ya se ha señalado la situación de la Argentina, en México, se calcula que 600 000 mujeres requieren hospitalización por esta causa. En América Latina se estima que se realizan 4 millones de abortos clandestinos por año.³⁶ En relación al tema que nos concierne, las secuelas de tales abortos en malas condiciones no resultan un hecho aislado e independiente, por el contrario, constituyen gran parte de las causas de los problemas de infertilidad en la región.

En tercer lugar, la falta de educación sexual y prevención conlleva también a una gran cantidad de *enfermedades de transmisión sexual* (ETS). Las ETS constituyen otra de las causas más importantes de la infertilidad secundaria. Por ejemplo, este es el caso de la gonorrea no tratada. La investigadora María Yolanda Makuch cita un estudio brasileño en el cual 42% de las mujeres que consultan por infertilidad padecen de obstrucción tubaria debido a infecciones del tracto reproductivo.³⁷

De igual manera, en Argentina, Brasil y Chile no se hace un testeo regular de clamidia (una inflamación de las trompas de Falopio sin síntomas, que sin tratamiento puede llevar a la infertilidad femenina). Dadas las dificultades de negociación en relación al uso del preservativo, la clamidia es una fuente muy habitual de infección femenina, especialmente en el caso de poblaciones vulnerables.³⁸ Confirmando lo anterior, el reporte *Progress in Reproductive Health Research* señala que “Gran parte de la infertilidad en los países en desarrollo se puede atribuir a daños causados por infecciones en el tracto reproductivo, notablemente por la gonorrea y la infección por clamidia.”³⁹

Sumado a esto hay que contabilizar también los tabúes, los problemas ideológicos así como los recursos escasos en el sistema público de salud implican una mala atención de la salud y complicaciones posteriores que repercuten en serios problemas de infertilidad. Makuch describe los problemas de información inadecuada en el área de las enfermedades de transmisión sexual. En su estudio señala que las mujeres entrevistadas eran incapaces de entender la relación que existe entre las infecciones del tracto reproductivo previas y su infertilidad tubaria presen-

³⁶ C. Olivares, “Dilemas éticos de la interrupción del embarazo”, en J.G. Figueroa (comp.), *Elementos para un análisis ético de la reproducción*, México, UNAM, 2001, pp. 218-226, p. 225.

³⁷ M.S. Fernandez y L. Bahamondes, “Incidência dos fatores etiológicos de esterilidade conjugal nos hospitais universitários de Campinas”, en *Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetricia* 1996, pp. 18:29-36.

³⁸ T. Gálvez Pérez y M. Matamala, “La economía de la salud y el género en la reforma de salud”, en *Actas de la Conferencia sobre Género, poder y equidad*, Chile, Organización Panamericana de la Salud, abril de 2002.

³⁹ Patricia Butler, “ART in developing countries. A response to individual need or a social priority?” *Progress in Reproductive Health Research*, Ginebra, World Health Organization, 2003, p. 2. (Traducción de la autora.)

te. Más aún, había coincidencias cuando se comparaba la información que recordaban las mujeres con la que los médicos reportaban haber provisto.⁴⁰ Esto sugiere que los mismos médicos no brindaban la información relevante. Lo mismo señalan los informes de prensa realizados con base en la gestión de una línea de teléfono para brindar información “Aborto, más información menos riesgo”. Las personas a cargo de esta línea planteaban un “terrorismo desinformativo” que incluía a los médicos: 27% de las mujeres que consultaron esta línea durante el 2009 tenía información errónea o falsa proporcionada por un médico.⁴¹

La infertilidad secundaria debido a secuelas por infecciones o abortos inseguros no es la prevalente en los países industrializados. Nótese que América Latina como África comparten altos índices de infertilidad secundaria, a diferencia de Europa y Estados Unidos. En África corresponde a 55% y en Latinoamérica a 40%.⁴² Polak de Fried reporta datos similares, en África el porcentaje varía: la infertilidad por factor tubario en Nigeria es de 35-65% –y en Durban 77%. En Latinoamérica se habla de 25 a 40% con diferencias notorias entre ciudades como Buenos Aires y provincias con pobre salud materna y escasos recursos, por ejemplo Chaco o Jujuy. En cambio en los países desarrollados este tipo de infertilidad se reduce a 5-10%.⁴³ Indudablemente las causas de este tipo de infertilidad están relacionadas con la falta de recursos y la falta de respeto al derecho a la salud reproductiva.

Así pues, *la solución no se encuentra en una doble moral*. Aun si se rechaza el invalorable respeto por las decisiones informadas de las mujeres y las parejas respecto de cuándo concebir un hijo; no puede pasarse por alto que las prácticas desesperadas actuales (recurrir a curanderas, abortos caseros o ilegales e inseguros), la falta de cuidados, prevención y educación en temas de salud sexual y reproductiva tienen altos costos en la vida y salud de las mujeres de Latinoamérica, altos costos en el sistema de salud público y en la sociedad en general.

En segundo lugar, hay una interrelación estrecha entre la salud sexual y reproductiva y la reproducción asistida. Nótese cómo situaciones que, a primera vista, parecen alejadas, como la carencia de una adecuada prevención, respeto, educación y cuidado de la salud reproductiva, dejan graves secuelas que inciden en la necesidad de la reproducción asistida. Lo anterior implica incorporar una visión no dicotomizada sino integral de la salud sexual y reproductiva. Se trata, además, de casos de infertilidad que pudieron haber sido prevenidos.

⁴⁰ M. Makuch, N. Botega, L. Bahamondes, “Physician-patient communication in the prevention of female reproductive tract infections: some limitations,” en *Cuadernos Saude Publica* 16(1), 2000; pp. 249-253.

⁴¹ Josefina Licitra, “Mil millones, el gesto...”, en *op.cit.*

⁴² Cates W. Farley *et al.*, “Worldwide patterns of infertility: is Africa different?”, en *The Lancet*, 2, 1985, pp. 596-598.

⁴³ Polak de Fried, “Justice and Socio-Cultural...”, en *op. cit.*

En tercer término, estos datos muestran que aquellas personas en las cuales recae el problema de infertilidad en Latinoamérica no es igual al de otras sociedades y asuela a *poblaciones vulnerables, con escasos recursos*. Así en Latinoamérica, el paradigma de la mujer de clase media o alta que por motivos laborales o profesionales posterga la maternidad y decide tardíamente formar una familia, no es el adecuado. De ninguna manera esta población es la que agota el perfil epidemiológico de la región. La infertilidad secundaria a infecciones y a una mala salud sexual y reproductiva exhibe las consecuencias de una doble moral y de una actitud discriminatoria hacia las mujeres en general, pero, sobre todo, hacia aquellas que no tienen recursos y no pueden cuidar adecuadamente su salud; revelando una situación bastante más compleja que excede los estereotipos que se exportan de las sociedades industrializadas. Por lo tanto, se debe profundizar en la comprensión del alcance del problema de la infertilidad en Latinoamérica.

Así vale la pena retomar el reporte arriba citado que ilustra la situación de la mujer infértil en situaciones de escasez.

Además del dolor personal y el sufrimiento que causa, la incapacidad de tener niños —especialmente en las comunidades pobres— puede crear problemas mayores, particularmente para la mujer en términos de estigma social, dificultades económicas, aislamiento social y aun violencia.⁴⁴

Lamentablemente ésta es la situación de una parte de las mujeres que padece infertilidad en la región.

PALABRAS FINALES

¿Qué se puede inferir a partir de lo anterior? En primer lugar, el impacto que tiene la falta de respeto de los derechos reproductivos. Y como tal falta de respeto de los derechos reproductivos iguala, y lo hace, lamentablemente, hacia abajo: hacia la carencia y el olvido. Muestra cómo esta sutil ignorancia del contexto vuelve a las mujeres de Latinoamérica vulnerables, desde aquellas que tienen recursos y buscan una técnica de reproducción asistida, sometiéndolas a una cantidad de estimulaciones hormonales y procedimientos médicos evitables para proteger a los embriones, o aquellas que acuden a un diagnóstico prenatal para construir una familia sana y cuando el feto tiene graves problemas genéticos son libradas a la suerte de abortos ilegales y, por lo general, inseguros; hasta aquellas que quieren evitar un embarazo “impuesto” o que debido a una mala atención de su salud reproductiva, quedan luego infértiles. Si bien cabe destacar que la situación es mucho más difícil y acuciante para las mujeres que carecen de los recursos básicos para cuidar su

⁴⁴ Butler, “ART in developing...”, en *op. cit.*, p. 2. (Traducción de la autora.)

salud, como se ha podido observar, aquellas mujeres en una situación más favorable también son afectadas.

En segundo lugar, la propuesta y aceptación de una “doble moral” perpetúa la hipocresía y el ocultamiento. La lógica de este proceder parece ser “si algo no se nombra, no existe”. Actuar como si nada sucediese, tener clínicas de fertilidad que funcionan como si no hubiera problemas, realizar pruebas genéticas ignorando las consecuencias que tales resultados pueden acarrear es sumamente cuestionable. Lamentablemente, los datos presentados muestran que funcionar con una doble moral no es inocuo.

En tercer término, esta prioridad que se brinda a los embriones por encima de la salud de las mujeres debería reconsiderarse.

¿Pueden, acaso, algunas de las herramientas que se presentaron en la primera parte ayudar a reflexionar sobre algunos de estos problemas? Quizás, luego de este recorrido se pueda volver sobre el concepto de vulnerabilidad y aplicarlo a las políticas públicas que sería deseable poder implementar. Como se señaló previamente, la estrategia basada en la noción de capas de vulnerabilidad permite sofisticar el análisis teniendo como centro a las personas y las diferentes facetas que las tornan vulnerables. Esto implicaría incluir diferentes ámbitos: éstos podrían ir desde políticas de educación (con una posibilidad de implementación relativamente rápida) pasando por políticas sanitarias, hasta leyes concretas. Permitiría pensar diferentes tipos de estrategias que se pueden complementar o utilizar en función de la mayor o menor permeabilidad de cada sociedad. Así, si continuamos con la metáfora de las capas de vulnerabilidad, se puede comenzar por trabajar en el empoderamiento de la mujer y en el refuerzo de la autoestima para las cuales, políticas de educación con perspectiva de género son fundamentales. Otra línea de acción en este mismo sentido es la educación sexual en los diferentes niveles escolares. Pero, además, frente a la falta de recursos económicos, para acceder a cuidados sanitarios, se podría implementar una política pública que, por un lado permita el acceso al cuidado de la salud (por ejemplo para la detección y cura de enfermedades de transmisión sexual o para la prevención de enfermedades como el VIH/sida); hasta una clara política pública que asesore y brinde de manera gratuita métodos anticonceptivos. Esto puede abarcar desde el fortalecimiento de los servicios de atención primaria y de ginecología y obstetricia, mediante la provisión de insumos y el nombramiento de personal capacitado; hasta el monitoreo o listados públicos de posibles objetores de conciencia que se opongan a brindar determinada información así como tratamientos (desde métodos anticonceptivos, ligaduras de trompas a abortos no punibles). También podría pensarse en subsidios y ayudas para la maternidad, por ejemplo, mediante jardines maternos, que permitan que la mujer que elija tener un hijo pueda hacerlo y también trabajar o estudiar si así lo desea. Así como la regulación adecuada de los centros de reproducción asistida,

fomentando una praxis que proteja a las mujeres y resulte médicamente adecuada. Por otra parte podrían implementarse políticas públicas que permitan acceder a abortos seguros y legales en los casos de severas malformaciones o problemas genéticos que los estudios prenatales detecten. De igual manera deberían considerarse aquellos casos en los cuales continuar con un embarazo puede resultar muy problemático para la mujer (ya sea porque fue producto de una violación, porque plantea un problema de salud o un serio problema social). Esto implica optar por un sistema de causales justificadas para el aborto. Otra opción de política pública en la misma línea es directamente trabajar sobre una ley de plazos (una política que puede generar mucha mayor resistencia en muchos países de Latinoamérica pero que protege de manera más cabal e integral a las mujeres y que podría trabajarse desde la perspectiva del derecho internacional). Estas diferentes políticas públicas irían quitando algunas de las capas de vulnerabilidad a las que estas mujeres están sometidas, tenderían a fortalecerlas y permitirles al menos ejercer con tranquilidad sus derechos reproductivos.

En este sentido, estas propuestas se encuentran en sintonía con una mirada de género, con un análisis que muestra el fenómeno de la *feminización de la pobreza* y que despliega de qué manera ésta impacta en la mujer, en su vida cotidiana, en aquello que los números invisibilizan. Se ha explicitado la diferencia que se puede presentar en el interior de los hogares. Si bien en los últimos tiempos no necesariamente todas las jefaturas femeninas lo son de hogares pobres, y pueden llegar a haber algunas de las “ventajas” o elementos positivos de estas nuevas dinámicas familiares; esto no es representativo de América Latina en tanto las jefaturas femeninas siguen dándose en ámbitos de mayor pobreza. Frente a lo anterior, no es difícil vincular la feminización de la pobreza con los derechos reproductivos. Ya se ha señalado que, por ejemplo, a raíz de embarazos precoces no deseados o de embarazos demasiado frecuentes, las mujeres de escasos recursos ven sus posibilidades de trabajo y educación seriamente disminuidas y el nivel de pobreza se acrecienta. También se ha explicitado cómo estas políticas de protección exacerbada del embrión pueden lesionar a las mujeres de todo rango social y llegar a tergiversar e influir en algunas prácticas médicas.

Así si se retoma el tema de la pobreza se puede observar que si bien políticas públicas de este tipo no necesariamente inciden de manera contundente en los análisis en *términos monetarios* (aquellos centrados en el incremento o descenso de los ingresos) pueden resultar muy relevantes si se vuelven a considerar las concepciones alternativas de la pobreza presentadas en la primera parte del trabajo. Estas concepciones de pobreza que abren esta caja de Pandora también funcionan de manera semejante a la concepción de vulnerabilidad defendida. Apuntan a mostrar las diferentes dimensiones involucradas en este fenómeno y necesariamente nos llevan a un análisis más complejo. Esto resulta fundamental a la hora

de diseñar políticas públicas. No se trata de un mero número: no son uno, dos o tres dólares los que solucionan este profundo problema social. Por supuesto que el ingreso es importante pero mi argumento es que el problema no se agota en una cifra, ni con sólo proveer algunos bienes materiales mínimos; es necesario avanzar hacia otro tipo de recursos intangibles como la exclusión o el empoderamiento. Esto se puede mostrar más claramente cuando se toma como ejemplo el problema de la falta de respeto de los derechos reproductivos. De esta manera se puede observar cómo políticas públicas como las recién ejemplificadas probablemente impacten en un análisis como el de Sen en función de las *capacidades*. Si, como señala Sen, el bienestar consiste en la libertad de los individuos para vivir una vida que les permita la realización de sus capacidades; poder elegir cuántos hijos tener, cuándo y cómo también parece ser un elemento fundamental tanto como permanecer vivo y gozar de una vida larga y saludable. Políticas como las recién señaladas identifican y potencian las capacidades de las mujeres. De igual forma se puede pensar cómo pueden incidir estas políticas públicas u otras semejantes a la luz de la concepción basada en la *exclusión social*. En este planteo se hace especial hincapié en la distribución de oportunidades y recursos para la superación de la exclusión. Aquí también puede pensarse cómo estas propuestas no sólo incluyen, sino que brindan oportunidades similares a varones y mujeres en tanto no condena a las mujeres a embarazos “impuestos”, no deseados, o que en muchas ocasiones les quitan oportunidades de desarrollo. Estas propuestas también (sobre todo aquellas que hacen a la educación y provisión de métodos anticonceptivos) deberían tener un fuerte impacto en el cuarto enfoque presentado, centrado en la propia *participación*. Una de las formas de empoderamiento indudablemente es el poder de actuar como un agente moral responsable con la información, la educación y la posibilidad real de acceso a una regulación adecuada de la propia fertilidad. Y, finalmente, el quinto enfoque que hace referencia de un *capital social* también parece cubierto: saber que la salud reproductiva y los derechos reproductivos se respetan permitirían a las mujeres centrarse en otros recursos o problemas psicosociales. Este enfoque destaca la importancia de una visión integral, algo que una defensa de los derechos reproductivos también lleva implícito ya que, como se ha visto, influye tanto en cuestiones básicas de salud como igualmente en aquellas más sofisticadas. Así, aún si se reconoce que estas políticas no agotarían el problema de la pobreza existente, si nuestras mujeres pueden elegir las condiciones de su reproducción y no exponerse a enfermedades y a la muerte por su causa, indudablemente se mejorará su situación personal –no eliminaremos todos los problemas que enfrenta la mujer en Latinoamérica–, pero se dará un paso hacia adelante.

EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES EN LAS NACIONES UNIDAS

Regina Tamés

El camino que las mujeres han tenido que recorrer para ser reconocidas como plenas titulares de derechos humanos ha sido largo. El recuento histórico de los sucesos más relevantes de este recorrido dentro de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) da cuenta de ello. Son pocos los textos tradicionales de enseñanza de los derechos humanos que resaltan los obstáculos y los logros que las mujeres han tenido que enfrentar dentro de Naciones Unidas para convertirse en “humanas”. Cobra relevancia el dicho de que la historia se conoce dependiendo de quién la cuente.

En la Carta de creación de la Organización de las Naciones Unidas, conocida como Carta de San Francisco, de 1945,¹ se incorpora la palabra igualdad en tres ocasiones. La primera mención y la más relevante,² se hace en el preámbulo en donde a pesar de hablarse de la igualdad de todas las personas y mencionarse específicamente la igualdad entre hombres y mujeres, contiene un lenguaje no incluyente al referirse a los “derechos fundamentales del hombre”.³ Esto hace pensar

¹ Carta de las Naciones Unidas, firmada en la ciudad de San Francisco, el 26 de junio 1945 al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año. El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia es parte integrante de la Carta.

² Las otras dos menciones se refieren al principio de igualdad soberana de todos los Miembros de la Organización. *Cfr.* artículo 1, inciso 2, y artículo 2, inciso 1.

³ Preámbulo “Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”.

que no se tenía claridad sobre lo que significaba realmente la igualdad entre las personas, sino que el hombre seguía siendo el referente de lo humano.⁴ Es en este mismo instrumento donde por primera vez se hace referencia a la prohibición de la discriminación por motivos de sexo.⁵ Esta inclusión que hoy resulta evidentemente necesaria y sencilla, tuvo gran resistencia por varias delegaciones, quienes argumentaban que la inclusión de la igualdad era suficiente.⁶ Sin embargo, las delegaciones de Brasil, México y República Dominicana insistieron en que la inclusión de la discriminación por motivos de sexo pondría de relieve que ésta podía ser igual de atroz que la discriminación por otros motivos.⁷

Una vez constituidas las Naciones Unidas, la primera batalla que se libró para garantizar el reconocimiento de los derechos de las mujeres fue lograr la creación de un órgano que se dedicara exclusivamente al estudio de la situación de las mujeres. En febrero de 1946, se estableció por resolución del Consejo Económico y Social de la ONU lo que hoy conocemos como la Comisión sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer.⁸ Entre las funciones principales de esta Comisión se encuentran el preparar recomendaciones e informes al Consejo Económico y Social; promover los derechos de las mujeres en los ámbitos político, económico, civil, social y educacional e identificar situaciones emergentes relacionadas con los derechos de las mujeres.⁹ Más adelante, en 1987, su mandato se amplió para dar seguimiento a los resultados de las conferencias mundiales sobre las mujeres¹⁰. La Comisión también ha servido como plataforma para las negociaciones de los distintos tratados sobre derechos de las mujeres, así como en la transversalización de la perspectiva de género al interior de las Naciones Unidas. Algunas de las críticas a esta Comisión son el hecho de que tenga carácter gubernamental, así como que no haya claridad en el perfil sobre las personas que son elegidas para ser parte de

⁴ Alda Facio, “Engendrando nuestras perspectivas”, en *Revista Otras Miradas*, vol. 2, núm. 2, Grupo de Investigación en Género y Sexualidad, Facultad de Humanidades y Educación, Universidad de Los Andes, Mérida-Venezuela, diciembre 2002, pp. 49-79.

⁵ Artículo 1, inciso 3. “Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión...”

⁶ Alda Facio, *Los diez primeros casos del Comité CEDAW*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2009, citando a Jane Connors, “NGO’s and the Human Rights of Women”, en *The Conscience of the World: The Influence of NGOs in the System*, Peter Williams (ed.), Washington. D.C., The Brookings Institution, 1996.

⁷ *Idem*.

⁸ Creada por Resolución 11(II) del 21 de junio de 1946. La Comisión está compuesta por 45 países miembros electos por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (ECOSOC) cada cuatro años.

⁹ Para mayor información sobre la Comisión: <<http://www.un.org/womenwatch/daw/csw>>, visitada el 2-19 de noviembre de 2009.

¹⁰ Mediante la Resolución 1987/22.

la misma, resultando en ocasiones que los propios integrantes sean opositores de la defensa de los derechos de las mujeres.¹¹

Esta Comisión, originalmente tenía el estatus de Subcomisión, pero después de su primera sesión, se elevó a nivel de Comisión a la par de la antigua Comisión de Derechos Humanos, hoy Consejo de Derechos Humanos. Este antecedente pone de relieve la discusión que hasta la fecha persiste sobre la conveniencia o no de incluir los derechos de las mujeres en los asuntos generales de derechos humanos o bien darles una identidad propia para visibilizarlos. Resulta interesante que desde entonces se diera una separación de los derechos de las mujeres del resto de los derechos humanos, alejándolos del discurso de derechos humanos haciendo más difícil su exigencia y dándoles otra categoría no necesariamente superior o igual al resto.

Inmediatamente después de creada la ONU, se inician los trabajos de redacción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Un dato curioso a señalar es que en los trabajos de redacción, esta Declaración en un principio fue denominada *Declaración Universal de los Derechos del Hombre*. Si bien no necesariamente había la intención de quienes se encontraban al frente de los trabajos de redacción de excluir a las mujeres, queda expuesta nuevamente la falta de entendimiento de lo que hoy llamamos perspectiva de género, no sólo en el lenguaje, sino en las repercusiones prácticas de lo que esta ausencia conlleva. Al término de los trabajos de redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se logró un lenguaje incluyente, rompiendo con el antecedente de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.¹² Esta situación ocurre en el sistema interamericano con la Declaración Interamericana de los Derechos y Deberes del Hombre¹³ que aunque existe una propuesta para modificar su nombre, no ha prosperado.

Sin duda los derechos de las mujeres forman parte integral del derecho internacional de los derechos humanos y son titulares de todos los derechos contemplados en la Declaración Universal. Sin embargo, con el pasar de los años, se empezaron a identificar violaciones a derechos humanos de las mujeres, independientemente de aquellas discriminaciones y violaciones que comparten con los hombres en razón de su clase social, edad, pensamiento, religión y otros. Es decir, aún no se daba una “respuesta adecuada a la diversidad, especificidad y

¹¹ A. Facio, *Los diez primeros...*, p. 10.

¹² Katarina Tomasevski, *Los derechos de las mujeres: de la prohibición a la eliminación de la discriminación*, en página web de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). Vale la pena mencionar también los antecedentes de la *Vindicación de los Derechos de las Mujeres* publicado por Mary Wollstonecraft en 1779 y la *Declaración de los Derechos de la Mujer*, escrita por Olympe de Gouges en 1791.

¹³ Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana de Bogotá, Colombia, 1948.

complejidad de la problemática a las que se enfrentan las mujeres” para ejercer sus derechos.¹⁴ Fue indispensable entonces, adoptar instrumentos especiales que consideraran la situación específica de discriminación en la que se encuentran las mujeres, tanto en las esferas públicas como privadas, que reconocieran sus necesidades particulares y que garantizaran eficazmente la eliminación de las desigualdades históricas y las injusticias estructurales que experimentan por el único hecho de ser mujeres.¹⁵ Surgen así la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (1952),¹⁶ la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada (1957)¹⁷ y la Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima y el Registro de los Matrimonios (1962).¹⁸ Estas tres Convenciones, aunque poco conocidas y estudiadas, sientan importantes bases en el reconocimiento del derecho de las mujeres no solo a votar y ser votadas, sino a ocupar cargos públicos de representación; a garantizar la nacionalidad de las mujeres independientemente del matrimonio o disolución del mismo con extranjeros; así como a enfatizar los elementos de libertad y consentimiento en todas las decisiones relacionadas con el matrimonio. A estos instrumentos se suman otros relacionados con la supresión de la trata de mujeres, que fueron la punta de lanza para lograr sentar los estándares más altos de protección a los que están obligados los Estados en este tema que hasta hoy en día sigue afectando especialmente a las mujeres.¹⁹

Cabe mencionar que la Organización Internacional del Trabajo, inició desde el año 1919 a desarrollar distintos Convenios relacionados con los derechos de las mujeres, puntualmente sobre temas de empleo, seguridad social, protección de la

¹⁴ Rebecca Cook, “La responsabilidad del Estado según la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer”, en *Derechos Humanos de la Mujer, Perspectivas Nacionales e Internacionales*, Rebecca J. Cook (ed.), Bogotá Colombia, Profamilia 1997, pp. 226-253.

¹⁵ A. Facio, *La carta magna de todas las mujeres*, Costa Rica, Manual de capacitación sobre CEDAW, ILANUD.

¹⁶ Abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 640 (VII), del 20 de diciembre de 1952. México ratificó este instrumento el 23 de marzo de 1981.

¹⁷ Abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 1040 (IX), del 29 de enero de 1957. Adhesión de México el 4 de abril de 1979.

¹⁸ Abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 1763 A (XVII), del 7 de noviembre de 1962. México ratificó este instrumento el 22 de febrero de 1983.

¹⁹ Convención Internacional para la Supresión de la Trata de Mujeres y Menores, adoptada el 30 de septiembre de 1921, adhesión de México el 10 de mayo de 1932; Convención Internacional Relativa a la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad, adoptada el 11 de octubre de 1933, adhesión de México el 3 de mayo de 1938; Protocolo que modifica el Convenio para la Represión de la Trata de Mujeres y Menores de Edad, adoptado el 12 de noviembre de 1947, ratificado por México el 17 de agosto de 1949; Convenio para la Represión de Trata de Mujeres, Mayores de Edad; y el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, adoptado el 2 de diciembre de 1949, adhesión de México el 21 de febrero de 1956.

maternidad, entre otros.²⁰ Sin embargo, algunos de estos Convenios han sido criticados, pues no reivindican los derechos de las mujeres, sino que en ocasiones se esconde la discriminación bajo la excusa de una protección especial que supuestamente requieren las mujeres.

Posteriormente, uno de los primeros logros normativos de la Comisión sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer, fue la aprobación en 1967 de la Declaración sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer.²¹

Para 1966 el proceso normativo continuaba su desarrollo. Se habían adoptado ya tres instrumentos fundamentales de derechos humanos: la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965),²² el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (1966)²³ y el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).²⁴ Estos instrumentos, incorporan los principios de igualdad y no discriminación, señalando entre las causas prohibidas de la discriminación el sexo.²⁵ Sin embargo, no reflejan situaciones específicas o concretas que afectan de manera diferenciada el ejercicio de los derechos por parte de las mujeres. Es por eso que para que estos instrumentos sean de utilidad para la defensa de los derechos de las mujeres, es necesaria una progresiva interpretación de los mismos. De no ser interpretadas de una forma sensible al género no responderán a las experiencias de injusticia vividas por las mujeres.

El hito normativo para la defensa de los derechos de las mujeres se dio en 1979 con la adopción de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer (conocida por sus siglas en inglés como CEDAW).²⁶ Es el primer instrumento internacional de derechos humanos que toma como punto de

²⁰ Para consultar estos Convenios, referirse a la publicación de la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Secretaría de Relaciones Exteriores y el Fondo de Desarrollo de Naciones Unidas para la Mujer, *Derechos de las Mujeres: Normativa, Interpretaciones y Jurisprudencia Internacional*, México, junio 2006.

²¹ Proclamada por la Asamblea General en su Resolución 2263 (XXII), de 7 de noviembre de 1967.

²² Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entró en vigor el 4 de enero de 1969, de conformidad con el artículo 19. Ratificada por México el 20 de febrero de 1975.

²³ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49. Adhesión de México el 23 de marzo de 1981.

²⁴ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27. Adhesión de México el 23 de marzo de 1981.

²⁵ Cfr. Soledad García Muñoz, "La progresiva 'generización' de la protección internacional de los derechos humanos", en Revista *Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 2, 2001.

²⁶ Adoptada por la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 34/180, el 18 de diciembre de 1979. México ratificó este instrumento el 23 de marzo de 1981.

partida la desigualdad histórica entre mujeres y hombres y por ende, aunque todavía no se hablaba de género o perspectiva de género en el momento en que fue discutida, se puede decir que es un instrumento que toma como punto de partida e incorpora esta perspectiva en su texto.²⁷ El preámbulo de la CEDAW sitúa a la igualdad no como un principio aislado de los derechos humanos ni como una situación que ayudaría a alcanzar el respeto y garantía de los mismos a las mujeres, sino que señala que es una necesidad social e indispensable para el desarrollo. Leyendo entre líneas queda claro que la CEDAW señala que al persistir la desigualdad entre los sexos, difícilmente se logrará una plena democracia en las sociedades.

Es en la CEDAW en donde se reconoce claramente por primera vez en un documento de derechos humanos que la cultura, las tradiciones, la religión, pueden tener importancia en el comportamiento de todas las personas y cumplen un papel significativo en la limitación del ejercicio de los derechos de las mujeres. Es la primera Convención que incluye un análisis más allá de lo jurídico, y considera aspectos sociales, antropológicos, y otros desde una perspectiva feminista, para dar la respuesta necesaria a las desigualdades entre mujeres y hombres. El artículo 5 de la Convención es uno de los aportes más significativos que el derecho internacional de los derechos humanos ha hecho para alcanzar la igualdad sustantiva de las mujeres, al señalar la obligación que tienen los Estados de “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”.²⁸

Asimismo, la CEDAW amplía la responsabilidad estatal al señalar que se deben “tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas”.²⁹

Es desde la adopción de la CEDAW que se observan los cambios más relevantes dentro del sistema universal de derechos humanos en el reconocimiento y garantía de los derechos de las mujeres. Una de las cuestiones más positivas de la adopción de esta Convención es el reconocimiento que se hace a nivel internacional de la problemática de discriminación particular de las mujeres en todo el mundo. Como lo ha señalado Rebecca Cook, esta Convención desarrolla la norma legal de la no discriminación desde la perspectiva de las mujeres, reconociendo que el “carácter particular de la discriminación contra la mujer merece una respuesta jurídica”.³⁰ Con la CEDAW, quedan atrás las normas supuestamente neutrales al género.

²⁷ A. Facio, “De qué igualdad se trata”, en ILANUD, *Caminado hacia la igualdad real. Manual en módulos*, San José de Costa Rica, ILANUD y UNIFEM, 1997.

²⁸ Artículo 5, inciso a) de la CEDAW.

²⁹ Artículo 2, inciso e) de la CEDAW.

³⁰ R. Cook, “Los Derechos Humanos Internacionales...”, en *op. cit.*, p. 10.

A pesar de que la CEDAW es uno de los tratados con mayor número de ratificaciones,³¹ también es la que tiene mayor número de reservas y explicaciones interpretativas. Esto hace notar que si bien los Estados parecieran tener la intención de avanzar hacia la erradicación de la discriminación contra las mujeres, reconocen también que una tarea compleja requiere de transformaciones sociales que escapen de lo legal. Las diversas ratificaciones e interpretaciones hacen notar que los Estados siguen utilizando excusas como la religión y la cultura para permitir la violación de los derechos de las mujeres. Se han dado varios debates respecto a la conveniencia de que los países se adhieran a la CEDAW cuando incorporan reservas e interpretaciones que parecieran o van incluso en contra del objeto y fin de la misma Convención. La relevancia de que los países ratifiquen la CEDAW, radica en la posibilidad de un escrutinio permanente sobre los esfuerzos que se realizan en relación a su cumplimiento. Sin embargo, sería altamente deseable que la ONU evaluara cuidadosamente tales reservas e interpretaciones para determinar o no la conveniencia de las mismas.

Por primera vez en el derecho internacional de los derechos humanos, se describe lo que deberá entenderse por discriminación en contra de las mujeres. La definición que incluye la CEDAW es amplia e integral y da cabida a todas las situaciones que tengan por objeto o resultado cualquier distinción, exclusión o restricción de la mujer.³² Es una definición que está basada en el entendimiento de que la discriminación es socialmente construida y que no es un principio esencial natural de la interacción humana.

Esta Convención sienta las bases para la definición de igualdad sustantiva, que es complementada por una Recomendación General emitida por su Comité de vigilancia,³³ rechazando así las definiciones con un enfoque jurídico puramente formal, pues ése no permitiría lograr la igualdad *de facto* entre mujeres y hombres. Esta definición señala que las mujeres requieren tener las mismas oportunidades desde un primer momento y disponer de un entorno que les permita conseguir la igualdad de resultados. No es suficiente garantizar a las mujeres un trato idéntico al de los hombres pues deben también tenerse en cuenta las diferencias biológicas que hay entre las mujeres y los hombres y las diferencias que la sociedad ha cons-

³¹ Al 25 de noviembre de 2009, contaba con 186 ratificaciones.

³² Artículo 1 de la CEDAW: "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 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".

³³ Cfr. Comité de la CEDAW, Recomendación General No. 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.

truido. Incluso, en ciertas circunstancias será necesario que haya un trato no idéntico de mujeres y hombres para equilibrar esas diferencias. El objetivo de la igualdad sustantiva también exige una estrategia eficaz encaminada a corregir la representación insuficiente de la mujer en la sociedad y una redistribución de los recursos y el poder entre hombres y mujeres. Este instrumento jurídico incorpora también las medidas especiales de carácter temporal, en forma de medidas obligatorias que el Estado tiene que adoptar, impulsar e implementar, para garantizar esta igualdad.³⁴

Al igual que el resto de los principales tratados de Naciones Unidas, la CEDAW cuenta con un órgano supervisor, ya que no siempre es suficiente la firma y ratificación por parte de los Estados de los instrumentos jurídicos de derechos humanos para garantizar su cumplimiento. En este caso, el órgano de vigilancia, conocido como el Comité de la CEDAW está formado por 23 personas expertas que actúan en su capacidad personal y son nominadas por sus gobiernos y elegidas por los Estados Parte de la Convención.

El Comité de la CEDAW se reúne, desde 1982, dos veces al año. Hasta diciembre de 2007 se reunió en Nueva York, Estados Unidos, pero recientemente cambió de sede sus sesiones a Ginebra, Suiza, donde se reúnen el resto de los Comités de vigilancia de los otros principales tratados de Naciones Unidas (conocidos también como mecanismos convencionales).³⁵ Este cambio de sede, más allá de la ubicación, responde a cuestiones de fondo ya que hay quienes esperan que el Comité de la CEDAW pueda apoyar la transversalización de la perspectiva de género en el sistema de mecanismos convencionales, así como facilitar el intercambio de información de los distintos miembros de todos los Comités. Este cambio de sede lleva de la mano el cambio de secretariado que brinda apoyo al Comité en el desarrollo de sus funciones, que anteriormente la ejercía la División para el Adelanto de las Mujeres de la ONU (DAW por sus siglas en inglés)³⁶ y ahora lo ejercerá la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.³⁷ Esta última Oficina de las Naciones Unidas, si bien tiene la responsabilidad principal de promover y proteger el disfrute y la plena realización de los derechos humanos, no se ha caracterizado por trabajar con una perspectiva de género hasta hace solo algunos años,³⁸ pues su visión ha sido principalmente jurídica, cayendo en la

³⁴ Cfr. artículo 4 de la CEDAW.

³⁵ Los otros Comités son: Comité de Derechos Humanos; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial; Comité contra la Tortura; Comité sobre los Derechos del Niño; Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

³⁶ Para mayor información se puede visitar su página de internet: <<http://www.un.org/womenwatch/daw/>>.

³⁷ Para mayor información se puede visitar su página de internet: <<http://www.ohchr.org/>>.

³⁸ La OACNUDH creó una Unidad para los derechos de las mujeres y la perspectiva de género en 2006.

neutralidad a la que se ha hecho referencia y por tanto invisibilizando a las mujeres. Mientras tanto, el DAW se ha caracterizado por ir más allá de lo jurídico y se ha especializado en la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres.

Como se ha podido ver, el derecho internacional de los derechos humanos, herramienta que ha sido considerada como una de las más relevantes para la defensa de estos derechos, es parte fundamental de esta historia. Muchas veces se ha pensado que el derecho internacional de los derechos humanos es un sistema imparcial de reglas capaces de lograr objetividad y neutralidad; sin embargo, esta última cualidad ha impedido que los derechos de las mujeres sean respetados y protegidos en su totalidad. El derecho internacional de los derechos humanos, junto con las otras ramas del derecho, se enmarcó durante mucho tiempo dentro de las estructuras patriarcales de nuestra sociedad y por tanto no fueron aplicadas en forma “efectiva para reparar las desventajas e injusticias que experimentan las mujeres por el solo hecho de ser mujeres”.³⁹ El contexto en donde se aplicaba el derecho internacional privilegiaba a los hombres, y si los intereses de las mujeres eran considerados, se hacía de manera marginal. La ausencia de lo que hoy se conoce como perspectiva de género, tuvo como consecuencia el estancamiento en el progreso de la igualdad entre mujeres y hombres, distando mucho del principio fundamental de universalidad que debiera caracterizar a los derechos humanos.⁴⁰

La académica Rebecca Cook nos plantea tres importantes posibles razones de esta invisibilización de las mujeres dentro del derecho internacional de los derechos humanos.⁴¹ La primera se refiere a la incapacidad que existía de reconocer o de caracterizar la subordinación de las mujeres como violación de derechos humanos. Durante años se pensó que esta subordinación era característica de las personas que nacen con cuerpo de mujer, es decir biológico y por tanto “natural”. La segunda razón hace referencia a la dicotomía que existió durante mucho tiempo entre lo público y lo privado que sin duda permeó la defensa de los derechos humanos.⁴² Esto hizo que las violaciones ocurridas a las mujeres en el ámbito privado, principalmente en el seno de las familias, no fueran entendidas como violaciones a derechos humanos. Fue tiempo después que la violencia en contra de las mujeres, incluyendo la intrafamiliar, fue conceptualizada como violación a derechos humanos. La tercera razón tiene que ver con el contexto histórico y político en el continente americano, en donde los grupos de derechos humanos se enfocaron en la defensa de los derechos humanos contra las atrocidades cometidas en las dictaduras. Si bien las mujeres también fueron víctimas de violaciones a dere-

³⁹ R. Cook, “Los Derechos Humanos Internacionales...”, en *op. cit.* 30.

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ *Idem.*

⁴² Cfr. también Celina Romany, “Women as aliens, a feminist critique to the public/private distinction in International Human Rights Law”, en *Harvard Human Rights Journal*, vol. 6, 1993.

chos humanos en estos contextos, los impactos diferenciados sufridos por ellas no fueron tomados en cuenta. Hasta después de un tiempo, algunas comisiones de la verdad retomaron la importancia en cuanto a las violaciones y los impactos diferenciados para reparar a las mujeres por las violaciones a sus derechos.⁴³ Por otro lado, los movimientos feministas y de mujeres, no consideraron el potencial que el derecho internacional de los derechos humanos podría tener para la reivindicación de los derechos de las mujeres, en virtud de que el mismo se enmarcaba dentro de las estructuras patriarcales de poder contra las que se luchaba.

Se podría pensar que poco ayudó también el que las delegaciones que participaban en los foros internacionales en donde se discutían y analizaban los contenidos de los diferentes tratados e instrumentos internacionales, estaban conformadas en su gran mayoría por varones. Seguramente dificultaba la tarea de identificar las prioridades relacionadas con el ejercicio de los derechos por parte de las mujeres, pues se carecía de información de primera mano, ocasionando que no se colocaran ciertos temas o preocupaciones dentro de las discusiones, y menos aún en los borradores finales de los documentos internacionales. Aunque está claro que la participación de mujeres no siempre garantiza la inclusión de la perspectiva de género. Sin embargo, el impacto logrado por el número reducido de mujeres sensibles en estas delegaciones, fueron los cimientos para la futura inclusión de los derechos de las mujeres en los mismos.

En América Latina y el Caribe no fue sino hasta las décadas de los 70 y 80 que hubo un nuevo despertar, como lo denomina la abogada Alda Facio, que tuvo como consecuencias el identificar la ausencia de perspectiva de género en el derecho internacional de los derechos humanos para la exigencia de los derechos de las mujeres. Una exigencia basada en la autonomía como personas y “no como complementos a la figura androcéntrica de persona en donde se incluye únicamente a los varones”.⁴⁴

En 1998 con la adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional⁴⁵ se puede hablar de un nuevo avance normativo, donde se reconoce que podrán constituir crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable.⁴⁶ En este mismo

⁴³ Para mayor información sobre este tema *cfr.* Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Reparaciones con perspectiva de género*, México, noviembre de 2009.

⁴⁴ A. Facio, *op. cit.*, p. 15.

⁴⁵ Aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional.

⁴⁶ *Cfr.* Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículos 7, inciso 1, apartado g y artículo 8, inciso 2, apartado xxii.

instrumento, se contempla que la composición de la Corte Penal Internacional deberá tener una representación equilibrada de magistrados mujeres y hombres.⁴⁷

Hasta hoy, el último gran paso normativo para salvaguardar los derechos de las mujeres, ocurre en 1999 cuando se adopta el Protocolo Facultativo a la CEDAW.⁴⁸ Este Protocolo viene a apoyar la implementación de la CEDAW y promover la ampliación de la interpretación y aplicación práctica de la CEDAW. Permite además la reparación en casos individuales, crear mayor conciencia pública sobre los derechos humanos de las mujeres y será finalmente un mecanismo que ayudará a cerrar la brecha entre lo que señala la Convención y la vida de las mujeres. En el año 2000, después de la décima ratificación entró en vigor y actualmente cuenta con noventa y nueve ratificaciones.⁴⁹ A diferencia de la CEDAW, el número de ratificaciones de este Protocolo es reducido, lo que hace notar que si bien los Estados tienen la intención o al menos parecen reconocer la necesidad de acabar con la discriminación contra las mujeres, su voluntad y buena fe se detiene ante la posibilidad de ser sometido al escrutinio público a través de comunicaciones individuales. Este nuevo Protocolo faculta al Comité de la CEDAW a dos nuevos procedimientos: 1) Procedimiento de comunicaciones de casos individuales y 2) Procedimientos de investigación.⁵⁰

En cuanto a las comunicaciones de casos individuales, el Comité CEDAW ha analizado un total de diez casos,⁵¹ de los cuales cinco han merecido un análisis de fondo.⁵² Aunque el Comité ha actuado de manera lenta y podría decirse temerosa, se cuenta hoy con elementos importantes sobre violencia intrafamiliar⁵³ y consentimiento informado⁵⁴ y discriminación en el Poder Judicial⁵⁵ que derivan del análisis de estos casos, aunque no se dan grandes avances a lo ya establecido por casos

⁴⁷ Cfr. Estatuto de la Corte Penal Internacional artículo 36, inciso 7, apartado iii.

⁴⁸ Adoptado por la Asamblea General, Resolución A/54/4, el 6 de octubre de 1999, entrando en vigor el 22 de diciembre de 2000. México ratificó este instrumento el 15 de marzo de 2002.

⁴⁹ Al 25 de noviembre de 2009.

⁵⁰ El Protocolo Facultativo no acepta reservas, sin embargo, de acuerdo al artículo 10, los Estados pueden declarar que no reconocen esta competencia. Las investigaciones se activan cuando el Comité recibe información fidedigna que revele las violaciones graves a los derechos enunciados en la CEDAW.

⁵¹ Esta información está actualizada a septiembre de 2010.

⁵² El Comité encontró violaciones a derechos humanos en cuatro de estos cinco casos que fueron analizados en el fondo. El caso en el que no se encontró violaciones es el de *Ding Thuy Nguyen contra Países bajos*, Comunicación No. 5/204.

⁵³ Los tres casos sobre violencia intrafamiliar con análisis de fondo del Comité CEDAW son: *Sra. A.T. contra Hungría*, Comunicación No. 2/2003; *Sahide Goekce (fallecida) contra Austria*, Comunicación No. 5/2005 y *Fatma Yildirim (fallecida) contra Austria*, Comunicación No. 6/2005.

⁵⁴ Comité CEDAW, *Sra. A.S. vs. Hungría*, Comunicación No. 2/2004.

⁵⁵ Comité CEDAW, *Karen Tayag Vertido contra Filipinas*, Comunicación No. 18/2008.

resueltos en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.⁵⁶ Cabe mencionar, que dentro del procedimiento de comunicaciones, el Comité CEDAW está facultado para solicitar al Estado que provea de medidas provisionales necesarias para evitar posibles daños irreparables a la víctima o víctimas de la supuesta violación.⁵⁷ Algunos casos pendientes de analizar por parte del Comité podrán aportar elementos fundamentales e incrementar sus resoluciones sentando precedentes innovadores, que son tan necesarios para seguir avanzando en la defensa de los derechos de las mujeres.⁵⁸ Hay grandes expectativas de que el Comité CEDAW asuma una posición más activa en los futuros casos, aun existiendo el riesgo de desalentar a los países que no han ratificado el Protocolo.

A la fecha el único procedimiento de investigación que ha realizado el Comité CEDAW se refiere a las mujeres y niñas desaparecidas y asesinadas en Ciudad Juárez.⁵⁹ Cabe mencionar que este procedimiento tiene carácter confidencial y en todas sus etapas se solicitará la colaboración del Estado Parte.⁶⁰

De manera paralela al desarrollo normativo, se fueron celebrando conferencias mundiales que lograron colocar los derechos de las mujeres en el centro del debate internacional. Si bien las Declaraciones y Plataformas de Acción que resultan de estas conferencias internacionales no tienen un carácter jurídico, sí tienen un carácter político, pues son compromisos que los Estados asumen a nivel internacional y deben rendir cuentas sobre su implementación.

La Primera Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en México en 1975, marcó un avance hacia el reconocimiento de los derechos de las mujeres a nivel internacional, constituyendo una “feminización de la reflexión y práctica de los derechos humanos”.⁶¹ Es en esta Conferencia en donde se declara el “Decenio de la

⁵⁶ A. Facio, “The Op-Cedaw as a mechanism for implementing women’s human rights: An analysis of the first five cases under the communications procedures of the Op-CEDAW”, *IWRAW Asia Pacific Occasional Papers Series*, núm. 12, Malasia, Kuala Lumpur, 2008.

⁵⁷ Cfr. artículo 5 del Protocolo Facultativo.

⁵⁸ Ejemplo de estos casos son el presentado por el Centro de Derechos Reproductivos y la organización peruana Promsex, en contra de Perú sobre una adolescente que sobrevivió a una violación y sufrió consecuencias terribles a su salud después de que se le negara un aborto; así como otro caso sobre mortalidad materna en contra de Brasil presentado también por el Centro de Derechos Reproductivos y la organización brasileña Advocacy. A septiembre de 2010, estos casos aún no cuentan con una resolución.

⁵⁹ Informe de México producido por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer bajo el Artículo 8 del Protocolo Facultativo de la Convención y respuesta del Gobierno de México, adoptado en el 32 periodo de sesiones el 27 de enero de 2005, CEDAW/C/2005/OP.8/MEXICO.

⁶⁰ Cfr. artículo 8, inciso 5, del Protocolo Facultativo de la CEDAW.

⁶¹ Lorena Fries, “Los derechos humanos de las mujeres: aportes y desafíos”, en Gioconda Herrera (coord.), *Las fisuras del patriarcado., Reflexiones sobre Feminismo y Derecho*, Ecuador, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, 2000, p. 47.

Mujer” y en donde se inicia la elaboración de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer.

Uno de los primeros y más relevantes pasos a nivel internacional que impulsaron la vinculación o exigencia de los derechos humanos de las mujeres como derechos humanos, se dio en 1993 en la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos que tuvo lugar en Viena, Austria. Por un lado se reconoció de manera explícita que los derechos de las mujeres también son derechos humanos, y en segundo lugar, por primera vez, se reconoce que la violencia contra las mujeres constituye una violación a sus derechos humanos.⁶² Estos dos pasos importantes sucedieron hace menos de dos décadas, lo que nos recuerda que el discurso de los derechos humanos de las mujeres es relativamente nuevo dentro de los propios movimientos de derechos humanos.

En 1994 se llevó a cabo la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, que tuvo lugar en El Cairo, Egipto,⁶³ en donde se reconoce a nivel internacional que los derechos reproductivos son derechos humanos y que la violencia de género es un obstáculo para la salud sexual y reproductiva de las mujeres.⁶⁴ Aunque pareciera que los derechos reproductivos son parte de una ola emergente de derechos humanos recién reconocidos, los resultados de esta Conferencia dejan en claro que los mismos ya estaban contemplados en distintos instrumentos internacionales de derechos humanos. Incluso existía desde 1968 el antecedente del reconocimiento de alguna manera de esos derechos en la Proclamación de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán.⁶⁵ Quizá lo novedoso es la denominación de estos derechos como una categoría diferenciada de derechos para relevar su importancia a nivel internacional, mas no la titularidad de los mismos por parte de las personas. Las obligaciones de los Estados de reconocerlos y garantizarlos siempre han estado presentes aunque ignoradas.

⁶² Cfr. Declaración y el Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993.

⁶³ Cfr. Declaración y Plataforma de Acción aprobada en la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo realizada en El Cairo, que tuvo lugar del 4 al del 5 al 13 de septiembre de 1994.

⁶⁴ Cfr. Programa de Acción de la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo, 18 de octubre de 1994, A/CONF.171/13, párrafo 7.3: “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. Estos 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 éstos 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...”

⁶⁵ En donde se estableció que “Los padres tienen el derecho básico de decidir libre y responsablemente sobre el número de hijos”.

Posteriormente, en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, llevada a cabo en Beijing, China en 1995,⁶⁶ se logró nuevamente reafirmar, entre otras cosas, el derecho de las mujeres “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”.⁶⁷ Un aporte importante de esta Conferencia es la inclusión de los derechos sexuales, pues solamente habían sido considerados los derechos reproductivos en las conferencias anteriores, situando a las mujeres como reproductoras.⁶⁸

A estas conferencias se ha dado seguimiento cada cinco años, en donde se realiza una revisión comprensiva de los progresos logrados y la medición de resultados en la implementación de las respectivas Plataformas de Acción. Es importante señalar, que se han celebrado otras conferencias mundiales en las que si bien los derechos humanos de las mujeres no han sido centrales, sí se han incorporado.⁶⁹

Adicionalmente a la normativa y las declaraciones y plataformas de acción emanadas de las Conferencias Mundiales, las Naciones Unidas han desarrollado otros mecanismos para lograr la igualdad entre mujeres y hombres. Un ejemplo de estos mecanismos es la creación de la Relatoría Especial sobre la Violencia contra la Mujer sus Causas y Consecuencias que tiene a su cargo el seguimiento a nivel mundial del tema.⁷⁰ Asimismo, los Comités de vigilancia de los tratados en los últimos años han empezado a tener una interpretación progresiva y a incluir la perspectiva de género, teniendo como consecuencia que hoy en día las mujeres acuden a estos mecanismos con mayor confianza de que sus derechos serán rei-

⁶⁶ Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, realizada en Beijing, del 4 a 15 de septiembre de 1995. Cfr. Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, A/CONF.177/20, 17 de octubre de 1995.

⁶⁷ Cfr. Plataforma de Acción de Beijing, 17 de octubre de 1995. A/CONF.177/20, párrafo 96.

⁶⁸ Lorena Fries, “Los derechos humanos de...”, en *op.cit.*, p. 59.

⁶⁹ Soledad García, “La progresiva ‘generización’...”, en *op. cit.*, 25, p. 8 quien menciona las siguientes conferencias: Cumbre Mundial en Favor de la Infancia (Nueva York, 1990); Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Río de Janeiro, 1992); Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos (Viena, 1993); Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (El Cairo, 1994); Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social (Copenhague, 1995); Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995); Segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre Asentamientos Humanos (Estambul, 1996); Cumbre Mundial sobre la Alimentación (Roma, 1996); y Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional (Roma, 1998).

⁷⁰ La Relatoría realizó en 2005 una visita a México y su informe fue publicado el 13 de enero de 2006. Otras Relatorías de Naciones Unidas han incluido los derechos de las mujeres dentro de sus informes. Para mayor información sobre éstos, consultar *Derechos de las Mujeres: Normativa, Interpretaciones y Jurisprudencia Internacional*, *op. cit.*, 20.

vindicados. Algunos ejemplos claros se pueden ver en las observaciones finales;⁷¹ en las observaciones, comentarios o recomendaciones generales⁷² y en las resoluciones de casos.⁷³

Por lo que se refiere a las observaciones finales, hoy en día incluyen situaciones puntuales que afectan a las mujeres, aun sin tratarse del Comité de la CEDAW. Entre los ejemplos de estas observaciones finales dirigidas a México, está el caso del Comité contra la Tortura, en donde expresó su preocupación por la información sobre la violencia ejercida en particular contra las mujeres durante el operativo de policía llevado a cabo en San Salvador Atenco, en especial por “las alegaciones de casos de tortura, incluso violación sexual, así como otras formas de violencia sexual como tocamientos y amenazas de violación, maltrato y otros abusos cometidos por miembros de las fuerzas de seguridad pública y otros oficiales encargados de hacer cumplir la ley”.⁷⁴ Por su parte, el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales expresó su preocupación por los bajos salarios mínimos en particular los de las mujeres, por la exigencia a las mujeres de certificados de no gravidez como condición para contratarlas o evitar su despido, y por la violencia doméstica contra las mujeres.⁷⁵

Poco a poco también los diversos Comités han ido incluyendo en sus observaciones finales los derechos reproductivos y puntualmente respecto a la interrupción del embarazo, logrando reafirmar que estos derechos son derechos humanos y que los Estados tienen la obligación de salvaguardarlos. Los Comités, de manera reiterada, han expresado su preocupación por las legislaciones que penalizan intervenciones quirúrgicas que son necesarias para las mujeres, siendo una de las causas principales de la mortalidad de éstas.⁷⁶ El Comité de la CEDAW, señaló en varias ocasiones que en México existe una falta de acceso de las mujeres a servi-

⁷¹ Las observaciones finales se refieren a aquellas recomendaciones que hacen los Comités de Naciones Unidas a los Estados después de analizar sus informes periódicos.

⁷² Las Recomendaciones, observaciones o comentarios generales (los Comités los denominan de diferentes formas), permiten el desarrollo del contenido estipulado en los tratados. Son una herramienta útil para la adecuada interpretación de la aplicación de los tratados.

⁷³ Se refiere a las decisiones o fallos que resultan del estudio de casos individuales (que cumplen con los requisitos necesarios) por parte de los Comités de Naciones Unidas.

⁷⁴ Comité contra la Tortura, Conclusiones y Recomendaciones del Comité contra la Tortura a México, CAT/C/MEX/CO/4 6 de febrero de 2007, párrafos 18 y 19.

⁷⁵ Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales E/C.12/MEX/CO/4, 9 de junio de 2006, párrafos 13, 15 y 19.

⁷⁶ Para mayor información sobre las observaciones finales que hacen referencia a los derechos reproductivos de las mujeres, cfr. Centro de Derechos Reproductivos, *Bringing Right to Bear, Abortion and Human Rights Government Duties to Ease Restrictions and Ensure Access to Safe Services*, Nueva York, 2008.

cios de abortos seguros y métodos anticonceptivos, incluidos los de emergencia.⁷⁷ Recientemente, el Comité contra la Tortura expresó su preocupación sobre la penalización total del aborto en Nicaragua.⁷⁸

Los órganos de vigilancia de los tratados han desarrollado también diversas recomendaciones, comentarios u observaciones generales, que nutren el contenido de los diversos tratados internacionales y recientemente han realizado aportes significativos para la correcta e integral interpretación de los derechos humanos. Ejemplos de estas interpretaciones son la Observación General 28 del Comité de Derechos Humanos que habla de la igualdad de derechos entre hombres y mujeres⁷⁹; la Recomendación General 20 que señala que la tortura,⁸⁰ los tratos crueles, inhumanos o degradantes no sólo hacen referencia al dolor físico, sino también al sufrimiento moral, que resulta particularmente importante cuando se trata de menores frente a casos de violación sexual o de una maternidad forzada. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial desarrolló la Observación General XXV “Relativa a las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género”⁸¹ y el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales número 16 “La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales”.⁸²

Por su parte, el Comité CEDAW ha desarrollado a la fecha veintiséis recomendaciones generales, que proveen lineamientos claros sobre diversos temas como la violencia contra la mujer, medición y cuantificación del trabajo doméstico no remunerado de la mujer y su reconocimiento en el producto nacional bruto, mujeres que trabajan sin remuneración en empresas familiares rurales y urbanas, la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, trabajadoras migratorias, por mencionar algunas. Cabe destacar la Recomendación General 24⁸³ que desarrolla de manera integral lo que deberá entenderse por la salud de las mujeres, así como la Recomendación General 25 que detalla las características que deben tener las

⁷⁷ Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, CEDAW/C/MEX/CO/6, 25 de agosto de 2006, párrafos 25 y 32.

⁷⁸ Comité contra la Tortura, observaciones finales a Nicaragua, CAT/C/NIC/CO/1, 10 de junio de 2009, párrafo 16.

⁷⁹ Desarrolla el artículo 3 del Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos. Fue Adoptada en el 2000.

⁸⁰ Desarrolla el artículo 7 que prohíbe la tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes. Adoptada en el año 1992.

⁸¹ Adoptada en su periodo 56º de sesiones del Comité contra la Discriminación Racial (2000).

⁸² Adoptada en su 34º periodo de sesiones (2005). Desarrolla el artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁸³ Recomendación General Nº 24, La Mujer y la Salud, que desarrolla el artículo 12 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer. Adoptada en su 20º periodo de sesiones (1999).

medidas especiales de carácter temporal para avanzar hacia el reconocimiento de los derechos de las mujeres.⁸⁴

Por lo que se refiere a la resolución de casos, los órganos de tratados, han adoptado algunas resoluciones que desarrollan los derechos de las mujeres. Un caso emblemático es el de *K.L. contra Perú* analizado por el Comité de Derechos Humanos.⁸⁵ En este caso se hace una interpretación amplia del derecho a la salud, y se señala que el forzar a una mujer a llevar a término un embarazo sabiendo que el feto era inviable es violatorio del derecho a estar libre de tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes. Sin embargo, los retos en cuando a la resolución de casos es evidente todavía, en lo que se refiere al reconocimiento de las uniones de personas del mismo sexo.⁸⁶

Respecto al posicionamiento a nivel internacional de los derechos humanos de las mujeres, por parte de otros entes de Naciones Unidas, más allá de los propiamente considerados como de defensa de los derechos humanos, han habido avances significativos en la última década. En el año 2000, con la adopción de la Declaración y Objetivos de Desarrollo para el Milenio,⁸⁷ los países miembros se comprometieron a reducir entre 1990 y 2015, la tasa de mortalidad materna en tres cuartas partes.⁸⁸ En los años 2000-2008, se adoptaron las resoluciones por parte del Consejo de Seguridad en las que se hace un reconocimiento de varios temas, entre ellos de la violencia sexual en contra de las mujeres y niñas como táctica de guerra; sobre la importancia de la participación en las iniciativas encaminadas al mantenimiento y fomento de la paz y la seguridad y sobre la eliminación de la violación y otras formas de violencia sexual.⁸⁹ Recientemente, el Consejo de Derechos Humanos adoptó una resolución sobre “Mortalidad y Morbilidad Materna y Derechos Humanos”, la cual lo coloca como un tema de derechos humanos, a pesar de la oposición de varios países que señalaban que éste es un tema de salud y desarrollo.

⁸⁴ Comité de la 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. Adoptada en su 30º periodo de sesiones (2004).

⁸⁵ Comité de Derechos Humanos, Comunicación No. 1153/2003, CCPR/C/85/D/1153/2003, 22 de noviembre de 2005.

⁸⁶ Cfr. *Caso Julieta Joslin y otras contra Nueva Zelanda*, comunicación No. 902/1999.

⁸⁷ Resolución aprobada por la Asamblea General el 8 de septiembre de 2000 en su quincuagésimo quinto periodo de sesiones.

⁸⁸ Cfr. Objetivo 5 de Desarrollo de la ONU para el Milenio.

⁸⁹ Cfr. Resolución 1325 del Consejo de Seguridad sobre Mujeres, Paz, y Seguridad, del 31 de octubre de 2000 y Resolución 62/134: Eliminación de la violación y otras formas de violencia sexual en todas sus manifestaciones, especialmente en situaciones de conflicto y situaciones análogas, 7 de febrero de 2008.

Por su parte, el Secretario General de Naciones Unidas, Ban Ki Moon, lanzó una Campaña en 2009 para poner fin a la violencia en contra de las mujeres, misma que se extenderá hasta 2015 con vistas a reconocer que las múltiples conexiones que tiene la violencia contra las mujeres ponen en riesgo el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo del Milenio para ese mismo año. Con esta campaña se hace un llamado a los gobiernos, a la sociedad civil, al sector privado, a los medios de comunicación y al propio sistema de las Naciones Unidas para trabajar de manera conjunta en la prevención y eliminación de la violencia contra las mujeres y las niñas. El Secretario General ha publicado también algunos informes sobre los derechos de las mujeres.⁹⁰

Finalmente, las últimas noticias positivas para las mujeres, se recibieron recientemente el 2 de julio de 2010 cuando la Asamblea General de Naciones Unidas, a través de la Resolución A/64/L-56, votó de manera unánime por la creación de una nueva entidad para la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres: ONU Mujer. Esta propuesta surge dentro del contexto de la reforma de las Naciones Unidas, emprendida desde hace algunos años por el anterior Secretario General, Kofi Annan, a lo que varias organizaciones de la sociedad civil denominaron la “Reforma de la arquitectura de la ONU para lograr la igualdad de género”.

De acuerdo con esta resolución, ONU Mujeres tendrá el mandato de lograr la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres. Así, se enfrenta al difícil reto de impulsar políticas encaminadas a eliminar la discriminación contra las mujeres que aún persiste en la gran mayoría de sus países miembros. Hasta el momento, las Naciones Unidas no contaban con una estrategia integral para abordar las situaciones de discriminación que aquejan a las mujeres. Las estrategias estuvieron divididas entre cuatro organismos distintos: el Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (Unifem), la Oficina del Asesor Especial sobre Cuestiones de Género (OSAGI), la División para el Avance de las Mujeres (DAW) y el Instituto Internacional de Investigaciones y Capacitación para la promoción de la Mujer (Instraw). Estos organismos, que ahora serán fusionados dentro de la nueva entidad, carecieron de financiamiento, ausencia de autoridad y priorización, débil implementación y rendición de cuentas, así como una descoordinación entre los organismos u órganos encargados de velar o impulsar la perspectiva de género.⁹¹

⁹⁰ Cfr. página de internet del Secretario General: <<http://www.un.org/spanish/sg/>>.

⁹¹ De manera positiva, la resolución de creación contempla la participación activa de la sociedad civil en el funcionamiento de ONU Mujer. El papel que jugará la sociedad civil en el monitoreo y rendición de cuentas a esta entidad será de fundamental importancia para garantizar que se obtengan resultados concretos y tangibles, para lo que será indispensable asegurar los recursos humanos y financieros necesarios.

En pocas palabras, ninguna de estas cuatro entidades tuvo el poder político en el escenario internacional necesario que pretende tener ONU Mujer.⁹²

El nacimiento de esta nueva entidad es sin duda un gran paso. ONU Mujer vuelve a poner el dedo sobre el renglón de la importancia que tiene el lograr la igualdad en nuestras sociedades para fortalecer las democracias. Habrá que dar seguimiento cercano a las actividades de ONU Mujer para valorar la efectividad que tiene en lograr su objetivo.

Hoy se puede considerar al derecho internacional de los derechos humanos como una poderosa herramienta para proteger los derechos fundamentales, es decir, respetar y proteger la dignidad humana, condenar los actos y omisiones por parte de un Estado que violente estos derechos, así como ofrecer una reparación integral a quienes hayan sufrido las violaciones. Particularmente avanzar hacia la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres, es una herramienta para combatir la discriminación y reivindicar los derechos de las mujeres frente a atentados o violaciones a su dignidad. En las últimas casi tres décadas, se han obtenido resultados importantes y logros significativos dentro del derecho internacional de los derechos humanos, con la finalidad de garantizar plenamente los derechos de las mujeres – es decir, se ha puesto fin a la invisibilización de las mujeres.

Es importante resaltar que, si bien la normativa y mecanismos específicos existentes para la defensa y protección de los derechos de las mujeres son fundamentales, no debe olvidarse que la normativa general que existe, es igualmente útil para su defensa siempre y cuando se haga una amplia interpretación que incluya la perspectiva de género. En este sentido, los nueve tratados principales de Naciones Unidas en materia de derechos humanos⁹³ deben ser utilizados para reivindicar los derechos de las mujeres, pues contemplan derechos de los que son igualmente titulares las mujeres. Solo la combinación de ambas normativas, la general y la específica para la protección de las mujeres, permitirá garantizar un pleno reconocimiento de la dignidad de todas y cada una de las mujeres.

Uno de los retos más importantes al impulsar la defensa de los derechos de las mujeres, sigue siendo el lograr incorporar dentro de los derechos humanos una perspectiva integral, en donde se incluya la perspectiva de género, para que los

⁹² ONU Mujer estará encabezado por una Subsecretaría General, el tercer cargo en importancia dentro del sistema de la ONU, detrás del Secretario General y del Secretario General Adjunto. Michelle Bachelet fue designada por el Secretario General de la ONU, Ban Ki-Moon en septiembre de 2010, como titular al frente de ONU Mujer.

⁹³ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965), Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (1966), Pacto Internacional sobre Derechos económicos, sociales y culturales (1966), Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984), Convención sobre los Derechos del Niño (1989), Convención sobre las Personas con Discapacidad (2006), y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

derechos de las mujeres no sean vistos como un “tema” separado o ajeno al resto del discurso del derecho internacional de los derechos humanos.

La ONU, de acuerdo con su preámbulo, está encargada de velar por la paz mundial, la seguridad, el desarrollo y los derechos humanos, pero no debe olvidarse que sus tomas de decisiones son complejas. Se trata de la burocracia más grande a nivel mundial y en donde concluyen intereses y visiones del mundo distintas. Por ello, para lograr acuerdos y consensos dentro de la misma se debe de tomar en cuenta su carácter político para lograr avances.

En diciembre de 2009 se cumplieron 30 años de que la CEDAW fue adoptada, y aún vemos que los derechos ahí establecidos siguen estando lejos de ser una realidad para todas las mujeres. Los Estados no han logrado transformar el contenido de la CEDAW, unos menos que otros, en políticas públicas, legislaciones, fallos judiciales, erradicación y modificación de prácticas culturales y religiosas, para garantizar, como es su obligación, los derechos humanos de las mujeres.

GÉNERO Y DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES: ESTÁNDARES CONCEPTUALES Y NORMATIVOS EN CLAVE DE DERECHO INTERNACIONAL

Soledad García Muñoz

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende abordar las principales claves para entender el concepto contemporáneo de los derechos humanos de las mujeres, así como también ofrecer un análisis de las herramientas normativas de origen internacional que vinculan a todos los poderes e instituciones del Estado.

El reconocimiento legal de los derechos humanos de las mujeres, la mitad (y más) de la humanidad, se ha producido, como quien dice, a la vuelta de la esquina de la historia, siendo mucho el camino que aún queda por recorrer, pero también notable el trecho avanzado en un periodo relativamente corto de tiempo.¹

Fue después de la Segunda Guerra Mundial, cuando la Comunidad Internacional empezó a prestar una especial atención a los derechos de las personas, mediante un proceso de humanización del que las mujeres nos hemos beneficiado particularmente.

Finalmente, aunque con tristes excepciones según los países y una enorme brecha en términos de efectivo disfrute, las mujeres hemos logrado ver reconocida nuestra humanidad y los derechos que a la misma le son inherentes. En ese sentido son muchas las cosas que las mujeres tenemos para celebrar, aunque seguramente no tantas como las que nos siguen amenazando.

¹ Debemos considerar que hasta bien entrado el siglo xx, las mujeres habíamos sido excluidas del mundo de los derechos, sin tener los nuestros reconocidos ni tan siquiera a nivel formal.

Resulta claro que el aprovechamiento por las mujeres de las instancias internacionales ha sido el motor principal del progresivo avance de los derechos de las humanas. La arena internacional, por tanto, fue y continúa siendo de importancia estratégica para las mujeres de todos los continentes, resultando frecuente que cueste menos lograr avances en este tipo de espacios sin fronteras, que dentro de los propios países. Las organizaciones internacionales intergubernamentales han resultado ser instancias de gran receptividad a los reclamos de las mujeres, y los logros que en su marco se obtienen proporcionan valiosas plataformas de acción para incidir después en las respectivas realidades nacionales.

Por ello, este trabajo invita a hacer un recorrido por los mayores avances conceptuales y normativos de derechos humanos que las mujeres hemos logrado en los últimos 60 años, teniendo como referencia obligada los instrumentos y los estándares internacionales sobre derechos humanos de las mujeres adoptados en la Organización de las Naciones Unidas (ONU), como en la Organización de los Estados Americanos (OEA).

Cabe también subrayar la adopción por el H. Congreso de la Unión de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, como un notable avance para los derechos humanos de las mujeres en México.² Este marco legislativo de fuente nacional, se basa en gran medida en los instrumentos y los estándares internacionales que vinculan a la República Mexicana y cuyo análisis se ofrece en los siguientes apartados.

II. ASPECTOS CONCEPTUALES CLAVES PARA ENTENDER LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES

Los derechos humanos son atributos inherentes a las personas por el mero hecho de serlo, cuyo disfrute resulta indispensable para vivir con dignidad.

A partir de ello, no habría por qué diferenciar entre los derechos de las mujeres y los de los hombres. Sin embargo, la especificidad de las violaciones de derechos humanos que sufren las mujeres en función de su género, así como algunas necesidades que solamente las mujeres tienen (como las que rodean la función reproductiva femenina y la experiencia de la maternidad), han llevado a conferir un carácter también específico al reconocimiento y a la protección de los derechos de la mitad de la población mundial.

Los derechos humanos de las mujeres se inscriben así en un proceso de especificación de los derechos humanos, el cual ha supuesto la progresiva sensibiliza-

² Dicha ley fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1 de febrero de 2007 y puede consultarse en <www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/doc/LGAMVLV.doc>.

ción del derecho internacional, como también de los derechos nacionales, hacia las personas y los colectivos de personas cuyos derechos humanos están expuestos a violaciones específicas o que requieren una protección reforzada. Éste sería el caso, entre otros, de las personas trabajadoras migrantes, de las personas refugiadas, de las personas con discapacidad, de las personas y los pueblos indígenas, o de las niñas, los niños y los adolescentes.³ En el caso de las mujeres, patrones históricos y universales de violación de los derechos humanos en razón del género, manifestados en la discriminación y en la violencia contra las mujeres, así como la falta de acceso a y de disfrute de los derechos sexuales y reproductivos, han hecho que los sistemas internacionales y nacionales de protección de los derechos humanos se hayan orientado a proteger a las mujeres de manera cada vez más precisa.

Comprendiendo la especificidad universal en que se encuadran los derechos humanos de las mujeres, resulta también importante entender que se trata de un concepto dinámico, que ha ido enriqueciéndose a medida que la Comunidad Internacional y los Estados que la integran han intensificado su atención hacia las mujeres y sus circunstancias. En el momento actual de evolución del derecho de los Derechos Humanos de las Mujeres, considero que éstos podrían ser definidos como sigue:

El derecho inherente y universal de cada mujer del mundo a vivir una vida libre de discriminación y libre de violencia, siendo dueña de su cuerpo y de su mente, gozando de autonomía sexual y reproductiva; tanto en el ámbito público, como en el privado; tanto en tiempos de paz, como de guerra. Este derecho es, a su vez, un requisito indispensable para el disfrute efectivo por las mujeres de la integralidad de los derechos humanos.

Posteriormente, mediante el análisis de los estándares específicos de derechos humanos de las mujeres que examinaré en la segunda parte de este trabajo, quedará comprobada la raigambre internacional de esta propuesta de definición.

A. Universalidad de los derechos humanos de las mujeres

Los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales. La plena participación, en con-

³ Cfr. Gregorio Peces-Barba Martínez, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 181.

diciones de igualdad, de la mujer en la vida política, civil, económica, social y cultural en los planos nacional, regional e internacional y la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo son objetivos prioritarios de la comunidad internacional. (Declaración y Programa de Acción de Viena, párrafo 18.)

El texto que precede es uno de los estandartes del movimiento de mujeres en todo el mundo. La Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993, supuso un hito conceptual para los derechos humanos en general y para los de las mujeres en particular. Primero, porque al declarar la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos, la Declaración y Programa de Acción de Viena respalda de manera clara la integridad de todos los derechos de todas las personas, sin discriminación por circunstancia alguna, como el sexo/género.⁴

En segundo lugar, porque la Conferencia reconoció lo que podría parecer una tautología, pero que no debía resultar una verdad tan evidente cuando hubo la necesidad de afirmarla y suscitó no pocas controversias entre varias de las delegaciones participantes, esto es, que *los derechos humanos de las mujeres son derechos humanos*.

En tercer lugar, porque al afirmar la universalidad de todos los derechos humanos, para todas y para todos, y reconocer la vigencia de los derechos humanos de las mujeres sobre los patrones y prácticas culturales que con frecuencia los niegan, la Conferencia puso a los derechos de las humanas por encima de la falsa antinomia entre los derechos humanos de las mujeres y el aprecio por la diversidad cultural. Es sabido que los argumentos basados en la primacía de la “cultura” sobre los derechos humanos, acusados con frecuencia de ser un concepto impuesto por Occidente, están a la orden del día en no pocos lugares. De manera harto sospechosa, los derechos humanos de las mujeres son objetivos prioritarios de estas teorías negadoras.⁵

La Conferencia de Viena contribuyó enormemente a desmentir esos mitos, al establecer la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos; así, la Declaración y Programa de Acción reconoció que

...debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y

⁴ Cfr. *Declaración y Programa de Acción de Viena*, párr. 5. Documento A/CONF.157/23.

⁵ Para un análisis de esta realidad se sugiere la lectura del trabajo de Diana J. Fox, “Women’s Human Rights in Africa: Beyond the Debate Over the Universality or Relativity of Human Rights”. Disponible en: <<http://web.africa.ufl.edu/asq/v2/v2i3a2.htm>>.

culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.⁶

Asimismo, subrayó que “la violencia y todas las formas de acoso y explotación sexuales, en particular las derivadas de prejuicios culturales y de la trata internacional de personas son incompatibles con la dignidad y la valía de la persona humana y deben ser eliminadas”.⁷

En cuarto lugar, porque el reconocimiento de la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos, poniendo en un plano de igualdad a los derechos económicos, sociales y culturales (también conocidos como DESC) y a los derechos civiles y políticos, tiene una importancia fundamental para las mujeres del mundo que sufren discriminación y violencia de género, viendo así afectado el disfrute de la generalidad de sus derechos humanos.

La Conferencia de Viena resultó, por tanto, de suma importancia para el apuntalamiento de los derechos humanos de las mujeres, por cuanto además de contribuir a cimentar su conceptualización y fundamentación, originó una plataforma de acción llamada a impactar en los países de la comunidad internacional, como también en la propia organización de las Naciones Unidas.⁸ En tal sentido, una consecuencia directa del llamado de la Conferencia fue la adopción de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra las Mujeres de Naciones Unidas.⁹

Otras conferencias mundiales celebradas en los años noventa del siglo xx también han supuesto importantes avances para la conceptualización de los derechos humanos de las mujeres. Es el caso de la Conferencia sobre Población y Desarrollo celebrada en El Cairo en 1994, fuente directa de reconocimiento de los derechos sexuales y los derechos reproductivos de las personas, a la cual me remitiré de nuevo más adelante.

Por su parte, la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995, supuso otro importante hito para los derechos de las mujeres, por cuanto los 191 Estados participantes ratificaron su convencimiento de que “los derechos humanos de las mujeres son derechos humanos” y se obligaron a adoptar numerosas medidas para garantizarlos. Los resultados de dicha Conferencia han sido objeto de examen y evaluación cada cinco años, la última de estas revisiones ha te-

⁶ Cfr. *Declaración y Programa de Acción de Viena*, párr. 5.

⁷ Cfr. *ibid.*, párr. 18.

⁸ Cfr. *ibid.*, párrafos 36 a 44, los cuales integran el capítulo titulado: “La igualdad de condición y los derechos humanos de la mujer”.

⁹ Cfr. *ibid.*, párr. 38. Dicha Declaración fue adoptada mediante la Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993.

nido lugar en Nueva York en marzo del 2010, en el evento conocido como “Beijing +15”.¹⁰

De lo hasta aquí expuesto resulta evidente que los derechos humanos de las mujeres, tal como fueron definidos con anterioridad, son específicamente universales y se suman a los propios de todos los seres humanos. Esto significa que todas las mujeres del mundo, allá donde vivan, son titulares de derechos humanos generales por el hecho de ser personas, y específicos por el hecho de ser mujeres. Aunque este postulado no asegure *per se* a las mujeres una vida libre de violencia y de discriminación, lo cierto es que resulta una conquista histórica de las mujeres que también augura mayores progresos.

B. Violencia y discriminación contra las mujeres: los grandes enemigos a combatir

Los primeros instrumentos específicos de derechos humanos destinados a las mujeres fueron adoptados a mediados del siglo pasado, y giraron en torno a temas tales como la nacionalidad o el reconocimiento de los derechos civiles y políticos de las mujeres. Posteriormente, los sistemas internacionales de derechos humanos han identificado la discriminación y la violencia como los dos ejes temáticos principales para desarrollar una protección específica de los derechos de las humanas.

Es fácil comprender el motivo de esta focalización, ya que ambas realidades aglutinan la inmensa mayoría de los atentados contra los derechos humanos que sufren las mujeres en su condición de tales. Por ello que el concepto de los derechos específicos de las mujeres enunciado con anterioridad, se articula básicamente en torno a estos dos grandes temas y a los instrumentos jurídicos que los contemplan. Me refiero claro está al derecho de las humanas a vivir una vida libre de violencia y de discriminación, contenido ciertamente esencial de los derechos humanos de las mujeres.

En Naciones Unidas se adopta en 1979 la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), complementada por su Protocolo Facultativo en 1999; y en 1993 la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer, que deja puestas las bases para la futura adopción de una convención en la materia de carácter universal. Por su parte, en el sistema propio de la Organización de los Estados Americanos (OEA), también conocido como sistema interamericano, se adopta la Convención Interamericana para Pre-

¹⁰ Para información relacionada se aconseja visitar <<http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing15/documentation.html>>.

venir, Erradicar y Sancionar la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) en 1994.¹¹

Estos instrumentos, que serán examinados con posterioridad, resultan impresionables para comprender cómo el concepto de discriminación contra las mujeres en razón de género ha ido asentándose de manera progresiva y creciente en el seno de la protección internacional de los derechos humanos, pionera en muchos casos en relación con la que se ofrece en los propios Estados nacionales.

La adopción de la CEDAW marcó un hito universal en este sentido, toda vez que supone el reconocimiento, en un instrumento internacional y vinculante para los Estados miembros, de una ampliación del concepto de derechos de las mujeres, puesto que contempla tanto las violaciones de derechos que las mujeres sufren en el ámbito público, como en el privado, es decir, tanto en esferas propias de la vida en sociedad, como en el de las relaciones interpersonales o familiares.¹²

Además el Comité de la CEDAW, en su Recomendación General 19, establece un paradigma de enorme importancia al reconocer que: “La violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre”.¹³ Violencia y discriminación contra las mujeres son pues dos realidades sinalagmáticas, las dos caras de una misma moneda en las que se engloban la inmensa mayoría de las violaciones género específicas de los derechos humanos de las mujeres.

Según señala el Comité en el mismo documento, la definición de discriminación del artículo 1 de la CEDAW

... incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de libertad. La violencia contra la mujer puede contravenir disposiciones de la Convención, sin tener en cuenta si hablan expresamente de violencia.¹⁴

¹¹ Asimismo, la Unión Africana cuenta con un “Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los Derechos de la Mujer en África” desde el año 2003.

¹² Esto resulta sumamente importante para las mujeres, pues el espacio de lo privado quedaba fuera de la protección tradicional o clásica de los derechos humanos, y sin embargo, es en el que se producen un ingente número de violaciones de los derechos de las mujeres ante la pasividad estatal. En los sistemas regionales americano y africano, esa misma ampliación conceptual se ha consagrado en la Convención de Belém do Pará y en el Protocolo sobre Derechos de las Mujeres en África, respectivamente.

¹³ Cfr. Comité de la CEDAW, “Recomendación General No. 19. La violencia contra la mujer”, párr. 1. Cfr. en Naciones Unidas, *Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos*. Doc. HRI/GEN/Rev.5, 26 de abril de 2001, pp.239 y ss. Puede consultarse en <<http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf>>.

¹⁴ *Ibid.*, párr. 6

La Convención de Belém do Pará también contempla esa relación sinalagmática entre discriminación y violencia contra las mujeres; concretamente en su artículo 6 que reza: “El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación ...”.

Por ende, los dos grandes temas en los que se agrupa el proceso de especificación de los derechos de las mujeres, a su vez confluyen.

Igualdad y no discriminación: herramientas indispensables para asegurar los derechos humanos de las mujeres

El derecho a la igualdad y el derecho a la no discriminación, están reconocidos en los instrumentos normativos generales y específicos sobre derechos humanos. Constituyen derechos de gran importancia para proteger los derechos humanos de las mujeres, debiendo en todo caso reconocerse que el tipo de igualdad plasmada en los instrumentos generales sobre derechos humanos como en las constituciones y legislaciones nacionales, tuvo cierto carácter androcéntrico, pues en cierta forma fue concebida desde la óptica de la equiparación de *la mujer con el hombre*, sin grandes planteamientos acerca de si lo que las mujeres buscamos en nuestra lucha por la igualdad es llegar a ser idénticas a los hombres.¹⁵

Por eso resulta tan pertinente formular nuevas lecturas sobre el derecho de igualdad, tratando de que se interprete siempre desde la diversidad y con el debido respeto a las diferencias.¹⁶ Para ello debemos poner el principio de no discriminación en primera línea. Dicho principio, que informa a todos los derechos humanos, es una piedra angular en la defensa de los derechos de las mujeres, y su contenido debe guiar la lucha contra la discriminación hacia las mujeres.

Una situación determinada de discriminación va a implicar siempre una diferenciación de situaciones iguales, o una igualación de situaciones diferentes. Cuando se ha comprobado ese aspecto, el segundo elemento que debe entrarse a demostrar es que esta diferenciación no tenga una base objetiva y razonable, como evidencian los estándares internacionales desarrollados sobre el particular y que a continuación se desarrollan.

¹⁵ Para valiosas reflexiones teóricas sobre la cuestión Cfr. el libro del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), *Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación para los derechos humanos de las mujeres en los instrumentos del Sistema Interamericano*, 2009. Disponible en: <http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/PaginaExterna.aspx?url=/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_945261041/Igualdadynodiscriminacion.doc>.

¹⁶ Sobre la noción de igualdad resulta particularmente recomendable la obra de Celia Amorós. Un breve e inspirador artículo en torno al tema, titulado “La idea de Igualdad” puede encontrarse en Internet: <<http://www.geocities.com/athens/parthenon/8947/celiamoros.htm>>.

Estándares internacionales sobre el principio de no discriminación

En su Análisis sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa para promover la participación política de las mujeres y los principios de igualdad y no discriminación, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que: "Para identificar un trato discriminatorio, es necesario comprobar una diferencia en el trato entre personas que se encuentran en situaciones suficientemente análogas o comparables."¹⁷ El factor comparabilidad es pues un punto de partida necesario para comprobar la existencia de discriminación.

El otro aspecto a determinar es la razonabilidad y la objetividad de la diferenciación. Como ha afirmado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Marcks contra Bélgica*: "una distinción es discriminatoria si carece de una 'justificación objetiva y razonable'", es decir, "si no persigue un objetivo legítimo" o si no existe "una relación de proporcionalidad razonable entre los medios utilizados y los objetivos a realizar..."¹⁸

La Corte Interamericana también ha hecho suyo ese razonamiento, y, *a sensu contrario*, dispuso en su Cuarta Opinión Consultiva, que no estaremos ante un caso de discriminación cuando

...una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.¹⁹

El Estado en cuestión tendrá siempre que probar que la desigualdad de trato sea objetiva, razonable, que busque un legítimo objetivo, y que guarde proporci-

¹⁷ Cfr. Comisión IDH, "Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación", en *Informe Anual de la CIDH*, 1999, Capítulo 6: Estudios Especiales OEA/Ser.L/V/II.106; Doc. 3 de 13 abril 2000. Puede consultarse en: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/capitulo6a.htm>>.

¹⁸ Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Marcks vs. Bélgica*, Sentencia de 13 de junio de 1979, párr. 33. Cfr. en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos: 25 años de jurisprudencia* (1959-1983); Madrid, España, Ed. Boletín de Jurisprudencia Constitucional, Cortes Generales, pp. 523-562.

¹⁹ Cfr. Corte IDH, "Opinión Consultiva OC-4/84, del 19 de enero de 1984. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización", párr. 57.

nalidad entre medios y fines, para no ver comprometida su responsabilidad internacional.

También debemos estar alerta y aprender a relacionar la discriminación que sufren las mujeres por el hecho de serlo, con otros motivos concurrentes de discriminación. Porque, como ha afirmado el Comité de Derechos Humanos en su Observación General 28:

La discriminación contra la mujer suele estar íntimamente vinculada con la discriminación por otros motivos como la raza, el color, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, nacimiento, o cualquier otra condición social.²⁰

Es frecuente que una mujer sufra discriminación, además de por serlo, también por otros factores que se entrelazan con su condición de mujer, como vivir en situación de pobreza, o ser indígena, o refugiada, o lesbiana, o migrante, etc. Por ello, la interseccionalidad entre los diferentes tipos de discriminaciones es una herramienta conceptual de primer orden para comprender y proteger los derechos humanos de las mujeres. En sociedades multiculturales y con tantas brechas sociales, como las propias de los países latinoamericanos o caribeños, esta dimensión cobra una especial importancia para el análisis y para la acción sobre la situación de las mujeres.²¹

Género, perspectiva de género, feminismos y derechos humanos de las mujeres

Los gobiernos y otros actores deberán promocionar una política activa y visible del mainstreaming de género, en todas las políticas y programas, para que, antes de que se tomen las decisiones, se realice un análisis de los efectos producidos en mujeres y hombres, respectivamente. (Plataforma de Acción de Beijing, 1995: Pár.79, 105, 123, 141, 164, 189, 202, 229, 238, 252 y 273).

²⁰ Cfr. Comité de Derechos Humanos, "Observación General N° 28. Artículo 3 (Igualdad de derechos entre hombres y mujeres)", adoptada en el 68º periodo de sesiones (2000), párr. 30.

²¹ La lectura del artículo de Lucy Mulenkei, "Indigenous Women's Rights in Africa" es útil para comprobar cómo opera la interseccionalidad de discriminaciones (por género, etnia y clase) en relación con las mujeres indígenas africanas. Disponible en <<http://www.cpsu.org.uk/downloads/Lucy%20Mulenkei.pdf>>.

La categoría género surge en el movimiento feminista de los años setenta del siglo pasado con el ánimo de explicar la artificialidad de las desigualdades entre mujeres y hombres; a tal impulso debemos su actual vigencia y desarrollo.²²

Siguiendo el concepto empleado por la Asesora Especial en temas de género y avance de las mujeres del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de Naciones Unidas, *género* se refiere a:

...los atributos sociales y las oportunidades asociados con ser hombre y mujer y las relaciones entre hombres y mujeres y las niñas y los niños, así como las relaciones entre mujeres y entre los hombres. Estos atributos, oportunidades y relaciones son socialmente construidos y se aprenden a través de los procesos de socialización. Son contextuales y cambian en el tiempo. El género determina lo que se espera, permite y valora en una mujer o un hombre en un contexto dado. En la mayoría de las sociedades hay diferencias y desigualdades entre mujeres y hombres en las responsabilidades asignadas, las actividades realizadas, el acceso y control sobre los recursos, así como en cuanto a las oportunidades para la toma de decisiones. El género es parte del contexto socio-cultural ampliamente considerado. Otros criterios importantes para el análisis socio-cultural son la clase, raza, nivel de pobreza, grupo étnico y edad.²³

Un aporte fundamental ha sido hecho por Joan Scott, autora que distingue dos partes interrelacionadas en la conceptualización de la categoría género; reconociéndola como un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen los sexos; así como también *como* “una forma primaria de relaciones significantes de poder”.²⁴ A partir de su estudio y el de otras teóricas feministas, resulta claro que el reconocimiento y la acción sobre la asimetría de las relaciones de poder entre mujeres y hombres es un aspecto central para el avance de los derechos humanos de las mujeres.²⁵

A partir de la idea de género, se ha construido toda una teoría que tiene como una de sus herramientas principales lo que se denomina perspectiva de género; la cual informa de manera creciente la mayoría de las ciencias e instituciones contemporáneas. La perspectiva de género puede definirse como “el enfoque o contenido

²² Un completo análisis de la cuestión puede encontrarse en M. Teresita de Barbieri, “Certezas y malos entendidos sobre la categoría género”, en IIDH, *Estudios Básicos de Derechos Humanos IV*; Ed. IIDH y Comisión de la Unión Europea, 1996, pp. 47 a 84.

²³ Original en inglés, la traducción nos pertenece. Para este y otros conceptos relacionados visitar la página: <<http://www.un.org/womenwatch/osagi/conceptsanddefinitions.htm>>.

²⁴ Cfr. Joan Scott, 1990. “El género: una categoría útil para el análisis histórico”; en *Historia y género: Las mujeres en la Europa moderna y contemporánea*, J. Amelang y M. Nash (coords.), Universidad de Valencia, p. 44.

²⁵ Cfr. por ejemplo Marcela Lagarde, “La perspectiva de género”, en *Género y feminismo. Desarrollo humano y democracia*, España, Horas y Horas, 1996, pp. 13-38.

conceptual que le damos al género para analizar la realidad y fenómenos diversos, evaluar las políticas, la legislación y el ejercicio de derechos, diseñar estrategias y evaluar acciones, entre otros”.²⁶

Género y perspectiva de género informan cada vez más el reconocimiento y la protección nacional e internacional de los derechos humanos. Tanto los ordenamientos jurídicos nacionales, como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario o el Derecho Internacional de las Personas Refugiadas, van integrando progresivamente en su seno esta mirada que posibilita una más eficaz protección de los derechos humanos. Así, el fenómeno de *transversalización (mainstreaming)* por el género de la protección internacional de los derechos humanos, se materializa en numerosos aspectos.²⁷

Por ejemplo, en la adopción de instrumentos específicos para proteger los derechos humanos de las mujeres, como la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW); su existencia es una clara manifestación de la sensibilización progresiva del derecho internacional de los derechos humanos hacia la perspectiva de género.

Asimismo, el concepto género se encuentra incorporado literalmente en textos e instrumentos nacionales e internacionales sobre derechos humanos, lo cual es un claro indicador de la alta asunción y valor que la comunidad internacional ha dado a este concepto. Destaca en este sentido la Convención de Belém do Pará, que en su artículo 1º define la violencia contra la mujer como “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 de lo público como en el privado”.

También el Estatuto de Roma para la creación de una Corte Penal Internacional se ha apropiado del concepto género, que a sus efectos se entiende referido “a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad”.²⁸ Igualmente, el Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los derechos humanos de las mujeres en África, utiliza el concepto género en varias ocasiones a lo largo de su articulado.

²⁶ Cfr. Laura Guzmán S. y Fabiola Campillo C., en IIDH, *Marco de referencia y estrategia para la integración de la perspectiva de género en el IIDH*, San José (Costa Rica), 30 de noviembre de 2000, p. 25.

²⁷ La tesis es sostenida y desarrollada por Soledad García Muñoz, en “La progresiva ‘generización’ de la protección internacional de los derechos humanos,” en REEI (*Revista Electrónica de Estudios Internacionales*), núm. 2 del 2001. Cfr. en <<http://www.reei.org/reei.2/Munoz.PDF>>. En dicho trabajo se acuña el concepto de “generización” de la protección internacional de los derechos humanos, entendido como el “fenómeno de transversalidad o impregnación por el género, como concepto y perspectiva de análisis, de la tarea de reconocimiento, promoción y salvaguardia de los derechos humanos...”

²⁸ Cfr. art. 7.3 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Adoptado en Roma, el 17 de julio de 1998, en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional.

Aplicar la dimensión de género enriquece sobremanera el diagnóstico de las realidades bajo análisis, como también las estrategias de actuación. En materia de derechos humanos, nos permite, entre otras cosas, visualizar inequidades y detectar mejor las necesidades de protección que precisan quienes padecen esas desigualdades por motivos de género, con base en el análisis basado en el impacto diferencial que la situación bajo estudio (por ejemplo, la migración o el VIH/sida) suponga en términos de disfrute de derechos para las mujeres y para los hombres. Ofrece, pues, grandes ventajas y posibilidades para la efectiva tutela de las personas, especialmente de las mujeres. Por ello es lógico y necesario que el concepto género y su perspectiva calen hondo en la protección de los derechos humanos, llegando a constituir un elemento transversal de cualquier acción que se emprenda en la materia.

Luego, el concepto género aporta una nueva forma de entender la humanidad, a partir de la consideración de que es la sociedad quien se encarga de asignar a las personas características fijas, y el papel a desempeñar en ella en función del sexo biológico de las personas; siendo así un hecho socio cultural y no “natural” que se haya colocado al sexo femenino en una posición de subordinación histórica respecto del masculino.

Precisamente porque es una construcción social, artificial y voluntaria, es por lo que puede y debe ser modificada en aquellos casos en que la asignación perjudique, discrimine e incluso subordine a las personas en razón de su género –como ha ocurrido históricamente con las mujeres–, o por su orientación sexual o identidad de género –como sucede con las personas lesbianas, gays, bisexuales, travestis, transgénero, transexuales e intersexuales (colectivo conocido por las siglas LGTTTB).²⁹

Tras explicar el concepto de género, el de perspectiva de género y la innegable relación de los mismos con los derechos humanos de las mujeres, quiero destacar también la íntima conexión entre el pensamiento y práctica feministas con los derechos humanos.

Resulta complejo poner bajo un mismo sombrero conceptual al feminismo por su diversidad de manifestaciones, y desde luego resulta preferible utilizar el término “feminismos” para englobar la pluralidad de corrientes que abarca. En mi visión, Ana de Miguel pone en contacto la esencia de todos los feminismos, cuando

²⁹ La discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género ocasiona graves violaciones de derechos humanos, que hasta el momento la comunidad internacional está siendo incapaz de abordar adecuadamente. Sobre el tema se recomienda la lectura de AA.VV. *Principios de Yogyakarta sobre orientación sexual, identidad de género y derechos humanos*. Disponibles en <<http://yogyakartaprinciples.org>>.

lo describe como “la lucha de las mujeres por la igualdad de derechos y necesidades vitales”.³⁰

Dicho concepto resume la indiscutible relación entre las luchas de las mujeres, como prácticas feministas, con los logros alcanzados en términos de reconocimientos de derechos humanos de las mujeres, y hace que sea imposible concebir éstos sin la persistencia y tenacidad del reclamo de las mujeres. Por ello, estoy totalmente de acuerdo con Alda Facio cuando afirma que: “sin feminismos, otro mundo no es posible”.³¹

Las personas feministas sabemos bien lo difícil que resulta desmitificar los malos entendidos instalados en la sociedad en torno al feminismo, que tantas veces y tan erróneamente resulta considerado como el concepto antónimo del “machismo”. En tal sentido, formular nuestras reivindicaciones con perspectiva de derechos humanos resulta una herramienta estratégica para acabar con los prejuicios negativos en torno a la causa feminista. El movimiento de mujeres es claramente un movimiento de derechos humanos; percibirnos y lograr ser percibido como tal contribuirá seguro a seguir progresando en nuestras metas de justicia y de cambio social.

III. ASPECTOS NORMATIVOS CLAVES PARA LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES: HERRAMIENTAS PRINCIPALES DE LA ONU Y DE LA OEA

Como ya mencioné, la Comunidad Internacional se ha hecho eco de manera progresiva de la negación sistemática de los derechos humanos de las mujeres y ha convenido en la necesidad de protegerlos de manera reforzada, sobre todo en torno a dos grandes temas que encierran la enorme mayoría de violaciones género específicas de los derechos de las mujeres: la violencia y la discriminación. Además, el Derecho de los Derechos Humanos ha ido integrando paulatinamente una tercera esfera de preocupación y de especial significado para las mujeres, a saber: los derechos reproductivos y los derechos sexuales.

Tanto en América Latina y en el Caribe como en otras regiones del mundo, la problemática de la violencia y de la discriminación por motivos de género, sumada a la falta de acceso y de disfrute de los derechos sexuales y de los derechos repro-

³⁰ Cfr. Ana de Miguel, “El feminismo como referencia de legitimidad para las mujeres”. Artículo disponible en <<http://www.nodo50.org/mujeresred/IMG/pdf/elfeminismocomoreferencia.pdf>>.

³¹ Cfr. Alda Facio, “Sin feminismos otro mundo no es posible”, disponible en <<http://www.justassociates.org/El%20feminismo%20necesario.pdf>>.

ductivos afectan a enormes porciones de la población femenina,³² por lo que identificar estos patrones violatorios de derechos humanos y las herramientas jurídicas que existen para combatirlos resulta de importancia estratégica.

A estas temáticas me estaré refiriendo en los próximos apartados, mediante el análisis de los principales instrumentos, mecanismos y estándares provenientes de la Organización de las Naciones Unidas y de la Organización de los Estados Americanos. Si bien en los países latinoamericanos y caribeños se están registrando valiosos avances en la legislación relativa a los derechos de las mujeres (es el caso de Argentina, Brasil, Guatemala, México o Venezuela, por ejemplo) y un progresivo reconocimiento que la “violencia familiar” es un concepto inadecuado e invisibilizador de la “violencia de género contra las mujeres”, lo cierto es que el progreso es desigual y no exento de resistencias.

En cuanto a los exponentes normativos de origen internacional, en las Américas, a diferencia de otras regiones que no cuentan con sistemas propios –como la de Asia Pacífico–, las mujeres contamos con instrumentos y mecanismos género-específicos para proteger nuestros derechos humanos, tanto de carácter universal (Organización de las Naciones Unidas), como regional (Organización de los Estados Americanos). El conocimiento y el uso, nacional e internacional, de esas herramientas resulta ciertamente relevante para seguir avanzando en el reconocimiento y en la protección de los derechos humanos de las mujeres.

La adopción de esta normativa se ha debido a la incansable lucha de las mujeres y de sus organizaciones, en pos del reconocimiento y de la protección de los derechos de las humanas por los Estados y por la Comunidad Internacional en su conjunto. Sin embargo, el conocimiento sobre la existencia y las posibilidades de utilización de estos instrumentos, imprescindibles para hacer realidad los derechos humanos de las mujeres, dista aún mucho de estar todo lo extendido que debiera. Así, es frecuente encontrar como las propias mujeres y las organizaciones de defensa de sus derechos desconocen estos instrumentos y la forma de emplearlos, lo que favorece que quienes son responsables de su efectiva aplicación –esto es, todos los poderes, instituciones y funcionarios/as de los Estados– incumplan en gran medida y sin consecuencias las obligaciones asumidas al ratificarlos.

Por ello, me centraré seguido en el análisis de los tratados internacionales de mayor relevancia específica para proteger los derechos de las mujeres en América Latina y el Caribe. Resulta evidente que su mayor conocimiento y utilización resulta un elemento clave para favorecer la concreción del derecho de todas las

³² Para el examen de la situación de las mujeres en América Latina, puede consultarse: CEPAL, *El aporte de las mujeres a la igualdad en América Latina y el Caribe*, disponible en <<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/9/29399/ElaporteMujeresConsenso.pdf>>; también CEPAL, *Ni una Más! El derecho a vivir una vida libre de violencia en América Latina y el Caribe*, agosto de 2007. Disponible en <<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/7/31407/Niunamas.pdf>>.

mujeres latinoamericanas y caribeñas a vivir libres de violencia y discriminación, con pleno disfrute de todos los derechos humanos, tanto civiles y políticos, como económicos, sociales y culturales. El carácter jurídico e internacional de estos instrumentos no debe ser un obstáculo para que cualquier persona o institución comprenda su importancia y se apropie de ellos para defender los derechos de las mujeres. Especialmente importante resulta que las instituciones del Estado asuman de manera activa y consciente los compromisos adquiridos al momento de ratificar estos instrumentos.

Cabe aclarar que estos tratados no son los únicos instrumentos internacionales de utilidad para asegurar los derechos de las mujeres,³³ pero sí los más importantes, por ser acuerdos que establecen obligaciones jurídicamente vinculantes para los Estados que los ratifican, y porque su objeto y fin es, específicamente, la protección de los derechos humanos de las mujeres.

Dos de estos tratados provienen de la Organización de las Naciones Unidas, a saber, la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer (también conocida por sus siglas en inglés: CEDAW) y su Protocolo Facultativo; otro fue adoptado por la Organización de los Estados Americanos (OEA). Los Estados latinoamericanos y caribeños son miembros de la ONU, así como de la OEA. Ello implica que las mujeres que viven en México, como en la mayoría de los países de la región, cuentan con herramientas universales y también regionales para la protección de nuestros derechos humanos.

Tras examinar estos tratados, me referiré a la obligación de “debida diligencia estatal”, un concepto angular para los derechos humanos de las mujeres, que resulta por cierto una herramienta estratégica para la defensa y protección de los mismos.

A. Derechos humanos de las mujeres en el marco de las Naciones Unidas

Desde su creación la Organización de las Naciones Unidas ha sido una importante abanderada de la igualdad entre mujeres y hombres.³⁴ A pesar de las resistencias de parte de sus Estados miembros a reconocer la importancia de los dere-

³³ En realidad, todos los tratados cuyo objeto y fin es proteger los derechos humanos son instrumentos útiles para defender los derechos humanos de las mujeres; como lo son también los instrumentos emanados de las grandes conferencias mundiales de los años 90 del siglo xx, todos los cuales consideran la perspectiva de género y también destacan la situación de las mujeres. Destacan entre ellos la Plataforma de Acción de Beijing, adoptada en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer en 1995; y el Programa de Acción de la Conferencia sobre Población y Desarrollo, adoptado en la Conferencia de igual nombre celebrada en El Cairo en 1994. Más recientemente, los objetivos de desarrollo establecidos en la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas del 2000 también suponen una herramienta de interés para la exigibilidad de los derechos humanos de las mujeres.

³⁴ Cfr. Preámbulo de la Carta de San Francisco, 1945.

chos humanos de las mujeres, la Organización ha liderado importantes esfuerzos normativos y de protección de los derechos de las humanas, que sin duda han tenido su combustible principal en la persistencia de los movimientos de mujeres por lograr ver reconocidos en el plano internacional los derechos que con harta frecuencia les son negados en los respectivos países. Como ya señalé, la internacionalización de los derechos humanos ha sido y es una herramienta estratégica para las mujeres al momento de incidir en sus propias realidades.

El desempeño de la organización respecto a los derechos humanos de las mujeres, se ha materializado tanto en la adopción de instrumentos, órganos y estándares específicos, como en la progresiva interiorización de la perspectiva de género y de los derechos humanos de las mujeres por parte de la generalidad de los órganos y mecanismos de derechos humanos del sistema, tanto de aquéllos basados en tratados, como los de naturaleza extra-convencional. En este análisis me dedicaré principalmente a los de naturaleza específica y, en concreto, al gran tratado universal sobre derechos humanos de las mujeres que es la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW).

Antes de pasar a su abordaje, quiero dejar mencionada la existencia entre los procedimientos públicos especiales del Consejo de Derechos Humanos, de mandatos sumamente relacionados con los derechos humanos de las mujeres –como el relativo a la Educación o el de la Trata de Personas– entre los que destaca uno específicamente destinado a la cuestión de la violencia contra las mujeres. Se trata de la Relatora Especial sobre Violencia contra las Mujeres, con inclusión de sus Causas y sus Consecuencias. Dicho mandato, creado en el año 1994 se encuentra en manos de la Sra. Rashida Manjoo de Sudáfrica. Su función principal es reunir y analizar información amplia y recomendar medidas encaminadas a eliminar la violencia en los planos internacional, nacional y regional. Resultan de gran importancia los informes emanados de esta Relatoría para la identificación de estándares sobre la cuestión.³⁵

1) Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) y correspondiente Protocolo Facultativo

Este tratado de importancia fundamental para las mujeres de todo el mundo, fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979.³⁶ En su artículo 1º, la CEDAW define la discriminación contra la mujer como

³⁵ Se recomienda visitar la página de la Relatora y en especial los documentos seleccionados en la misma <<http://www2.ohchr.org/spanish/issues/women/rapporteur/index.htm>>.

³⁶ Cfr. estado de ratificaciones en <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/ratification/8.htm>>.

...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 políticas, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

La CEDAW reconoce y define ampliamente la discriminación contra las mujeres, convirtiéndolo en una cuestión sujeta a la responsabilidad de los Estados que ratifican dicho tratado, con independencia que se produzca en el ámbito público o privado de la vida de las mujeres. Así, los Estados Partes de la CEDAW han asumido la responsabilidad por la discriminación que las mujeres soportan en todos los ámbitos de su existencia y con independencia de quien se la provoque, esto es, tanto si proviene de un agente del Estado, como de cualquier particular, organización o empresa.

Igualmente, la CEDAW, es el primer tratado internacional de derechos humanos que, de manera explícita, establece la urgencia de actuar sobre los papeles tradicionales de mujeres y hombres, en la sociedad y en la familia. Así, en su artículo 5.a) prevé la obligación de los Estados Partes de adoptar todas las medidas apropiadas para “modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres”. En el mismo sentido, la CEDAW impone obligaciones a los Estados para asegurar la igualdad de derechos en la esfera de la educación.³⁷

En términos generales, al hacerse parte de la CEDAW un Estado se obliga a condenar la discriminación contra las mujeres y a orientar sus políticas a la eliminación de la misma “por todos los medios apropiados y sin dilaciones”, adoptando todas las medidas necesarias, en todas las esferas, especialmente la política, social, económica y cultural para “asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre”.³⁸

Además, a lo largo de su articulado la CEDAW impone a los Estados numerosas obligaciones en relación con los derechos de participación política; representación en el plano internacional; nacionalidad; educación; trabajo; salud; beneficios familiares, financieros y participación en actividades recreativas, deportes y vida cultural; igualdad ante la ley e idéntica capacidad legal que los hombres; e igualdad en el matrimonio y las relaciones familiares.³⁹

³⁷ Cfr. artículo 10.c) de la CEDAW.

³⁸ Cfr. artículos 1 y 2 de la CEDAW.

³⁹ Cfr. artículos 7 a 16 de la CEDAW. El artículo 16 tiene una importancia fundamental para la defensa de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, por cuanto establece la obligación de los Estados Partes de asegurar el mismo derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos y el

La Convención CEDAW contiene también una disposición específica por la que los Estados Parte se obligan a adoptar todas las medidas necesarias, incluidas las legislativas, para suprimir todas las formas de tráfico, explotación y prostitución de las mujeres.⁴⁰ Asimismo, se refiere específicamente a la CEDAW a la obligación de los Estados de prestar una especial atención a la situación de los derechos humanos de las mujeres que viven en zonas rurales.⁴¹ Ambas disposiciones tienen una gran relevancia para las mujeres africanas, latinoamericanas y caribeñas, por la persistencia de fenómenos como la trata de mujeres con fines de explotación sexual o la discriminación y violencia contra las mujeres rurales, muchas de ellas indígenas.

El artículo 4 de la CEDAW prevé que la adopción por los Estados Partes de “medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer” no se considerará discriminación. Pero eso sí, esas medidas deben ser temporales y han de cesar “cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato”. En su Recomendación General 25, el Comité ha establecido estándares de suma importancia sobre la cuestión.⁴²

Es momento de volver a reiterar que, si bien la CEDAW es nominalmente un tratado para eliminar la discriminación hacia las mujeres, también lo es en sustancia para eliminar la violencia. Esto lo ha dejado claro el Comité en su ya citada Recomendación General 19, de 1992, concepción que ha aplicado en casos concretos, como el denominado *A.T. contra Hungría*, en el cual el Estado resultó condenado por no cumplir con su obligación de asegurar a las mujeres una vida libre de violencia.⁴³

Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la mujer

El Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, también conocido como Comité CEDAW o “El CEDAW”, es el órgano encargado de controlar el cumplimiento de la Convención y de interpretar sus disposiciones. Está integrado por 23 personas expertas que han de gozar de gran prestigio moral y competencia en la materia abarcada por la Convención, las cuales ejercen sus

espaciamento entre sus nacimientos, y a tener acceso a la información, educación y medios para posibilitar el ejercicio de tales derechos.

⁴⁰ Cfr. artículo 6 de la CEDAW.

⁴¹ *Ibid.*, artículo 14.

⁴² Hasta el momento ha emitido 25 Recomendaciones Generales. Todas ellas pueden consultarse en línea en el sitio <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/comments.htm>>.

⁴³ La decisión sobre el caso está disponible en <<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/protocol/decisions-views/CEDAW%20Decision%20on%20AT%20vs%20Hungary%20Spanish.pdf>>.

funciones a título personal, debiéndose tener en cuenta los criterios de distribución geográfica equitativa, representación de las diversas formas de civilización y los principales sistemas jurídicos al elegirlos.⁴⁴

Al elaborar la Convención, los Estados únicamente reconocieron la competencia a dicho Comité para el examen de informes estatales periódicos.⁴⁵ A partir de la revisión de tales informes y los datos recibidos de organizaciones no gubernamentales —a través de los que se conocen como “informes alternativos”, “informes sombra”, “informes paralelos” o “contrainformes”—, el Comité hace sugerencias y recomendaciones a los Estados para el mejor cumplimiento de la Convención, señalando las fortalezas y debilidades detectadas en su aplicación durante el periodo objeto de examen. El Comité vierte estos comentarios y recomendaciones en un documento que se denomina *Observaciones Finales*, el cual constituye también una poderosa herramienta de diagnóstico e incidencia en materia de derechos humanos de las mujeres.⁴⁶

Por otro lado, el Comité dicta *Recomendaciones Generales*, mediante las cuales el Comité ha desarrollado un importante acervo de estándares internacionales, cuyo conocimiento es una valiosa y necesaria guía de aplicación de la CEDAW. Hasta el momento el Comité ha publicado 26 de estas Recomendaciones, algunas de las cuales ya han sido destacadas en el epígrafe anterior y entre las que también resulta de suma importancia, entre otras, la Recomendación General 24, sobre la salud de las mujeres.

Además de la competencia de examinar informes, en la CEDAW se ha previsto la posibilidad de que los Estados partes puedan someter al arbitraje sus controversias en relación con la aplicación o interpretación de la Convención. Si transcurridos seis meses de solicitado el arbitraje, los Estados no acuerdan su forma, podrán acudir al Tribunal Internacional de Justicia.⁴⁷ Cabe observar que este mecanismo nunca ha sido utilizado a lo largo de la vida de la CEDAW.

2) Protocolo Facultativo a la CEDAW

A diferencia de otros tratados de derechos humanos, en la CEDAW no se previó un mecanismo de quejas individuales. A veinte años de adoptada la Convención y

⁴⁴ Cfr. artículo 17 CEDAW.

⁴⁵ Cfr. artículo 18 de la CEDAW.

⁴⁶ Cfr. *Compilación de observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer sobre países de América Latina y el Caribe (1982-2005)*; publicación realizada por la Oficina regional de la OACDH en Santiago de Chile, la Unidad Mujer y Desarrollo de la CEPAL y la División para el Adelanto de la Mujer de la ONU, septiembre de 2005. Disponible en línea en: <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5145.pdf>>.

⁴⁷ Cfr. artículo 29 de la CEDAW.

gracias al esfuerzo del movimiento internacional de mujeres y de derechos humanos, se arribó a la promulgación de un Protocolo Facultativo. Se trata de un tratado anexo a la CEDAW que instaura dos importantes mecanismos de protección internacional,⁴⁸ al otorgarle al Comité dos nuevas competencias respecto de los Estados que ratifiquen este Protocolo: la de examinar comunicaciones individuales y la de investigar violaciones graves o sistemáticas de derechos de las mujeres.⁴⁹

Con el *mecanismo de comunicaciones individuales*, el Protocolo abre la puerta a la presentación de denuncias sobre casos concretos. Las mismas deben ser presentadas por personas o grupos de personas que aleguen ser víctimas de la violación denunciada o por sus representantes.⁵⁰ Cuando le llega una denuncia, el Comité comienza por analizar la admisibilidad del reclamo, examinando si se han cumplido las condiciones o requisitos que deben cumplir las quejas para ser examinadas por el Comité, a saber: las comunicaciones deben presentarse por escrito, preferiblemente en el formulario elaborado por el propio Comité con esta finalidad;⁵¹ no pueden ser anónimas; no deben haber sido sometidas antes al Comité ni tampoco ante otro órgano internacional de similar naturaleza –como el Comité de Derechos Humanos o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos–; y ha de acreditarse el agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna del Estado contra el que se interpone la queja.⁵²

Si la comunicación reúne todos los requisitos y es considerada admisible, se pasa a la fase de fondo o consideración de méritos, comunicándose la queja al Estado de manera confidencial. Tras el examen de la queja, el Comité informará a las partes sobre sus opiniones y recomendaciones en un documento denominado Decisión, en el cual el Comité establece los hechos y determina si los mismos constituyen una violación de alguna de las disposiciones de la CEDAW.

Por su parte, el *mecanismo de investigación* es el primer procedimiento específico de Naciones Unidas para la investigación sobre violaciones graves o sistemáticas de los derechos humanos de las mujeres. La principal crítica es la posibilidad de los Estados de declarar la “no aceptación” de esta competencia del Comité CEDAW, al firmar o ratificar el Protocolo;⁵³ esto es algo que ha sido, desgraciadamente, utilizado ya por varios países como Bangladesh, Belice, Colombia y Cuba. Has-

⁴⁸ El Protocolo Facultativo a la CEDAW fue adoptado el 6 de octubre de 1999, por la Asamblea General de Naciones Unidas, mediante Resolución A/54/4.

⁴⁹ Como complemento para el análisis de este instrumento y sus mecanismos se recomienda la consulta del libro: IIDH, *Convención CEDAW Y Protocolo Facultativo* –edición actualizada– (2004). Texto completo disponible en <http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/PaginaExterna.aspx?url=/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_1978751583/CEDAW%20Y%20Pf.doc>.

⁵⁰ Cfr. artículo 2 del Protocolo Facultativo a la CEDAW.

⁵¹ Disponible en: <<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/opmodelform.html>>.

⁵² Cfr. artículo 4 del Protocolo Facultativo a la CEDAW.

⁵³ Cfr. artículo 10 del Protocolo Facultativo CEDAW.

ta el momento, el Comité solamente ha hecho uso de esta competencia al analizar la situación de las mujeres en Ciudad Juárez, México. En su respectiva decisión, el CEDAW ha sentado las bases de importantes estándares aplicables a la mayoría de los casos y situaciones de violencia y discriminación contra las mujeres.⁵⁴

La ratificación del Protocolo es un proceso con frecuencia complejo y resistido, como comprobamos en Argentina, donde sólo tras un largo proceso de incidencia y articulación se logró este objetivo.⁵⁵ Es de esperar que pronto suceda lo mismo con el resto de los países latinoamericanos y del mundo, que aún tienen pendiente esta gran asignatura con los derechos humanos de las mujeres.⁵⁶ Las presiones, los obstáculos y los mitos —como que el Protocolo atenta contra la soberanía nacional o que promueve el aborto— que impulsan con vigor determinados grupos ultra conservadores y religiosos para obstaculizar la ratificación del Protocolo CEDAW, no deberían ser, en ningún caso, más fuertes que la obligación de los Estados democráticos de comprometer todos sus esfuerzos para hacer realidad los derechos humanos de la mitad de sus habitantes.

B. Derechos humanos de las mujeres en el marco de la OEA⁵⁷

“...la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres” (Preámbulo de la Convención de Belém do Pará).

Como la ONU, la Organización de los Estados Americanos también ha demostrado una especial sensibilidad respecto a la situación de las mujeres que habitan sus Estados miembros, existiendo un destacado acervo normativo y jurisprudencial en la órbita del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, cuyo conocimiento resulta imprescindible y complementario de los existentes en el marco universal.⁵⁸

⁵⁴ La decisión emitida por el Comité en el examen de dicha situación puede consultarse en: <<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw32/CEDAW-C-2005-OP.8-MEXICO-S.pdf>>.

⁵⁵ Un resumen del proceso está disponible en: <<http://www.iidh.ed.cr/comunidades/DerechosMujer/Acerca/cedawargentina.htm>>.

⁵⁶ Cfr. estado de ratificaciones en: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/ratification/8_b.htm>.

⁵⁷ Para un análisis in extenso de la cuestión Cfr.: Soledad García Muñoz, “Derechos de las humanas y perspectiva de género en el sistema interamericano de derechos humanos: el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 2009, en: <<http://www.adc-sidh.org/la-corte-lista.php?idsec=1&i&idsub0=12&idsub1=334&idsub2=335&myAdmin=13e2d31d306386053be0e97081820c92>>.

⁵⁸ Para profundizar el estudio sobre el tema puede consultarse García Muñoz, Soledad: *Curso Auto Formativo del IIDH*, “Utilización del Sistema Interamericano para la protección de los derechos humanos de las mujeres”. Se trata de un curso gratuito que puede realizarse a través de la página: <<http://www.iidh.ed.cr/CursosIIDH>>.

Vale decir que todos los instrumentos interamericanos de derechos humanos son obviamente herramientas para proteger los derechos de las mujeres, cuando son aplicados con la adecuada dimensión de género. Así, entre los estándares desarrollados por los órganos de protección de derechos humanos del sistema interamericano encontramos ya un importante conjunto de ellos dedicado a la protección de los derechos de las mujeres, tanto en la aplicación del instrumento específico del sistema, esto es, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, como de instrumentos generales, tales como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (Humanos) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁵⁹

Hasta el momento, la mayoría de los estándares sobre derechos humanos de las mujeres han sido desarrollados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que cuenta en su seno con una Relatoría Especial sobre Derechos de las Mujeres.⁶⁰ Es de esperar que el desarrollo de estándares en la materia se intensifique mucho más, sobre todo en el ejercicio de las competencias propias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Analizaremos seguido el instrumento específico del sistema interamericano sobre derechos de las mujeres, así como los órganos dedicados a su vigilancia. Su conocimiento y utilización resultan obligados para la aplicación de la agenda de población y desarrollo en relación con las mujeres latinoamericanas y caribeñas.

1) Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)

Adoptada en Belém do Pará (Brasil) el 9 de junio de 1994, es el primer instrumento internacional de naturaleza vinculante que se ocupa específicamente del tema de la violencia contra las mujeres.⁶¹ En el Preámbulo de la Convención, la Asamblea General reconoce que “la violencia en que viven muchas mujeres de América es una situación generalizada, sin distinción de raza, clase, religión, edad o cualquier otra condición”.

⁵⁹ De hecho, la mayoría de los casos individuales examinados hasta ahora por la Comisión Interamericana que involucran derechos de las mujeres han sido examinados sobre la base de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁶⁰ Se recomienda visitar su sitio, disponible en la página de la CIDH: <<http://www.cidh.org>>.

⁶¹ Cabe recordar que en 1993 se adoptó en el seno de Naciones Unidas otro importante instrumento en la materia: la Declaración para la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer, pero la misma no es un tratado con fuerza de obligar como lo es la Convención de Belém do Pará.

La Convención de Belém do Pará es el tratado de derechos humanos más ratificado del sistema interamericano, contando ya con treinta y dos ratificaciones.⁶² Sin embargo, su aplicación interna e internacional de la Convención es todavía muy escasa y su nivel de respeto mucho más bajo de lo deseable. El caso más paradigmático en que la Convención ha sido aplicada hasta ahora por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), es el asunto *María da Penha contra Brasil*.⁶³ Se trata de un supuesto de violencia extrema contra una mujer por su marido, en el cual Brasil resultó condenado por no observar la debida diligencia en la protección de la víctima. El seguimiento de las recomendaciones formuladas por la CIDH en este caso ha sido tan fructífero, que la nueva ley brasileña sobre violencia contra la mujer es conocida como la “Ley *María da Penha*”, en homenaje a la víctima y sobreviviente de este caso.

La Convención define la violencia contra las mujeres en su artículo 1º como “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 de lo público como en el privado”. Como es deseable, la Convención entiende la violencia contra las mujeres de manera amplia, tanto en lo que respecta a sus consecuencias para quienes la padecen (de índole física, sexual o psicológica), como en términos de responsabilidad, ya que a tales efectos no diferencia las situaciones que se producen en la esfera pública, de las que tienen lugar en la vida privada de las mujeres.

De esta manera, los Estados que la han ratificado han aceptado su responsabilidad respecto a la violencia de toda índole que sufren las mujeres en cualquier ámbito de sus vidas. La amplitud de las obligaciones asumidas por los Estados Partes queda aún más evidenciada en el artículo 2 de la Convención, el cual establece:

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;

c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra.

⁶² Sólo Canadá, Cuba y Estados Unidos de América permanecen sin ratificarla.

⁶³ Los informes dictados por la Comisión Interamericana sobre este caso pueden consultarse en la página de la CIDH: <<http://www.cidh.org>>.

Destacable es la conexión que el artículo 6 hace entre la violencia y la discriminación, al establecer que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros, “el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación”, y “el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación”. Leído en conjunto con la Recomendación General número 19 de la CEDAW, este artículo evidencia la estrecha relación entre la violencia y la discriminación contra las mujeres, como realidades gemelas y violatorias de la integralidad de los derechos humanos de la población del género femenino.

Los artículos 7 y 8 de la Convención son también de especial relevancia, ya que establecen los deberes asumidos por el Estado al ratificar la Convención. El artículo 7 refiere los deberes inmediatos, mientras que el artículo 8 hace referencia a los deberes progresivos.

En el artículo 7, los Estados Partes de la Convención condenan todas las formas de violencia contra las mujeres, y se obligan a adoptar por todos los medios políticas dirigidas al cumplimiento del objeto y fin de la Convención, que no es otro que prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra las mujeres. Además, los Estados se comprometen a hacerlo sin dilaciones, esto es, de manera inmediata al momento de hacerse partes de la Convención, con lo cual tales conductas son plenamente exigibles desde el mismo momento en que depositaron el respectivo instrumento de ratificación.

Dicho precepto detalla obligaciones de respeto (artículo 7, a) y garantía, que requieren de los Estados Partes distintos comportamientos y acciones: actuar con la debida diligencia en prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra las mujeres (artículo 7, b); legislar y adoptar medidas de conformidad con el objeto y fin de la Convención, tanto adoptando (artículo 7, c, h), como aboliendo la legislación y prácticas jurídicas que respalden o toleren la violencia de género (artículo 7, e); adoptar medidas para proteger a las mujeres de sus agresores (artículo 7 d); garantizar el debido proceso legal en casos de violencia contra las mujeres (artículo 7. f); asegurar el resarcimiento, reparación o compensación de las víctimas (artículo 7. g).

Por su parte, el artículo 8 contiene los deberes que los Estados deben cumplir de manera progresiva, lo cual no significa de manera indefinida en el tiempo. Se refiere a medidas de tipo específico o, en su caso, programas tendentes a lograr el objeto y fin de la Convención, por medio de: la promoción del derecho de las mujeres a vivir sin violencia y a que se respeten sus derechos humanos (artículo 8, a. y e.); el cambio de patrones socioculturales de conducta mediante la educación formal y no formal; educar y capacitar a las personas encargadas de aplicar la ley (artículo 8, c.); ofrecer a las víctimas de violencia los servicios y programas que su

situación requiere, tanto en perspectiva actual (artículo 8, d.), como futura (artículo 8, f.); incidir para que los medios de comunicación contribuyan a erradicar la violencia de género y al respeto de la dignidad de las mujeres (artículo 8, g.); garantizar la existencia de estadísticas e información sobre la violencia que sufren las mujeres, de cara a la evaluación y reformulación de las medidas adoptadas (artículo 8, h.); promover la cooperación internacional en la materia (artículo 8, i.).

Se explica el carácter progresivo de estas obligaciones porque requieren acciones sobre áreas de alta complejidad (patrones socioculturales, conciencia pública), cuyos resultados, una vez emprendidas, se visualizarán a medio y largo plazo. Pero en ningún caso la progresividad a que este artículo se refiere puede ser utilizada por los Estados para excusar sus incumplimientos indefinidos respecto de este artículo, por lo que este precepto es también una poderosa herramienta para la exigibilidad de las obligaciones estatales que establece.

2) Órganos, mecanismos y estándares interamericanos de aplicación de la Convención de Belém Do Pará

La Convención establece qué órganos y mediante qué mecanismos se llevará a cabo su control internacional en los artículos 10, 11 y 12. Uno de los mecanismos de protección de la Convención es el deber de los Estados Partes de presentar informes periódicos para su examen por la Comisión Interamericana de Mujeres, acerca de los progresos y medidas adoptadas para prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra las mujeres en sus territorios.⁶⁴ También se ha previsto la posibilidad de que tanto los Estados Partes de la Convención, como la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM), soliciten opiniones consultivas sobre la interpretación de la Convención a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁶⁵ Lamentablemente, hasta el momento ningún Estado Parte de la Convención ni tampoco la CIM, han hecho uso de esta facultad.

La Comisión Interamericana de Mujeres es un organismo especializado de la OEA, que nació antes de la fundación misma de la Organización, en 1928, y es el primer precedente mundial de institución intergubernamental con el mandato de velar por los derechos civiles y políticos de las mujeres. La CIM está integrada por una delegada de cada Estado miembro de la OEA; tiene por tanto una composición intergubernamental. Desde su creación ha impulsado la elaboración de instrumentos internacionales en favor de los derechos de las mujeres. Asimismo, es responsable de la presentación y redacción del proyecto de la Convención de Belém do

⁶⁴ Cfr. artículo 10 de la Convención de Belém do Pará.

⁶⁵ *Ibid.*, artículo 11.

Pará, que como ya vimos le confiere la atribución de examinar informes estatales sobre la prevención, erradicación y sanción de la violencia que sufren las mujeres en su jurisdicción, y también la de solicitar a la Corte Interamericana opiniones consultivas.

La CIM ha emitido numerosos informes y documentos, que son de interesante estudio y consulta para quienes se interesan por los derechos humanos de las mujeres, sobre temas como: violencia contra las mujeres en las Américas, tráfico de mujeres y menores con fines de explotación sexual, género y administración de justicia etc.⁶⁶ Cada año rinde informe a la Asamblea General de la OEA sobre sus actividades.

El más señalado de los mecanismos previstos por la Convención, es la posibilidad que el artículo 12 brinda a las personas, grupos de personas o entidades no gubernamentales, de presentar ante la Comisión Interamericana denuncias –denominadas “peticiones” en el sistema interamericano– por presuntas violaciones de los deberes de los Estados Partes contenidos en el artículo 7, esto es: los deberes cuyo cumplimiento no se puede dilatar en el tiempo. Debe subrayarse que la Convención, al igual que el Pacto de San José de Costa Rica, ha previsto una legitimación activa sumamente amplia para la presentación de las peticiones individuales, al no requerir que sea la propia víctima de la violación alegada, o su representante, quien presente la denuncia.

Hasta ahora son pocos, aunque sumamente importantes, los casos llegados y dirimidos por la Comisión y a la Corte Interamericanas en que se haya aplicado la Convención de Belém do Pará. Igualmente, en el sistema interamericano son cada vez más numerosos los estándares género sensitivos emanados de sus órganos de protección; destacando en ese sentido el trabajo desarrollado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, gracias en especial al trabajo de su Relatoría Especial sobre Derechos de la Mujer, en el examen de casos y elaboración de informes temáticos o por países. Así, resulta especialmente recomendable la consulta del reciente Informe sobre Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas.⁶⁷

Por su parte, la Corte aún no ha tenido demasiadas oportunidades para pronunciarse sobre casos o consultas en que los derechos específicos de las mujeres se encontrasen involucrados de manera específica. Recientemente la Corte, en la sentencia recaída en el caso del *Penal Miguel Castro Castro contra Perú*, ha introducido algunos destacados elementos de análisis fáctico-jurídico con dimensión de género.⁶⁸ El caso más destacado hasta la fecha en materia de aplicación

⁶⁶ Pueden consultarse en <<http://www.oas.org/cim/Spanish/Indice%20Documentos.htm>>.

⁶⁷ Disponible en <<http://www.cidh.org/women/Acceso07/indiceacceso.htm>>.

⁶⁸ El caso puede ser consultado en: <<http://www.corteidh.or.cr>>.

de la Convención de Belém do Pará es el caso *González y otras*, conocido también como “*Campo Algodonero*”, *contra México*; en su Sentencia la Corte sienta estándares de enorme importancia tanto para las víctimas y familiares directamente afectados por los graves hechos acaecidos en Ciudad Juárez, como para la situación general de los derechos humanos de las mujeres en México y en los demás países del Sistema Interamericano.⁶⁹ Es de esperar que la Corte siga profundizando en esta línea en el uso de sus competencias.

Además de los expresamente contemplados en la Convención, los Estados Partes de la misma han creado también un Mecanismo de Seguimiento a la Convención (MESECVI), que integra un Comité de Expertas Independientes encargadas del examen de los informes de los Estados.⁷⁰ El MESECVI presentará pronto las conclusiones de su primer informe hemisférico sobre violencia contra las mujeres.

C. Derechos reproductivos, salud sexual y reproductiva: estado de la cuestión y perspectivas⁷¹

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.

La aplicación del presente Programa de Acción debe orientarse por esta definición amplia de salud reproductiva, que incluye la salud sexual. (Programa de Acción de la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo; El Cairo, 1994; párrafos 7.2. y 7.4)

Los derechos ligados a la faceta sexual y reproductiva de la vida tienen un especial significado para las mujeres. Y es que, a lo largo de la historia, lejos de ver cómo la biológica e imprescindible función reproductiva aseguraba el respeto de los derechos humanos de las mujeres, incluidos los específicamente ligados a la maternidad, las mujeres han visto convertidos sus cuerpos en objeto de dominación masculina y social.

⁶⁹ *Idem*.

⁷⁰ Más información disponible en: <<http://www.oas.org/cim/Spanish/MESECVI-indice.htm>>.

⁷¹ Un amplio estudio sobre la Conferencia en García Muñoz, Soledad (en coautoría): *Los derechos humanos en la agenda de población y desarrollo: estableciendo los vínculos conceptuales y jurídicos*, 2009. Disponible en <http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/PaginaExterna.aspx?url=/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_821443327/pobl-des.pdf>.

Resulta ésta una de las esferas en las cuales las mujeres de todas las edades y de todo el mundo ven violados sus derechos de manera más grave y sistemática. De ahí que la comunidad internacional, también haya comenzado a asumir su responsabilidad en asegurar a las mujeres el pleno ejercicio de los derechos ligados a la reproducción y la sexualidad. Sin embargo, el desarrollo de esta materia aún está muy por debajo de lo que la realidad exige, tanto a nivel nacional, como regional e internacional.

La Conferencia sobre Población y Desarrollo de 1994 supuso un hito en la temática. Así, el capítulo VII del Programa de Acción adoptado en la misma se dedica específicamente a la cuestión de los Derechos Reproductivos y la Salud Reproductiva; esta última incluye asimismo la salud sexual, según el texto afirma expresamente.⁷²

Se trata del primer instrumento internacional que define la salud reproductiva, así como también los derechos reproductivos, manifestando el consenso internacional existente en la materia. En sus propios términos, estos derechos

...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 momento de tenerlos, y a disponer de la información y de los medios necesarios para ello, y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye el derecho de todas las personas a adoptar decisiones en relación con la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, como está expresado en los documentos sobre derechos humanos.⁷³

La Conferencia de Beijing de 1995 también puso en el centro de la atención internacional los derechos reproductivos y la autonomía de las mujeres y reafirmó los compromisos asumidos en El Cairo. Así, en la Plataforma de Acción se reconoció que los derechos de las mujeres incluyen el derecho “a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente sobre esas cuestiones, sin verse sujetas a la coerción, la discriminación o la violencia”.⁷⁴

Es claro que los “derechos reproductivos” resultan indispensables para asegurar que las mujeres dispongan libre y autónomamente de sus cuerpos y capacidad reproductiva. Ahora bien, aunque los instrumentos examinados asumen que la re-

⁷² Cfr. párr. 7.4 del Programa de Acción de Población y Desarrollo; Documento A/CONF.171/13.

⁷³ Cfr. *Ibid.*, párr. 7.3.

⁷⁴ Cfr. párr. 96 de la Plataforma de Acción de Beijing.

producción y la sexualidad humanas no están necesariamente ligadas, omitieron pronunciarse sobre los “derechos sexuales”, cuyo reconocimiento y protección reclaman sin descanso los movimientos de derechos humanos, y en especial las organizaciones de mujeres y de colectivos discriminados por su identidad sexual e identidad de género.

Ello no ha impedido que órganos de derechos humanos del sistema de Naciones Unidas se hayan pronunciado sobre la cuestión. Así, el Relator Especial sobre el Derecho a la Salud, Paul Hunt, ha considerado que una adecuada comprensión de los derechos humanos comporta de manera inevitable

...el reconocimiento de los derechos sexuales como derechos humanos. Entre los derechos sexuales figura el derecho de toda persona de expresar su orientación sexual, teniendo debidamente en cuenta el bienestar y los derechos de los otros, sin temor a persecuciones, privación de libertad o injerencia social⁷⁵.

Volviendo a los “derechos reproductivos”, éstos abarcan una serie de derechos humanos reconocidos por diversos tratados internacionales; entre los cuales se han identificado: el derecho a la salud, a la salud reproductiva y a la planificación familiar; el derecho a decidir el número de hijos y el espaciamiento de los nacimientos; el derecho a casarse y a constituir una familia; el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad; el derecho a no ser discriminado por cuestiones de género; el derecho a no ser agredido ni explotado sexualmente; el derecho a no ser sometido a tortura ni a otro tipo de castigos o de tratamientos crueles, inhumanos o degradantes; el derecho a modificar las costumbres discriminatorias contra la mujer; el derecho a la privacidad; el derecho a disfrutar del progreso científico y a dar consentimiento para ser objeto de experimentación.⁷⁶

Los mencionados derechos han sido reconocidos en numerosos instrumentos de derechos humanos, como la Declaración Universal, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer, la Convención contra la Tortura, y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y en la Convención de Derechos del

⁷⁵ Cfr. Paul Hunt, “El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”; *Informe del Relator Especial, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2004/49*, 16 de febrero de 2004, párr. 54.

⁷⁶ Cfr. Centro de Derechos Reproductivos, en “Los derechos reproductivos son derechos humanos”. Disponible en <<http://www.reproductiverights.org/pdf/rrhr-spanish.pdf>>. El documento ofrece un valioso resumen de estándares internacionales sobre la cuestión, por lo que se recomienda especialmente su consulta.

Niño (y de la Niña). Igualmente, los mencionados derechos han sido reconocidos en el plano regional.⁷⁷

Los órganos internacionales de protección de derechos humanos abordan con frecuencia temas relativos a los derechos reproductivos. Entre los órganos del sistema de Naciones Unidas, destaca la labor desarrollada por los Comités de vigilancia de tratados, tanto mediante las observaciones finales sobre países, como de sus comentarios o recomendaciones generales.⁷⁸ Así también, el Comité de Derechos Humanos sentó un valioso precedente en el caso *K. L. contra Perú*.⁷⁹

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha examinado algunos casos y situaciones en los que se han dilucidado cuestiones relativas a los derechos reproductivos.⁸⁰ El sistema interamericano dispone de todas las herramientas jurídicas para convertirse en abanderado de la promoción y protección de los derechos reproductivos; el movimiento de mujeres en América Latina y el Caribe mira por ello cada vez con más interés y expectativas hacia sus órganos de control.

Cabe también señalar que la generalidad de las constituciones nacionales de los países latinoamericanos han reconocido los mencionados derechos, como también algunas, los “derechos reproductivos” de manera específica, siendo de extremo interés el estudio de los estándares normativos y jurisprudenciales existentes en la materia en los distintos países latinoamericanos y caribeños.⁸¹

A nivel regional, un significativo avance en términos de reconocimiento de derechos sexuales y derechos reproductivos de las mujeres a nivel regional lo constituye el Protocolo sobre Derechos de la Mujer de la Carta. Así, el Protocolo obliga a los Estados Partes a garantizar a las mujeres atención adecuada y gratuita antes y después del parto; respetar, proteger y promover el derecho a la salud de las mujeres, incluida la sexual y reproductiva. Los derechos reconocidos por el Protocolo incluyen: el derecho a controlar la fertilidad, el derecho a decidir si tener hijos y

⁷⁷ *Ibid.*, para un examen pormenorizado de estos estándares normativos.

⁷⁸ En ese sentido, el documento del Centro de Derechos Reproductivos, “Haciendo los Derechos una realidad: Un análisis del trabajo de los Comités de Monitoreo de la ONU sobre Derechos Reproductivos y Sexuales”, brinda un completo análisis. Disponible en la dirección <http://www.reproductiverights.org/esp_pub_bo_tmb.html>.

⁷⁹ *Cfr.* Comité de Derechos Humanos, Decisión recaída el 22 de noviembre de 2005; Comunicación Núm. 1153/2003.

⁸⁰ Los casos de *Mamérita Mestanza Chávez contra Perú* y de *Paulina Ramírez Jacinto contra México*, ambos finalizados por acuerdo de solución amistosa entre las peticionarias y los respectivos Estados, constituyen un buen ejemplo de ello. Pueden consultarse en la página de la Comisión Interamericana, <www.cidh.org>

⁸¹ Sobre el particular, un completo estudio es el realizado por Rocío Villanueva, “Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos”; en *Revista IIDH* núm. 43, 2006, pp. 391-450. Disponible en línea en <http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_1365232859/Rev43villanuevaDR/Rev43villanuevaDR.pdf>.

el intervalo entre sus nacimientos, el derecho a elegir cualquier método de contracepción, y el derecho a la protección contra enfermedades de transmisión sexual, incluido el VIH/sida. También incluye el derecho a recibir información sobre el propio estado de salud y el estado de salud de la pareja, así como el derecho a recibir educación sobre planificación familiar.⁸²

Debida diligencia y derechos humanos de las mujeres

Tanto en los casos de discriminación, como de violencia contra las mujeres, y en general en todos los casos en que las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos involucran la responsabilidad estatal –bien sea por actos cometidos por agentes estatales, como privados–, los Estados asumen un deber específico: el de observar la diligencia necesaria para garantizar el goce y ejercicio efectivo de los derechos por sus titulares. Esta obligación de los Estados es una herramienta de enorme importancia para exigir el efectivo goce y ejercicio por las mujeres del derecho a vivir libres de violencia y discriminación; por ello le dedicaremos un desarrollo especial en este momento del trabajo.

Como ya enunciamos al examinar los diferentes tratados sobre derechos humanos de las mujeres, los Estados van a ser responsables tanto de la violencia y la discriminación contra las mujeres que tenga lugar en la esfera pública, como la que sufran en la esfera privada de sus vidas. Esto implica que en relación con actos perpetrados contra las mujeres por particulares (incluidos entre los denominados “agentes no estatales”),⁸³ los Estados no pueden lavarse las manos, ya sea que sucedan en la calle, en el hogar o en el trabajo, sino que tiene la obligación de guardar la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar tales prácticas y sus consecuencias.

En términos prácticos, esto supone que desde el momento en que una mujer que sufre violencia pone sus pies en una comisaría o en cualquier dependencia pública pidiendo protección, o en general desde que los hechos llegan al conoci-

⁸² Para un completo estudio de los aportes del Protocolo en la materia, se recomienda leer el documento de Center for Reproductive Rights, *The Protocol on the Rights of Women in Africa An Instrument for Advancing Reproductive and Sexual Rights*. Disponible en <http://www.reproductiverights.org/pdf/pub_bp_africa.pdf>.

⁸³ Los mismos han sido conceptuados como: “autores de actos por los que, en ciertas circunstancias, debe responder internacionalmente el Estado. Su uso es preferible al término ‘agente privado’ ya que evita utilizar este adjetivo, ‘privado’, que causa confusión al estar vinculado en algunos casos a distinciones entre la vida pública y la privada. El Estado tiene responsabilidades tanto en la vida pública como en la vida privada y los agentes privados actúan tanto en la vida pública como en la vida privada, dentro del ámbito de la responsabilidad del Estado”. Cfr. Amnistía Internacional, *Respetar, proteger, observar... los derechos de la mujer*, septiembre de 2000, Índice AI: IOR 50/01/00/S, p. 5, nota al pie 4.

miento del Estado, éste debe hacer todo lo necesario para atender integralmente su situación.

La “debida diligencia” es al tiempo una obligación de los Estados que un principio informador del derecho internacional de los derechos humanos. La primera en desgranar este principio/obligación ha sido la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En cuanto a la obligación de garantizar los derechos, la Corte estableció en sus primeros casos que los Estados deben organizar todo el aparato estatal, así como

...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 para dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales sobre 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.⁸⁴

Asimismo, la Corte también dispuso que esta obligación de garantía no significa sólo la adopción de un orden normativo que haga posible “el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta 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”.⁸⁵

Pero además, la Corte afirmó expresamente que los Estados no sólo van a ser responsables por los actos del poder público o personas que se prevalen de los poderes oficiales que ostentan, sino también cuando

...un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable 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.⁸⁶

La Convención de Belém do Pará antes examinada positiviza la obligación estatal de debida diligencia específicamente en relación con la prevención, erradicación y sanción de la violencia contra las mujeres. Así contempla en el punto b. de

⁸⁴ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de Fondo, 1988, pág. 166.

⁸⁵ *Ibid.*, párr. 166.

⁸⁶ *Ibid.*, párr. 172.

su artículo 7 (deberes inmediatos de los Estados), que los Estados deberán “actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer”. Como ha establecido la CIDH en su Informe sobre la Condición de la Mujer en las Américas: “La aplicación y observancia del derecho de la mujer a una vida libre de violencia, requiere que se determine cuándo la violencia contra la mujer genera la responsabilidad del Estado”.

Como vimos, en el artículo 7 de la Convención se enumeran las principales medidas que deben adoptar los Estados Partes para asegurar que sus agentes se abstendrán de “cualquier acción o práctica” de violencia contra la mujer, en caso de que ocurra. Los Estados Partes deben pues tomar las medidas necesarias para hacer efectiva la Convención y para que la mujer que haya sido objeto de violencia tenga acceso efectivo a recursos para obtener medidas de protección o para buscar resarcimiento o reparación del daño.⁸⁷

Así también, en la reiterada Recomendación General número 19 del Comité CEDAW, se establece claramente que “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”.

La “debida diligencia” ha sido asimismo conceptualizada por Amnistía Internacional como un principio que ofrece “una forma de medir si un Estado ha actuado con el esfuerzo y la voluntad política suficientes para cumplir sus obligaciones en materia de derechos humanos”, suponiendo pues “un modo de describir el umbral de la acción y el esfuerzo que debe realizar un Estado para cumplir con su deber de proteger a las personas contra el abuso de sus derechos”.⁸⁸ En esta conceptualización, la “debida diligencia” ofrece un invaluable recurso para el monitoreo de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados con los derechos humanos de las mujeres.⁸⁹

En suma, la noción de “debida diligencia” tiene una creciente raigambre tanto en el plano nacional como internacional y es una herramienta indispensable al momento de exigir, nacional o internacionalmente, el derecho de las mujeres a vivir libres de violencia y discriminación. Por ello es fundamental que en los casos o

⁸⁷ Cfr. Comisión IDH, “Informe sobre la Condición de la Mujer en las Américas”, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 1997, cap. VI. Disponible en: <<http://www.cidh.org>>.

⁸⁸ Cfr. Amnistía Internacional, *Respetar, proteger, observar... los derechos de la mujer*, op. cit., pp. 7-8. Este trabajo ofrece un completo análisis del concepto desde el derecho internacional de los derechos humanos y, en general, de las obligaciones internacionales que asumen los Estados para proteger efectivamente los derechos de las mujeres.

⁸⁹ Cfr. Amnistía Internacional, *Hacer los derechos realidad: el deber de los Estados de abordar la violencia contra las mujeres*: disponible en <http://www.amnistiainternacional.org/publica/ISBN_8486874963.html>.

acciones que se emprendan, se tenga especialmente en cuenta, tanto para argumentar el incumplimiento estatal de sus obligaciones internacionales en un caso concreto, como para dar seguimiento a las políticas, legislación y prácticas de cada Estado relativas a los derechos de las mujeres, y exigir la adopción de todas las medidas necesarias para garantizarlos.

IV. COMENTARIOS FINALES

Como se ha puesto de manifiesto a lo largo de este trabajo, durante la segunda mitad del siglo xx y en lo que va del nuevo siglo, las mujeres hemos cosechado enormes avances en torno a la conceptualización y al reconocimiento de nuestros derechos humanos. Mirando al pasado de la humanidad, estos logros resultan ciertamente históricos y son producto de la lucha sostenida de los movimientos de mujeres que, en todo el mundo y generación tras generación, han defendido la dignidad de las humanas frente a las consecuencias adversas del sistema de dominación patriarcal.

Las mujeres latinoamericanas y caribeñas han protagonizado muchos de esos esfuerzos, tanto en sus propios países, como también en el plano internacional. Ha de notarse que la lucha de las mujeres en América Latina y el Caribe, como también en África y en otras regiones del mundo, se ha llevado a cabo en contextos sumamente complejos, marcados por el hecho colonial y postcolonial, por dictaduras militares, por conflictos armados, por los efectos adversos de la globalización o por democracias débiles signadas por la desigualdad y la exclusión social. El mérito es mucho y no siempre lo suficientemente reconocido.

Como vimos, gracias al impulso del movimiento feminista la comunidad internacional llegó a comprender que la histórica situación de discriminación y violencia que se abatía contra la mitad de la humanidad, debía ser combatida con especiales fuerzas y, a tal fin, se crearon instrumentos, órganos, mecanismos y procedimientos internacionales de carácter específico para hacer realidad los derechos de las humanas.

Asimismo, gracias a la teoría y práctica feminista el concepto de género y su perspectiva han ido penetrando cada vez más en toda la órbita de la protección internacional y nacional de los derechos humanos, favoreciendo su sensibilización a las necesidades diferenciadas de las mujeres, como también de otros colectivos discriminados en función de su orientación sexual o identidad de género.

A estas alturas de la evolución del reconocimiento de los derechos de las mujeres, la Comunidad Internacional debería llegar a reconocer sin fisuras que la obligación de eliminar la discriminación y la violencia contra las mujeres con base en el

sexo/género, es una verdadera norma de *ius cogens* internacional,⁹⁰ al igual que lo son la prohibición de la esclavitud o del genocidio.⁹¹

Los tratados de derechos humanos de las mujeres examinados en el presente trabajo son herramientas fundamentales para hacer efectivo el derecho de las mujeres en México, como en el resto de la Comunidad Internacional, a vivir libres de violencia y discriminación, con autonomía sexual y reproductiva, para disfrutar de manera efectiva de todos los derechos humanos. Es clave asimilar la noción de que estos tratados de origen internacional generan obligaciones inexcusables de cumplimiento a todos los poderes, instituciones y personas que integran los aparatos estatales desde el momento mismo de su ratificación y deben orientar cada milímetro de la formulación e implementación de las Políticas Públicas.

Sin embargo, aún existen grandes brechas entre las obligaciones asumidas por los Estados al hacerse partes de estos tratados y la realidad cotidiana de las mujeres; como también enormes lagunas en el conocimiento y uso de estos instrumentos tanto por parte de quienes tienen la obligación de cumplirlos, esto es, los Estados, como también entre las propias mujeres y las organizaciones que trabajan a favor de sus derechos humanos.

Por ello que profundizar en la divulgación y efectiva aplicación nacional e internacional de estos instrumentos vinculantes de derechos de las mujeres sea una acción a profundizar con urgencia por la sociedad civil y, sobre todo, por Estados que se han obligado con la Comunidad Internacional mediante la ratificación de los tratados de derechos humanos en la apuesta a la construcción de sociedades que garanticen en serio los derechos de sus ciudadanas y que, por ende, resulten verdaderamente democráticas. En el caso mexicano, la adopción de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, arraigada en los estándares internacionales aquí examinados, ofrece grandes oportunidades al tiempo que refuerza la obligación del Estado Mexicano de tomar medidas en dicha dirección, tal y como la Corte Interamericana se lo requiere en el antes mencionado caso *Campo Algodonero*.

Sabemos que es mucho el camino que aún queda por recorrer y también que no son pocas las amenazas que, disfrazadas de religión, de prácticas culturales o económicas, nos acechan buscando retrocesos para los derechos humanos en

⁹⁰ O norma imperativa del Derecho Internacional General. Cfr. artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

⁹¹ Idea que ya sostuve en el trabajo "La obligación de debida diligencia: Una herramienta para la acción por los derechos humanos de las mujeres"; en *Razón Pública*, núm. 1, segundo semestre de 2004, *Derechos Humanos y Perspectivas de Género*; Buenos Aires, Amnistía Internacional Argentina, 2004.

general y los de las humanas en particular. Asegurar que las personas reciban una educación no sexista en todos los planos y ciclos de la enseñanza es una herramienta clave para avanzar sorteando estas amenazas. No hay tiempo que perder en el camino de acrecentar el conocimiento, con unidad entre las mujeres y los hombres de bien, en torno a esta gran causa de humanidad y de democracia que es lograr la igualdad real entre los géneros.

LA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS POR LOS TRIBUNALES NACIONALES. EL CASO DE LOS DERECHOS DE LA MUJER¹

Christian Courtis

I. INTRODUCCIÓN

La innovación producida por la introducción, en el panorama jurídico mundial, de tratados internacionales de derechos humanos, no se agota en el plano internacional, sino que también tiene trascendentes consecuencias sobre el derecho interno.

Parte del cambio producido por esta incorporación se debe justamente a la ruptura del paradigma tradicional del derecho internacional de los tratados, que se limitaba a acuerdos entre sujetos soberanos en el ámbito internacional (los Estados), con poca o nula proyección sobre el derecho interno. En el plano del derecho constitucional, la consecuencia de esta visión era la de relegar el derecho internacional a una cuestión sólo ligada a los órganos políticos del Estado, con escasas posibilidades de invocación por parte de los justiciables ante los tribunales. De acuerdo a este modelo clásico, las competencias en materia de derecho internacional se repartían entre el Poder Ejecutivo, responsable de las relaciones exterior-

¹ Para mayores consideraciones sobre la cuestión, véase V. Abramovich y C. Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2ª ed., Madrid, Trotta (2004), cap. II. Véase también V. Abramovich, A. Bovino y C. Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, Editores del Puerto-CELS (2007); M. Abregú y C. Courtis, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los jueces locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto-CELS (1997); C. Ayala Corao, *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, Quito, FUNDAP, (2003).

res, y el Parlamento, quien, en representación del poder soberano, era responsable de aprobar la asunción de compromisos internacionales por parte del Estado.

El panorama varía sustancialmente con la novedad de los tratados de derechos humanos. Esta novedad se expresa –al menos– en las siguientes cuestiones: a) los individuos pasan a ser –con todas las calificaciones que merece esta afirmación– sujetos de derecho internacional, rompiendo el monopolio de los Estados y de los organismos internacionales; b) los tratados de derechos humanos tienen como principal finalidad el establecimiento de estándares internacionales a los que el contenido del derecho interno –entendiendo por ello *toda* la actividad del Estado, emanada tanto de los órganos políticos como del judicial– debe ajustarse; c) los tratados establecen mecanismos de contralor del cumplimiento de sus disposiciones sustantivas en sede internacional. Cuando se trata de mecanismos de tipo jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional –como es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y el del Protocolo Facultativo a la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer–, que habilitan un sistema de peticiones individuales, el requisito previo a acudir a la vía internacional es el agotamiento de los recursos judiciales internos.

En términos prácticos, y aún considerando las diferencias existentes entre sistemas nacionales de incorporación de los tratados de derechos humanos al orden jurídico interno, estas novedades se traducen en un doble orden de efectos. Por un lado, en la presión ejercida sobre las autoridades nacionales, incluyendo las judiciales, para que tomen en consideración el contenido de los tratados de derechos humanos, de modo de evitar la consecuencia de ser declarado responsable de incumplimiento en sede internacional. Correlativamente, al examinarse el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado en sede internacional –sea a través de sistemas de informes, sea a través de sistemas jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales–, el órgano correspondiente evaluará la conducta adoptada por los órganos del Estado –tanto los políticos como el judicial.

Esta novedosa situación plantea a los órganos nacionales la necesidad de conocer el alcance de la interpretación del contenido de los tratados internacionales de derechos humanos por parte de los órganos internacionales de aplicación de los tratados –que son quienes finalmente juzgarán el cumplimiento o incumplimiento del Estado de sus obligaciones internacionales. El argumento cobra mayor peso cuando el Estado se somete a la jurisdicción de tribunales internacionales, y aún más cuando –de acuerdo al sistema de incorporación respectivo–, el Estado convierte al tratado en parte de su propio derecho interno, permitiendo a los individuos invocar los derechos en él contenidos ante los tribunales internos. La idea central que pretendemos comunicar es la siguiente: cuando los Estados adoptan un tratado internacional de derechos humanos, no sólo quedan obligados por su

texto, sino también por las interpretaciones que de ese texto realizan los órganos de contralor establecidos por el propio tratado.

En este trabajo intentaremos ilustrar esta situación con un caso concreto, que es la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDM),² ratificada por México el 23 de marzo de 1981, junto con su Protocolo Facultativo (PF), ratificado por México el 15 de marzo de 2002. La pertinencia de las ideas del trabajo, sin embargo, no se limita ni a la CEDM –ya que todo tratado de derechos humanos cuenta con órganos de interpretación y aplicación en sede internacional– ni a México –ya que, independientemente del sistema de incorporación del derecho internacional al derecho interno, el problema es común a toda nación que adopta un tratado de derechos humanos. Ciertamente, la pertinencia de los argumentos aquí discutidos será mucho mayor cuando el Estado haya decidido convertir al tratado en parte de su propio derecho interno, y hacerlo directamente invocable por parte de los individuos ante los tribunales, como es el caso de México –al menos desde el punto de vista estrictamente normativo.

II. El contenido de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer y de su Protocolo Facultativo

Cabe, entonces, recordar de manera sumaria el contenido de la CEDM y del PF.³ Como la mayoría de los tratados sustantivos sobre derechos humanos, la CEDM cuenta con dos segmentos diferenciados. Por un lado, establece un catálogo de derechos –en este caso, derechos de las mujeres– y de correlativas obligaciones estatales. Por otro lado, crea un órgano de supervisión (el Comité para la Eliminación de Discriminación contra la Mujer –en adelante, Comité EDM) y establece sus funciones y, en particular, un mecanismo de supervisión, el denominado mecanismo de informes o reportes estatales. Como puede verse, los dos segmentos del tratado tienen cierta similitud con las partes de una Constitución: una parte dog-

² Aún en ámbitos hispanoparlantes se suele utilizar el acrónimo inglés CEDAW, aunque en el caso de otros tratados de derechos humanos del sistema universal se use el acrónimo castellano (por ejemplo, PIDCP o PIDESC). Por razones de consistencia lingüística prefiero usar el acrónimo castellano, CEDM.

³ Para profundizar, véase, en general, K. D. Askin y D. M. Koenig (eds), *Women and International Human Rights Law*, Ardsley, N.Y., Transnational (1999); A. Byrnes, "The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women", en W. Benedek, E. M. Kisaakye y G. Oberleitner (eds), *The Human Rights of Women: International Instruments and African Experiences*, Londres-Nueva York, Zed (2000), pp. 119-172; I. Landsberg-Lewis (ed.), *Bringing Equality Home: Implementing the Convention on All Forms of Discrimination against Women CEDAW*, Nueva York, UNIFEM (1998); L. A. Rehof, *Guide to the Travaux Préparatoires of the United Nations, Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, Dordrecht, Martinus Nijhoff (1993).

mática, que consagra un listado de derechos fundamentales, y una parte orgánica, que establece la estructura y funciones de los poderes del Estado.

En cuanto al catálogo de los derechos consagrados por la CEDM, a cuya lectura remitimos al lector/a, podría caracterizárselo del siguiente modo: se trata de un instrumento de orientación anti-discriminatoria, por lo que su objetivo básico no es el de establecer nuevos derechos humanos, sino el de asegurar el pleno reconocimiento y disfrute de los derechos humanos ya establecidos en otros instrumentos anteriores⁴ por parte del colectivo a quien el instrumento pretende proteger, es decir, las mujeres. Esta caracterización merece varias aclaraciones.

Por un lado, la CEDM no distingue entre los denominados derechos civiles y políticos y los denominados derechos económicos, sociales y culturales. De modo que la garantía de igual reconocimiento y disfrute para las mujeres se extiende a todos los derechos del catálogo de derechos humanos, sin exclusiones ni preferencias por un grupo de derechos por sobre otro. Así, la CEDM requiere igualdad de derechos y aplica explícitamente el mandato anti-discriminatorio en los siguientes ámbitos: derecho a la participación en la vida pública y política (arts. 7 y 8), derecho a la nacionalidad (art. 9), derecho a la educación (art. 10), derecho al trabajo, a igual remuneración por igual tarea, a condiciones de trabajo dignas y a la seguridad social (art. 11), derecho a la atención médica (art. 12), derecho a prestaciones familiares, acceso a crédito y a participar de actividades de recreación y de la vida cultural (art. 13), igualdad ante la ley e igualdad de capacidad jurídica respecto al hombre y libertad de circulación y de establecimiento de domicilio (art. 15), e igualdad de derechos para contraer matrimonio, en el ámbito del matrimonio y en relación con sus hijos, incluido el derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos (art. 16).

Por otro lado, la CEDM no se limita a repetir que no se podrá discriminar contra la mujer en el reconocimiento y disfrute de derechos. Además de definir el término “discriminación contra la mujer”,⁵ la redacción de la CEDM profundiza en el alcance de los objetivos a cumplir y medidas para lograr esos objetivos, al menos de dos modos. Primero, especifica concretamente algunas medidas permisibles para lograr la igualación en el disfrute de derechos –como las llamadas medidas especiales de carácter temporal o acciones afirmativas– y establece algunos objetivos

⁴ Los instrumentos que forman parte de la llamada Carta Internacional de Derechos Humanos son la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁵ CEDM, artículo 1º: “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 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”.

generales específicos –como el de “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” (art. 5 a).⁶

En segundo término, la CEDM avanza en una técnica específica que será utilizada y profundizada en posteriores instrumentos internacionales –como la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre la Protección de los Trabajadores Migrantes y sus Familiares y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Tal técnica consiste en identificar situaciones o ámbitos en los que las mujeres sufren frecuentemente discriminación, tanto *de jure* como *de facto* y, en consecuencia, crear para los Estados Partes obligaciones negativas –la de no discriminar– y positivas –la de adoptar medidas para erradicar la discriminación y lograr la igualdad en los hechos– en esas áreas. Si bien no consagra derechos distintos a los ya establecidos en otros tratados universales de derechos humanos adoptados con anterioridad, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ciertamente incluye algunas cláusulas novedosas, en las que se incluye lenguaje nunca antes incorporado en otros instrumentos de derechos humanos. Por ejemplo, el artículo 9, al garantizar la igualdad del hombre y la mujer en materia de derecho a la nacionalidad, identifica un caso de violación típica en este ámbito, y establece una correlativa obligación estatal: los Estados “[g]arantizarán, en particular, que ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio cambien automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en apátrida o la obliguen a adoptar la nacionalidad del cónyuge”.

Otro ejemplo importante gira en torno al embarazo, la planificación familiar y la reproducción. En materia de derecho al trabajo y de protección laboral, la CEDM puntualiza obligaciones estatales consistentes en:

- 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 los beneficios sociales;
- c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las respon-

⁶ Véase, en general, CEDM, artículos 1 al 6, donde se desarrollan las obligaciones generales de los Estados Partes.

sabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños;

d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella” (artículo 11.2).

En sentido similar, en materia de derecho a la salud, la Convención especifica que “los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el periodo posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia” (art. 12.2).

Otros ejemplos incluyen el acceso a préstamos bancarios, hipotecas y otras formas de crédito financiero (art. 13 b) y un listado de dificultades y formas de discriminación que sufren las mujeres en el ámbito rural (art. 14).

De la combinación de estas técnicas de especificación de las obligaciones que la CEDM fija a los Estados puede extraerse una observación importante, que es que el modelo o paradigma proyectado por la CEDM no se limita a la eliminación de la discriminación en las relaciones entre Estado e individuos, sino que se extiende a la eliminación de la discriminación en la esfera privada y familiar –esto es, en las relaciones entre individuos en el ámbito del mercado y de la familia.

En cuanto al órgano y mecanismos de supervisión, la CEDM crea en su parte V un Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer que tiene a su cargo la revisión de los informes presentados por los Estados Partes “sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole que hayan adoptado para hacer efectivas las disposiciones de la [...] Convención y sobre los progresos realizados en este sentido” (art. 18). A su vez, el PF habilita al Comité para recibir comunicaciones individuales y grupales (equivalentes a las peticiones o quejas de otros sistemas de derechos humanos) en casos de alegada violación a los derechos establecidos en la Convención. El Comité puede considerar también comunicaciones interestatales (previa declaración específica en ese sentido por parte del Estado ratificante), e iniciar investigaciones, en aquellos casos en los que reciba “información fidedigna que revele violaciones graves o sistemáticas por un Estado Parte de los derechos enunciados en la Convención”.

El Comité EDM, al igual que los demás comités de supervisión de tratados del sistema universal de derechos humanos, ha asumido la práctica de emitir Recomendaciones Generales,⁷ que procuran definir con mayor precisión las obligacio-

⁷ Equivalentes a las Observaciones Generales de otros Comités. El CEDM ha emitido hasta la fecha 25 Recomendaciones Generales. Véase *Infra*, sección III.4.

nes de los Estados en relación con la Convención y la sustancia de los derechos establecidos en ella.

Las Recomendaciones Generales dictadas por el Comité revisten el carácter de interpretación auténtica del contenido de la Convención,⁸ de la cual es el único órgano de aplicación. Estas Recomendaciones Generales tienen carácter prescriptivo para los Estados en relación a los procedimientos de informes, comunicaciones e investigación, por cuanto –como veremos– el Comité analiza su comportamiento frente a los derechos consagrados por la Convención, a la luz de estas interpretaciones, y podrá entender que han existido violaciones de la Convención en relación con determinados derechos sobre esta base.

De modo que la determinación del alcance de los derechos y obligaciones consagrados por la CEDM puede extraerse de varias fuentes: de su examen de los informes periódicos de los Estados, de su consideración de comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas, de su consideración de comunicaciones interestatales, de las conclusiones de investigaciones que haya realizado, y de sus Recomendaciones Generales. Las pautas interpretativas que emanan de estos distintos tipos de intervención del Comité EDM responden a distintos niveles de generalidad. Así, las Recomendaciones Generales son interpretaciones generales de las cláusulas de la Convención –aunque informadas por la práctica de revisión de informes periódicos. Los informes periódicos centran su atención en la situación de todos los derechos consagrados por la Convención en un Estado Parte determinado durante un periodo temporal relativamente extenso. Las investigaciones colocan su foco en situaciones aún más delimitadas –situaciones de violación grave o sistemática. Por último, las comunicaciones individuales o grupales y las interestatales se refieren a situaciones de hecho más específicas, que conciernen a una persona o grupo de personas determinadas o determinables –equivalentes a casos judiciales en sede interna.

En la próxima sección repasaré algunos ejemplos de los criterios establecidos por el Comité EDM en ejercicio de estas facultades interpretativas y de su aplicación a algunas situaciones –varias de las cuales se refieren a México. Posteriormente

⁸ En este sentido, la emisión de Observaciones o Recomendaciones Generales por parte de los Comités de tratados del sistema universal de derechos humanos es similar a la competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cfr. art. 64, Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 51-56, Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos). La diferencia es meramente procedimental: mientras en el caso de los Comités, son ellos mismos quienes deciden la oportunidad y el tema de las observaciones generales emitidas, en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, son los Estados miembros de la OEA, la Comisión Interamericana y otros órganos de la OEA los que pueden someter una cuestión a la consulta de la Corte. El resultado final, en ambos casos, es idéntico: la opinión emitida (observación general u opinión consultiva, respectivamente) es una pauta interpretativa insoslayable para los Estados Parte.

haré algunas consideraciones respecto del valor de las interpretaciones emanadas del Comité en el ámbito del derecho interno.

III. LA TAREA INTERPRETATIVA DEL COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER

Presentaré a continuación ejemplos de la tarea interpretativa del Comité, en grado creciente de generalidad. Primero trataré las interpretaciones y aplicaciones efectuadas por el Comité en casos concretos, bajo el procedimiento de comunicaciones individuales. En segundo término, consignaré la actuación del Comité en un procedimiento de investigaciones —el único llevado a cabo hasta el momento— que concernió directamente a México. En tercer lugar, trataré —a guisa de ejemplo— las consideraciones y recomendaciones efectuadas por el Comité ante los informes periódicos presentados por México. Por último, haré una breve referencia a las Recomendaciones Generales adoptadas por el Comité.

1) Casos contenciosos

Hasta el momento, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer se ha pronunciado sobre trece casos.⁹ Ocho fueron declarados inadmisibles por diversas razones.¹⁰ En los cinco restantes, el Comité adoptó una decisión sobre el mérito de la comunicación. En cuatro casos el Comité encontró que el Estado violó un derecho reconocido en la Convención. En el quinto, el Comité consideró que no existió violación. Por ahora, ningún caso corresponde a México —de

⁹ La jurisprudencia del Comité puede consultarse en <<http://www2.ohchr.org/english/law/jurisprudence.htm>>.

¹⁰ Véase Comité para la Eliminación de Discriminación contra la Mujer, Comunicación N° 1/2003, dictamen sobre admisibilidad del 14 de julio de 2004 (no agotamiento de los recursos internos, hechos anteriores a la entrada en vigencia del Protocolo Facultativo para el Estado Parte); Comunicación N° 7/2005, dictamen sobre admisibilidad de 9 de agosto del 2007 (inadmisible *ratione temporis*); Comunicación N° 8/2005, dictamen sobre admisibilidad de 27 del enero de 2006 (no agotamiento de los recursos internos); Comunicación N° 10/2005, dictamen sobre admisibilidad de 30 del mayo de 2007 (no agotamiento de los recursos internos); Comunicación N° 11/2006, dictamen sobre admisibilidad del 22 de enero de 2007 (no agotamiento de los recursos internos, hechos anteriores a la entrada en vigencia del Protocolo Facultativo para el Estado Parte); Comunicación N° 12/2007, dictamen de admisibilidad del 4 de enero de 2009 (autoras de la comunicación no tienen calidad de víctimas); Comunicación N° 13/2007, dictamen de admisibilidad del 4 de enero de 2009 (algunas autoras de la comunicación no tienen calidad de víctimas; inadmisibles *ratione temporis*, no agotamiento de los recursos internos por una de las autoras); Comunicación N° 15/2007, dictamen sobre admisibilidad del 27 de octubre de 2008 (no agotamiento de los recursos internos).

modo que no discutiré aquí un tema que merece un examen detallado, que es el del cumplimiento de las recomendaciones que surgen de comunicaciones individuales, y su posible aplicabilidad por parte de los jueces nacionales.¹¹ A continuación haré un sumario de estas decisiones de mérito del Comité:

En el caso *A. T. v. Hungría*,¹² el Comité debió examinar un caso de violencia doméstica. La peticionaria era víctima de violencia por parte de su conviviente y padre de sus hijos. Los actos de violencia incluían amenazas, reiteradas palizas que le provocaron lesiones graves y constantes invasiones al departamento donde vivía la señora A. T. La queja alegaba que la ausencia de medidas de protección y la ineficacia del sistema de los procedimientos civiles y penales iniciados para detener los actos de violencia constituía una violación a diversas obligaciones positivas establecidas en la Convención.

El Comité, apoyándose en sus Recomendaciones Generales 19 (sobre violencia contra la mujer) y 21 (sobre la igualdad en el matrimonio y las relaciones familiares) aceptó los argumentos de la peticionaria, y consideró que la ausencia de medidas adecuadas por parte del Estado para prevenir, detener y sancionar la violencia contra la mujer constituyó una violación a las obligaciones de adoptar medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en el ámbito privado mediante disposiciones legales y de la imposición de sanciones (artículo 2 incisos a, b y e), y para modificar los patrones sociales y culturales que impliquen prejuicio hacia la mujer (art. 5.a), todos en relación con el derecho a no ser discriminada en la esfera del matrimonio y de las relaciones familiares (art. 16). El Comité recomendó al Estado tomar medidas eficaces para proteger a la víctima, le asegure un hogar seguro para vivir con sus hijos, una pensión y una indemnización por las lesiones físicas y mentales sufridas y por la violación de sus derechos. Además, recomendó al Estado tomar medidas de varios tipos para enfrentar el problema en general (entre ellas, la adopción de una estrategia nacional para la prevención y lucha contra la violencia, y la mejora de los procedimientos de denuncia y judiciales).

¹¹ Sobre el punto, remito a dos trabajos que tratan una cuestión similar, la de la aplicabilidad local de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Véase, al respecto, L. Filippini, "Los informes finales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia", y M. Abregú y O. Espinoza, "La eficacia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la aplicación de sus decisiones por los Estados Partes", en V. Abramovich, A. Bovino y C. Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, Editores del Puerto-CELS (2007), pp. 153-189 y 191-214, respectivamente.

¹² Véase Comité contra la Discriminación de la Mujer, caso *A. T. v. Hungría*, Comunicación Nº 2/2003, dictamen del 26/01/2005.

En *A. S. v. Hungría*,¹³ el Comité se enfrentó a un caso de esterilización forzosa de una mujer de origen romaní (gitano) en un hospital público. La peticionaria acudió de urgencia a un hospital público por una complicación relativa a su embarazo. Mientras la víctima se encontraba en la mesa de operaciones la realización de una cesárea destinada a retirar de su útero el feto muerto, se le hizo firmar subrepticamente una supuesta autorización para la cesárea, que contenía, además, en letra poco legible, una solicitud de esterilización. La mujer se enteró de qué significaba esterilización cuando, una vez repuesta, consultó a los médicos acerca de las posibilidades de un nuevo embarazo. Las acciones judiciales presentadas por la víctima fueron infructuosas –aunque algunas de ellas reconocieron la negligencia de las autoridades hospitalarias, las acciones judiciales fueron rechazadas, por considerar que la decisión de esterilizar estaba justificada por consideraciones médicas.

En su análisis de fondo, el Comité recuerda que en su Recomendación General 21 (sobre igualdad en el matrimonio y relaciones familiares) se había referido expresamente a la esterilización forzada como una “práctica coercitiva que tiene graves consecuencias para la mujer”, y recomendó que, a fin de garantizar el pleno conocimiento de las mujeres, el Estado debe asegurar que tengan información acerca de las medidas anticonceptivas y su uso, así como garantías de recibir educación sexual y servicios de planificación de la familia. Concretamente, a partir del artículo 10.h de la Convención (acceso a información sobre salud y bienestar familiar, incluido el asesoramiento sobre planificación familiar), el Comité señala que la peticionaria tenía derecho a recibir información específica sobre la esterilización y sobre otros métodos de planificación familiar, para evitar que una intervención tal se realizara sin conocimiento pleno. Teniendo en cuenta las circunstancias del caso, el Comité considera que el Estado no puso a disposición de la víctima tal información, y que por ende incumplió con la citada obligación.

El Comité analiza también el cumplimiento de las obligaciones estatales referidas a la eliminación de discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica, regida por los artículos 12.1 y 12.2 de la Convención. El artículo 12.2 se refiere específicamente a la garantía de servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el periodo posterior al parto. El Comité recuerda su Recomendación General 24 (sobre la mujer y la salud), en la que se subraya la necesidad de asegurar el consentimiento previo de la mujer ante intervenciones médicas, y se señala que la esterilización sin consentimiento viola el derecho a la dignidad de la mujer. En relación a las circunstancias del caso, el Comité concluye que dadas las condiciones en que la mujer llegó al hospital y las circunstancias en las que se la indujo a firmar el supuesto consentimiento, resultó imposible que el personal hu-

¹³ Véase Comité contra la Discriminación de la Mujer, caso *A. S. v. Hungría*, Comunicación Nº 4/2004, dictamen del 14/08/2006.

biera asesorado debidamente a la víctima sobre la esterilización, y por ende considera violados los derechos establecidos en el artículo 12 de la Convención.

Por último, el Comité analiza también el cumplimiento de las obligaciones estatales relativas al artículo 16.1.3 de la Convención, que reconoce la igualdad de derechos de la mujer a decidir libre y responsablemente el número de hijos y el intervalo entre los nacimientos, y el derecho a tener acceso a la información, educación y medios que le permitan ejercer ese derecho. El Comité recurre aquí a su Recomendación General 19 (sobre violencia contra la mujer), en la que señaló que la esterilización forzosa viola el derecho de la mujer a decidir el número y espaciamiento de sus hijos. Dada la esterilización quirúrgica sin consentimiento pleno e informado, el Comité afirma que la víctima fue privada injustificadamente y de manera permanente de su capacidad natural de procrear, por lo que también encuentra violado el artículo 16.1.3.

En lo que hace a las reparaciones, el Comité recomienda al Estado indemnizar a la peticionaria, y hace recomendaciones generales para evitar la repetición de la violación, entre las cuales se encuentran: la de tomar medidas para que el personal médico conozca y aplique la Convención y los párrafos pertinentes de las Recomendaciones Generales 19, 21 y 24 referidas a los derechos y salud reproductiva de la mujer, revise la legislación nacional sobre consentimiento pleno e informado en materia de esterilización, y haga un seguimiento en los centros de salud y hospitales en los que se practiquen esterilizaciones para asegurarse que las pacientes den su consentimiento pleno e informado antes de realizar dichas intervenciones.

Los otros dos casos en los que el Comité encontró violaciones a la Convención, *Sahide Goekce v. Austria* y *Fatma Yildirim v. Austria*, son semejantes –concernen al mismo país, Austria, se refieren a hechos similares, a la aplicación del mismo marco legal, fueron presentados por la misma ONG y tramitaron y fueron decididos simultáneamente por el Comité. Se trata de dos casos de violencia familiar, en los que, después de una larga historia de maltrato, las víctimas fueron finalmente asesinadas por sus respectivos maridos.¹⁴ A diferencia del caso *A. T. v. Hungría*, en estos casos el Estado Parte contaba con legislación específica referida a la violencia doméstica, y las autoridades públicas habían tomado algunas medidas de protección. Sin embargo, pese a las advertencias reiteradas al respecto de amenazas de muerte, las autoridades no lograron impedir la muerte de las víctimas a manos de sus maridos. Ambos maridos fueron juzgados y condenados a penas severas después de acaecida la muerte de sus respectivas cónyuges.

¹⁴ Véase Comité contra la Discriminación de la Mujer, caso *Sahide Goecke (fallecida) v. Austria*, Comunicación Nº 5/2005, dictamen del 6 de agosto de 2007, y caso *Fatma Yildirim (fallecida) v. Austria*, Comunicación Nº 6/2005, dictamen del 6/08/2007.

En ambos casos, el Comité se remite a lo dicho en su Recomendación General Nº 19 sobre violencia contra la mujer, recordando que los Estados Partes son también responsables por la conducta de agentes no estatales de no adoptar diligentemente medidas para impedir la violación de derechos humanos. Si bien el Comité reconoce que el Estado Parte ha adoptado un modelo amplio para hacer frente a la violencia doméstica, que incluye legislación, diversos recursos materiales y humanos y programas de educación y capacitación, de todos modos señala que para cumplir cabalmente con las obligaciones establecidas por la Convención, los agentes estatales deben prestar su apoyo y cumplir con las obligaciones de diligencia debida. A partir de un análisis de los hechos bajo examen, el Comité concluye que, dado los antecedentes de ambos casos, las autoridades sabían o debían saber que las víctimas corrían un peligro grave, y por ende no actuaron con la diligencia debida en esas circunstancias. El Comité considera por ende que el Estado ha violado los derechos a la vida y a la integridad física y mental de las víctimas (artículos 2.a, 2.c a 2.f y 3 de la Convención, en conjunción con el artículo 1º, a la luz de la Recomendación General 19). En ambos casos, el Comité recomienda reparaciones de carácter general: entre ellas, la de fortalecer la aplicación y supervisión de la ley de protección contra la violencia familiar, utilizar los recursos legales disponibles para actuar cuando la violencia doméstica represente una amenaza peligrosa para la víctima, velar por la mayor coordinación entre funcionarios involucrados, y fortalecer los programas de capacitación y educación sobre violencia doméstica para magistrados, abogados y funcionarios competentes.

Por último, el Comité también ha tenido oportunidad de decidir sobre el mérito de una queja en la que se alegaba la violación de la prohibición de discriminación en relación con el derecho a la seguridad social –concretamente, sobre las prestaciones sobre maternidad. En el caso *Dung Thi Thuy Nguyen v. Países Bajos*,¹⁵ la peticionaria alegaba que la legislación holandesa aplicable a las circunstancias bajo examen, que sólo concede una compensación parcial en caso de licencia por maternidad, hace que el embarazo tenga efectos negativos sobre el ingreso de las mujeres, y por ende discrimina contra ellas como resultado de su embarazo. Concretamente, la peticionante señalaba que la legislación holandesa en la materia incumplía con la obligación establecida en el artículo 11.2.b de la Convención (obligación de establecer licencia de maternidad con sueldo pagado o prestaciones sociales comparables sin pérdida de empleo, antigüedad o beneficios sociales). El Comité no aceptó los argumentos de la peticionaria, señalando por un lado que el texto del artículo 11.2 (b) no requiere el mantenimiento pleno del salario, sino sólo el pago de salario o de prestaciones sociales comparables, dejando libra-

¹⁵ Véase Comité contra la Discriminación de la Mujer, caso *Dung Thi Thuy Nguyen v. Países Bajos*, Comunicación Nº 3/2004, dictamen del 14 de agosto de 2006.

do al margen de discrecionalidad de los Estados Partes la elección del esquema adecuado para cumplir con esa obligación. Por otro lado, el Comité consideró que la autora de la comunicación no probó que la disminución de su ingreso se debiera a su condición de mujer o a su maternidad, y que las diferencias entre salario y compensación por maternidad se debían al hecho de que la peticionaria participaba de dos esquemas de seguro social diferentes, por ser al mismo tiempo empleada asalariada y trabajadora-cónyuge en la empresa de su marido. Por esos motivos, el Comité concluyó que no existió violación del artículo 11.2.b de la Convención.

2) Procedimiento de investigación

La única vez que la CEDM hizo uso del procedimiento de investigación previsto por el artículo 8 de la Convención –que, recordemos, procede en aquellos casos en los que el Comité recibe información fiable sobre la existencia de violaciones graves o sistemáticas de los derechos establecidos en la Convención– concierne justamente a México. Se trata de una investigación iniciada a raíz de denuncia al Comité, por parte de organizaciones no gubernamentales, de las reiteradas abducciones, violaciones y homicidios de mujeres ocurridos en Ciudad Juárez, Chihuahua. Una delegación del Comité efectuó una visita a México entre el 18 y 26 de octubre de 2003, y el informe final de la investigación fue adoptado por el Comité en enero de 2005.

Entre las conclusiones de la investigación adoptadas por el Comité,¹⁶ se encuentran las siguientes:

- “el Comité constata que los hechos alegados y presentados en las comunicaciones iniciales y adicionales por las organizaciones de la sociedad civil ‘constituyen graves y sistemáticas violaciones de lo dispuesto en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer, en conjunto con la Recomendación 19 del Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y la Declaración sobre Violencia contra la Mujer de las Naciones Unidas’”.¹⁷
- “el Comité manifiesta gran preocupación por el hecho de que estas graves y sistemáticas violaciones de los derechos de las mujeres se hayan manteni-

¹⁶ Véase Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Informe de México producido por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer bajo el artículo 8 del Protocolo Facultativo de la Convención y respuesta del Gobierno de México, CEDAW/C/2005/OP.8/MEXICO, 27 enero 2005. El informe completo puede leerse en <<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw32/CEDAW-C-2005-OP.8-MEXICO-S.pdf>>.

¹⁷ *Ibid.*, § 259.

do durante más de diez años y expresa consternación debido a que no se ha logrado aún erradicarlas, sancionar a los culpables y prestar la ayuda necesaria a los familiares de las víctimas”.¹⁸

- “La repetición y semejanza de los métodos de asesinatos y desapariciones practicados en Ciudad Juárez desde hace 10 años con los que ocurren desde hace pocos años en la Ciudad de Chihuahua, y aparentemente en otros sitios de México, representa una prueba más de que no se trata de una situación excepcional, aunque muy grave, o de ocasionales muestras de violencia contra la mujer, sino de situaciones de violaciones sistemáticas de los derechos de la mujer fundadas en una cultura de violencia y discriminación basada en el género y, por lo tanto, en la impunidad”.¹⁹

A partir de estas conclusiones, el Comité efectúa una extensa serie de recomendaciones al Gobierno mexicano. Algunas de esas recomendaciones son de carácter general:

- “Cumplir todas las obligaciones adquiridas al ratificar la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer. Recordar específicamente que la obligación de eliminar la discriminación contra la mujer no comprende solo las acciones u omisiones realizadas por el Estado, sino también la necesidad de tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer cometida por cualquier persona, organización o empresa”.²⁰
- “Intensificar los esfuerzos de coordinación y participación entre todos los niveles de poder –federal, estatal y municipal– entre sí, y con la sociedad civil, con vista a garantizar de la mejor manera los mecanismos y programas recientemente adoptados e iniciados [...]. Por otro lado, el Comité señala la responsabilidad de todas las autoridades a todos los niveles, en la prevención de la violencia y la protección de los derechos humanos de las mujeres”.²¹
- “Incorporar la perspectiva de género en todas las investigaciones y en las políticas de prevención y combate a la violencia y programas de reconstrucción del tejido social, teniendo en cuenta los aspectos propios de la violencia ejercida sobre las mujeres en razón de su sexo, sus causas y consecuencias, y las respuestas sociales específicas que su situación requiere, en una

¹⁸ *Ibid.*, § 260.

¹⁹ *Ibid.*, § 261.

²⁰ *Ibid.*, § 264.

²¹ *Ibid.*, § 266.

perspectiva de eliminación de la discriminación y construcción de la igualdad de género”.²²

- “Mantener, en toda la implementación del Programa una estrecha vinculación con las organizaciones de la sociedad civil en la Subcomisión creada, así como en todas las instancias de diálogo, y promover el intercambio de información de manera permanente, teniendo en cuenta las opiniones y recomendaciones de las organizaciones de la sociedad civil. Proporcionar de manera rápida información amplia y transparente sobre todas las acciones previstas y en curso, su evaluación y resultados para crear confianza y posibilitar la cooperación de los diversos sectores e instituciones de la sociedad civil”.²³

Otras recomendaciones se refieren a la investigación de los crímenes y sanción de los responsables:

- Ante el generalizado fracaso de las investigaciones de los crímenes de violencia sexual, el Comité recomienda puntualmente “reforzar la armonización de las actuaciones de las autoridades federales y estatales en la Agencia Mixta establecida en Ciudad Juárez en el mes de agosto de 2003, para que cada caso se trate en conjunto por ambas autoridades, y que se continúe la revisión por la PGR de cada caso y la sistematización de toda la información disponible. Proponer al Gobierno Federal que valore la posibilidad de ejercer la atracción a nivel federal de los crímenes de violencia sexual no resueltos durante estos 10 años –dada la responsabilidad del Estado ante la sociedad mexicana en su conjunto y la comunidad internacional de garantizar la plena vigencia de los derechos de la mujer reconocidos en la Convención”.²⁴
- Ante los escasos resultados de las investigaciones de los casos, la falta de consideración de las denuncias de víctimas y las constancias de destrucción de pruebas y evidencias, el Comité recomienda “investigar a fondo y sancionar la negligencia y complicidad de agentes de las autoridades del Estado en las desapariciones y homicidios de las mujeres, así como la fabricación de culpables bajo tortura; investigar y sancionar la complicidad o tolerancia de agentes de las autoridades del Estado en las persecuciones, hostigamiento y amenazas a familiares de víctimas, miembros de organizaciones que las representan y otras personas involucradas en su defensa”.²⁵

²² *Ibid.*, § 268.

²³ *Ibid.*, § 270.

²⁴ *Ibid.*, § 272.

²⁵ *Ibid.*, § 274.

- Ante la falta de diligencia de las autoridades estatales y municipales ante denuncias de desaparición de mujeres, el Comité recomienda “establecer mecanismos de alerta temprana y búsqueda urgente en los casos de las desapariciones de mujeres y niñas en Ciudad Juárez y Chihuahua, dada la vinculación estrecha que existe entre desapariciones y asesinatos y por lo tanto el extremo peligro que representa cada desaparición ocurrida; teniendo en cuenta que las primeras 24 horas son cruciales y que todos los casos de patrón similar deben ser considerados como desapariciones de alto riesgo y no simples casos de extravío. Asimismo considera imprescindible que se asignen a las autoridades a esta instancia, la capacitación y los recursos humanos y materiales que se requiere para actuar con la debida diligencia”.²⁶
- Ante la mala calidad e irregularidades de las investigaciones, el Comité recomienda “adoptar medidas destinadas a garantizar la total autonomía e independencia de los servicios/peritos de ciencias forenses en la investigación de los crímenes, así como la capacitación y recursos adecuados a un desempeño eficaz, cabal y pronto de sus tareas y responsabilidades. Promover y garantizar la formación y capacitación de todos los agentes del Estado involucrados en las investigaciones, incluyendo agentes policíacos, no solo en lo que se refiere a los aspectos técnicos de las investigaciones, sino también en materia de violencia de género, considerada como violación de derechos humanos de las mujeres. El Comité recomienda también que se elabore un registro nacional de mujeres asesinadas y desaparecidas”.²⁷
- Ante el maltrato recibido por madres y familiares de víctimas, el Comité “exige que las madres y los familiares de las víctimas sean tratadas con el debido respeto, consideración, compasión y solidaridad a su dolor, en correspondencia con los principios de humanidad y sus derechos fundamentales como seres humanos y sancionar a las autoridades responsables de este trato cruel e inhumano. Garantizar el funcionamiento del mecanismo de coadyuvancia y su representación legal en defensa de los intereses de las víctimas en la investigación y en los procesos penales”.²⁸
- Ante las amenazas e inseguridad que viven las madres y familiares de víctimas, el Comité recomienda “poner en práctica con urgencia o reforzar medidas efectivas para la protección de personas e instituciones que trabajan en Ciudad Juárez y Chihuahua por el esclarecimiento de los hechos y el respeto a los derechos humanos, las cuales, al igual que los familiares de las vícti-

²⁶ *Ibid.*, § 276.

²⁷ *Ibid.*, § 278.

²⁸ *Ibid.*, § 280.

mas que se han organizado para estos fines, continúan sufriendo amenazas y hostigamiento”.²⁹

- Ante las posibles dimensiones transfronterizas de los crímenes de Ciudad Juárez, el Comité recomienda “considerar el establecimiento de un Convenio con los Estados Unidos de América para la cooperación en la investigación sistemática de los asesinatos y desapariciones”.³⁰

Finalmente, el Comité formuló recomendaciones en materia de prevención de la violencia, garantía de seguridad y promoción y protección de los derechos humanos de las mujeres. Ellas son las siguientes:

- “Organizar –con la participación activa, en cada etapa del proceso, de las organizaciones de la sociedad civil incluyendo a hombres y niños– campañas masivas, inmediatas y permanentes que erradiquen la discriminación contra la mujer, promuevan la igualdad entre mujeres y hombres y contribuyan a un empoderamiento de las mujeres. Monitorear tales campañas de forma sistemática con el objetivo de lograr resultados concretos y positivos. Incluir en los programas educativos y de formación a los varios niveles, incluyendo en el sector laboral módulos de información y sensibilización sobre el respecto a los otros, la dignidad de las personas y la violencia de género en cuanto violación de derechos humanos. Promover la formación y capacitación de los agentes de los servicios públicos en general, y en particular de los jueces y personal judicial, en materia de violencia de género y derechos humanos y en la necesidad de considerar la dimensión de género en sus acciones y procedimientos y también en las sentencias y decisiones judiciales. Sensibilizar los medios de comunicación respecto a la violencia de género y conminarlos a asumir una actitud positiva y didáctica sobre el tema, teniendo en cuenta su responsabilidad social, la cual deriva del poder que ostentan en una sociedad de comunicación”.³¹
- Ante la situación de la inseguridad y discriminación prevaleciente en las maquilas, y ante la pobreza e inseguridad sufrida por la mayor parte de la población femenina, el Comité recomienda “intensificar los programas y políticas de prevención de la violencia incluyendo los mecanismos de alerta rápida, el redoblamiento de la seguridad en zonas peligrosas o marginadas, los programas de vigilancia, la información sistemática sobre medidas de seguridad, etc. Adoptar e impulsar todas las medidas necesarias para restablecer

²⁹ *Ibid.*, § 282.

³⁰ *Ibid.*, § 284.

³¹ *Ibid.*, § 288.

el tejido social y crear condiciones que garanticen a las mujeres en Ciudad Juárez el ejercicio de los derechos que establece la Convención”.³²

- Ante la vulnerabilidad de las víctimas de la violencia y sus familias, el Comité recomienda “garantizar el apoyo legal en el acceso a la justicia y a todas las garantías legales de protección a las víctimas de violencia y a los familiares de las asesinadas y desaparecidas. En este ámbito considerar la necesidad de garantizar que se viabilice a las abuelas que tienen bajo su guardia y custodia a los hijos/as de mujeres asesinadas o desaparecidas, los trámites de adopción a los efectos de que puedan beneficiarse con las prestaciones que le corresponden, así como que puedan tener acceso a todos los beneficios de seguridad y apoyo social, de los cuales tendrían derechos a través de sus madres. De igual forma que se dediquen los recursos necesarios para su atención médica y psicológica, así como para brindarles ayuda económica”.³³
- Por último, a efectos de apuntalar la efectividad de una institución creada por el Gobierno Federal, el Comité recomienda “(d)otar a la Comisionada Federal para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las Mujeres en Ciudad Juárez con la jerarquía y autoridad necesarias, con suficiente estructura, presupuesto y personal para ejercer cabalmente sus funciones en estrecha cooperación con las instituciones y mecanismos existentes a los diferentes niveles y garantizando la articulación con las organizaciones de la sociedad civil”.³⁴

Como puede apreciarse, las recomendaciones formuladas tienen un grado muy diverso de precisión: en algunos casos son más concretas, y en otros dejan al Estado un margen de apreciación amplio para hacerlas efectivas.

3) Observaciones finales del Comité ante los informes periódicos presentados por México

A guisa de ejemplo, consignaré aquí algunas de las observaciones finales hechas por el Comité EDM a raíz de los últimos informes periódicos presentados por México. Aunque el lenguaje empleado para la redacción de observaciones finales raramente se refiere a “violaciones” –en general, se considera la revisión de infor-

³² *Ibid.*, § 290.

³³ *Ibid.*, § 292.

³⁴ *Ibid.*, § 294.

mes periódicos un ejercicio de “diálogo constructivo” con el Estado Parte,³⁵ este repaso puede ofrecer una idea de las cuestiones sobre las cuales el Comité juzga que las medidas adoptadas por el Estado mexicano son insuficientes para cumplir con sus obligaciones de acuerdo con la CEDM.

En 1998, el Comité consideró los informes periódicos tercero y cuarto combinados presentados por México.³⁶ Además de valorar positivamente algunas acciones adoptadas por el Estado, el Comité destaca algunos motivos de preocupación. Entre ellos se encuentran los siguientes:

- “La situación de discriminación en que se encuentran las mujeres indígenas y campesinas cuyos índices de salud, educación y empleo son inferiores a la media nacional”.
- “La situación de las mujeres y los niños indígenas, especialmente en el territorio de Chiapas, pues en las zonas de conflicto donde operan cuerpos policiales o armados, las mujeres suelen ser víctimas inocentes de la violencia”.
- “La discriminación que tiene lugar de hecho, en particular en el caso de las mujeres que trabajan en las plantas maquiladoras, donde, según la información recibida de varias fuentes, se viola la legislación laboral mexicana, especialmente en lo que concierne a los derechos reproductivos de las trabajadoras”. El Comité se refiere también a lo que ocurre en algunas zonas donde no se aplica el principio de salario igual por trabajo de igual valor y las mujeres en edad reproductiva tienen que pasar obligatoriamente pruebas de embarazo para poder trabajar.
- La falta de ejemplos en los que se haya utilizado la Convención para sustentar la defensa de los derechos humanos de la mujer. Al Comité le preocupa que la ausencia de esos casos se deba, o bien a que las mujeres no son conscientes de la Convención y de su primacía sobre las leyes nacionales, o bien a que carezcan de recursos suficientes para tener acceso al sistema judicial.
- “La violencia doméstica, que sigue siendo un grave problema que confronta la sociedad mexicana”.
- La elevada demanda insatisfecha de métodos anticonceptivos, especialmente entre las mujeres urbanas pobres, las mujeres rurales y las adolescentes. También se observa con inquietud los casos de aplicación de métodos anticonceptivos en algunas localidades sin el consentimiento expreso de la mujer que se exige en la legislación del país.

³⁵ Sobre esta noción, véase B. Faracik, “‘Constructive Dialogue’ as a Cornerstone of the Human Rights Treaty Body Supervision”, en *Bracton Law Journal*, vol. 38 (2006), pp. 39-54.

³⁶ Véase Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales: México. 14/05/98, A/53/38, § § 354-427. (Concluding Observations/Comments), disponible en <[http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/A.53.38.para.354-427.Sp?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/A.53.38.para.354-427.Sp?Opendocument)>.

- La posible existencia de trata de mujeres.
- La posible afectación de la política dirigida a la igualdad de géneros en el sistema educativo por la descentralización de la enseñanza en el país.
- La falta de acceso a servicios de cuidado de niños y ancianos.
- La insuficiencia de las políticas de promoción de la igualdad en el seno de la familia, ya que es en la familia donde se perpetúan los papeles estereotipados debido a tradiciones profundamente arraigadas sobre la superioridad de los hombres. Además, el Comité subraya que algunas disposiciones legales pudieran seguir promoviendo la desigualdad y los papeles tradicionales en el seno de la familia.
- Los altos niveles de embarazo entre las adolescentes y el hecho de que las mujeres no tienen acceso fácil y rápido al aborto en todos los Estados.
- La ausencia de información sobre las mujeres que emigran del país.

Entre las sugerencias y recomendaciones del Comité, se encuentran las siguientes:

- “Que México siga permitiendo que las organizaciones no gubernamentales de mujeres participen en la aplicación de la Convención”.
- “Que, a pesar de la estructura del Gobierno Federal, la Constitución y la Convención de Belém do Pará se apliquen en todo el país para acelerar los cambios legales en todos los Estados”.
- “Que el Gobierno de México continúe sus esfuerzos por reducir los niveles de pobreza entre las mujeres rurales, especialmente indígenas, y que trabaje en colaboración con las organizaciones no gubernamentales, dedicando especiales esfuerzos a impulsar programas de educación, empleo y salud que propicien la integración de la mujer como beneficiaria y protagonista del proceso de desarrollo”. Dados los niveles relativamente altos de crecimiento de la economía mexicana, registrados en el periodo cubierto por el informe, el Comité señala que “vería con agrado que se lograra redistribuir la riqueza de forma más equitativa entre la población”.
- Que México haga una evaluación de las áreas a las que no se aplica la acción afirmativa –por ejemplo, en el sector privado–, y que presente en el próximo informe una evaluación consolidada de todas las iniciativas de acciones afirmativas.
- Que en su próximo Informe México brinde mayor información sobre los mecanismos que existen para que las mujeres puedan acudir a la justicia con base a la Convención.

- Que el Gobierno siga vigilando el cumplimiento de la legislación laboral en las plantas maquiladoras, y continúe la labor de sensibilización de los empleadores en esas plantas.
- Que la Secretaría de la Reforma Agraria siga tratando oficialmente de persuadir a las asambleas de los ejidos de que asignen a las mujeres las parcelas que les corresponden.
- Que el Gobierno evalúe la conveniencia de revisar la legislación que penaliza el aborto y sugiere que se evalúe la posibilidad de autorizar el uso del anticonceptivo RU486, tan pronto esté disponible, ya que es económico y de fácil uso.
- Que en el próximo Informe se incluya información sobre los efectos de los programas para limitar y prevenir los embarazos entre las adolescentes.
- Que se desarrolle una labor de capacitación del personal de la salud sobre los derechos humanos de la mujer, específicamente sobre su derecho a seleccionar, libremente y sin coacción, los métodos anticonceptivos.
- Que el Gobierno adopte una legislación nacional sobre todas las formas de violencia contra la mujer, incluida la violencia en el hogar, para lo cual se han de ajustar las leyes de los Estados.
- Que se piense en la posible ejecución de un plan integrado a largo plazo de lucha contra la violencia, el cual podría contemplar la acción judicial, la capacitación del personal judicial, policial y de salud, la información a las mujeres sobre sus derechos y sobre la Convención, y el fortalecimiento de los servicios de atención a las víctimas.
- Que se tomen medidas rigurosas contra los perpetradores de violencia contra las mujeres y que se haga más fácil a las víctimas entablar una acción judicial contra ellos.
- Que el Gobierno examine en su próximo Informe la cuestión de si tiene o no la intención de legalizar la prostitución y de si esto ha sido debatido públicamente. Recomienda enérgicamente que al legislar no se discrimine a las prostitutas sino que se sancione a los proxenetas.
- Que se establezcan cambios en las sanciones que fija la ley para los perpetradores de violación y que el Estado vele por su aplicación. Recomienda además que se promuevan campañas de sensibilización para las organizaciones no gubernamentales y los legisladores.
- Que se tomen medidas en contra de los empleadores que discriminan en base al embarazo. Las mujeres afectadas deben recibir apoyo y se deben dar señales claras a la sociedad de que ese tipo de discriminación no será tolerado.
- Que en su próximo Informe el Gobierno proporcione información sobre los recursos judiciales de que disponen las mujeres cuando al dividirse los bie-

nes en el divorcio se ven perjudicadas a pesar de su contribución al patrimonio familiar.

- Que en su próximo Informe, el Gobierno proporcione información sobre las mujeres que emigran, sobre los lugares de destino y sobre si la migración es regulada por algún organismo autorizado.
- Que en el próximo Informe se incluyan datos comparativos entre hombres y mujeres sobre las pensiones, en cuanto a acceso y monto mínimo.
- Que en el próximo Informe se incluya información sobre si la homosexualidad está tipificada en el código penal.
- Que se proporcione información sobre las mujeres jefas de empresas rurales y sobre los programas para la promoción económica de las mujeres rurales.
- Que se establezcan programas de educación sobre las disposiciones de la Convención y los derechos de las mujeres para el personal judicial, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, los abogados encargados de aplicar la ley, y otros. El Comité recomienda también que se adopten medidas adicionales para incrementar el número de mujeres en todos los niveles del Poder Judicial y en los organismos encargados de hacer cumplir la ley.
- Que se lleve a cabo una campaña de educación de las mujeres sobre el contenido de la Convención, alertándolas sobre sus derechos económicos, políticos, civiles y culturales.
- Que se incluyan sistemáticamente estadísticas en los próximos informes para propiciar el diálogo con el Comité sobre la situación de hecho de las mujeres. En particular, el Comité pide datos sobre la aplicación del sistema de información que empieza a ponerse en práctica.
- Que el Gobierno de México preste atención preferente a salvaguardar los derechos humanos de las mujeres, incluidos los de las indígenas y las mujeres en las zonas de conflicto, especialmente donde operan cuerpos policiales y armados.
- Que todos los estados de México revisen su legislación de modo que, cuando proceda, se garantice el acceso rápido y fácil de las mujeres al aborto.
- Que se dé amplia difusión a estas observaciones finales en México para que el pueblo de México, y en particular sus políticos y funcionarios públicos, tengan conocimiento de las medidas tomadas para asegurar en la práctica la igualdad de la mujer y las medidas adicionales necesarias para alcanzar dicha meta.

En su revisión del Quinto Informe periódico del Estado mexicano, examinado en agosto de 2002,³⁷ el Comité identifica los siguientes motivos de preocupación y formula las siguientes recomendaciones:

- Al Comité le preocupa de manera especial la ausencia de evaluación de los diversos programas puestos en práctica, así como de su impacto específico en las mujeres en particular. Al respecto, el Comité exhorta al Estado Parte a prestar especial atención a la promoción de la implementación y evaluación de las políticas en los tres niveles de gobierno existentes en el país, en particular, las municipalidades y al establecimiento de un calendario específico para vigilar y evaluar los progresos alcanzados en el cumplimiento de las obligaciones de la Convención.
- El Comité expresa su preocupación porque en el informe estatal no se describen casos en que la Convención haya sido invocada ante los tribunales, así como ante la falta de recopilación de sentencias a este respecto. En consecuencia, insta al Estado Parte a que emprenda campañas de difusión, educación y sensibilización sobre las disposiciones de la Convención dirigidas a la sociedad en su conjunto y, en particular, al personal encargado de la administración y defensa de la justicia y a las mujeres mexicanas en especial, para hacerlas conocedoras de sus derechos en el ámbito tanto judicial nacional como estatal.
- El Comité expresa gran preocupación por la violencia contra la mujer en México, incluyendo la violencia doméstica, que permanece sin penalizar en varios Estados, y pide al Estado Parte que tenga en cuenta la Recomendación 19 sobre la violencia contra la mujer y tome las medidas necesarias para que la ley sancione adecuadamente todas las formas de violencia contra la mujer y la existencia de procedimientos adecuados para la investigación y el procesamiento. Recomienda que se promueva la promulgación de leyes federales y estatales, según proceda, que criminalicen y sancionen la violencia doméstica y a los perpetradores de la misma y que se adopten medidas para que las mujeres víctimas de tal violencia puedan obtener reparación y protección de inmediato, en particular, mediante el establecimiento de teléfonos de atención 24 horas, el aumento de centros de acogida y de campañas de tolerancia cero respecto de la violencia contra la mujer, para que se reconozca como un problema social y moral inaceptable. Asimismo, el

³⁷ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 26° periodo de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2002); 27° periodo de sesiones (3 a 21 de junio de 2002); Periodo extraordinario de sesiones (5 a 23 de agosto de 2002) (A/57/38), pp. 220-227, § § 410-453. Disponible en <[http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/A.57.38.Sp?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/A.57.38.Sp?Opendocument)>.

Comité considera especialmente importante que se adopten medidas para la capacitación en derechos humanos y tratamiento de la violencia contra la mujer del personal de los servicios de salud, comisarías y fiscalías especializadas.

- El Comité expresa preocupación por la pobreza, que constituye un grave obstáculo para el goce de los derechos de las mujeres que representan la mayoría de los sectores más vulnerables, en especial, las mujeres de zonas rurales e indígenas. Por ello, insta al Estado Parte a que se asigne prioridad a la mujer en su estrategia de erradicación de la pobreza, con especial atención a las mujeres de las zonas rurales e indígenas, y, en este contexto, a adoptar medidas y programas específicos dirigidos a garantizar que la mujer disfrute plenamente de sus derechos en un plano de igualdad en las áreas de educación, empleo y salud.
- El Comité observa con gran preocupación la problemática de la explotación de la prostitución, la pornografía infantil y el tráfico y la trata de mujeres y niñas en México, así como la ausencia de estadísticas desagregadas por sexo sobre la incidencia y evolución de estos fenómenos. El Comité alienta al Estado Parte a tomar medidas para combatir el fenómeno del tráfico y la trata de mujeres y niñas, tanto hacia el extranjero como del exterior hacia el país, la explotación de la prostitución, así como a recopilar y sistematizar datos desagregados por sexo, con vistas a la formulación de una estrategia amplia para poner fin a estas prácticas degradantes y sancionar a sus perpetradores.
- Dado el creciente número de mujeres mexicanas que están emigrando a otros países en busca de mayores oportunidades laborales, preocupa al Comité que tal circunstancia les pueda hacer especialmente vulnerables a situaciones de explotación o tráfico. El Comité exhorta al Estado Parte a que se concentre en las causas de este fenómeno, adoptando medidas encaminadas a mitigar la pobreza y a potenciar e impulsar el papel económico de la mujer, así como la plena garantía del reconocimiento y ejercicio de sus derechos. Asimismo el Comité alienta al Estado Parte a buscar acuerdos bilaterales o multilaterales con los países de destino de estas mujeres.
- El Comité expresa gran preocupación por los acontecimientos sucedidos en Ciudad Juárez y por los continuos homicidios y desaparición de mujeres. El Comité se muestra especialmente preocupado por la aparente falta de conclusiones finales en las investigaciones sobre las causas de los numerosos homicidios de mujeres y la identificación y el enjuiciamiento de los perpetradores de tales crímenes para proteger a las mujeres de dicha violencia. El Comité insta al Estado Parte a impulsar y acelerar el cumplimiento de la Recomendación 44/98 emitida por la Comisión Nacional de Derechos Hu-

manos Mexicana, en relación con el esclarecimiento y la sanción de los homicidios de Ciudad Juárez. Asimismo, el Comité insta al Estado Parte a que proteja a las mujeres de esta violación de su derecho humano a la seguridad personal.³⁸

- El Comité manifiesta preocupación por la baja calidad en el empleo de las mujeres mexicanas, en lo referente a discriminación salarial, segregación vertical y horizontal y prestaciones sociales. Asimismo, preocupa al Comité de manera especial la problemática de las mujeres que trabajan en el sector no estructurado, incluidas las trabajadoras domésticas, y sobre todo, preocupa también al Comité la situación de las mujeres trabajadoras de la industria maquiladora, cuyos derechos laborales más básicos no se respetan; en particular, preocupa al Comité la exigencia, por parte de los empleadores, de resultados negativos de las pruebas de embarazo y la posibilidad de que las trabajadoras de esa industria sean despedidas si los resultados son positivos. El Comité recomienda al Estado Parte que acelere la adopción de las reformas necesarias de la Ley laboral, incluida la prohibición de discriminación contra la mujer, para garantizar su participación en el mercado laboral en un plano de igualdad real con los hombres. Asimismo, insta al Estado Parte a hacer efectivos los derechos laborales de las mujeres en todos los sectores. Con este fin, se recomienda al Estado Parte fomentar y potenciar el papel del Instituto Nacional de las Mujeres en el proceso de negociación de la Ley laboral para dar cumplimiento específico a las necesidades de las mujeres trabajadoras, en particular al principio de igual retribución por trabajo de igual valor y a la prohibición específica de requerir a las trabajadoras de la industria maquiladora el test negativo de embarazo.
- El Comité expresa su preocupación por el bajo porcentaje de mujeres en puestos de alto nivel en todas las esferas, en particular, las esferas política, parlamentaria, sindical y educativa. El Comité recomienda que se adopten estrategias dirigidas a lograr un aumento del número de mujeres que intervienen en la adopción de decisiones a todos los niveles, y en particular, en las municipalidades a nivel local, mediante la adopción de medidas especiales de carácter temporal de conformidad con el artículo 4.1 de la Convención, y se refuercen las actividades encaminadas a promover mujeres a cargos de dirección tanto en el sector público como el privado, con programas de capacitación especiales y campañas de sensibilización sobre la importancia de la participación de la mujer en la adopción de decisiones a todos los niveles.

³⁸ Como hemos visto antes, la misma cuestión generó un procedimiento de investigación específico llevado a cabo por el Comité EDM.

- El Comité observa con preocupación la alta tasa de mortalidad derivada de la maternidad, en especial, en aquellos casos derivados de abortos en adolescentes, y la insuficiente educación, difusión, accesibilidad y oferta de todos los métodos anticonceptivos, especialmente entre las mujeres pobres de las zonas rurales y urbanas, así como entre los adolescentes. Asimismo, el Comité nota con preocupación el incremento del VIH/sida entre los adolescentes, especialmente entre las mujeres. El Comité recomienda que el Estado Parte examine la situación de la población adolescente con prioridad y lo exhorta a adoptar medidas para que se garantice el acceso a servicios de salud reproductiva y sexual y se preste atención a las necesidades de información de los adolescentes, incluso mediante la aplicación de programas y políticas conducentes a incrementar los conocimientos sobre los diferentes medios anticonceptivos y su disponibilidad, en el entendimiento de que la planificación de la familia es responsabilidad de ambos integrantes de la pareja. Además, insta al Estado Parte a que se fomente la educación sexual de los adolescentes, prestando especial atención a la prevención y a la lucha contra el VIH/sida.
- El Comité nota la insuficiencia de datos estadísticos desagregados por sexo en muchas de las áreas abarcadas por el Quinto Informe, a pesar de que el Comité tiene entendido que el Censo Nacional Mexicano se realiza a través de estadísticas desagregadas por sexo. El Comité recomienda una recopilación amplia de datos desagregados por sexo e insta al Estado Parte a incluir estadísticas relevantes que muestren la evolución del impacto de los programas.
- El Comité observa con preocupación que la edad mínima legal establecida para contraer matrimonio en la mayoría de los Estados, fijada en 16 años, es muy baja, y no es igual para niñas y niños. El Comité recomienda la revisión de tal legislación, aumentando la edad mínima legal para contraer matrimonio, así como su aplicación a niñas y niños por igual de acuerdo a lo dispuesto en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer y en la Convención sobre los Derechos del Niño.
- El Comité pide al Estado Parte que al presentar su próximo informe periódico incluya información sobre los efectos de las políticas macroeconómicas, incluidos los acuerdos comerciales regionales sobre las mujeres, en particular las que viven en zonas rurales y trabajan en el sector agrícola.
- El Comité pide que México dé amplia difusión a las observaciones finales con objeto de que la población del país, y en particular los funcionarios públicos y los políticos, tengan conocimiento de las medidas que se han adoptado para asegurar la igualdad *de jure* y *de facto* de la mujer, y las demás medidas que sean necesarias.

En agosto de 2006, el Comité consideró el Sexto Informe periódico presentado por el Estado mexicano³⁹. Entre los motivos de preocupación y recomendaciones expresados por el Comité se encuentran las siguientes:

- El Comité observa con preocupación el que no haya una armonización sistemática de la legislación y de otras normas federales, estatales y municipales con la Convención, lo cual tiene como consecuencia la persistencia de leyes discriminatorias en varios Estados y dificulta la aplicación efectiva de la Convención. El Comité lamenta las escasas explicaciones proporcionadas sobre los mecanismos existentes para que los Estados cumplan las leyes federales y los tratados internacionales de derechos humanos en que México es parte, así como sobre las medidas que se toman cuando los Estados y municipios no adoptan las reformas legislativas necesarias para garantizar su cumplimiento. En consecuencia, el Comité insta a que conceda una alta prioridad a la armonización de las leyes y las normas federales, estatales y municipales con la Convención, en particular mediante la revisión de las disposiciones discriminatorias vigentes, con el fin de garantizar que toda la legislación se adecue plenamente al artículo 2 y a otras disposiciones pertinentes de la Convención. También insta a que ponga en marcha un mecanismo eficaz para asegurar y supervisar este proceso de armonización. Recomienda que el Estado Parte adopte medidas para fomentar la concienciación sobre la Convención y las recomendaciones generales del Comité destinadas, entre otros, a los diputados y senadores, los funcionarios públicos, el Poder Judicial y los abogados a nivel federal, estatal y municipal.
- Pese a la aprobación de la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, el Comité observa con preocupación que no existen mecanismos suficientes para coordinar y lograr la interacción con los Estados y los municipios en este proceso. Preocupa al Comité que la inexistencia de este mecanismo de coordinación suponga un obstáculo para las iniciativas federales y estatales destinadas a lograr el disfrute de los derechos humanos por la mujer y provoque una fragmentación de las actividades. Si bien el Comité acoge con satisfacción el hecho de que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos haya sido designada como institución encargada del seguimiento y evaluación de la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, le preocupa que esta institución no cuente con los conocimientos

³⁹ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 'Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer', México, 36º período de sesiones, 7 a 25 de agosto de 2006, CEDAW/C/MEX/CO/6, disponible en <[http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CEDAW.C.MEX.CO.6.Sp?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CEDAW.C.MEX.CO.6.Sp?Opendocument)>.

especializados en cuestiones de género ni con los recursos humanos y financieros necesarios para desempeñar esa función. Por ende, insta al Estado Parte a que ponga en marcha mecanismos de coordinación y seguimiento destinados a lograr la armonización y aplicación efectivas de los programas y políticas relativos a la igualdad de género, así como la aplicación de la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres a nivel federal, estatal y municipal. El Comité recomienda que el Estado Parte vele porque la Comisión Nacional de los Derechos Humanos reciba los recursos financieros necesarios para cumplir con las funciones que le asigna esa ley.

- Preocupan al Comité las demoras en la aprobación de los proyectos de ley pendientes y las enmiendas de las leyes vigentes que son críticas para lograr el disfrute de los derechos humanos de las mujeres y la eliminación de la discriminación. Consecuentemente, el Comité insta al Estado a que acelere la aprobación de las enmiendas y de los proyectos de ley pendientes dentro de calendarios concretos. El Comité recomienda a México que ponga en marcha una estrategia eficaz con prioridades claras para garantizar la continuidad de los esfuerzos destinados a lograr que se respeten los derechos humanos de la mujer.
- El Comité reitera su preocupación por las actitudes patriarcales comunes que impiden a las mujeres disfrutar de sus derechos humanos y constituyen una causa fundamental de la violencia contra ellas. El Comité expresa su preocupación por el clima general de discriminación e inseguridad reinante en las comunidades; los lugares de trabajo, en particular las maquilas; y los territorios con presencia militar, como las zonas de las fronteras norte y sur, que pueden poner a las mujeres en un peligro constante de sufrir violencia, maltrato y acoso sexual. Si bien celebra las medidas adoptadas por el Estado Parte, el Comité está preocupado por la persistencia de la violencia generalizada y sistemática contra las mujeres, que llega incluso a desembocar en homicidios y desapariciones, y, en particular, por los actos de violencia cometidos por las autoridades públicas contra las mujeres en San Salvador Atenco, en el Estado de México. A la luz de su Recomendación General 19, el Comité insta al Estado Parte a que adopte sin demora todas las medidas necesarias para poner fin a la violencia perpetrada contra la mujer por cualquier persona, organización o empresa, así como a la violencia cometida por agentes estatales, o derivada de sus acciones u omisiones, a todos los niveles. El Comité insta al Estado Parte a que acelere la aprobación de la enmienda del Código Penal para tipificar el feminicidio como delito, y a que proceda a la aprobación sin demora del proyecto de Ley General para el Acceso de las Mujeres a una Vida sin Violencia. El Comité recomienda al Estado Parte que aplique una estrategia global que incluya iniciativas de prevención

en las que participen los medios de comunicación y programas de educación pública destinados a modificar las actitudes sociales, culturales y tradicionales que se hallan en el origen de la violencia contra la mujer y que la perpetúan. El Comité insta al Estado Parte a mejorar el acceso de las víctimas a la justicia y a garantizar que sistemáticamente se imponga un castigo efectivo a los culpables y que las víctimas se puedan beneficiar de programas de protección. El Comité pide al Estado Parte que ponga en marcha mecanismos de seguimiento eficaces y evalúe permanentemente la repercusión de todas sus estrategias y las medidas adoptadas. Asimismo, insta al Estado Parte a que garantice que la encargada de la Fiscalía Especial para la atención de delitos relacionados con actos de violencia contra las mujeres cuente con la autoridad necesaria, así como con recursos humanos y financieros suficientes, para permitirle cumplir su mandato de forma independiente e imparcial. El Comité pide al Estado Parte que se asegure de que la Fiscalía Especial tenga jurisdicción en el caso de los delitos cometidos en San Salvador Atenco, a fin de garantizar que se enjuicie y se castigue a los culpables. El Comité recomienda que el Estado Parte proporcione la asistencia económica, social y psicológica necesaria a las víctimas de estos delitos.

- Aunque reconoce el compromiso y los esfuerzos del Estado Parte por afrontar los casos de violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez, el Comité mantiene su preocupación porque continúan produciéndose desapariciones de mujeres y cometiéndose delitos contra ellas, y porque las medidas adoptadas son insuficientes para concluir con éxito las investigaciones de los casos y enjuiciar y castigar a los culpables, así como para brindar a las víctimas y sus familias acceso a la justicia, protección e indemnizaciones. Preocupa especialmente al Comité que, hasta la fecha, las medidas adoptadas no hayan logrado evitar la comisión de nuevos delitos. El Comité reitera las recomendaciones que formuló al Estado Parte en relación con su investigación emprendida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 del Protocolo Facultativo e insta al Estado Parte a que refuerce su labor encaminada a aplicarlas plenamente. El Comité pide al Estado Parte que establezca mecanismos de seguimiento concretos para evaluar de manera sistemática los avances realizados en la aplicación de esas recomendaciones y, en particular, los progresos obtenidos en la labor destinada a prevenir esos delitos.
- El Comité observa con preocupación que, si bien la Convención se refiere al concepto de igualdad, en los planes y programas del Estado Parte se utiliza el término “equidad”. También preocupa al Comité que el Estado Parte entienda la equidad como un paso preliminar para el logro de la igualdad. El Comité pide al Estado Parte que tome nota de que los términos “equidad” e “igualdad” transmiten mensajes distintos, y su uso simultáneo puede dar lu-

gar a una confusión conceptual. La Convención tiene por objeto eliminar la discriminación contra la mujer y asegurar la igualdad de hecho y de derecho (en la forma y el fondo) entre mujeres y hombres. El Comité recomienda al Estado Parte que en sus planes y programas utilice sistemáticamente el término "igualdad".

- El Comité señala que ni el informe ni el diálogo constructivo ofrecen una imagen clara de la medida en que la perspectiva de género se ha incorporado efectivamente en todas las políticas nacionales, en particular el Plan Nacional de Desarrollo 2001-2006, y la Estrategia Contigo, cuyo objeto es la erradicación de la pobreza. Preocupa también al Comité la falta de claridad en relación con los vínculos entre esos planes y el Programa nacional para la igualdad de oportunidades y no discriminación contra las mujeres. El Comité lamenta la insuficiencia de la información proporcionada acerca de las repercusiones específicas de las políticas macroeconómicas sobre la mujer, en particular los efectos de los acuerdos comerciales regionales como el Plan Puebla-Panamá y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte. En consecuencia, el Comité insta al Estado Parte a aplicar una estrategia eficaz para incorporar las perspectivas de género en todos los planes nacionales y a estrechar los vínculos entre los planes nacionales para el desarrollo y la erradicación de la pobreza y el Programa Nacional para la Igualdad de Oportunidades y la No Discriminación contra la Mujer, a fin de asegurar la aplicación efectiva de todas las disposiciones de la Convención. El Comité pide al Estado Parte que, en su próximo Informe periódico, incluya información sobre los efectos de las políticas macroeconómicas, incluidos los acuerdos comerciales regionales sobre las mujeres, en particular las que viven en zonas rurales y trabajan en el sector agrícola.
- El Comité señala que el Estado Parte quizá no entienda debidamente el propósito de las medidas especiales de carácter temporal, enunciadas en el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención, y que por eso no las utilice. El Comité recomienda al Estado Parte que, en sus políticas y programas, distinga claramente entre las políticas y programas sociales y económicos generales que benefician a la mujer y las medidas especiales de carácter temporal con arreglo al párrafo 1 del artículo 4 de la Convención, que son necesarias para acelerar la consecución de la igualdad sustantiva para las mujeres en varios ámbitos, como aclaró el Comité en su Recomendación General 25. Además, alienta al Estado Parte a aumentar la aplicación de medidas especiales de carácter temporal a fin de acelerar la consecución de la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres.
- Si bien celebra las medidas programáticas y jurídicas adoptadas por el Estado Parte para combatir la trata de personas, en particular la redacción del

proyecto de Ley para prevenir y sancionar la trata de personas, la concertación de acuerdos de cooperación binacionales y regionales y la creación entre los organismos federales de un subgrupo para luchar contra la trata de personas, preocupan al Comité la falta de uniformidad en la tipificación de la trata como delito a nivel de los estados, la ausencia de programas amplios de protección y rehabilitación para las víctimas y la escasez de datos y estadísticas sobre la incidencia de la trata y de información sobre el efecto de las medidas adoptadas. Asimismo, preocupa al Comité la falta de atención y de adopción de medidas por el Estado Parte en relación con la incidencia de la trata dentro del país. Por ello, el Comité insta al Estado Parte a poner el máximo empeño en combatir la trata de mujeres y niñas, en particular mediante la pronta aprobación del proyecto de ley para prevenir y sancionar la trata de personas y el establecimiento de un calendario concreto para la armonización de las leyes a nivel estatal a fin de tipificar como delito la trata de personas conforme a lo dispuesto en los instrumentos internacionales pertinentes. Insta también al Estado Parte a estudiar el fenómeno de la trata dentro del país, incluidos su alcance, causas, consecuencias y fines, y a recopilar información de manera sistemática con miras a formular una estrategia amplia que incluya medidas de prevención, enjuiciamiento y penalización y medidas para la rehabilitación de las víctimas y su reintegración en la sociedad. Además, recomienda que el Estado Parte lleve a cabo campañas de concienciación a nivel nacional dirigidas a las mujeres y las niñas sobre los riesgos y las consecuencias de la trata y capacite a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, de migración y de fronteras sobre las causas, las consecuencias y la incidencia de la trata de mujeres y niñas y las distintas formas de explotación. Insta al Estado Parte a vigilar atentamente el efecto de las medidas adoptadas y a proporcionar información sobre los resultados conseguidos en su próximo Informe periódico.

- El Comité expresa preocupación por la explotación de mujeres y niñas en la prostitución, en particular el aumento de la pornografía y la prostitución infantiles, y por la escasez de medidas para desalentar su demanda y de programas de rehabilitación para las mujeres que ejercen la prostitución. El Comité lamenta la insuficiente información proporcionada sobre las causas subyacentes de la prostitución y sobre las medidas para hacerles frente. En consecuencia, el Comité insta al Estado Parte a tomar todas las medidas necesarias, incluida la adopción y aplicación de un amplio plan para acabar con la explotación de mujeres y niñas en la prostitución y la pornografía y la prostitución infantiles, entre otras cosas, mediante el fortalecimiento de las medidas de prevención y la adopción de medidas para desalentar la demanda de prostitución y para ayudar a las víctimas de esa explotación. El Comité

pide al Estado Parte que, en su próximo Informe periódico, incluya una evaluación amplia del alcance de la prostitución y sus causas subyacentes, con datos desglosados por edad y zonas geográficas e información sobre la repercusión de las medidas adoptadas y los resultados conseguidos.

- Si bien reconoce las iniciativas llevadas a cabo para aumentar la representación de las mujeres en la administración pública, el Comité observa con preocupación el reducido número de mujeres en puestos directivos, en particular a nivel municipal y en el servicio exterior. El Comité recomienda al Estado Parte que fortalezca las medidas para aumentar el número de mujeres en puestos directivos a todos los niveles y en todos los ámbitos, conforme a lo dispuesto en su Recomendación General 23, relativa a las mujeres en la vida política y pública. Recomienda también al Estado Parte que introduzca medidas especiales de carácter temporal, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención y la Recomendación General 25, a fin de acelerar las gestiones para facilitar el ascenso de las mujeres a puestos de liderazgo, en particular en el servicio exterior.
- El Comité reitera su preocupación sobre la situación de los derechos laborales de la mujer en las industrias maquiladoras, en particular la falta de acceso a la seguridad social y la persistencia de prácticas discriminatorias como las pruebas de embarazo. Por ende, insta al Estado a adecuar plenamente su legislación laboral al artículo 11 de la Convención y a acelerar la aprobación de la enmienda de la Ley Federal del Trabajo a fin de eliminar el requisito de la prueba de embarazo. Insta también al Estado Parte a potenciar la labor de la Dirección General de Inspección Federal del Trabajo de modo que se realice un seguimiento eficaz de las condiciones de trabajo de las mujeres, se castigue a quienes violen los derechos de las mujeres en las industrias maquiladoras y se mejore el acceso a la justicia por parte de las mujeres trabajadoras. Además, recomienda al Estado Parte que en su próximo Informe incluya información sobre el efecto de las medidas adoptadas y los resultados conseguidos.
- Sigue preocupando al Comité el nivel de las tasas de mortalidad materna, en particular el de las mujeres indígenas, lo cual es una consecuencia de la insuficiente cobertura de los servicios de salud y la dificultad de acceso a éstos, en particular la atención de la salud sexual y reproductiva. El Comité observa con preocupación que el aborto sigue siendo una de las causas principales de las defunciones relacionadas con la maternidad y que, a pesar de la legalización del aborto en casos concretos, las mujeres no tienen acceso a servicios de aborto seguros ni a una amplia variedad de métodos anticonceptivos, incluidos anticonceptivos de emergencia. Preocupa también al Comité que no se haga lo suficiente para prevenir el embarazo en la

adolescencia. El Comité insta al Estado Parte a que amplíe la cobertura de los servicios de salud, en particular la atención de la salud reproductiva y los servicios de planificación de la familia, y a que trate de eliminar los obstáculos que impiden que las mujeres tengan acceso a esos servicios. Además, el Comité recomienda que se promueva e imparta ampliamente la educación sexual entre hombres y mujeres, adultos y adolescentes. El Comité pide al Estado Parte que armonice la legislación relativa al aborto a los niveles federal y estatal. Insta al Estado Parte a aplicar una estrategia amplia que incluya el acceso efectivo a servicios de aborto seguros en las circunstancias previstas en la ley, y a una amplia variedad de métodos anticonceptivos, incluidos anticonceptivos de emergencia, medidas de concienciación sobre los riesgos de los abortos realizados en condiciones peligrosas y campañas nacionales de sensibilización sobre los derechos humanos de la mujer, dirigidas en particular al personal sanitario y también al público en general.

- Si bien celebra la creación de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, preocupan al Comité los elevados niveles de pobreza y analfabetismo y las múltiples formas de discriminación que sufren las mujeres indígenas y las mujeres de zonas rurales, y las enormes disparidades entre éstas y las mujeres de zonas urbanas y no pertenecientes a grupos indígenas para acceder a los servicios sociales básicos, en particular la enseñanza y la salud, y para participar en los procesos de adopción de decisiones. El Comité insta al Estado Parte a asegurar que todos los programas y políticas de erradicación de la pobreza traten de manera explícita la naturaleza estructural y las diversas dimensiones de la pobreza y la discriminación a que se enfrentan las mujeres indígenas y las mujeres de zonas rurales. Además, recomienda que el Estado Parte utilice medidas especiales de carácter temporal para tratar de eliminar las disparidades a que se enfrentan las mujeres indígenas y las mujeres de zonas rurales en relación con el acceso a los servicios sociales básicos, en particular la enseñanza y la salud, y la participación en los procesos de adopción de decisiones. El Comité pide al Estado Parte que, en su próximo Informe periódico, proporcione información detallada sobre las medidas adoptadas y su repercusión, junto con datos desglosados por zonas urbanas y rurales, estados y poblaciones indígenas.
- Si bien celebra el desarrollo del Sistema Estatal de Indicadores de Género y la disponibilidad de muchas series de datos desglosados por género, el Comité lamenta que no se haya realizado un análisis adecuado de esos datos y estadísticas en el informe ni en las respuestas proporcionadas en el diálogo constructivo, lo que ha impedido al Comité determinar claramente los re-

sultados y el efecto de los distintos planes, programas y políticas. El Comité pide al Estado Parte que haga un análisis más completo y use los datos disponibles para determinar tendencias a lo largo del tiempo y los resultados y el efecto de los programas, planes y políticas a todos los niveles, y que asegure que en su próximo Informe periódico se incluyan datos desglosados por estados, zonas rurales y urbanas y grupos indígenas, así como su análisis.

- El Comité pide que estas observaciones finales se difundan ampliamente en México para que la población, en particular los funcionarios públicos, los políticos, los congresistas y las organizaciones de mujeres y de derechos humanos, sean conscientes de las medidas que se han adoptado para garantizar la igualdad *de jure* y *de facto* de la mujer y de las medidas que será necesario adoptar en el futuro a ese respecto.

Como puede advertirse, algunos temas de preocupación y recomendaciones versan sobre la calidad de los propios informes estatales (por ejemplo, la falta de información suficiente) o sobre la falta de sistemas de monitoreo sobre la aplicación de la CEDM en México. Es probable que éstos sean menos relevantes en términos de su posible empleo en sede judicial.

Es interesante notar también que el propio Comité señala como un problema la ausencia de ejemplos que demuestren la aplicación judicial de la CEDM en México –motivo de preocupación que involucra directamente la acción del Poder Judicial. El cumplimiento de la respectiva recomendación implica necesariamente –aunque no exclusivamente– al Poder Judicial. Esto es, exigiría que el Poder Judicial mexicano desarrollara una práctica de aplicación directa de la CEDM.

El Comité EDM señala también otro aspecto institucional que puede haber dificultado la aplicación de la Convención: se trata de los obstáculos relacionados con la estructura federal de gobierno característica de México. Dicho brevemente, mientras que la esfera de gobierno que lidia con tratados internacionales es la federal, muchas de las áreas cubiertas por la Convención están relacionadas con las esferas estatal y aun municipal. El Comité señala la necesidad de que el gobierno federal establezca mecanismos de coordinación para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Convención en todos los niveles de gobierno. Esto puede incluir, por ejemplo, la aplicación de la Convención, cuando corresponda, por los poderes judiciales estatales.

Muchas de las otras cuestiones planteadas identifican áreas sustantivas –violencia contra la mujer, derechos sexuales y reproductivos, participación política, régimen patrimonial del matrimonio, acceso a la justicia, igualdad en materia laboral– en las que el Comité no parece satisfecho plenamente con las medidas adoptadas o aplicadas por el Estado mexicano. Aunque generales, algunos de estos señalamientos pueden ser útiles como criterio orientador en casos judiciales concretos.

En sentido complementario, en otras hipótesis, el Comité se muestra preocupado por la falta o insuficiencia de medidas dirigidas a colectivos femeninos específicos –como las mujeres pobres, las mujeres indígenas, las mujeres víctimas de trata, las trabajadoras de la industria maquiladora o las mujeres migrantes. Esto puede constituir también una guía para el Poder Judicial.

Finalmente, el Comité se refiere a dos situaciones determinadas, la de los crímenes contra mujeres en Ciudad Juárez, y la de los hechos de violencia física y sexual en San Salvador Atenco. Nuevamente, las recomendaciones específicas del Comité sobre estos casos más circunscriptos pueden ser recogidas por el Poder Judicial, en el marco de su competencia específica.

4) Recomendaciones Generales adoptadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer

Aunque el CEDM ha adoptado un número considerable de Recomendaciones Generales (veinticinco, a la fecha de redacción de este trabajo),⁴⁰ muchas de ellas

⁴⁰ Las Recomendaciones Generales adoptadas por el Comité EDM son las siguientes: Recomendación General Nº 1, “Presentación de informes por los Estados Partes” (1986); Recomendación General Nº 2, “Presentación de informes por los Estados Partes” (1987); Recomendación General Nº 3, “Campañas de educación y divulgación” (1987); Recomendación General Nº 4, “Reservas” (1987); Recomendación General Nº 5, “Medidas especiales temporales” (1988); Recomendación General Nº 6, “Mecanismo nacional efectivo y publicidad” (1988); Recomendación General Nº 7, “Recursos” (1988); Recomendación General Nº 8, “La aplicación del artículo 8 de la Convención” (1988); Recomendación General Nº 9, “Estadísticas relativas a la condición de la mujer” (1989); Recomendación General Nº 10, “Décimo aniversario de la aprobación de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer” (1989); Recomendación General Nº 11, “Servicios de asesoramiento técnico sobre las obligaciones en materia de presentación de informes” (1989); Recomendación General Nº 12, “La violencia contra la mujer” (1989); Recomendación General Nº 13, “Igual remuneración por trabajo de igual valor” (1989); Recomendación General Nº 14, “La circuncisión femenina” (1990); Recomendación General Nº 15, “Necesidad de evitar la discriminación contra la mujer en las estrategias nacionales de acción preventiva y lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (sida)” (1990); Recomendación General Nº 16, “Las mujeres que trabajan sin remuneración en empresas familiares rurales y urbanas” (1991); Recomendación General Nº 17, “Medición y cuantificación del trabajo doméstico no remunerado de la mujer y su reconocimiento en el producto nacional bruto”; Recomendación General Nº 18, “Las mujeres discapacitadas” (1991); Recomendación General Nº 19, “La violencia contra la mujer” (1992); Recomendación General Nº 20, “Reservas formuladas en relación con la Convención” (1992); Recomendación General Nº 21, “La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares” (1994); Recomendación General Nº 22, “Enmienda del artículo 20 de la Convención” (1995); Recomendación General Nº 23, “Vida política y pública” (1997); Recomendación General Nº 24, “La mujer y la salud (artículo 12 de la Convención)” (1999); Recomendación General Nº 25, “Medidas especiales de carácter temporal (párrafo 1 del artículo 4 de la Convención)” (2004). Las Recomendaciones Generales del Comité EDM pueden consultarse en <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/HRI.GEN.1.Rev.7.Sp?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/HRI.GEN.1.Rev.7.Sp?Opendocument)>.

son sumamente breves y se limitan a subrayar un tema y a efectuar una recomendación específica a los Estados Partes, en varios casos en relación con la presentación de sus informes periódicos. De todos modos, aún siendo breves, varias de ellas identifican temas importantes y pueden ser útiles para llamar la atención sobre la relevancia de la Convención a su respecto.

Sin embargo, a partir de la Recomendación General 19 la práctica del CEDM ha variado: como veremos, gran parte de las Recomendaciones Generales adoptadas desde entonces son muy detalladas y ofrecen una buena guía de interpretación de cláusulas específicas o temas abordados por la Convención.

Entre las Recomendaciones Generales breves que identifican temas que pueden ser relevantes para los jueces nacionales se encuentran la 12 (sobre violencia contra la mujer), la 13 (sobre igual remuneración sobre igual trabajo), la 14 (sobre circuncisión femenina), la 15 (sobre la necesidad de asegurar que la mujer no sea discriminada en las estrategias nacionales de lucha contra el sida), la 16 (sobre mujeres que trabajan sin remuneración en empresas familiares rurales y urbanas), la 17 (sobre medición y cuantificación del trabajo doméstico no remunerado de las mujeres) y la 18 (sobre mujer y discapacidad).

La mayoría de las Recomendaciones Generales adoptadas a partir de la 19 es considerablemente más extensa y detallada, y se acerca al modelo de las Observaciones Generales de otros Comités del sistema universal de derechos humanos, como el Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Comité de los Derechos del Niño. Las Recomendaciones Generales más destacadas son las siguientes: la 19 (sobre violencia contra la mujer), la 21 (sobre la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares), la 23 (sobre la mujer y la vida política y pública), la 24 (sobre mujer y salud) y la 25 (sobre medidas especiales de carácter temporal). En estas Recomendaciones Generales el Comité EDM sigue un esquema común: hace un análisis de los antecedentes de cada uno de los temas tratados, y analiza detalladamente las disposiciones relevantes de la Convención a la luz de esos temas.

Las Recomendaciones Generales del Comité EDM –en especial, las adoptadas a partir de la 19– son particularmente útiles como guía interpretativa acerca del contenido de las obligaciones establecidas en la CEDM, y constituyen un documento de referencia cuando se trata de aplicar la CEDM o de interpretar normas nacionales en concordancia con la CEDM.

IV. EL VALOR DE LAS INTERPRETACIONES DE LOS ÓRGANOS ESTABLECIDOS POR TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Ahora bien: ¿cuál es el valor de las interpretaciones del Comité EDM y de otros órganos internacionales similares ante los tribunales locales? ¿En qué medida resultan invocables para determinar en sede interna el alcance de los derechos de los individuos y de las obligaciones estatales establecidos en la CEDM cuando éstos se discuten en una controversia judicial doméstica?

Resulta obvio que más allá de la labor de interpretación por parte de los organismos internacionales, debido a las dificultades materiales y temporales que supone acudir ante un órgano internacional, resulta necesario profundizar los cauces para fortalecer la protección judicial de los derechos consagrados en los respectivos tratados de derechos humanos. Nos referimos, claro está, a la progresiva aplicación de este derecho internacional por parte de los tribunales locales. Esta tendencia, que tuvo su “momento declarativo” más importante en el reconocimiento de las constituciones nacionales de muchos países de América Latina que otorgaron a los tratados internacionales sobre derechos humanos una jerarquía normativa privilegiada, se cristaliza actualmente en la progresiva aplicación que hacen los tribunales locales de los tratados sobre la materia, y de las decisiones de órganos internacionales encargados de aplicarlos. En México, la adopción de un sistema monista en materia de relaciones entre el derecho interno e internacional, y la jurisprudencia que se va abriendo paso en la Suprema Corte —que otorga a los tratados internacionales jerarquía superior a la Ley federal, aunque coloca a los tratados por debajo de la Constitución—⁴¹ ofrecen la base para una práctica similar.

El derecho internacional y el derecho interno interactúan, cada vez con mayor énfasis, auxiliándose mutuamente en el proceso de tutela de los derechos humanos y superando así definitivamente la visión clásica que los distinguía radicalmente.⁴² En este sentido, muchas constituciones contemporáneas reconocen la pri-

⁴¹ Véase, México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tesis P. LXXVII/1999. *Semanario Judicial de la Federación*, t. X, nov. 1999, p. 46; Tesis P. VIII/2007, abr. 2007, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXV, abr. 2007, p. 6. Al respecto, puede leerse M. Becerra Ramírez, J. Carpizo, E. Corzo Sosa y S. López-Ayllón, “Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes y en un segundo plano respecto de la Constitución federal (Amparo en revisión 1475/98)”, en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 3, julio-diciembre 2000, pp. 169-208; I. Flores, “Sobre la jerarquía normativa de leyes y tratados. A propósito de la (eventual) revisión de una tesis”, en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 13, julio-diciembre 2005, pp. 235-249.

⁴² S. Albanese, “Interacción entre el sistema internacional de protección de los derechos humanos y el ámbito interno”, en revista *El Derecho*, 9/2/91, p. 1; A. M. Morello, “El pacto de San José de Costa Rica y su influencia en el derecho interno argentino”, en revista *El Derecho*, T. 135 p. 888; M. Carrillo Bascary, “Los pactos sobre derechos humanos: reflexión sobre su utilidad para el ejercicio profesional”,

macía del derecho internacional sobre el derecho infraconstitucional, refiriéndose expresamente a los tratados de derechos humanos, o bien, concediendo un tratamiento especial o diferenciado en el plano interno a los derechos y libertades internacionalmente protegidos. En los últimos veinte años, diversas constituciones iberoamericanas han subrayado la importancia de aplicar los instrumentos internacionales de derechos humanos en el derecho interno.⁴³

En México, la propia Constitución establece que, una vez ratificados los tratados internacionales forman parte del ordenamiento jurídico interno.⁴⁴ La incorporación al ordenamiento jurídico mexicano de una gran serie de tratados de derechos humanos plantea además nuevas exigencias al intérprete. El otorgamiento a pactos internacionales de derechos humanos de una jerarquía superior a la ley común y la aceptación de la jurisdicción de órganos internacionales en materia de derechos humanos, obligan al intérprete local a conocer la interpretación que se ha hecho de esos pactos en sede internacional.⁴⁵ Y aun cuando se considere a los tratados de derechos humanos en un escalón inferior en comparación con la Constitución, de todos modos cabe subrayar, en caso de coincidencia entre los derechos reconocidos en la Constitución y los derechos establecidos en pactos de derechos humanos, la conveniencia de interpretar los derechos establecidos en la Constitución de conformidad con los tratados de derechos humanos.⁴⁶

Es evidente que la mayor jerarquía de los tratados de derechos humanos con respecto a la ley común no tiene como único objeto servir de complemento a la par-

revista *Zeus*, T. 53, p. 2; O. Gozaini, "Alcance y vigencia de los derechos humanos en el derecho interno", en revista *La Ley* 1990-D, p. 567.

⁴³ Véase por ejemplo, Constitución portuguesa de 1976, art. 16; Constitución española de 1978, art. 10.2; Constitución Política de Guatemala, art. 46; Constitución de Nicaragua de 1987, art. 46; Constitución chilena según reforma de 1989, art. 5 (II); Constitución brasileña de 1988, arts. 4.11 y 5.2; Constitución Política de Colombia de 1991, art. 93; Constitución Política del Perú, Disposición Final Cuarta; Constitución argentina reformada en 1994, artículo 75 inc. 22, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, artículo 23; Constitución Política del Ecuador de 2008, artículos 424 y 425; Constitución Política de Bolivia de 2009, artículo 13.IV.

⁴⁴ Véase Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 133.

⁴⁵ Cfr. J. B. J. Maier, *Derecho procesal penal*, t. I, Buenos Aires, Fundamentos, (1996) p. 187.

⁴⁶ En España, por ejemplo, la Constitución establece que los derechos fundamentales y libertades reconocidos por el texto constitucional se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados (cfr. Constitución española, art. 10.2). Véase, al respecto, M. A. Aparicio Pérez, "La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución española, como cláusula de integración y apertura constitucional a los derechos fundamentales", en revista *Jueces para la Democracia* núm. 6 (1989), pp. 9-18; F. de Carreras Serra, "Función y alcance del artículo 10.2 de la Constitución", en *Revista Española de Derechos Constitucional*, Año 20, núm. 60 (2000), pp. 321-342; I. Gómez Fernández, *Conflicto y cooperación entre la Constitución española y el derecho internacional*, Valencia Tirant lo Blanch, (2005), en especial tercera parte, cap. 3; A. Sáiz Arnaiz, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial (1999).

te dogmática de la Constitución sino que, necesariamente, implica condicionar el ejercicio de todo el poder público, incluido el que ejerce el Poder Judicial, al pleno respeto y garantía de estos instrumentos. Dada la jerarquía otorgada a los tratados de derechos humanos, su violación constituye no sólo un supuesto de responsabilidad internacional del Estado sino, también, la violación del orden jerárquico establecido por la misma Constitución Política Mexicana en su artículo 133. En el plano interno, la no aplicación de estos tratados por parte de los tribunales mexicanos supondría la adopción de decisiones defectuosas y arbitrarias, por prescindir de la consideración de normas que la Constitución obliga a aplicar.

Los tribunales internos tienen a su cargo velar por el pleno respeto y garantía de todas las obligaciones internacionales asumidas por los distintos países en materia de derechos humanos, incluidas las incorporadas en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer, por parte de todos los poderes del Estado. Según sostiene la doctrina, “[e]l Estado tiene el derecho de delegar la aplicación e interpretación de los tratados en el Poder Judicial. Sin embargo, si los tribunales cometen errores en esa tarea o deciden no hacer efectivo la aplicación del Tratado [...] sus sentencias hacen incurrir al Estado en la violación de aquél”.⁴⁷

Resulta entonces una cuestión de suma trascendencia –y estrechamente vinculada al reconocimiento de la obligatoriedad de la aplicación de los tratados internacionales por parte de los tribunales nacionales– el respeto por parte de los jueces locales de la opinión de los órganos de interpretación de la normativa internacional. En este sentido, son esclarecedoras las palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

La labor interpretativa que debe cumplir la Corte en ejercicio de su competencia consultiva busca no sólo desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos, sino, sobre todo, asesorar y ayudar a los Estados miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales en la materia.⁴⁸

Entre los órganos estatales frente a los cuales reviste especial interés esta función de guía se encuentran, por supuesto, los tribunales de justicia. En este sentido, muchas de las Cortes Supremas o Cortes Constitucionales de América Latina han reconocido la necesidad de acudir a la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para interpretar las disposiciones de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. La Corte Suprema argentina, por ejemplo, ha afirmado que

⁴⁷ Lord McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, Oxford University Press (1961), p. 346.

⁴⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-14/94 del 9/12/94, p. 9.

la jurisprudencia de la Corte Interamericana resulta para ello una “guía ineludible”. Este señalamiento no es meramente teórico o especulativo: la propia Corte Suprema argentina ha establecido también la necesidad de que los tribunales argentinos eviten que el Estado incurra en responsabilidad internacional por incumplimiento de un tratado,⁴⁹ e implementen las obligaciones internacionales de la Nación mediante las sentencias judiciales.⁵⁰ Para el cumplimiento de este objetivo, es fundamental que los jueces cuenten con información relativa al alcance de las obligaciones internacionales de acuerdo a la interpretación que se les ha dado en sede internacional.

La Corte Suprema argentina ha dicho explícitamente que “(l)a interpretación del Pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José (Estatuto, art. 1)”⁵¹ y que

...la ya recordada jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente “*en las condiciones de su vigencia (art. 75, inc. 22, 2º párrafo)*”, esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana.⁵²

⁴⁹ Argentina, Corte Suprema de Justicia, caso *Fibraca Constructora S.C.A. c. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande*, del 7 de julio de 1993, considerando 3. En el mismo sentido, caso *Cafés La Virginia S.A. s/apelación (por denegación de repetición)*, del 13 de octubre de 1994, considerando 8 y 9.

⁵⁰ Argentina, Corte Suprema de Justicia, caso *Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros*, del 7 de julio de 1992, considerando 22: “Esta Corte considera que entre las medidas necesarias para cumplir con el fin del Pacto (de San José de Costa Rica) deben considerarse comprendidas las sentencias judiciales”.

⁵¹ Argentina, Corte Suprema de Justicia, *Ekmekdjian, Miguel A. c/Sofovich, Gerardo y otros*, del 7 de julio de 1992, considerando véase revista *Jurisprudencia Argentina* del 29/7/92.

⁵² Argentina, Corte Suprema de Justicia, caso *Giroldi, H. D. y otro s/recurso de casación* del 7 de abril de 1995, considerando 11. V. revista *El Derecho*, T. 163, pp. 161 y ss., y comentarios de M. Abregú, “Introducción”, y G. Moncayo, “Criterios para la aplicación de las normas internacionales que resguardan los derechos humanos en el derecho argentino”, en M. Abregú y C. Courtis, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires (1997), pp. 19-20 y pp. 98-100 respectivamente. Para un panorama general de la posición de la Corte Suprema argentina sobre el tema, puede verse M. Pinto, “El valor jurídico de las decisiones de los órganos de control en materia de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, en V. Abramovich, A. Bovino y C. Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, Editores del Puerto-CELS (2007), pp. 119-151.

En palabras de la Corte Suprema, esto significa que “[e]n consecuencia, a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde –en la medida de su jurisdicción– aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar la responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional”.⁵³

De lo aquí expuesto, surge claramente que, de conformidad con la jurisprudencia desarrollada por la Corte Suprema de Justicia argentina a partir del texto de la Constitución argentina reformada en 1994, los tribunales argentinos, cuando tienen que resolver sobre materias incluidas en tratados internacionales de derechos humanos, deben tomar en consideración la normativa internacional y su interpretación jurisprudencial desarrollada por los organismos internacionales de aplicación. Una razón de peso para sustentar esta idea se funda sobre la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos establecida por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución argentina, y en general sobre la filosofía que justifica la adhesión de las naciones a mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos.

Estas mismas razones son aplicables a México, dada la incorporación de los tratados internacionales al ordenamiento jurídico nacional, y la jerarquía otorgada por la Constitución Política de ese país a los tratados internacionales. Los instrumentos internacionales de derechos humanos establecen diversos mecanismos internacionales por medio de los cuales se supervisa el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado. Mediante la adopción de estos instrumentos, los Estados delegan competencias –entre ellas, la interpretativa– a los órganos internacionales de aplicación, ya que la universalidad de los derechos consagrados en los tratados tiene como correlato una cierta concentración u homogeneización de la facultad de determinar su significado y alcance.

La posibilidad de denunciar violaciones del Estado ante los órganos creados por estos mecanismos supone, cuando se trata de denuncias individuales, el agotamiento de los recursos internos del Estado demandado. Este requisito, de acuerdo a la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, “está concedido en interés del propio Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido ocasión de remediarlos por sus propios medios”.⁵⁴ Resulta entonces sumamente inconveniente que los tribunales locales, en oportunidad en la que el Estado puede remediar la alegada violación en sede interna, no tomen en consideración la opinión del órgano internacional que entenderá

⁵³ Argentina, Corte Suprema de Justicia, caso *Giroldi, H. D. y otro s/recurso de casación* del 7 de abril de 1995, considerando 12.

⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Asunto de Viviana Gallardo y otras*, decisión del 13 de noviembre de 1981, N° G 101/81, Serie A, párrafo 26.

eventualmente cuando se exija su responsabilidad en sede internacional por la imputación de los mismos hechos. Es coherente con la filosofía de protección internacional de los derechos humanos el permitir al Estado advertir la posible violación de una norma internacional que lo obliga, antes de que dicha violación produzca su responsabilidad internacional. Siendo la instancia internacional subsidiaria,⁵⁵ parece razonable que los tribunales locales tengan en consideración las opiniones de los órganos internacionales que juzgarán eventualmente la conformidad de las prácticas estatales con las disposiciones de los respectivos tratados.

Aunque no existan mecanismos jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales que acepten la presentación de peticiones o denuncias individuales, las mismas conclusiones son aplicables cuando el mecanismo de contralor del cumplimiento consiste en el análisis de los informes estatales por parte de un órgano especializado, como es el caso de todos los tratados universales de derechos humanos, incluyendo la CEDM (que también permite, a través de su Protocolo Facultativo, la presentación de quejas). En efecto, dado que la interpretación del alcance y significado de los derechos y obligaciones establecidas por los tratados del sistema universal corresponde en última instancia al órgano designado por los respectivos tratados —en el caso de la CEDM, el Comité EDM—, los jueces nacionales deben tener en cuenta esa interpretación ante una controversia en sede interna, con la consecuencia de provocar, en caso contrario, una opinión negativa sobre el cumplimiento de las obligaciones del Estado en sede internacional.

Por ende, tanto por razones normativas —el Estado ha delegado competencias interpretativas a instancias internacionales, que resultan ahora el último intérprete de los Pactos— como prácticas —el desconocimiento de la interpretación de los organismos internacionales provocará, además de un dispendio jurisdiccional inútil tanto en sede interna como en sede internacional, la responsabilidad del Estado por incumplimiento de sus obligaciones de acuerdo a los Pactos— la interpretación de cláusulas de la CEDM realizada por el Comité EDM resulta una guía ineludible para la aplicación de dicho instrumento por parte de los tribunales internos.

La última cuestión que abordaré es la de variedad de naturaleza de las distintas interpretaciones efectuadas por el Comité EDM —y por órganos internacionales similares. Resulta evidente que el tipo de guía que pueden ofrecer estos distintos tipos de ejercicio interpretativo al Poder Judicial varían según el grado de detalle y concreción de la respectiva interpretación. En algunos casos —por ejemplo, en el de muchas observaciones finales que emanan de la revisión de informes por parte del

⁵⁵ Véase por ejemplo, la calificación que la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos-Pacto de San José de Costa Rica hace del sistema que ella misma diseña: la protección del sistema interamericano es “coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”, CADH, Preámbulo, párrafo 2 *in fine*. Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Velázquez Rodríguez*, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C N°4, párrafo 61.

Comité EDM— el valor para el Poder Judicial se limita a la identificación de un tema o cuestión conflictiva, que ha llamado la atención del Comité y sobre el que éste ha ordenado al Estado tomar medidas. Esto, de todos modos, puede ser útil —por ejemplo, para determinar omisiones estatales.

Otras recomendaciones incluidas en observaciones finales a los informes estatales y en el informe que surge del procedimiento de investigación sobre las muertes de mujeres en Ciudad Juárez son más precisas y —de acuerdo a lo dicho hasta aquí— deberían ser recogidas por los jueces, en especial, en la medida en que las recomendaciones se refieran a sus propias competencias —por ejemplo, las de investigación y persecución penal. De todos modos, algunas recomendaciones efectuadas en el marco de las observaciones finales frente a informes estatales también pueden ser útiles para detectar legislación o prácticas administrativas incompatibles con la Convención, u omisiones o insuficiencia de las medidas estatales destinadas a cumplir con las obligaciones establecidas en ella.

Las decisiones adoptadas por el Comité en el marco del procedimiento de comunicaciones son equivalentes a la jurisprudencia del Comité, y puede guiar la resolución de casos similares bajo el examen del Poder Judicial, en el mismo sentido de la jurisprudencia comparada —sin perjuicio, claro está, del posible papel del Poder Judicial en aquellos casos en los que el Comité haya decidido una comunicación específica sobre México. Pero es importante señalar que la consistencia de la jurisprudencia local con la internacional sobre las mismas materias exige tomar en consideración también los demás casos, y no sólo los casos en el que el propio Estado mexicano se vea involucrado.

Finalmente, las Recomendaciones Generales del Comité EDM, aunque no referidas a situaciones concretas, tienen un valor interpretativo importante porque ofrecen una guía detallada del contenido de derechos y obligaciones establecidas en la Convención —en especial las adoptadas a partir de la Recomendación General Nº 19. Estas últimas Recomendaciones Generales contienen un análisis sistemático del significado y alcance de esas obligaciones y constituyen una interpretación general autorizada de las respectivas cláusulas que han sido objeto de examen. Estas interpretaciones sirven como guía de aplicación directa de la Convención, pero también como guía de la interpretación conforme de normas nacionales —tanto constitucionales como infraconstitucionales— que versen sobre las mismas cuestiones.

V. CONCLUSIÓN

Como corolario, cabe señalar algunas conclusiones de lo hasta aquí expuesto.

- 1) Las fuentes de interpretación de las obligaciones contenidas en un tratado internacional de derechos humanos incluyen la tarea hermenéutica de los órganos de contralor y aplicación establecidos por el mismo tratado. Hemos ilustrado la situación con la labor interpretativa del Comité EDM, pero el argumento es relevante para todo tratado de derechos humanos. Por ende, la correcta interpretación de estos tratados requiere inoslayablemente tener en vista esa labor realizada en sede internacional.
- 2) Los problemas de “textura abierta” del lenguaje de los tratados internacionales de derechos humanos no constituyen una barrera absoluta para su aplicación. El significado de las cláusulas vagas, ambiguas o indeterminadas de los tratados de derechos humanos es especificado paulatinamente a través de la tarea de interpretación de los órganos internacionales encargados de controlar su aplicación –del mismo modo en que los tribunales locales lo hacen con el derecho constitucional interno y en otras ramas del derecho infraconstitucional. Aunque los tratados ciertamente dejan un margen considerable al Estado para elegir las medidas internas a adoptar a efectos de cumplir con sus obligaciones, esto de ninguna manera significa que la discrecionalidad del Estado sea completa, ni que toda medida adoptada por éste satisfaga necesariamente sus obligaciones internacionales.
- 3) Cuando la forma de adoptar el tratado de derechos humanos por una nación importe hacerlo parte del derecho interno, y habilite su aplicación directa por parte de los tribunales locales, los jueces deben tener en cuenta para su interpretación la labor hermenéutica realizada por los órganos internacionales de contralor establecidos por el propio tratado. El desconocimiento de esa labor interpretativa por los jueces locales puede generar la responsabilidad internacional del Estado, por incumplimiento de las obligaciones del tratado de acuerdo al alcance asignado por los órganos internacionales competentes, y –en su caso– puede constituir además una violación del derecho constitucional local.

LA NO DISCRIMINACIÓN DE LAS MUJERES: OBJETO Y FIN DE LA CEDAW

Gabriela Rodríguez Huerta

I. ANTECEDENTES

Las mujeres constituyen una comunidad de género que ha sido, por sí misma, causa de exclusión social y política; la llegada del derecho igual, sin distinción de sexo, ha suprimido la correlación entre género y exclusión, pero no ha eliminado la prolongación de los efectos de la exclusión.¹ La discriminación, es decir, esta exclusión de la mujer, tanto en lo individual, como por el hecho de pertenecer al grupo de las mujeres exige acciones jurídicas concretas y de un compromiso de la comunidad internacional de Estados dentro del ámbito de la protección internacional de los derechos humanos.

Desde la Carta de las Naciones Unidas encontramos el reconocimiento y consagración a nivel internacional de los derechos de la mujer. Tanto en el preámbulo² como en el artículo primero de la Carta, se establece como principio rector de la organización, la protección de los derechos humanos y la igualdad de derechos, entre hombres y mujeres. Los derechos de la mujer son derechos fundamentales, por lo tanto se debe de garantizar la participación de la mujer en un plano de igualdad en todos los aspectos de la vida política, civil, económica, social y cultural; así

¹ María Vittoria Ballesteros, "Acciones positivas . Punto y aparte", en *Doxa*, núm. 19, p. 92. 1996 citado por José María Añón, en *Igualdad, diferencias y desigualdades*, México, Fontamara, 2001, p. 32.

² "Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos [...] a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres..."

como la eliminación de todas las formas de discriminación por razones del sexo es fundamental para lograr el goce y disfrute de los derechos de las mujeres.

Si bien es cierto que los documentos fundamentales de protección de los derechos humanos del sistema de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos proclaman la igualdad de hombres y mujeres. Dicho reconocimiento resultó insuficiente para garantizar el disfrute de los derechos de las mujeres. Lo anterior llevó al establecimiento de la Comisión para el *Status* de la Mujer (csw), creada en 1941, con el objetivo de implementar el principio de que los hombres y las mujeres deben tener los mismos derechos, la Comisión elaboró la Convención de Derechos Políticos de las Mujeres, adoptada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 1952; la Convención de la Nacionalidad de las Mujeres Casadas, adoptada en 1957; entre otras con la idea de proteger a los derechos de las mujeres en áreas donde las mismas eran especialmente vulnerables.

Si bien con ellos nacieron los primeros tratados internacionales sobre los derechos de las mujeres, la problemática era abordada de manera parcial y fragmentada. El asunto de la discriminación contra la mujer no era tratado de manera global y la consagración del derecho de igualdad en los tratados generales sobre derechos humanos, en la práctica no funcionaba adecuadamente en la promoción y protección de los derechos humanos de las mujeres. Esto llevó a la Asamblea General de las Naciones Unidas a adoptar la Resolución 1921 (XVIII), en la cual requería al Consejo Económico y Social (ECOSOC) que invitara a la csw para que redactara un borrador de una declaración que abordara la problemática de la discriminación contra la mujer de forma integral. En el seno de la csw se formó, en 1965, un grupo de trabajo especial encargado de la elaboración de dicha declaración. La Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación Contra las Mujeres fue adoptada por la Asamblea General el 7 de noviembre de 1967, dicha declaración, sin tener la fuerza jurídica de un tratado internacional, sí representaba un compromiso político y moral de los Estados y sentaba las bases para avanzar hacia un instrumento contractual.

II. CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CEDAW)

Durante la Primera Conferencia Mundial sobre las Mujeres, celebrada en la Ciudad de México en 1975, se hizo un llamado para adoptar una convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres. El 18 de diciembre de 1976 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer* conocida por sus siglas en inglés como CEDAW, que entró en vigor el 3 de septiem-

bre de 1981, tras la ratificación de 20 países. Aprobada por 130 votos a favor ninguno en contra, 11 abstenciones y algunas ratificaciones con reservas, tema que abordaremos más adelante. Actualmente son parte de la CEDAW 185 Estados, siendo el último Estado que se ha adherido a la misma, las Islas Cook en agosto de 2006.³ Se dice que la Convención es la Carta Internacional de los Derechos Humanos de las Mujeres. Una vez vinculados con la CEDAW, los Estados Partes deben modificar su legislación y sus políticas nacionales para ajustar su marco normativo a los términos de la Convención. Los Estados deben de cerciorarse de que la CEDAW se incorpore efectivamente a su legislación.

Si bien la celebración de tratados internacionales entre Estados presupone el intercambio de obligaciones recíprocas entre las partes, los tratados de derechos humanos, como es el caso de la CEDAW, otorgan derechos a los particulares frente a los Estados y buscan establecer un orden público común, cuyos destinatarios no son los Estados sino los seres humanos que pueblan sus territorios.

En palabras de la Corte Interamericana, los tratados de derechos humanos

... no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes, sino que su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado, como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.⁴

La aplicación de la CEDAW se da dentro de los Estados, los operadores jurídicos del orden interno son los encargados de incorporar, aplicar y velar por el cumplimiento de la Convención.

La Convención está compuesta de un preámbulo, el articulado dividido en VI partes y un total de 30 artículos. Asimismo, la CEDAW como la mayoría de los tratados sobre derechos humanos crea un órgano de vigilancia del tratado, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, encargado de vigilar, a través de informes periódicos, el cumplimiento de los compromisos adquiridos por los Estados miembros de la Convención.

Posteriormente fue adoptado por la Asamblea General, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Con-

³ A excepción de los Estados Unidos de América que únicamente firmó la Convención, todos los países de América la han ratificado.

⁴ CIDH, OC 2/82 "El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en <www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/serica_02_esp.doc>. § 29, p. 8.

tra la Mujer, el 6 de octubre de 1999, que otorga competencia al Comité para recibir y considerar comunicaciones individuales de personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de algún Estado Parte y aleguen ser víctimas de una violación de cualquiera de los derechos consagrados en la Convención por ese Estado Parte.⁵

La Convención pretende suprimir toda actitud y práctica, toda exclusión o preferencia fundada en el sexo, que tenga como efecto desfavorecer a las mujeres. No sólo establece el reconocimiento de la igualdad con el hombre, sino el ejercicio de esta igualdad. No sólo reconoce los derechos de las mujeres, sino presenta un plan de acción para los Estados miembros para que éstos garanticen los derechos de las mujeres. La definición de discriminación contra la mujer que figura en la Convención es más detallada que la definición que figura en otros instrumentos de alcance más general. Así, en la Convención se prohíbe toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o 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 de las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o civil o en cualquier otra esfera. La importancia de dicha definición reside en el hecho de que los Estados que han ratificado la Convención han de evaluar los resultados de las medidas y las políticas que han adoptado en función de los progresos realizados acerca de la prohibición de la discriminación. Además, ese principio significa que las desigualdades pueden persistir en la práctica a pesar de leyes y reglamentos encaminados a garantizar la igualdad ante la Ley. Por ello es necesario que los Estados adopten medidas especiales para establecer una igualdad de hecho, siempre que dichas medidas no sean discriminatorias.⁶

La Convención cubre la discriminación contra las mujeres tanto en el ámbito público como en la esfera privada, ya que abarca la discriminación practicada por cualquier persona, organización o empresa. Los Estados deberán asegurarse que no existan leyes ni políticas discriminatorias hacia las mujeres, y que se adopten las legislaciones y políticas públicas de acción afirmativa necesarias para asegurar la igualdad de trato y de oportunidades frente a los hombres.

Como en todo tratado internacional sobre derechos humanos, los Estados son los responsables por las violaciones a la CEDAW. De ello se deriva la necesidad de la adecuación de las leyes y políticas públicas de todos los niveles de gobierno para

⁵ Artículo 2 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer.

⁶ Naciones Unidas, *Las Naciones Unidas y los derechos humanos 1945-1995*, vol. VIII, Nueva York (Serie de libros azules de las Naciones Unidas), 1995, p. 99.

la implementación y vigencia de la Convención dentro de todo el territorio del Estado. En los Estados federados esto representa un reto mayor ya que en muchas ocasiones la Convención no es aterrizada en las legislaciones locales.

El objetivo y fin general 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. La Convención se centra en la discriminación en contra de la mujer, insistiendo en que la mujer ha sido y sigue siendo objeto de diversas formas de discriminación por el hecho de ser mujer. El Comité de la CEDAW ha señalado, en su Recomendación General 25, que de la lectura conjunta de los artículos 1 a 5 y 24, que constituyen el marco interpretativo general de todos los artículos sustantivos de la Convención, existen tres obligaciones fundamentales de los Estados Partes para la eliminación de la discriminación contra la mujer, dichas obligaciones trascienden la simple obligación jurídica formal de la igualdad de trato entre la mujer y el hombre. En primer lugar, los Estados Partes tienen la obligación de garantizar que no haya discriminación directa ni indirecta contra la mujer en las leyes y que, en el ámbito público y privado, la mujer esté protegida contra la discriminación –que puedan cometer las autoridades públicas, los jueces, las organizaciones, las empresas o los particulares– por tribunales competentes y por la existencia de sanciones y otras formas de reparación. La segunda obligación de los Estados Partes es mejorar la situación *de facto* de la mujer adoptando políticas y programas concretos y eficaces. En tercer lugar, los Estados Partes están obligados a hacer frente a las relaciones prevalecientes entre los géneros a la persistencia de estereotipos basados en el género que afectan a la mujer no sólo mediante actos individuales, sino también porque se reflejan en las leyes y las estructuras e instituciones jurídicas y sociales.⁷

Como ya habíamos señalado, la Convención está compuesta de un preámbulo y seis partes. Contiene 30 artículos, los 16 primeros artículos definen los derechos de las mujeres. La parte V crea el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer. El preámbulo establece el fin y objetivo fundamental de la Convención, eliminar la discriminación de la mujer, en todos los ámbitos a partir de la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres como obligaciones derivadas de la Carta de las Naciones Unidas. El preámbulo recuerda que la máxima participación de la mujer, en condiciones de igualdad con el hombre, en todos los campos es indispensable para el desarrollo pleno y completo de un país, el bienestar del mundo y la causa de la paz. El sistema de las Naciones Unidas reconoce el papel funda-

⁷ Comité de la CEDAW, Recomendación General No. 25 (30° periodo de sesiones, 2004) párrafo séptimo.

mental de las mujeres en la construcción de la familia, la sociedad y la comunidad internacional.

PARTE I

En esta primera parte se define la discriminación contra la mujer (art. 1) y los Estados se comprometen a tomar todas las medidas apropiadas y necesarias para asegurar la promoción de la igualdad. Medidas legislativas,⁸ administrativas y otras, incluyendo medidas especiales, de carácter temporal, encaminadas a acelerar la igualdad *de facto* entre hombres y mujeres (art. 4). Las medidas especiales de carácter temporal deben de tener como finalidad acelerar la participación, en condiciones de igualdad de la mujer en el ámbito político, económico, social, cultural y civil, o en cualquier otro ámbito. Para el Comité, dichas medidas son parte de una estrategia necesaria de los Estados Partes para lograr la igualdad sustantiva o *de facto* de la mujer y el hombre, dichas medidas al ser de carácter temporal, deben suspenderse cuando los resultados deseados se hayan alcanzado y se hayan mantenido durante un periodo. Dichas medidas son independientes del establecimiento de condiciones generales que garanticen los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de la mujer y la niña. Además, los Estados Partes deberán informar al Comité sobre las instituciones encargadas de elaborar, aplicar, supervisar, evaluar y hacer cumplir las medidas especiales de carácter temporal.

La Convención, reconociendo que la discriminación contra la mujer es una práctica arraigada en el contexto social, invita a los Estados a modificar los esquemas y los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a eliminar los prejuicios y las prácticas discriminatorias (art. 5). En el caso de México, el Comité, ha manifestado su preocupación por

El clima general de discriminación e inseguridad reinante en las comunidades; los lugares de trabajo, en particular las maquilas; los territorios con presencia militar que pueden poner a las mujeres en un peligro constante de sufrir violencia, maltrato y acoso sexual. Asimismo está preocupado por las actitudes patriarcales comu-

⁸ El Comité, ha manifestado su preocupación, en el caso de México, ya que no existe una armonización sistemática de la legislación y de otras normas federales, estatales y municipales con la Convención lo cual tiene como consecuencia la persistencia de leyes discriminatorias en varios Estados y dificulta la aplicación efectiva de la Convención. Observaciones finales del Comité de la CEDAW al sexto Informe periódico presentado por México el 17 de agosto de 2006.

nes que impiden a las mujeres disfrutar de sus derechos humanos y constituyen una causa fundamental de la violencia contra ellas...⁹

El Comité, en su Recomendación 19, ha manifestado que la violencia contra las mujeres es una forma de discriminación que impide gravemente que gocen de derechos y libertades en pie de igualdad con los hombres. La definición de discriminación, incluida en el artículo 1º de la Convención, incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra las mujeres por ser mujeres, o que las afectan de forma desproporcionada. La violencia contra la mujer incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad. Además el Estado también es responsable de los actos de violencia contra las mujeres perpetrados por particulares en la medida en que no adopte medidas con la diligencia debida para impedir la violación de derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas.

PARTE II

Los Estados se comprometen a proteger los derechos de la mujer en la vida pública y política. Las mujeres tienen, en condiciones de igualdad con los hombres, el derecho a votar y ser electas, a participar en la formulación y ejecución de las políticas públicas, y a representar a su país en el ámbito internacional. De acuerdo con la Recomendación General 23 del Comité, ningún régimen político ha conferido a las mujeres el derecho ni el beneficio de una participación plena en condiciones de igualdad. No puede llamarse democrática una sociedad donde las mujeres están excluidas de la vida pública y del proceso de adopción de decisiones, es indispensable una perspectiva de género para alcanzar estas metas y asegurar una verdadera democracia.

Las mujeres deben de tener iguales derechos que los hombres para adquirir, cambiar y conservar su nacionalidad. Ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido, durante el matrimonio, cambien automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en apátrida o la obliguen a adoptar la nacionalidad de cónyuge, la nacionalidad es esencial para la plena participación en la sociedad.

⁹ Véase el Informe de México producido por el Comité de la CEDAW bajo el artículo 8 del Protocolo Facultativo de la Convención del 2004.

PARTE III

Los Estados adquieren diversos compromisos en distintos ámbitos:

A) Educación: acceso igual a los programas de educación, eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza.

B) Empleo: los Estados deberán de adoptar todas las medidas apropiadas para prevenir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio y maternidad. El Comité ha manifestado su preocupación por la situación de las mujeres que trabajan sin remuneración en empresas familiares, rurales y urbanas (Recomendación General No. 16), así como la necesidad de medir y cuantificar el trabajo doméstico no remunerado, el cual contribuye al desarrollo de cada país y debería de ser incluido en el producto nacional bruto. Asimismo la igualdad en el empleo puede verse seriamente perjudicada cuando se les somete a violencia, por su condición de mujeres, por ejemplo, el hostigamiento sexual en el lugar de trabajo.

C) Salud: Acceso a los servicios de atención médica incluso aquellos que se refieren a la planificación familiar. En su Recomendación General 14, el Comité ha manifestado su preocupación por la continuación de la práctica de la circuncisión femenina y otras prácticas tradicionales análogas que son perjudiciales para la salud de la mujer, por lo que recomienda a los Estados Partes, la adopción de medidas eficaces encaminadas a erradicar dichas prácticas.

D) Derecho a préstamos y créditos. Cuando las mujeres no pueden celebrar un contrato ni pedir créditos o sólo pueden hacerlo con el consentimiento o el aval del marido o un pariente varón, se les niega su autonomía jurídica.

E) Seguridad Social.

PARTE IV

Los Estados Partes se comprometen a reconocer a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley e idéntica capacidad jurídica en materias civiles, matrimonio y derecho de familia (elección del cónyuge, responsabilidades como progenitores, número de hijos y el intervalo entre los nacimientos). La Recomendación General 21 del Comité reconoce que aunque en su constitución algunos países reconocen la igualdad del hombre y la mujer, permiten la poligamia. La poligamia infringe el derecho de las mujeres a la igualdad con el hombre y puede tener consecuencias emocionales y económicas, tan graves para ellas, al igual que para sus familiares a cargo, que debe desalentarse y prohibirse. Otros permiten los matrimonios obligados basados en las costumbres, creencias religiosas o el origen étnico, los esponsales de niñas, compromisos contraídos en su nombre por familiares. Todo

esto viola el principio de igualdad. Las leyes de muchos Estados todavía contienen muchas medidas basadas en normas, costumbres y prejuicios sociales y culturales que discriminan a las mujeres.

PARTE V

La quinta parte de la Convención crea el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer. El Comité supervisa los progresos para la aplicación de la Convención por parte de los Estados.

El Comité está formado por 23 miembros elegidos en votación secreta de una lista presentada por los Estados Partes con base en criterios de “gran prestigio moral y competencia en la esfera abarcada por la Convención” y duran cuatro años en su encargo. De acuerdo con la Convención, los Estados tendrán que presentar al Comité informes periódicos, el primero, un año después de adherirse a la Convención y en lo sucesivo cada cuatro años o cada vez que lo solicite el Comité.¹⁰

Mediante dichos informes, el Comité puede evaluar la situación de los derechos humanos en el país que presente su informe. Una vez que realiza dicha evaluación, el Comité emite un informe con las observaciones y recomendaciones finales, el cual lo remite al país en cuestión y lo hace del dominio público. El Comité realiza dicha evaluación tomando en cuenta los llamados “informe sombra” que son aquellos que le remiten las organizaciones no gubernamentales los cuales le otorgan mayores elementos al Comité para evaluar la situación real de los derechos de las mujeres. El Estado, de acuerdo con lo que establece la Convención, está obligado a tomar en cuenta las recomendaciones que emita el Comité, y deberá de informar al mismo sobre su aplicación en el siguiente informe o reunión con el Comité.

El Comité también emite Observaciones o Recomendaciones Generales a los Estados donde en muchas ocasiones realiza interpretaciones de la Convención dándole guías a los Estados para su aplicación adecuada, el Comité es el legítimo intérprete de la Convención y por lo tanto dichas observaciones deberán de ser tomadas en cuenta por los Estados en la aplicación de la Convención.

PARTE VI

La última parte reconoce la obligación de aplicar las disposiciones más pertinentes para el logro de la igualdad entre hombres y mujeres, ya sea que éstas

¹⁰ México ha presentado seis informes periódicos desde que se convirtió en Estado Parte de la CEDAW.

se encuentren en la Convención misma, en la legislación de un Estado Parte o en cualquier otro tratado o convención vigente en ese Estado, así como la obligación de los Estados de adoptar todas las medidas necesarias en el ámbito nacional para poder conseguir la plena realización de los derechos reconocidos en la Convención.

III. Reservas a la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la mujer

Hasta 1993, 47 Estados Partes a la *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer* (CEDAW) habían formulado reservas o declaraciones, en el momento de la ratificación o adhesión, algunas se trataban de reservas procedimentales, relativas a los mecanismos de solución de controversias establecido en el artículo 29 de la misma. Sin embargo, otras constituyen reservas sustanciales que tienen que ver con el fin y objeto de la Convención: otorgar igualdad de oportunidades a las mujeres.

La CEDAW expande y desarrolla la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer. La Convención consta de 6 partes. Las primeras cuatro se refieren a disposiciones sustantivas, la quinta parte establece el mecanismo de supervisión y en la sexta parte se encuentran las disposiciones finales. En el preámbulo de la Convención se establece que a pesar de que existe una cantidad considerable de documentos que proclaman la igualdad entre el hombre y la mujer, la discriminación en contra de la mujer sigue existiendo.¹¹

La Convención cubre un rango amplio de derechos de la mujer incluyendo tanto derechos civiles y políticos como económicos, sociales y culturales, también se refiere a los derechos de la mujer al desarrollo. La Convención también alude al tema de la discriminación de la mujer en la esfera privada, lo que dificulta su implementación en este ámbito para los Estados. El mecanismo de supervisión consiste en la obligación de los Estados de enviar al Comité reportes periódicos sobre los avances en la incorporación e implementación de las disposiciones de la CEDAW.

¹¹ Al ratificar la Convención, el Gobierno de México formuló una reserva en relación con el apartado c) del artículo 10, debido a sus consecuencias financieras, según lo expuesto por el representante de México al presentar al Comité el segundo informe periódico de México el 30 de enero de 1990.

A. El régimen de reservas aplicable a la CEDAW

De acuerdo con el artículo 28.2 de la Convención, una reserva incompatible con el objeto y fin del tratado no está permitida.¹² Así, la CEDAW asume la regla del artículo 20.1 de la Convención de Viena, es decir, la regla general es que las reservas están expresamente autorizadas por la Convención,¹³ por lo tanto no requieren de la aceptación de los demás Estados contratantes, la excepción: están prohibidas las reservas que estén en contra del objeto y fin del tratado. De acuerdo con el artículo 20.1 de la Convención de Viena, le corresponde a cada Estado Parte determinar si las reservas presentadas son compatibles con el objeto y fin del tratado; el Secretario General, en su función de depositario, tal vez también tiene que juzgar sobre la compatibilidad de las reservas, lo que no deja de ser un asunto delicado. La determinación de la compatibilidad o incompatibilidad de las reservas es un problema sin duda de interpretación de la Convención. Esto crea una situación más compleja si pensamos que un número considerable de Estados se reservó el artículo 29.1 el cual no es parte del objeto y fin del tratado, ya que la Convención prevé su reserva de forma expresa.¹⁴

El artículo 28.1 no contiene un criterio específico sobre cuál es el objeto y propósito¹⁵ de la Convención, sin embargo tanto desde la doctrina, como de la prácti-

¹² Artículo 28. Actualmente 167 Estados son parte de la CEDAW.

1. El Secretario General de las Naciones Unidas recibirá y comunicará a todos los Estados el texto de las reservas formuladas por los Estados en el momento de la ratificación o de la adhesión.
2. No se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y propósito de la presente Convención.
3. Toda reserva podrá ser retirada en cualquier momento por medio de una notificación a estos efectos dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas, quien informará de ello a todos los Estados. Esta notificación surtirá efecto en la fecha de su recepción.

¹³ La Convención tampoco establece derechos inderogables.

¹⁴ Artículo 29

1. Toda controversia que surja entre dos o más Estados Partes respecto a la interpretación o aplicación de la presente Convención que no se solucione mediante negociaciones se someterá a arbitraje a petición de uno de ellos. Si en el plazo de seis meses a partir de la fecha de presentación de solicitud de arbitraje las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la forma del mismo, cualquiera de las partes podrá someter la controversia a la Corte Internacional de Justicia, mediante una solicitud presentada de acuerdo con el Estatuto de la Corte.
2. Todo Estado Parte en el momento de la firma o ratificación de la presente Convención o de su adhesión a la misma, podrá considerar que no se declara obligado por el párrafo 1 del presente artículo. Los Estados Partes no estarán obligados por ese párrafo ante ningún Estado Parte que haya formulado esa reserva.
3. Todo Estado Parte que haya formulado la reserva prevista en el párrafo 2 del presente artículo podrá retirarla en cualquier momento notificándolo al Secretario General de las Naciones Unidas.

¹⁵ En esta Convención en lugar de "fin" aparece la palabra "propósito", tal vez por la traducción del término del inglés.

ca de los Estados encontramos varias sugerencias de cuáles pueden considerarse como las disposiciones fundamentales o centrales de la Convención. Un punto de partida podría ser que el objeto y propósito de la Convención, es eliminar de manera progresiva todas las formas de discriminación contra la mujer, por lo tanto, las reservas que estén en contra del logro de este objetivo, son contrarias a su objeto y propósito, éste puede ser un buen criterio a considerar; sin embargo, de una amplitud y vaguedad que tal vez haga imposible su aplicación.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), creado por la Convención para velar el cumplimiento de la misma por parte de los Estados, ha considerado que los artículos 2, 9 y 16¹⁶ son esenciales para el cumplimiento del objetivo y fin del tratado.

Canadá consideraba que las reservas a los artículos 1,2, 3 y a ciertas disposiciones del 24 y del 15 deberían estar prohibidas. Observando la práctica de los Estados que presentaron objeciones a las reservas con más frecuencia (Alemania, México, los Países Bajos y Suecia), éstos consideraron no reservables, los artículos 2, 9, 11, 15 y 16. La mayoría de las objeciones hechas por estos cuatro Estados fueron a reservas formuladas por Estados árabes como Bangladesh, Egipto, Irak.

México como uno de los principales objetores a las reservas consideró que los países reservantes estaban actuando de manera inconsistente con la obligación de no discriminación contemplada en el artículo 1.3 de la Carta de las Naciones Unidas, artículos 2.1 y 3 del PIDCP y 2.2 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Para México, dicha obligación de no discriminar encontraba su fundamento en la costumbre internacional.

B. La postura del Comité de la CEDAW

En dos ocasiones, en 1986 y en 1987, el Comité pretendió abrir un foro de discusión y de promoción del estatus de la mujer bajo las leyes islámicas, para evaluar las reservas presentadas por dichos Estados a la Convención, sin embargo esta idea no se llevó a cabo, ya que los países islámicos la consideraron como hostil a los valores islámicos. Por lo que el Comité decidió mejor tratar el tema de

¹⁶ El artículo 2 se refiere a la obligación general del Estado de adoptar tanto una política como medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole para evitar cualquier tipo de discriminación contra la mujer. El artículo 9 se refiere a los derechos de nacionalidad de la mujer, el cual deberá de ser otorgado en condiciones iguales a las de los hombres. El artículo 16 por su parte se refiere a las medidas que deberán de tomar los Estados para evitar la discriminación de las mujeres en el matrimonio y en las relaciones familiares.

las reservas con cada uno de los Estados involucrados a través de los comentarios a los reportes presentados.

El Comité ha emitido tres Recomendaciones Generales sobre reservas, la número 4, la 20 y la 21. En su Recomendación número 20 de 1992, viendo la proximidad de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, recomendó que los Estados deberían:

- a) Considerar la cuestión de la validez y el efecto legal de las reservas a la Convención en el contexto de las reservas formuladas a otros tratados de derechos humanos.
- b) Reconsiderar sus reservas desde el punto de vista de la implementación de los tratados de derechos humanos como un todo; y
- c) Considerar introducir en la Convención un proceso de reservas compatible como lo han hecho otros tratados de derechos humanos.¹⁷

En su Recomendación General 21, el Comité abordó las cuestiones relativas a las reservas al artículo 16 de la Convención que regula la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, y observó alarmado el número de Estados que habían formulado reservas a la totalidad o parte de ese artículo y afirmó que los Estados Partes debían “avanzar hacia una etapa en que se retiren las reservas en particular al artículo 16”. En el informe del Comité sobre su 19º periodo de sesiones, el Comité expresó “las reservas al artículo 16, formuladas por motivos nacionales, tradicionales, religiosos o culturales, eran incompatibles con la Convención y, por lo tanto, no eran permisibles y debían ser examinadas y modificadas o retiradas”.

La Declaración y Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, se refirieron a los problemas que presentaba la implementación de la CEDAW, por la gran cantidad de reservas de la que era objeto, por lo que incita a los Estados a retirar las mismas, sobre todo aquellas que son incompatibles con el objeto y propósito de la Convención, las cuales deben seguir siendo revisadas por el Comité.¹⁸

¹⁷ Citado por Chinkin Christine, “Reservations and objections to the Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women”, en *Human Rights as general norms and a state's right to opt out*, J.P. Gardener (ed.), Inglaterra, BIIICL, 1997, p. 79.

¹⁸ Artículo 39 de la Declaración y Programa de Acción de Viena

La Conferencia Mundial de Derechos Humanos insta a la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, encubiertas o palmarias. Las Naciones Unidas deben de promover el objetivo de lograr para el año 2000 la ratificación universal de todos los Estados de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer. Se debe alentar la búsqueda de soluciones habida cuenta del número particularmente grande de reservas a la Convención. Entre otras cosas el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer debe de seguir examinando las

En relación con esto, el Comité preparó una guía para los Estados respecto de cómo deben de ser presentados los informes, dentro de la misma existe una sección en donde los Estados reservantes deben dar la siguiente información sobre las reservas formuladas:

1. Cada Estado Parte que haya formulado una reserva sustantiva a la Convención tiene que incluir información sobre las mismas en sus informes periódicos.
2. Deberá de indicar la necesidad de la reserva. Qué reservas ha hecho o no ha hecho el Estado a otras convenciones internacionales que sean consistentes con la reserva formulada; los efectos precisos de la reserva en términos de política y legislación nacional; los planes que tenga el Estado para limitar los efectos de la reserva con la finalidad última de retirarla; de ser posible que especifique la fecha de retiro de la misma.
3. Estados Partes que hayan formulado reservas generales, es decir, que no se refieren a un artículo específico del Tratado o bien que han formulado reservas al artículo 2 o 3 deberán realizar un esfuerzo especial para reportar los efectos de las reservas y la interpretación de las mismas. El Comité considera dichas reservas como incompatibles con el objeto y fin del tratado.
4. El Comité incluirá en sus observaciones finales a los informes de los Estados una sección en donde establezca sus puntos de vista respecto de las reservas.

Por medio de este informe, el Comité será capaz de analizar el estado que guarda la Convención para cada Estado Parte respecto de las reservas formuladas por éste, podrá pedir explicaciones a los Estados cuando éstos no tomen las medidas necesarias para retirar sus reservas cuando se han comprometido a hacerlo en un tiempo determinado.

Otra propuesta del Comité no incluida en la guía ha sido la posibilidad de presentar una iniciativa a la Asamblea General para que ésta pida una opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia sobre los efectos legales y la validez de las reservas a la Convención.¹⁹ Esta posibilidad podría tener efectos no sólo para

reservas a la Convención. Se insta a los Estados a que retiren todas las reservas que sean contrarias al objeto y a la finalidad de la Convención o incompatibles con el derecho internacional convencional.

¹⁹ Recordemos que la Asamblea General fue quien pidió a la Corte Internacional de Justicia la opinión consultiva sobre las reservas a la Convención del Genocidio. Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que está facultada para interpretar "otros tratados" relativos a la protección de los derechos humanos, que no formen parte del sistema interamericano. Tal vez exista también la posibilidad de pedirle a la Corte Interamericana una opinión consultiva respecto de la CEDAW, según lo establecido en el artículo 64.1 de la Convención Americana.

la CEDAW, sino para los demás tratados de derechos humanos, como fue, en su momento, el caso de la opinión consultiva sobre la Convención del Genocidio, hasta hoy, cuestiones más bien de índole política no han permitido que se solicite dicha opinión consultiva.

En relación con las reservas formuladas por los Estados a los tratados sobre derechos humanos, el Relator especial de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre el tema “Reservas a los tratados” Alain Pellet, ha propuesto el proyecto de directriz 3.2.1, en que se afirma que “cuando un tratado cree un órgano encargado de vigilar su aplicación, dicho órgano será competente, a los efectos de cumplir las funciones que tenga asignadas, para apreciar la validez de las reservas formuladas por un Estado”. Bajo este supuesto, el Comité controlaría la validez de las reservas formuladas a la CEDAW a partir de la compatibilidad o incompatibilidad de las mismas con el objeto y fin de la Convención.

A diferencia del Comité del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (el Comité de Derechos Humanos), el Comité de la CEDAW todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los efectos jurídicos de las reservas en el contexto de las comunicaciones individuales.²⁰ Así que todavía está por resolverse la cuestión de si el Comité considera que, durante el examen de una comunicación individual, le corresponde o no la función de determinar la admisibilidad de una reserva.

En 2006 fue lanzada por la organización no gubernamental Colectivo de Investigación y capacitación en Acción para el Desarrollo, a través de la Declaración de Rabat, una campaña llamada “Igualdad sin reservas” la cual es una iniciativa regional que cubre Medio Oriente, el Norte de África y la región del Golfo y que tiene la intención de exigir a los gobiernos de dicha región el retiro total de las reservas formuladas a la CEDAW y la ratificación de su Protocolo Facultativo.

IV. APLICACIÓN DE LA CEDAW POR LOS JUECES

Como en todo tratado internacional sobre derechos humanos, los jueces cumplen un papel fundamental en la aplicación de la CEDAW, son los principales garantes de los derechos reconocidos en dicha Convención. La aplicación de los tratados por parte de los jueces es relativamente fácil y obvia: los tratados al ser ratificados por el Estado se incorporan a los sistemas nacionales como normas propias de dichos sistemas, una vez que han cumplido con los requerimientos in-

²⁰ En *Salgado c. el Reino Unido* (caso 11/2006), el Estado alegó que la comunicación era manifiestamente infundada, pues el contenido estaba englobado en la reserva relativa al artículo 9 formulada en el momento de la ratificación. El Comité decidió que la comunicación era inadmisibles *ratione temporis* y porque no se habían agotado los recursos internos, y no se pronunció sobre la reserva.

ternos de cada ordenamiento nacional. El juez aplica el tratado porque es derecho interno. La solución es relativamente fácil, ya que generalmente los Estados se limitan a lo anterior y no realizan una incorporación escalonada de dichos tratados (leyes, reglamentos, nivel local, etc.). Sin embargo, si pensamos que en la actualidad en la mayoría de los sistemas nacionales los tratados se encuentran dentro de los primeros escaños de la pirámide normativa, podríamos pensar que es relativamente claro para los jueces la aplicación de los tratados pertinentes a los casos que se les presentan, ya que constituyen normas supremas del orden interno. Tales consideraciones son aplicables la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW).

Lo anterior presupone un conocimiento de la existencia de la CEDAW, su inicio de vigencia, su objeto y fin, las reservas o declaraciones interpretativas formuladas a la misma, por lo que, en primer lugar, el juez tendrá que tener acceso a dicha información. Una vez que el juez tiene acceso a la Convención, deberá aplicarla e interpretarla a la luz de las reglas de interpretación de los tratados establecidas por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, poniendo especial atención en el contexto del que habla el artículo 31 (2) y (3)²¹ y 32 de la citada Convención, entendiéndolo como incluyendo de todo aquello a lo que es posible recurrir en la interpretación de los tratados internacionales. De acuerdo con las normas de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados, y otras normas de dicha Convención, existe la obligación internacional de tomar en cuenta las interpretaciones que de ciertos preceptos de derecho internacional, han hecho los organismos o jueces internacionales según corresponda, ya que, éstos son señalados por los tratados como los legítimos intérpretes de las normas, o bien, los Estados, con su práctica, les han reconocido dicho carácter. En otras palabras, el juez nacional no puede aplicar la norma internacional sin observar las interpretaciones que sobre la misma se han generado. En el caso de la CEDAW, el juez tendría que tomar en cuenta, al momento de aplicar la Convención, las interpretaciones, Recomendaciones y Observaciones Generales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, así como las interpretaciones, tanto de los organismos internacionales especializados en mate-

²¹ Muy interesante es el supuesto planteado por el artículo 31 (3) (c):

“Toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.” Creemos que esta disposición abre la Caja de Pandora: establece para el intérprete de la norma, la obligación de revisar cualquier norma internacional que sea aplicable para la interpretación del tratado, en el caso concreto: costumbre, otros tratados, *ius cogens*, principios generales, resoluciones, actos unilaterales, jurisprudencia, etc. Dicha disposición presupone que el intérprete conoce el universo normativo internacional; ¿cuenta el juez nacional, con las herramientas necesarias para conocer dicho universo?

ria de derechos humanos como de los tribunales internacionales, cuando éstos interpretan y aplican la CEDAW.

Además de las reglas de interpretación, al momento de aplicar la CEDAW, el juez nacional deberá de tomar en cuenta, el principio de Buena Fe y la *Pacta Sunt Servanda* (artículo 26 de la Convención de Viena); la regla de prevalencia del derecho internacional: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” (artículo 27 de la Convención de Viena); en este caso se puede presentar la situación en la que el tratado sea contrario a una norma superior del orden interno (en nuestro caso una norma constitucional), y por lo tanto, el juez determine la prevalencia de su norma constitucional comprometiendo con ello la responsabilidad internacional del Estado. También deberá tomar en cuenta el principio irretroactividad de los tratados (artículo 28 de la Convención de Viena); las demás reglas de interpretación en materia de tratados que existan en la práctica internacional y que no se encuentran codificadas en la Convención de Viena;²² así como los principios de derecho internacional aplicables a los tratados sobre derechos humanos, como el principio pro persona y el de progresividad, y en todo momento interpretar la CEDAW tomando en cuenta el objeto y fin de la misma.

Así la aplicación y, por tanto, la interpretación de la CEDAW en el orden interno resulta ser un proceso complejo, además de que, al aplicar un artículo de la CEDAW que pertenece a la vez a dos sistemas jurídicos (nacional e internacional), la decisión del juez de cómo aplicarla y de qué elementos tomar en dicha operación produce efectos para ambos sistemas normativos. Es mediante la aplicación de la Convención en los planos nacionales que las mujeres pueden disfrutar de los derechos consagrados por la misma.

V. PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CEDAW

Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 6 de octubre de 1999, con la finalidad de otorgar un recurso adicional para asegurar el disfrute y goce de los derechos consagrados en la Convención. El Protocolo fortalece los mecanismos de supervisión y vigilancia y otorga a las personas o grupos de personas la posibilidad de denunciar violaciones, previo agotamiento de recursos internos, o solicitar investigaciones por la violación grave o sistemática de derechos

²² El preámbulo de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece:

[...]

Afirmando que las normas de derecho internacional consuetudinario continuarán rigiendo las cuestiones no reguladas en las disposiciones de la presente Convención.

que haya ocurrido en un Estado Parte. Dicha investigación puede concluir con una visita del Comité al Estado en cuestión.

El Protocolo no admite reservas, sin embargo, los Estados podrán en el momento de ratificar, declarar que no reconocen el procedimiento de investigación. El Protocolo entró en vigor para México el 15 de junio de 2002, siendo el primer país a quien se le aplicó el procedimiento de investigación que incluyó una visita del Comité a nuestro país. En febrero de 2003 organizaciones no gubernamentales interpusieron una denuncia al Comité por la situación de las mujeres en Ciudad Juárez. El proceso concluyó con la entrega, por parte del Estado mexicano, del informe y respuesta al Comité. El Comité concluyó que la situación de las mujeres en Ciudad Juárez, las repeticiones y semejanzas de los métodos de asesinatos y desapariciones constituyen graves y sistemáticas violaciones de la dispuesto por la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer, en conjunto con la Recomendación 19 del Comité y la Declaración sobre la Violencia contra la Mujer de las Naciones Unidas.²³

VI. CONSIDERACIONES FINALES

A pesar del impresionante catálogo de derechos de la CEDAW y el gran número de Estados Partes, la realidad demuestra que los derechos de las mujeres no son respetados. Las mujeres constituyen más de la mitad de la población del mundo, realizan dos terceras partes del trabajo, reciben la décima parte de los ingresos y son dueñas de menos de la centésima parte de las propiedades, además de que la violencia contra la mujer es un mal endémico que existe a lo largo de todo el planeta. Sin duda esta situación se ve incrementada por políticas de ciertos Estados que no tienen ni un pequeño compromiso con la igualdad de la mujer, y por lo tanto no han ratificado la Convención o bien por aquellos Estados que la han ratificado con reservas que hacen imposible el desarrollo progresivo de los derechos de la mujer. Ya que si las reservas tomadas en cuenta de manera individual tienen un impacto, sus efectos acumulados no pueden ser desestimados.

La discriminación basada en el sexo, no sólo va en contra del objeto y propósito de la CEDAW, sino que está en contra de la Carta de las Naciones Unidas y de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el principio de no discriminación es parte del derecho internacional consuetudinario, y considerado como uno de los derechos esenciales que son normas del *jus cogens* internacional. La no discriminación de las mujeres constituye el presupuesto necesario para el disfrute y goce

²³ Párrafo 259 del *Informe de México*, producido por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer bajo el artículo 8 del Protocolo Facultativo de la CEDAW.

de los derechos de las mujeres, es por ello que el Estado es responsable de prevenir, suprimir y sancionar la discriminación contra las mujeres, tanto en el ámbito público como en el privado.

La CEDAW es un instrumento valioso para suscitar cambios a favor de un mayor respeto de los derechos y las libertades de las mujeres. Sin embargo, dicho reconocimiento internacional de los derechos de las mujeres debe traducirse en la aplicación en el ámbito nacional, es dentro de los Estados donde la Convención cobra sentido y puede traducirse en una mejora de las condiciones de vida de las mujeres.

LA COMISIÓN Y LA CORTE INTERAMERICANAS ANTE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES

Esther Vicente

I. INTRODUCCIÓN AL SISTEMA INTERAMERICANO

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos cuenta con múltiples instrumentos y mecanismos para adelantar los derechos humanos de las mujeres. El gran reto es lograr la máxima utilización de dichos mecanismos para alcanzar los niveles más altos de equidad y justicia para más de la mitad de quienes habitan la región. Son innegables los avances en la adopción de normas dirigidas a ampliar la protección de los derechos de las mujeres y la incorporación de éstos a la doctrina y las políticas públicas en la región. Innegable también es la persistencia de situaciones violatorias de los derechos humanos de las mujeres.

En la región americana y caribeña las mujeres conforman la mayoría entre las personas que viven en condiciones de pobreza y entre las que no saben leer ni escribir; en el ámbito del trabajo proliferan en los puestos menos remunerados y de menor estabilidad. La salud de las mujeres de la región y en particular la salud reproductiva muestra índices graves de desatención como reflejan la alta tasa de mortalidad materna y de muertes por abortos clandestinos. La violencia contra las mujeres no cede a pesar de los esfuerzos realizados por Estados y organismos regionales y se manifiesta tanto en el ámbito doméstico o privado como en el público. La manifestación más grave de la violencia contra las mujeres, el feminicidio, demuestra la precariedad, la incertidumbre e inseguridad que rodean la vida de las mujeres en la región. Ante este cuadro, resulta importantísimo reconocer, fortalecer y ampliar los esfuerzos realizados en la región para atender la situación de desigualdad en que se desenvuelve la vida de las mujeres.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en 1948 junto a la Carta de la Organización de Estados Americanos, contiene disposiciones sobre derechos humanos vinculantes, ya porque conforme al sistema creado en la Carta, la Declaración establece las responsabilidades de los Estados miembros de la Organización o porque muchas de sus disposiciones con el devenir del tiempo, la práctica de los Estados, la adopción y vigencia de múltiples tratados que las incorporan, han pasado a considerarse derecho consuetudinario.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos y su Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales cuentan con disposiciones que prohíben de forma clara y expresa el trato discriminatorio basado en motivos de sexo y que garantizan específica y particularmente derechos de las mujeres. Por otra parte, la región tomó una acción de avanzada con la adopción en 1994 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belém do Pará). Este es el primer instrumento de derecho internacional elaborado específicamente para atender la violencia que confrontan las mujeres en el ámbito privado y en el público y se destaca, además, por establecer responsabilidad estatal por las violaciones de su mandato aunque provengan de entes privados.

El sistema interamericano cuenta con el insumo de la Comisión Interamericana de Mujeres, creada en 1928. Esta Comisión fue el primer órgano internacional e intergubernamental encargado específicamente de adelantar, proteger y promover los derechos de las mujeres. Ha realizado una labor encomiable y ha desempeñado un papel protagónico a través de las décadas en el desarrollo de instrumentos de derecho interamericanos, en temas tales como; la nacionalidad de las mujeres, los derechos políticos y los derechos civiles de las mujeres y en la década de los 90 asumió el liderato en el proceso que dio lugar a la redacción y adopción de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belém do Pará).¹

La Organización de los Estados Americanos creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con sede en Washington, D.C., en 1959 y la instituyó como órgano principal del sistema interamericano responsable por la promoción y la protección de los derechos humanos. La Comisión cuenta con autoridad para examinar peticiones que aleguen violaciones a los derechos enumerados en la Declaración Americana y para ello podrá recabar información de los Estados miembros, hacer recomendaciones y publicar sus observaciones. El mandato incluye estimular la conciencia de los derechos humanos; ofrecer asesoramiento a los Estados miembros de la OEA; dar seguimiento a la situación de los derechos humanos en

¹ Comisión IDH, *Informe de la Comisión Interamericana de Derecho Humanos sobre la Condición de las Mujeres en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II.100, Doc. 17, 13 de octubre de 1998.

cada uno de los Estados, para lo que puede realizar observaciones presenciales o visitas *in loco*; y atender peticiones sobre violaciones a derechos humanos presentadas por individuos, grupos y organizaciones no gubernamentales reconocidas en uno o más Estados de la región. También cuenta con poder para atender peticiones interestatales, presentadas por un Estado miembro contra otro y para realizar estudios e informes sobre temas particulares y recomendar a los Estados miembros de la OEA medidas progresivas para el fortalecimiento de los derechos humanos en la región.

La OEA adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como el Pacto de San José, en 1969. La Convención crea obligaciones legalmente vinculantes por parte de los Estados miembros de respetar y asegurar una gama de derechos civiles y políticos, así como derechos sociales, económicos y culturales. Al entrar en vigor, en el año 1978, la Comisión Interamericana adquirió poderes adicionales mediante una revisión de su mandato llevada a cabo por la Asamblea General de la OEA. Se adjudicó a la Comisión autoridad para examinar peticiones que aleguen (1) violaciones a la Convención Americana por los Estados Partes de tratado y (2) violaciones a la Declaración Americana por parte de Estados miembros de la Organización, aunque no hayan ratificado la Convención. En años recientes el número de peticiones individuales atendidas por la Comisión ha aumentado de forma significativa.

La adopción de la Convención Americana implicó además la creación del segundo órgano regional a cargo de velar por la implantación adecuada de los derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José, Costa Rica. La Corte Interamericana cuenta con funciones consultivas y adjudicativas o contenciosas. El artículo 64 de la Convención establece la jurisdicción consultiva de la Corte y extiende dicha jurisdicción no sólo a la interpretación de la Convención Americana, sino que podrá la Corte entender asuntos y rendir opiniones sobre otros tratados relativos a la protección de los derechos humanos. La jurisdicción adjudicativa o contenciosa se limita, conforme al artículo 61 de la Convención Americana, a casos presentados a la Corte por la Comisión Interamericana o por un Estado contra el que la Comisión Interamericana haya emitido una decisión. Además, sólo puede considerar asuntos contra los Estados que hayan aceptado voluntariamente la jurisdicción adjudicativa o contenciosa. De conformidad con el artículo 63.2 de la Convención Americana, la Corte también puede adoptar medidas provisionales en casos de extrema gravedad y urgencia cuando ello sea necesario para evitar daño irreparable a las personas.

En las próximas secciones analizaremos aspectos destacados de la labor realizada por la Comisión y la Corte Interamericanas en torno a los derechos humanos de las mujeres. Iniciaremos la discusión con una mirada a la interpretación aportada por estos órganos sobre el alcance de los principios de igualdad y no discriminación

por razón de sexo. Luego analizaremos cómo la Comisión y la Corte han interpretado los instrumentos de derechos humanos del sistema interamericano desde una perspectiva de género. La Comisión y la Corte han intervenido en múltiples casos y consultas, concentraremos nuestros comentarios y análisis a aquéllos relativos a la protección extendida a derechos particulares tales como el derecho a vivir una vida libre de violencia, los derechos reproductivos y los derechos sexuales de las mujeres.

II. LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

El artículo 1(1) de la Convención Americana provee que los Estados Partes de la Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar el libre y pleno ejercicio de éstos a toda persona, sin discriminación alguna por motivo 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. El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dispone en el artículo 3, que los Estados Partes se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian 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. En específico disponen lo siguiente:

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 1. Obligación de respetar los derechos

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.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Artículo 3. Obligación de no Discriminación.

Los Estados Partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, 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.

Una lectura de los artículos previamente citados, demuestra que la prohibición de discriminar está referida concretamente al disfrute de los derechos humanos y que las razones que dan lugar a la discriminación prohibidas en la Carta van más allá de las especificadas en la Convención. Se establece un sistema de *numerus apertus* al utilizar la frase “sin discriminación de clase alguna por [...] cualquier otra condición social”. Esta frase implica que las discriminaciones prohibidas no se limitan a las mencionadas en los referidos artículos, sino que alcanza a cualquier otra condición social.

Aparte de las disposiciones antes mencionadas, prohibitorias de la discriminación, el artículo 24 de la Convención Americana dispone que todas las personas son iguales ante la ley y en consecuencia tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley. La prohibición de la discriminación tiene un alcance amplio al establecerse el principio de igualdad de forma específica en el tratado, la prohibición de la discriminación unida a la consagración del principio igualitario, conforme ha destacado el Comité de Derechos Humanos del Sistema de las Naciones Unidas, proscribida toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en determinados motivos y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas.² Esta interpretación resalta la inevitable conexión entre la prohibición de la discriminación y la consecución de la igualdad.

La Corte Interamericana ha adoptado esta perspectiva y ha destacado que existe un firme vínculo entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos sin discriminación alguna, establecida en el artículo 1 (1) de la Convención Americana y el principio de igualdad que emana de su artículo 24. En este sentido la Corte Interamericana ha señalado que los Estados están obligados a respetar y a garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación

² Comité de Derechos Humanos de la ONU, *Observación General No. 18*, HRI/GEN/1Rev.2, párr. 7 al 13.

alguna y que el incumplimiento de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, genera responsabilidad internacional.³

En el ámbito del derecho internacional en torno a los derechos de las mujeres, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), adoptada en 1979, define la discriminación basada en el sexo en su artículo 1, de la siguiente manera:

... 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.

De esta definición surge que al analizar normativas o prácticas cuestionadas por violentar el principio de no discriminación, será necesario establecer si las normas o prácticas abonan a la desigualdad entre hombres y mujeres en el goce y ejercicio de los derechos humanos. Será necesario evaluar si implican una distinción, exclusión o restricción al reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos, o si tienen por objeto o por resultado la violación de los derechos humanos de las mujeres. Es decir, que se prohíbe el establecimiento de normas y prácticas que aunque no tengan la intención de discriminar, generen un resultado discriminatorio.

La Corte Interamericana ha precisado un análisis de los principios de no discriminación y de protección igualitaria ante la ley que acoge los elementos que hemos destacado en la definición e interpretación de la CEDAW respecto a los derechos de las mujeres. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, en su Recomendación General 25, ha señalado que la CEDAW exige a los Estados eliminar todas las formas de discriminación en contra de las mujeres con una perspectiva de lograr la igualdad de derecho y de hecho de las mujeres en relación con los hombres en el disfrute de sus derechos humanos y las libertades individuales. En específico dicha Recomendación indica:

En primer lugar, los Estados Partes tienen la obligación de garantizar que no haya discriminación directa ni indirecta con la mujer en las leyes y que, en el ámbito público y el privado, la mujer esté protegida contra la discriminación –que puedan cometer las autoridades públicas, los jueces, las organizaciones, las empresas o los particulares– por tribunales competentes y por la existencia de sanciones

³ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 85.

y otras formas de reparación. La segunda obligación de los Estados Partes es mejorar la situación *de facto* de la mujer adoptando políticas y programas concretos y eficaces. En tercer lugar, los Estados Partes están obligados a hacer frente a las relaciones prevalecientes entre los géneros y a la persistencia de estereotipos basados en el género que afectan a la mujer no sólo por medio de actos individuales, sino también porque se reflejan en las leyes y las estructuras e instituciones jurídicas y sociales.⁴

El alcance del concepto de igualdad establecido en el artículo 24 de la Convención Americana se ha interpretado a tono con las normas y recomendaciones internacionales, de tal manera que incluye la prohibición de la discriminación de derecho o de hecho respecto a los derechos incluidos en la Convención. Es decir, que los principios de no discriminación e igualdad mirados en conjunto requieren de los Estados no sólo la adopción de normas que reconozcan los derechos, sino que también han de adoptar mecanismos para garantizar el pleno ejercicio de los derechos tomando en consideración las situaciones de vulnerabilidad en que se encuentran ciertos sectores o grupos sociales.⁵

Más aún, la Corte Interamericana ha resaltado que en el cumplimiento de la protección igualitaria y de la no discriminación, los Estados han de (1) abstenerse de adoptar normas discriminatorias o que tengan el efecto de discriminar, (2) eliminar normas discriminatorias, (3) perseguir las prácticas discriminatorias y (4) adoptar las medidas necesarias para asegurar la igualdad efectiva de todas las personas.⁶ Por lo que podemos asegurar que la interpretación del concepto de igualdad en el foro interamericano va más allá de requerir igualdad formal ante la ley y permite atender las situaciones de vulnerabilidad que requieren acciones afirmativas para alcanzar la igualdad real. La Comisión Interamericana ha expresado claramente esta concepción de la igualdad, en su *Informe sobre Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, al señalar:

El sistema interamericano no sólo recoge una noción formal de igualdad, limitada a exigir criterios de distinción objetivos y razonables y, por lo tanto, a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural que parte del reconocimiento de que

⁴ Comité para la Eliminación de Discriminación Contra las Mujeres, *Recomendación General No. 25: Artículo 4, Párrafo 1 de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación en Contra de la Mujer, en Medidas Especiales Temporales*, Documento de las Naciones Unidas. A/59/38 (2004), párr. 7.

⁵ Corte IDH, *Caso Yatama*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 186.

⁶ Corte IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 141; y *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*; Opinión consultiva OC-28/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 88; *Caso López Álvarez*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 170.

ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas especiales de equiparación. Ello implica la necesidad de trato diferenciado cuando, debido a las circunstancias que afectan a un grupo desaventajado, la igualdad de trato suponga coartar o empeorar el acceso a un servicio, bien o el ejercicio de un derecho.⁷

Una manifestación de la discriminación y de la desigualdad común pero difícil de identificar, es la que ocurre mediante la aplicación de estereotipos de género. Los estereotipos de género son visiones sobre lo que es ser hombre o lo que es ser mujer que se han desarrollado a través de la historia cuando por medio del uso de mitos y creencias culturales se añaden características y se agranda el significado de las diferencias biológicas, físicas, sexuales y sociales existentes entre hombres y mujeres. Como producto de este proceso se les adscriben cualidades estereotipadas presueltas a los hombres y a las mujeres que tienden a ser diferenciadas, dicotómicas y jerarquizadas. Las cualidades estereotipadas adscritas a las mujeres tienden a mantener y legitimar la situación de subordinación social y legal que aún confrontan. Con demasiada frecuencia los estereotipos se utilizan para sustentar normativas y prácticas discriminatorias violatorias del derecho a la igualdad. Es meritorio señalar que los estereotipos sexuales también imponen características y limitaciones a los hombres, pero las mujeres sufren un impacto particularmente detrimental, pues se utilizan para desconocer, anular y limitar sus derechos humanos y para legitimar la subordinación.

En el ámbito internacional, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer en su Recomendación General 19, emitida en 1992 y que gira en torno al tema de la violencia contra las mujeres y su relación con el contenido de la CEDAW, ha señalado a los Estados que 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, los malos tratos en la familia y los matrimonios forzosos, entre otros.⁸ En consecuencia recomienda a los Estados Partes de la CEDAW velar porque las autoridades y las instituciones públicas no incurran en prácticas discriminatorias y reproductoras de los estereotipos sexuales tradicionales. Resulta pertinente recordar que prácticamente todos los Estados de la región han ratificado la CEDAW. Como veremos más adelante, los órganos del sistema interamericano han incorporado el análisis expuesto en torno a la CEDAW a sus determinaciones sobre los instrumentos interamericanos.

⁷ Comisión IDH, *Informe sobre Acceso a la justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser. L/V/II. Doc 68, 20 de enero de 2007, párr. 99.

⁸ Comité para la Eliminación de Discriminación Contra la Mujer, *Recomendación General No. 19: Violencia en Contra de las Mujeres*, Documentos de las Naciones Unidas. A/47/38 (1992), párr. 7.

Uno de los primeros asuntos atendidos por la Corte Interamericana en torno a la discriminación basada en el sexo, lidia precisamente con los estereotipos sexuales. Se trata de la opinión consultiva en el caso *Enmiendas Propuestas de las Provisiones de la Naturalización de la Constitución de Costa Rica*, iniciado en 1983 y resuelto en 1984. La Corte Interamericana consideró la consulta en que Costa Rica le solicitó examinara varias enmiendas propuestas a su Constitución en materia de nacionalidad y naturalización. Una de las propuestas confería garantías especiales para obtener la ciudadanía a las mujeres extranjeras que contrajeran nupcias con ciudadanos costarricenses, pero no confería las mismas garantías a los hombres extranjeros que contrajeran nupcias con ciudadanas costarricenses. La Corte determinó que la propuesta era incongruente con el derecho a la igual protección enunciado en el artículo 24 por considerar que la distinción carecía de justificación objetiva y razonable. Además, entendió que se fundamentaba en la práctica histórica de conferir al esposo y al padre la autoridad en el seno del matrimonio y de la familia y por tanto se basaba y reproducía la desigualdad entre hombres y mujeres en el matrimonio. En la opinión emitida la Corte destacó lo siguiente:

Por su lado, el artículo 24 de la Convención establece

Artículo 24. Igualdad ante la Ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Aunque las nociones no son idénticas y quizás la Corte tendrá en el futuro la oportunidad de precisar las diferencias, dicha disposición reitera en cierta forma el principio establecido en el artículo 1.1. En función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. De este modo la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención, se extiende al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley.⁹

Otro asunto que demuestra el impacto de los estereotipos sexuales en la normativa y en las políticas públicas estatales es el caso *María Eugenia Morales de Sierra*. En este caso se cuestionaron ante la Comisión Interamericana varias disposiciones del Código Civil de Guatemala porque reforzaban los estereotipos sobre los roles de los cónyuges en el matrimonio. Las disposiciones cuestionadas

⁹ *Enmiendas Propuestas de las Provisiones de la Naturalización de la Constitución de Costa Rica*. Opinión del Asesor, OC-4/84, enero 19, 1984, Comité Interamericano H.R. (Ser. A) No. 4 (1984) párr. 56.

asignaban responsabilidades y obligaciones diferenciadas y excluyentes a ambos cónyuges. Al esposo en virtud de su papel de proveedor de ingresos y a la mujer en virtud de su papel como madre, esposa y ama de casa y limitaban la capacidad de la esposa para representar sus intereses, contratar y participar en los aspectos económicos de la vida familiar. La Comisión determinó que las disposiciones del Código Civil constituían violaciones a los artículos 1, 2, 17 y 24 de la Convención Americana y expresó que provocaban

... un efecto continuo y directo en la víctima en este caso, al contravenir su derecho a igual protección a estar libre de toda discriminación, al no brindar protección para garantizar que sus derechos y responsabilidades en el matrimonio sean iguales y equilibrados con los de su esposo, y al no defender su derecho al respeto de su dignidad y su vida privada.¹⁰

Como puede observarse, existe un vínculo entre la discriminación, la prevalencia de las visiones estereotipadas sobre los roles de los hombres y de las mujeres y la persistencia de la violencia contra las mujeres. La utilización de visiones estereotipadas para sustentar normativas y prácticas relativas a la familia, fomenta la desigualdad al interior del matrimonio y crea terreno fértil para situaciones de violencia doméstica. Este asunto también ha sido atendido en el ámbito interamericano.

III. LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

Los asuntos relacionados con la violencia contra las mujeres han recibido un abordaje creativo y adelantado en el sistema interamericano de protección de derechos humanos. Sin duda los órganos institucionales del sistema se han movido a atender el problema ante los reclamos y el activismo de las mujeres, los grupos y las organizaciones no gubernamentales de la región y ante la magnitud documentada del problema. La atención a la violencia contra las mujeres se refleja en varios casos resueltos por la Corte y la Comisión y se ha potenciado con la adopción de un tratado particular. Esta estrategia fue auspiciada y promovida por la Comisión Interamericana de Mujeres, organismo especializado de la OEA, que en la década de los 90 realizó una Consulta Interamericana en torno a la violencia contra las mujeres y propició la redacción del texto del tratado y su aprobación.

El 9 de junio de 1994 la Asamblea General de la OEA adoptó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, co-

¹⁰ Comisión IDH, Informe No. 4/01, *María Eugenia Morales de Sierra* (Guatemala), 19 de enero de 2001, párr. 52.

nocida como la “Convención de Belém do Pará”.¹¹ La Convención afirma que la violencia contra las mujeres atraviesa todos los sectores de la sociedad, independientemente de clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y que afecta negativamente las propias bases de la sociedad. Reconoce que la eliminación de la violencia contra las mujeres es condición indispensable para el desarrollo de la persona individual y de la sociedad en su conjunto y para alcanzar la participación plena e igualitaria de las mujeres en todas las esferas de la vida. La Convención enuncia, en el artículo 3, el derecho de todas las mujeres a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como privado. El artículo 5 de la Convención reconoce que la violencia contra las mujeres impide y anula el ejercicio de los derechos humanos de las mujeres y les priva del derecho que tienen éstas a ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. De esta manera se establece la interconexión entre la necesidad de erradicar la violencia contra las mujeres y el logro de los principios de no discriminación e igualdad para las mujeres.

La Convención define la violencia contra las mujeres en su artículo 2 y dispone que las medidas preventivas y sancionadoras establecidas en la Convención están dirigidas a intervenir con la violencia física, sexual y psicológica que (a) tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica, o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que la persona agresora comparta o haya compartido el domicilio con la mujer; (b) tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar; y (c) sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes dondequiera que ocurra.

Un aporte muy singular de este instrumento interamericano es que impone, en su artículo 7, la responsabilidad de los Estados por la debida diligencia en la prevención, investigación y sanción de la violencia contra las mujeres, ocurra ésta en el ámbito público o privado, dentro del hogar o en la comunidad, sea perpetrada por individuos o por agentes estatales. De esta forma, la Convención de Belém do Pará impone la responsabilidad a los Estados de evitar la impunidad tantas veces repetida en la región ante la violencia contra las mujeres. La conceptualización de la violencia contra las mujeres como una violación de derechos humanos y el establecimiento del derecho a vivir una vida libre de violencia conecta la prevención de la violencia contra las mujeres con la garantía del derecho a la libertad personal, reconocido en el artículo 7 de la Convención Americana. Es decir, en el caso de las mujeres, la libertad personal incluye el derecho a vivir libre de violencia en la esfera pública y en la privada, provenga ésta de agentes públicos o de entes privados. Ello implica que independientemente de que los actos de violencia provengan de

¹¹ OEA. A.61, 9 de junio de 1994.

particulares en el marco de relaciones interpersonales, los Estados han de combatir la impunidad y han de actuar diligentemente para proteger a la mujer que los recibe a través de la investigación, sanción y reparación requerida.

El sistema interamericano ya ha incorporado esta doctrina extendiendo responsabilidad a los Estados por actos violatorios de derechos humanos provenientes de actores no estatales.¹² En el *Informe sobre Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas* del año 2007, la Comisión Interamericana ha señalado claramente que la violencia contra la mujer constituye una violación a múltiples derechos humanos, tales como el derecho a la integridad personal, a la libertad, a no ser sometida a tortura, a la igual protección de las leyes, y a contar con acceso eficaz a los mecanismos del sistema de justicia para atender las violaciones a estos derechos, investigarlas y sancionarlas.¹³

La Convención de Belém do Pará ha sido utilizada para plantear múltiples situaciones de violaciones a los derechos humanos de las mujeres. En el año 1996, la Comisión Interamericana adoptó el informe del caso *Raquel Martín de Mejía*¹⁴ en el que consideró si la agresión sexual constituía tortura en el marco de la Convención Americana y de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. En el caso se planteó que la agresión sexual se había utilizado como método de tortura. La peticionaria alegó los siguientes hechos: que miembros de las fuerzas militares de Perú se presentaron a su hogar y se llevaron a su esposo quien era abogado y activista; que al poco rato, uno de los militares regresó a la casa, le acusó ser subversiva también, le indicó que la arrestarían y procedió a violarla, acto que cometió en una segunda ocasión. A los pocos días, el esposo de la peticionaria apareció muerto y con señales de tortura. Ella temía por su seguridad, pues recibió amenazas y logró obtener asilo político en el extranjero. El Estado cuestionó la admisibilidad de la petición, pero no respondió a las solicitudes de información cursadas por la Comisión, razón por la cuál ésta presumió la veracidad de los hechos alegados.

La Comisión concluyó que la región del Perú en que ocurrieron los hechos se había declarado por el Estado en estado de emergencia y estaba bajo control militar. También tomó en consideración que grupos intergubernamentales y organizaciones no gubernamentales habían documentado la existencia de la práctica por parte de miembros de las fuerzas de seguridad de recurrir a agresiones sexuales.

¹² Corte IDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán*. Sentencia del 15 de septiembre de 2005, párr. 111; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*. Sentencia del 31 de enero de 2006, Serie C No. 140, párr. 123-124.

¹³ Comisión IDH, *Informe sobre Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*. 2007, párr. 120.

¹⁴ Comisión IDH, *Raquel Martín de Mejía contra Perú*, Informe No. 5/96, Informe Anual de la CIDH 1995, 2 de febrero de 1996.

Procedió a analizar la situación particular presentada y determinó que se configuraban los tres elementos requeridos por la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, puesto que se trataba de un acto mediante el cual se infligieron a una persona penas y sufrimientos físicos y mentales, cometidos con un fin determinado por un funcionario público. Además, determinó que la agresión sexual constituía un ultraje a la dignidad de la mujer y que se había negado a la peticionaria su derecho a la protección de la honra y la dignidad consignado en el artículo 11 de la Convención Americana.

Otro caso en el que los órganos del sistema interamericano consideraron si la agresión sexual constituye una forma de tortura fue el de *María Elena Loayza-Tamayo*, resuelto en 1997.¹⁵ Aquí el resultado fue distinto al caso anteriormente comentado. La Comisión concluyó que el Estado, Perú, era responsable por la violación de varios artículos de la Convención Americana ya que la peticionaria había sido arrestada y detenida de forma arbitraria, había sido sometida a tratos inhumanos para forzarla a confesar y que se habían perpetrado agresiones sexuales en su contra. La Corte, sin embargo, no fue tan lejos y aunque determinó que se habían violentado los derechos de la peticionaria, indicó que no podía concluir que se había probado que la agresión sexual era atribuible a agentes del Estado, ello a pesar de que la peticionaria aportó declaraciones juradas en las que testimoniaba haber sido violada por agentes del Estado mientras se encontraba detenida e incomunicada.

Otro caso atendido en el sistema interamericano es el caso de las hermanas *Ana, Beatriz y Celia González Pérez contra México*.¹⁶ En éste las jóvenes menores de edad alegaron que habían sido sometidas a interrogatorios, por su supuesta pertenencia al Ejército Zapatista de Liberación Nacional y que como parte de la intervención fueron víctimas de agresión sexual. En este caso, el informe final de la Comisión estableció la responsabilidad del Estado por violación al derecho a la integridad personal, a la libertad personal y a las garantías judiciales. La Comisión ha indicado en su *Informe sobre Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, que el caso:

... se caracterizaba por la impunidad completa, ya que habían transcurrido más de seis años y el Estado no había procesado ni sancionado a los responsables, ni compensado a las víctimas por las heridas y pérdidas derivadas de estos actos. La Comisión aprovechó la oportunidad para reafirmar un principio de derechos humanos básico y aplicable a las investigaciones de actos de violencia contra las mujeres: el hecho de que las investigaciones deben ser llevadas a cabo por autoridades competentes e imparciales. Cuando éstas no son llevadas a cabo por autoridades apropia-

¹⁵ Corte IDH, *Caso María Elena Loayza Tamayo*, Sentencia del 17 de septiembre de 1997.

¹⁶ Comisión IDH, Informe de Fondo, No. 54/01, *Ana, Beatriz y Cecilia González Pérez (México)*, 4 de abril de 2001.

das y sensibilizadas en materia de género o estas autoridades no colaboran entre sí, se registran retrasos y vacíos claves en estas investigaciones, los cuales afectan negativamente el futuro del caso. Como los agresores en estos casos fueron integrantes del ejército, la Comisión expresó que “la investigación se trasladó a la jurisdicción militar, claramente incompetente en razón de la materia y carente de la imparcialidad necesaria para establecer los hechos conforme al debido proceso”.¹⁷

La violencia contra las mujeres también se manifiesta a través de violencia institucional cuando una institución u organismo estatal incorpora las visiones estereotipadas sobre las mujeres y adopta prácticas específicamente dirigidas a coartar o limitar formas de ejercer los derechos humanos experimentadas por las mujeres. El caso del *Penal Miguel Castro Castro contra Perú* provee un ejemplo de esta manifestación de violencia contra las mujeres. Este caso gira en torno a un operativo para trasladar a las mujeres confinadas en el Penal Miguel Castro Castro, que albergaba más de cien mujeres, entre ellas algunas embarazadas, a una cárcel de máxima seguridad. El proceso tomó varios días y las autoridades estatales utilizaron armamentos que normalmente se emplean en procesos de conflicto armado e incurrieron en la práctica de realizar exámenes vaginales dactilares a las mujeres confinadas. Al aquilatar los hechos, la Corte tomó en consideración los agravios causados a las mujeres y que sufrieron por el hecho de ser mujeres, agravios que no se manifestaron en torno a los hombres confinados afectados en el proceso. Este acercamiento denota un análisis que toma en consideración las concepciones de género y trasciende la perspectiva de igualdad formal para atender las necesidades y sentires particulares de las mujeres. La Corte señaló lo siguiente:

Al analizar los hechos y sus consecuencias la Corte tomará en cuenta que las mujeres se vieron afectadas por los actos de violencia de *manera diferente a los hombres*, que algunos actos de violencia se encontraron dirigidos específicamente a ellas y otros les afectaron en mayor proporción que a los hombres. Ha sido reconocido por diversos órganos peruanos e internacionales que durante los conflictos armados las mujeres *enfrentan situaciones específicas de afectación a sus derechos humanos, como lo son los actos de violencia sexual, la cual en muchas ocasiones es utilizada como “un medio simbólico para humillar a la parte contraria”*.

Es conocido que durante los conflictos armados internos e internacionales las partes que se enfrentan utilizan la *violencia sexual contra las mujeres como un medio de castigo y represión*. La utilización del poder estatal para violar los derechos de las mujeres en un conflicto interno, además de afectarles a ellas de forma directa, puede tener el objetivo de *causar un efecto en la sociedad a través de esas violaciones y dar un mensaje o lección*.

¹⁷ Comisión IDH, *Informe sobre Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser. L/V/II. Doc 68, 20 de enero de 2007, párr. 130.

La Corte evaluó los hechos a la luz de la Convención Americana y de la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura y determinó que la inspección vaginal dactilar practicada por los agentes penitenciarios en este caso, constituyó una agresión sexual y una manifestación de tortura contrarias al artículo 5.2 de la primera y los artículos 1.6 y 8 de la segunda. Nótese el cambio habido en la Corte que en el caso *María Elena Loayza Tamayo* resuelto en 1997, rehusó entrar a considerar una controversia parecida. Obviamente, en 2006 tras más de una década de trabajo sostenido en la región en torno a la violencia contra las mujeres, se produce esta determinación que imprime fuerza al planteamiento de que la violencia contra las mujeres constituye una violación de derechos humanos.

El caso de *María Da Pehna Fernandez contra Brasil*¹⁸ también gira en torno a la reacción de las autoridades estatales ante reclamos de víctimas de violencia y revela la conexión entre la violencia contra las mujeres y el principio de no discriminación y la relación recíproca entre la violencia contra las mujeres y la situación de desigualdad y subordinación en que se desenvuelven sus vidas. La violencia contra las mujeres se produce ante la carencia de igualdad real, efectiva y sustantiva y a su vez, reproduce la desigualdad. María Da Pehna confrontó actos de violencia por parte de su esposo durante quince años que incluyeron una tentativa de privarle de la vida y provocaron que quedara parapléjica. Entre los hechos presentados a la Comisión se estableció que el Estado brasileño con su tardanza en intervenir e ineficacia en el trámite judicial de los casos creaba una situación que condonaba en lugar de condenar la violencia. Al atender este caso, la Comisión consideró su *Informe Especial sobre Brasil* del año 1997, previo al caso bajo consideración, en el que concluyó que en dicho Estado existía una clara discriminación contra las mujeres que confrontaban violencia por parte de su pareja en los sistemas judiciales y en la aplicación de preceptos nacionales e internacionales sobre garantías procesales y de protección judicial. La Comisión concluyó que el Estado había incurrido en violaciones a los artículos 8 y 25 de la Convención de Belém do Pará y al artículo 1 de la Convención Americana. La ineficacia del sistema de justicia del Estado para ofrecer una respuesta adecuada a las mujeres víctimas de violencia en la esfera privada constituyó una violación a sus compromisos internacionales de derechos humanos.

La Comisión hizo hincapié en el efecto cultural que tienen las prácticas ineficaces de intervención judicial al señalar:

Dado que esta violación contra María 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 sólo se viola la obligación de procesar y conde-

¹⁸ Comisión IDH, Informe No 54/01, 16 de abril de 2001.

nar, sino también la de prevenir estas prácticas degradantes. Esa ineffectividad 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 estos actos.¹⁹

El impacto de las determinaciones de los organismos internacionales en materia de derechos humanos y su efectividad en lograr la implantación de las normas incorporadas en los tratados muchas veces es cuestionada. Curioso que muy pocas veces se cuestione la efectividad de los tratados que lidian con asuntos de naturaleza comercial y económica. Sin embargo, en cuanto al respeto y garantía de los derechos humanos de las mujeres, el derecho internacional y el sistema interamericano han desempeñado un papel importante, cuyo impacto a veces es difícil de calibrar. El *Caso María da Penha Fernandes contra Brasil*, es un ejemplo de este proceso, pues cinco años y unos meses después de haberse emitido, el Estado de Brasil adoptó, el 7 de agosto de 2006, la Ley llamada *Ley María Da Penha*, a través de la que establece un conjunto de acciones destinadas a prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres y sus diversas manifestaciones.

La relación entre la falta de acceso a remedios judiciales eficaces y la prevalencia de la discriminación y la violencia contra las mujeres se ha resaltado en los trabajos de la Comisión, así como la importancia de que las autoridades estatales pertinentes lleven a cabo procesos investigativos a tiempo y adecuados. La jurisprudencia de los órganos interamericanos ha reiterado que la ausencia de investigación y sanción constituye un incumplimiento de la obligación del Estado de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos de las víctimas y de sus familiares y respecto de la sociedad en su conjunto. El mensaje claro que emana de la jurisprudencia y de los informes de la Comisión y de la Corte Interamericanas, es que ante situaciones de violencia contra las mujeres es importante realizar una investigación inmediata, exhaustiva, seria e imparcial pues se trata de violaciones a los derechos humanos que tienen un efecto más allá de las víctimas directas y alcanza a más de la mitad de la población de la región.

Este tema ha sido recurrente en las instancias en que la Comisión ha intervenido en torno a la situación de la violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez, México. La Comisión ha intervenido a través de la Relatoría de la Mujer, de la preparación de informes y de la atención de peticiones individuales en las que, entre otros planteamientos los peticionarios alegan retrasos injustificados de más de cinco años en la investigación de asesinatos de mujeres en la localidad de Ciudad Juárez, México. En su informe *Situación de los Derechos Humanos de la Mujer*

¹⁹ Comisión IDH, *Caso María Da Penha Fernandes contra Brasil*, 16 de abril de 2001, párr. 47.

en Ciudad Juárez, México: El Derecho a No Ser Objeto de Violencia y Discriminación,²⁰ la Comisión observó parcialidades y sesgos de género y señaló:

...casi al mismo tiempo que se comenzara a aumentar la tasa de homicidios, algunos de los funcionarios encargados de la investigación de esos hechos y el procesamiento de los perpetradores comenzaron a emplear un discurso que, en definitiva, culpaba a la víctima por el delito. Según declaraciones públicas de determinadas autoridades de alto rango, las víctimas utilizaban minifaldas, salían de baile, eran fáciles o prostitutas. Hay informes acerca de que la respuesta de las autoridades pertinentes frente a los familiares de las víctimas osciló entre indiferencia y hostilidad.²¹

La intervención de la Comisión Interamericana en la investigación de peticiones sobre los asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez da cuenta de cómo los patrones socioculturales discriminatorios hacia las mujeres pueden ser fuente de muchas de las fallas identificadas en los procesos investigativos que han debido llevar a cabo las autoridades. Dichos patrones socioculturales afectan la credibilidad que se le otorga a las víctimas, la seriedad con que se acometen las investigaciones y hasta el tratamiento que se dispensa a los familiares. Las visiones estereotipadas y discriminatorias sobre las mujeres pueden dar lugar a situaciones de impunidad ante incidentes de violencia contra las mujeres sea ésta dirigida a una víctima en particular o a las mujeres como grupo. Así por ejemplo la Comisión ha expresado que en varios países de la región:

... existe un patrón de impunidad sistemática en el procesamiento judicial y en las actuaciones en torno a casos de violencia contra las mujeres debido al hecho de que la gran mayoría de estos casos carece de una investigación, sanción y reparación efectiva. La impunidad de estas violaciones de derechos perpetúa la aceptación social del fenómeno de la violencia contra las mujeres, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de la justicia.²²

El 10 de marzo de 2009, la Comisión Interamericana emitió el informe titulado *El Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia en Haití*,²³ en el que utilizó la concepción sobre el impacto de la impunidad en la prevalencia de la violen-

²⁰ OEA/Ser. L/V/II.117, Doc. 44, 7 de marzo de 2003.

²¹ Comisión IDH, *Situación de los Derechos Humanos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: El Derecho a No Ser Objeto de Violencia y Discriminación*, OEA/Ser.L/V/II. 117, Doc. 44, 7 de marzo de 2003, párr. 4.

²² Comisión IDH, *Informe sobre Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*. OEA/Ser. L/V/II. Doc 68, 20 de enero de 2007, párr. 124.

²³ OEA/Ser. L/V/II, Doc. 64, 10 de marzo de 2010.

cia contra las mujeres. Luego de analizar las diversas manifestaciones de violencia y discriminación confrontadas por las mujeres de ese país y tras reconocer los esfuerzos realizados por el gobierno de Haití y en particular por el Ministerio de la Mujer, concluyó que ciertas soluciones y estrategias se habían quedado en el papel y no se habían traducido a la práctica. Señaló que la mayoría de los casos de violaciones de derechos humanos y de violencia contra las mujeres nunca eran oficialmente investigados, procesados ni sancionados por el sistema de justicia de Haití. Observó además, que los hechos analizados presentaban un alarmante patrón de impunidad que envía un mensaje a la ciudadanía de que la violencia contra las mujeres es tolerada en lugar de ser condenada.

Como puede apreciarse, a pesar de que el sistema interamericano y los Estados de la región cuentan con instrumentos formales y jurídicos a nivel internacional, regional y nacional, la violencia contra las mujeres continúa representando un problema real y un obstáculo para el desarrollo de las mujeres y para su disfrute y ejercicio de los derechos humanos. Se observa en la región una brecha significativa entre el contenido objetivo y formal de las normas jurídicas en torno a la violencia contra las mujeres y la atención, investigación, adjudicación y sanción judicial de los múltiples y variados incidentes en que se manifiesta.²⁴ Esta situación abona sustancialmente al clima social que reproduce la desigualdad y sustenta la subordinación de las mujeres.

La Comisión y la Corte Interamericanas han realizado esfuerzos para nombrar y definir la violencia contra las mujeres como una violación de derechos humanos, han promovido la adopción de instrumentos vinculantes y han documentado las carencias de acceso a la justicia para las víctimas. Ante la incidencia de la violencia contra las mujeres y la resistencia al cambio requerido por el principio igualitario que enmarca las reformas, es imprescindible que los Estados adopten políticas públicas y prácticas dirigidas a redefinir las concepciones tradicionales y estereotipadas sobre las mujeres y a promover la erradicación de los patrones socioculturales discriminatorios que aún imperan en la región.²⁵

IV. ATENCIÓN DE LAS NECESIDADES PARTICULARES QUE GENERA LA INTERSECCIONALIDAD DE DIVERSAS CONDICIONES EN LAS VIDAS DE LAS MUJERES

Las violaciones a los derechos humanos de las mujeres y la violencia contra las mujeres al estar ligadas a la discriminación y a las visiones estereotipadas sobre el

²⁴ *Ibid.*, párr. 6.

²⁵ *Ibid.*, párr. 19.

papel de las mujeres en la sociedad, pueden engendrar y de hecho engendran necesidades particulares para las mujeres que viven la experiencia de la intersección de la discriminación por sexo o género con la discriminación por raza o etnia, condición social, discapacidad, orientación sexual e identidad de género. Sabido es que la violencia contra las mujeres y la discriminación por género aunque afectan a todas las mujeres en una u otra medida, tienen impactos más graves y en ocasiones más difíciles de identificar y comprender cuando las mujeres se encuentran en situaciones de mayor vulnerabilidad.

La Comisión ha documentado, por ejemplo, que las mujeres indígenas y las afrodescendientes confrontan menoscabos a sus derechos como mujeres que son alimentados por el sexismo y el racismo, puesto que confrontan varias formas de discriminación combinadas. Así lo ha manifestado en informes sobre la situación de las mujeres en Colombia y Guatemala.²⁶ Algunos países de la región han reconocido la violencia institucional y la discriminación combinada que sufren las mujeres indígenas que se alimentan por las condiciones de pobreza y por la falta de comprensión y valoración de la diversidad cultural.

En cuanto a las mujeres afrodescendientes, la Comisión ha realizado varios estudios e informes en los que atiende el impacto diferenciado en comparación con los hombres, que confrontan las mujeres en cuyas vidas se entrecruza el componente de género con su pertenencia a una raza o etnia, lo que agrava su situación de segregación, discrimen y desigualdad. En los informes *Las Mujeres Frente a la Violencia y la Discriminación Derivada del Conflicto Armado en Colombia; Observaciones Preliminares de la CIDH tras la visita del Relator Sobre los Derechos de los Afrodescendientes y contra la discriminación racial en la República de Colombia; La Situación de los Derechos Humanos de los Indígenas en las Américas y el Informe sobre Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas* la Comisión documenta cómo el entrecruce de discriminaciones genera manifestaciones de violencia muchas veces invisibilizada. La debida atención de estos sectores de mujeres amerita un proceso de educación a los entes del Estado y a la sociedad en su conjunto que promueva la comprensión del impacto de una historia de discriminación hasta recientemente apoyada por el Estado, las instituciones sociales y el derecho. También requiere el desarrollo de políticas afirmativas para

²⁶ Comisión IDH, *Las Mujeres Frente a la Violencia y la Discriminación Derivada del Conflicto Armado en Colombia*, OEA/Ser. L/V/II. Doc 57, 18 de octubre de 2006; véase también CIDH, *Observaciones Preliminares de la CIDH tras la visita del Relator Sobre los Derechos de los Afrodescendientes y contra la discriminación racial en la República de Colombia*, OEA/Ser. L/V/II.134., Doc. 66, 27 de marzo de 2009 y *La Situación de los Derechos Humanos de los Indígenas en las Américas*, OEA/Ser. L/V/II.108, Doc. 62, 20 de octubre de 2000.

superar las desigualdades estructurales basadas en el género en combinación con otras condiciones históricamente marginadas.²⁷

V. DERECHOS REPRODUCTIVOS Y DERECHOS SEXUALES: UNA AGENDA PENDIENTE

La pervivencia de los patrones socioculturales discriminatorios y estereotipados tiene impacto en todos los ámbitos de la vida de las mujeres. Tal vez, el espacio que recibe el impacto más intenso es el relacionado con el control de las decisiones sobre la sexualidad y la reproducción. Éstas son las áreas que menor atención han recibido en los estudios, informes y en la jurisprudencia de la Comisión y de la Corte Interamericanas.

Contrario a lo que ocurre con, por ejemplo, la violencia contra las mujeres, tema sobre el que la Comisión y la Corte Interamericanas han asumido posturas de vanguardia frente a los Estados, en el caso de los derechos sexuales y de los derechos reproductivos los aportes de estos órganos han sido limitados. De hecho, algunos Estados o subdivisiones dentro de algunos Estados integrantes de la OEA han adoptado medidas y prácticas que adelantan los derechos reproductivos y los derechos sexuales de las mujeres. Por ejemplo, en el caso del derecho al acceso a servicios de aborto seguro, uno de los derechos reproductivos más importantes en la región dada la alta tasa de muertes de mujeres provocadas por abortos clandestinos, Estados Unidos, Canadá, Puerto Rico, Guyana, México, Brasil, Uruguay, Bolivia y Colombia cuentan con regímenes jurídicos que permiten el aborto legal o que contienen excepciones a las normas que lo penalizan en atención a las necesidades de salud física y psíquica de la mujer embarazada.²⁸

En torno a los derechos sexuales cabe resaltar que ya algunos de los Estados o subdivisiones dentro de los Estados miembros de la OEA han incorporado a sus ordenamientos jurídicos normas que reconocen, por ejemplo, el derecho al matrimonio para parejas del mismo sexo o un sistema regulatorio que reconoce este tipo de pareja. Este es el caso, por ejemplo, de Canadá, algunos estados de los Estados Unidos, México, D.F., y algunas provincias de Brasil.

Los informes y la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano, que tenemos disponibles al presente, demuestran que los asuntos que podrían incluirse en el rubro de los derechos reproductivos y de los derechos sexuales de las mujeres han sido atendidos de manera genérica o como manifestaciones de violencia

²⁷ Comisión IDH, *Informe sobre Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*. OEA/Ser. L/V/II. Doc 68, 20 de enero de 2007, párr. 198 a 216.

²⁸ IPPF, *Aborto Seguro: regulaciones sanitarias comparadas*. 2008.

contra las mujeres. En 1983, la Comisión resolvió un caso en el que los peticionarios alegaban que las decisiones de la Corte Suprema de Estados Unidos y la del Estado de Massachusetts violentaban varias disposiciones de la Convención Americana, en particular el artículo 4, párrafo 1 en torno al derecho a la vida, al permitir a una mujer embarazada tomar la decisión de terminar el embarazo.²⁹ El artículo 4.1 dispone que: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”. La Comisión concluyó que la inclusión de la frase “en general, desde el momento de la concepción”, en este artículo no significa que quienes redactaron la Convención tuviesen la intención de modificar el concepto de derecho a la vida. La Comisión aclaró que las implicaciones de dicha frase son sustancialmente diferentes a las de la frase “desde el momento de la concepción”, que era el alcance que pretendían adjudicarle los peticionarios. Es decir, que a través de este caso la Comisión interpretó que el derecho a la vida consignado en la Convención Americana no aplica necesariamente a las leyes nacionales relativas al aborto.³⁰

En el 1996 y en el contexto del *Caso X e Y contra Argentina*³¹, la Comisión analizó la práctica establecida por las autoridades carcelarias de exigir que las parientes que visitaran a un recluso se sometiesen a inspecciones vaginales. En el caso se reclamaban los derechos de la esposa de un recluso y de la hija quien contaba con trece (13) años de edad. La Comisión tipificó las inspecciones vaginales no como violaciones a los derechos sexuales de las mujeres, sino como una invasión al cuerpo de la mujer y estableció unos requisitos específicos para su legalidad y en el caso particular entendió que los mismos se habían violentado.

Otro caso relacionado con los derechos reproductivos es el de *Mamérita Mestanza contra Perú*³² del año 2003, en que la Comisión atendió la práctica sistemática y generalizada del Estado de utilizar la esterilización de las mujeres como método para modificar los índices de reproducción entre la población de mujeres indígenas, las de zonas rurales y empobrecidas. Los hechos considerados demostraban que la señora Mestanza contaba con 33 años y tenía 7 hijos y confrontó acoso por parte de funcionarios del sistema de salud pública para que se esterilizara. Se le amenazó con acusarla por tener más de cinco hijos y ella prestó consentimiento para una ligadura de trompas. Luego de la operación fue dada de alta, a pesar de no encontrarse bien, varios días después falleció. El esposo denunció al jefe del centro de salud, quien nunca fue procesado. Tras la intervención de la Co-

²⁹ Comisión IDH, *Caso 2141 (Estados Unidos)*, No. 23181, Informe Anual 1980-81, oEA/Ser. L/V/II.54, doc. 9, rev. 1, 16 octubre 1981.

³⁰ R. Cook, “Fostering Compliance with Women’s Rights in the Inter-American System”, en *Revue québécoise du Droit International*, 11.1, (1999) p. 129, at 134.

³¹ Comisión IDH, Informe 38/96, Caso 10,506, en *Informe Anual de la CIDH*, 1996, p. 52.

³² Comisión IDH, Informe No. 71/03, Petición 12,191, Solución Amistosa, 10 de octubre de 2003.

misión, el Estado reconoció su responsabilidad por violación a la Convención de Belém do Pará y se comprometió a adoptar políticas públicas de salud reproductiva y planificación familiar no discriminatorias y en un marco de respeto de la autonomía de las mujeres.

En el marco del derecho internacional ya se han incorporado normas relativas a los derechos reproductivos y a los derechos sexuales. Así, por ejemplo, la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra las Mujeres (CEDAW), especifica el derecho de las mujeres a tomar decisiones sobre la capacidad reproductiva; convoca a establecer una edad mínima para contraer matrimonio y a suprimir la explotación sexual de las mujeres, todas estas garantías están incluidas en el rubro de derechos sexuales puesto que tienen impacto sobre la sexualidad.

En la década de los noventa, se utilizó el acercamiento de aplicar los derechos humanos a asuntos relacionados con la reproducción y la sexualidad en varias conferencias importantes de la Organización de las Naciones Unidas. En 1993, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena produjo el primer instrumento internacional sobre derechos humanos que incorpora una referencia explícita al postulado de que los derechos humanos aplican a la sexualidad y a la reproducción. La Declaración de Viena y el Programa de Acción adoptado por consenso reflejan la influencia del movimiento global de activistas en este sentido. Por ejemplo, el Programa de Acción en el párrafo 18 hace un llamado a los Estados a eliminar la explotación sexual; y el párrafo 38 convoca a eliminar la esclavitud sexual y el embarazo forzado.

En el contexto de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, celebrada en El Cairo en 1994, la noción de derechos sexuales apareció inicialmente como parte de los trabajos preparatorios hacia la Conferencia de El Cairo. Esta estrategia fue postulada por las activistas del movimiento internacional sobre la salud de las mujeres y el documento final producido mediante consenso en la Conferencia de El Cairo, incluye algunas referencias importantes a la sexualidad y al género. El Plan de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo³³ reconoce que existen interconexiones entre la sexualidad humana y las relaciones de género y presenta la visión de que la relación cercana entre ambos afecta la capacidad de hombres y mujeres para alcanzar y mantener la salud sexual y manejar sus vidas reproductivas. También reconoce que la violencia sexual basada en el género y los esfuerzos por controlar la sexualidad de las mujeres tienen impacto sobre la salud de las mujeres y su estatus en la sociedad.

El párrafo 7.2 del Plan de Acción subraya que la salud reproductiva es el estado de bienestar completo, físico, mental y social y no meramente la ausencia de en-

³³ <<http://www.unfpa.org/icpd/summary.htm>>.

fermedad. También señala que la salud reproductiva implica que las personas son capaces de tener una vida sexual satisfactoria y segura y que cuentan con la capacidad para decidir si quieren reproducirse, cuándo y con qué frecuencia. También menciona que el estado de bienestar físico, mental y social incluye la salud sexual, cuyo propósito ha de ser el mejoramiento de la vida y de las relaciones personales y no meramente la obtención de consejería y cuidados relacionados con la reproducción y las infecciones de transmisión sexual y en el párrafo 7.45 se reconoce el derecho de la gente joven a recibir educación en sexualidad y métodos contraceptivos.

En 1995, la Organización de las Naciones Unidas auspició la Cuarta Conferencia Mundial sobre las Mujeres, celebrada en Beijing. La sexualidad fue el tema más controversial de la Conferencia. La orientación sexual, el control de las mujeres sobre sus propios cuerpos y el aborto fueron los asuntos que generaron mayor debate. A pesar de ello, la Conferencia generó avances en torno a los derechos reproductivos y a algunos aspectos de la sexualidad. Por ejemplo, el párrafo 96 de la Plataforma de Acción de Beijing³⁴ estableció que los derechos humanos de las mujeres incluyen el derecho a ejercer control sobre la sexualidad y el derecho a decidir libre y responsablemente sobre asuntos relacionados con la sexualidad, incluyendo la salud sexual y reproductiva, sin coacción, discriminación o violencia. La Plataforma de Acción de Beijing hace énfasis en la importancia que tienen las relaciones igualitarias en asuntos relacionados con la sexualidad y la reproducción, incluyendo el respeto a la integridad de las personas, el consentimiento y la responsabilidad compartida por el comportamiento sexual y sus consecuencias.

Algunos de esos derechos humanos genéricos que han servido de base y fundamento al reconocimiento de aspectos relativos a la sexualidad son el derecho a la vida y a la integridad personal, el derecho a la protección contra la tortura y los tratos inhumanos, el derecho a la personalidad, el derecho a la privacidad a la libertad de pensamiento y asociación, el derecho a la igualdad, la prohibición de la discriminación, los derechos de información y educación y el derecho a la salud.

Llegado el siglo XXI se ha acrecentado el trabajo internacional dirigido a ampliar los logros alcanzados en torno a los derechos reproductivos y a afianzar el postulado de que los derechos sexuales son también derechos humanos. Se plantea que los principios de derechos humanos ampliamente aceptados, al interactuar con la sexualidad cobijan, entre otras, garantías, tales como:

- la capacidad de las personas de tomar decisiones autónomas sobre su vida sexual;
- el derecho a vivir una vida libre de violencia sexual;

³⁴ <<http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/platform/index.html>>.

- el derecho a recibir protección frente a todas las formas de explotación sexual;
- el derecho a la libre asociación, incluido el derecho a establecer asociaciones para abogar por el reconocimiento, respeto y promoción de los derechos sexuales;
- el derecho a beneficiarse de la información y de los adelantos científicos en torno a la sexualidad y a beneficiarse del principio básico de universalidad de los derechos humanos;
- el derecho a la no discriminación por razón de identidad de género, orientación sexual, historia o comportamiento sexual ya sea real o imputado.

Varios organismos de la Organización de las Naciones Unidas, así como instituciones regionales y estatales han respondido al reclamo de que los derechos relacionados con la sexualidad son derechos humanos. En el año 2003, la pasada Relatora Especial de las Naciones Unidas en torno a la Violencia Contra las Mujeres, Radhika Coomaraswamy de Sri Lanka, presentó un análisis que establece las conexiones entre el control sobre la sexualidad y la violencia contra las mujeres y resaltó que a través del reconocimiento de la autonomía sexual de las mujeres podrán desmontarse las raíces de la violencia de género.

En el 2004, en su informe a la Comisión de Derechos Humanos, Paul Hunt, el pasado Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el Derecho al Disfrute del más alto Nivel posible de Salud, prestó particular atención a la salud sexual y reproductivas, especialmente a los asuntos relacionados con la orientación sexual y la salud y reclamó la prestación de mayor atención a los derechos sexuales. Aunque su enfoque se ve constreñido a temas de salud, dado su mandato, el Relator Especial argumentó en su informe del 2004 que la salud sexual y reproductiva debe entenderse en un contexto más amplio de derechos humanos que incluya los derechos sexuales. El informe recomienda desarrollar una comprensión apropiada de la salud sexual y de los derechos sexuales, así como de la salud reproductiva y de los derechos reproductivos, como aspectos interrelacionados, pero separados.³⁵

La decisión del Comité de Derechos Humanos de la ONU en el *Caso Toonen v. Australia* de 1994, determinó que la prohibición de las relaciones sexuales consentidas entre personas del mismo sexo constituye una violación del derecho a la intimidad y del artículo 17 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y que la prohibición de la discriminación por razón de sexo incluye la prohibición de la discriminación por orientación sexual.

Al nivel regional, las instituciones encargadas de la promoción de los derechos humanos han realizado expresiones en torno al reconocimiento de los derechos se-

³⁵ E/CN.4/2004/49, 16 de febrero de 2004.

xuales como derechos humanos, incluida la Organización de Estados Americanos. En junio de 2009, la OEA adoptó una resolución³⁶ en la que manifiesta su preocupación por las violaciones de derechos humanos basadas en la orientación sexual y en la identidad de género; reconoce la pertinencia y la necesidad de discutir la aplicación de los principios y normas del sistema interamericano para combatir las violaciones de derechos basadas en la orientación sexual y la identidad de género y resuelve condenar las violaciones de derechos humanos basadas en la orientación sexual y en la identidad de género, por considerar que tales violaciones son incompatibles con los principios de universalidad y no discriminación de los derechos humanos. Además, la Resolución encarga al Consejo Permanente que convoque, por intermedio de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP), una sesión especial con el objetivo de discutir la aplicación de los principios y normas del sistema interamericano para combatir las violaciones de derechos humanos basadas en la orientación sexual y la identidad de género, analizar las acciones y programas desarrollados a nivel regional, subregional y nacional sobre la materia. Requiere también que al realizar estos estudios y análisis se tomen en cuenta, entre otros, los instrumentos internacionales vigentes en el área de derechos humanos y los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de las normas internacionales de derechos humanos en relación a la orientación sexual e identidad de género. Por último la Asamblea General de la OEA solicitó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que prepare para la mencionada sesión especial, un estudio de los principios y normas del sistema interamericano aplicables al combate a las violaciones de los derechos humanos con base en la orientación sexual y la identidad de género.

CONCLUSIÓN

El trabajo de las agencias, instrumentalidades y organizaciones no gubernamentales abocadas a la defensa de los derechos humanos de las mujeres no ha terminado ni terminará en un futuro predecible. Las sociedades del mundo entero muestran una resistencia extraordinaria al cambio social que implica la igualdad real, sustantiva y efectiva. La vida cotidiana nos muestra una multiplicidad de formas en que se diluyen, coartan, limitan o eliminan muchos de los logros alcanzados por las mujeres y para las mujeres. Sólo la renovación y el fortalecimiento de las estrategias de resistencia múltiples, variadas y transformadoras de las situaciones, concepciones y prácticas limitativas de los derechos humanos de las mujeres, permitirá la creación de ese espacio interamericano igualitario, democrático y res-

³⁶ OEA/Ser.P AG/doc.4867/08.

petuoso de la diversidad que muchos y muchas hemos imaginado y que la labor de los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos puede aportar a crear.

ACCIÓN POSITIVA Y GÉNERO EN LA UNIÓN EUROPEA ¿ES LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS UN OBSTÁCULO PARA LA ACCIÓN POSITIVA EN EUROPA?

Marisa Iglesias Vila

I. INTRODUCCIÓN

¿Tiene futuro la acción positiva en nuestras democracias constitucionales y, especialmente, en la Unión Europea? Esta cuestión es hoy en día difícil de responder. La razón podría ser que vivimos en sociedades que ya son suficientemente igualitarias y que, por tanto, deja de ser claro que necesitemos acudir a este mecanismo para corregir injusticias sociales. Pero éste no parece ser el caso. La igualdad de género, problema que centrará el interés de este trabajo, es actualmente un objetivo prioritario de las políticas públicas en la Unión Europea (UE), y lo es precisamente porque estamos todavía lejos de ser una sociedad igualitaria.¹

La acción positiva es seguramente el principal instrumento al que pueden recurrir las instituciones públicas para revertir las consecuencias de la desigualdad es-

¹ Para resaltar algunos datos significativos extraídos de EUROSTAT: Más del 50% de la población de la UE son mujeres. De la población empleada, sólo 7.8% de hombres lo está a tiempo parcial mientras que las mujeres lo están en 31.4%. Un 62.4% de las mujeres con hijos trabaja (ya sea tiempo completo o parcial) mientras que los hombres con hijos trabajan en 91.4% (datos de 2006). La brecha salarial, según datos de 2005, es de 15%, superando 20% en once países de la UE, entre los que cabe destacar Alemania, Austria, Reino Unido y Holanda (esta brecha era de 17% en 1995). Por otra parte, sólo 23.6% de mujeres integran los parlamentos nacionales y su presencia en la dirección de empresas líderes es de 2.9% (datos de 2007). Un 32 % de las personas empresarias son mujeres y en esta misma proporción son miembros de los Tribunales supremos, proporción que cae claramente respecto a la presidencia de este órgano 26H/4M (datos de 2008).

tructural dentro de una sociedad. Por esta razón, estas medidas se han ido incorporando a la agenda política de la mayoría de las democracias modernas, dentro de programas integrales de igualdad que buscan garantizar, mediante la intervención estatal, que toda la ciudadanía dispondrá realmente de las mismas oportunidades para elegir y desarrollar sus planes de vida.

Pero la acción positiva es también un instrumento ambicioso, cuyos presupuestos y lógica de funcionamiento generan una controversia permanente. Esto explica las reticencias que su implementación suele recibir y los vaivenes que se producen en su concreción institucional. Podríamos incluso pensar que la acción positiva está hoy en día en declive como mecanismo de protección de grupos desaventajados. Si nos fijamos, por ejemplo, en Estados Unidos de América, el principal impulsor de estas medidas a partir de los años sesenta, sería fácil concluir que la acción positiva está en retroceso. Por una parte, las decisiones de la Corte Suprema en los casos *Gratz v. Bollinger* y *Grutter v. Bollinger*, ambas en 2003, suponen una clara limitación del margen de maniobra de las universidades para establecer tratos preferenciales en el acceso a la universidad de estudiantes pertenecientes a grupos minoritarios infrarrepresentados.² Por otra parte, desde finales de los noventa las medidas de acción positiva se han ido prohibiendo o limitando drásticamente en Estados como California, Washington, Michigan, Florida o Nebraska (en educación superior, empleo público, ayudas estatales, etcétera). Este retroceso puede obviamente dar un giro en Estados Unidos bajo una coyuntura política menos conservadora, pero estos datos muestran una clara tendencia a restar importancia a la acción positiva como mecanismo corrector. Como explicaré, la situación parece *a priori* diferente en la Unión Europea, si atendemos a los avances normativos, los programas de gobierno y los planes de igualdad en el ámbito comunitario. A pesar de ello, la concreción institucional de estas medidas encuentra aquí también muchas reticencias y su aceptación ha sido vacilante, fruto especialmente de una jurisprudencia muy restrictiva por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE).

² En *Gratz v. Bollinger*, la escuela de Derecho de la Universidad de Michigan permitía que en la decisión sobre las admisiones se tuviera en cuenta la diversidad racial existente entre los estudiantes para considerar qué estudiantes se aceptaban, dando importancia especial a la inclusión de estudiantes de grupos raciales históricamente discriminados (afroamericanos e hispanos). Por una mayoría ajustada de 5 a 4, la Corte Suprema consideró constitucional esta previsión apoyándose básicamente en el argumento de los beneficios educativos que puede tener para el conjunto de estudiantes la presencia de diversidad racial en las aulas. En *Grutter v. Bollinger*, la Corte Suprema consideró inconstitucional el sistema general de admisión por puntos que establecía la Universidad de Michigan, donde se otorgaban automáticamente 20 puntos a los estudiantes de grupos minoritarios infrarrepresentados en un sistema de hasta 150 puntos y en el que obtener 100 puntos garantizaba la admisión. Ya en 1978, en el *Caso Regents of the University of California v. Bakke*, la Corte Suprema limitó las posibilidades de la acción positiva al considerar inconstitucional un sistema de admisión que reservaba 16 de las 100 plazas disponibles a estudiantes provenientes de minorías desaventajadas.

Ahora bien, aunque haya elementos para pensar que la acción positiva está en retroceso en ámbitos como el acceso al empleo, la promoción profesional o la selección de estudiantes en las universidades, muy diferente es la situación por lo que respecta a la acción positiva en el ámbito de la participación política. Atendiendo a los datos actuales, podríamos afirmar que la implementación de cuotas electorales de género, a pesar de estar sujeta a una permanente controversia, se está convirtiendo en una tendencia global. Hoy en día 40 países han introducido cuotas obligatorias para el acceso a cargos electos y en otros 50 países los partidos políticos han incluido voluntariamente cuotas de género en sus normativas internas.³

La finalidad de este trabajo es examinar el fundamento de las dificultades que enfrenta la implementación de acciones positivas en las políticas públicas de la Unión Europea, analizando críticamente los principales argumentos que se han esgrimido para limitarlas. Mi objetivo es ofrecer una visión optimista de su relevancia moral, una visión que permita percibir con más confianza su proyección dentro de la Unión Europea y respaldar su continuidad como mecanismo imprescindible para corregir la injusticia de género. En resumen, pretendo argumentar por qué debemos rechazar la idea de muchos liberales igualitarios de que la acción positiva persigue una sociedad justa a través de medios injustos.⁴ Estructuraré el trabajo del siguiente modo. En primer lugar, voy a efectuar una aproximación general a la idea de acción positiva y examinaré su vinculación con el principio de igualdad de oportunidades y el problema de la desigualdad estructural. En segundo lugar, describiré brevemente la normativa Europea sobre acción positiva y analizaré la jurisprudencia del TJCE en torno a la compatibilidad entre estas medidas y el Derecho de la UE. En tercer lugar, compararé esta jurisprudencia en material laboral con la regulación de la acción positiva en el ámbito de la participación política de las mujeres dentro de Europa. Por último, explicaré cuáles son las razones por las que, en mi opinión, la acción positiva debería tener futuro en las políticas de igualdad en materia de género e indicaré qué criterios deberíamos usar para valorarlas.

II. APROXIMACIÓN GENERAL A LA NOCIÓN DE ACCIÓN POSITIVA

En términos generales, la acción positiva consiste en medidas que otorgan beneficios especiales o tratos preferentes a los miembros de ciertos grupos humanos para corregir su situación de desventaja social y económica respecto a otros grupos. En el caso de las mujeres, y usando la terminología del artículo 4.1 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la

³ Véase, en este sentido, Dahlerup (2006, p. 3).

⁴ Véase, por ejemplo, Taylor (2009, p. 503).

Mujer, estamos ante medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad *de facto* entre el hombre y la mujer. Estas medidas pueden utilizarse en múltiples ámbitos, la participación política, el acceso al empleo, la promoción profesional, el acceso a la educación y, en general, en todos aquellos contextos sociales donde aparezca un problema de desigualdad injustificada entre grupos sociales.

A partir de esta primera aproximación, podríamos extraer algunos rasgos característicos de la acción positiva:

a) Son medidas intervencionistas. El Estado comprometido con la acción positiva es un Estado intervencionista, que no se limita a prohibir y perseguir actos individuales de discriminación, ya sea directa o indirecta, por motivos de género, raza, nacionalidad, etc. El objetivo de este instrumento es actuar directamente en la estructura social, interfiriendo en el entramado socioeconómico para forzar cambios en nuestras interacciones y prácticas. Pensemos, por ejemplo, en la regulación del permiso de paternidad. Normativas como ésta, por medio de diferentes tipos de incentivos más o menos intensos, pretenden intervenir directamente en la organización doméstica de las familias para evitar que las mujeres-madres tengan mayores dificultades que los hombres-padres en el acceso al mercado de trabajo y en la promoción profesional.

b) Tienen un objetivo igualitario. Estas medidas surgen como un refuerzo a las cláusulas de no discriminación. Su finalidad es mejorar la situación de un grupo social que está en desventaja comparativa respecto a otro grupo, desventaja que se plasma en una diferencia de estatus y oportunidades de sus miembros. Como veremos, la estrategia de la acción positiva es la de tratar diferente lo que es diferente como mecanismo para generar mayor igualdad. Pongamos como ejemplo una normativa que, en igualdad de condiciones, otorga preferencia a las mujeres respecto a los hombres en el acceso a un determinado empleo público. Esta medida adquiere sentido cuando se ha constatado que la mujer está infrarrepresentada en un determinado sector laboral. Aquí, la estrategia de tratar diferente a una mujer que tiene la misma calificación que un hombre permite equilibrar la presencia de los dos sexos en ese sector.

c) Son medidas correctoras. Su pretensión es revertir o corregir situaciones de desigualdad que se han generado de manera ilegítima a partir de una historia de relegación y subordinación de un grupo social.⁵ Así, la acción positiva no es un mero ins-

⁵ Es importante distinguir entre una medida correctora y una medida compensatoria. Muchos críticos consideran que la acción positiva es una medida compensatoria en el sentido de que intenta indemnizar o desagraviar a las mujeres de hoy, por ejemplo, por ciertas injusticias que recibieron las mujeres en el pasado. Esta visión es problemática porque asume que la acción positiva sólo mira al pasado, y la pregunta que podría plantearse es por qué la generación actual de hombres debe responsabilizarse y sufrir consecuencias desventajosas por algo que otros hicieron en el pasado. Cuando afirmamos que

trumento para hacer justicia hacia el futuro, sino una forma de remediar los efectos en el presente de la injusticia en el pasado. Cuando, por ejemplo, se establecen límites máximos o mínimos de personas de un mismo sexo en las listas electorales de los partidos, el presupuesto no es sólo que hay pocas mujeres participando en política y que se desea incentivar su participación. Sería posible que las mujeres, simplemente, no tuvieran interés en tener cargos políticos. El presupuesto que da sentido a esta acción positiva es que la infrarrepresentación política de las mujeres no se origina en sus elecciones sino en una historia injusta de relegación social de la mujer en el ámbito público. De este modo, lo que se intenta revertir es una situación de desigualdad actual que es fruto de una injusticia previa, algo muy distinto a perseguir la igualdad por la igualdad misma.

d) Tienen carácter provisional. Al ser un instrumento corrector de desigualdades injustas, una medida de acción positiva deja de tener sentido cuando se obtiene la mejora pretendida en el grupo desaventajado o cuando las diferencias existentes entre grupos sociales pasan a ser fruto de las elecciones de sus miembros. Del mismo modo, también deja de tener sentido cuando la acción positiva se muestra como un mecanismo ineficaz para obtener el fin por el que ha sido creada. Por esta razón, controlar la eficacia de estas medidas es un complemento indispensable en su implementación.

A pesar de compartir estas características, podemos encontrar medidas de acción positiva diferentes en función de los medios que se utilizan para corregir una situación de injusticia de género. En primer lugar, tenemos lo que podríamos denominar “medidas de concienciación y apoyo”. Éstas pretenden contribuir a mejorar la posición social y económica de las mujeres a partir de campañas de sensibilización, cursos específicos de capacitación profesional, subvenciones, inversión en infraestructuras que faciliten su desarrollo profesional, etc. En este primer caso estamos utilizando instrumentos de intervención indirecta para corregir la desigualdad de género. En segundo lugar, encontramos lo que suele conocerse como “cuotas o tratos preferentes flexibles”. Este instrumento pretende acelerar la igualdad entre hombres y mujeres a partir de intervenciones directas pero flexibles en aquellos focos donde se manifiesta una injusticia de género. Pensemos, por ejemplo, en las normativas de acceso al empleo público que exigen tomar en consideración el sexo femenino de las personas candidatas como un elemento adicional en el pro-

son medidas correctoras, en cambio, nos preocupamos por una situación actual de desventaja social de las mujeres y miramos al pasado para averiguar cuál es la causa de esa diferencia social. Cuando podemos identificar que la diferencia actual ha sido causada socialmente por una historia de relegación de la mujer y que, por tanto, tiene origen en una injusticia, tenemos un argumento para justificar la importancia moral de revertir esta situación. Véase, en este sentido, Fiss (1997, pp. 37-38), Young (1990, p. 194).

ceso de selección o las que otorgan una preferencia no automática para las mujeres en igualdad de condiciones respecto a los candidatos hombres; también es el caso de una regulación de contratos con el Estado que exige valorar positivamente el hecho de que la empresa licitadora esté dirigida por una mujer o, de forma más general, la inclusión de principios de equilibrio de género en los procesos de selección. Otro ejemplo de este tipo de acción positiva lo encontramos cuando se otorga una puntuación adicional al hecho de ser mujer en sistemas de selección y contratación por puntos. En todos estos casos, estamos ante mecanismos flexibles de intervención directa porque sólo tienen la pretensión de orientar los sistemas de acceso a cargos y posiciones sociales de modo que adquieran un sesgo favorable a las mujeres, sin determinar ningún resultado concreto en estos procesos de selección.⁶ Por último, la acción positiva tiene en lo que se denominan “cuotas rígidas”, y “tratos preferentes rígidos”, su instrumento más poderoso de intervención directa para corregir la injusticia de género. Estas medidas consisten en porcentajes, ya sean máximos o mínimos, de participación o representación de alguno de los dos sexos, reserva de plazas para mujeres, preferencias automáticas en el acceso a cargos y empleos una vez que se cumplen ciertas condiciones, etc. A diferencia de las cuotas flexibles, esta forma de acción positiva tiene la pretensión de forzar determinados resultados para acelerar la igualdad entre hombres y mujeres o para dirigir hacia una coyuntura social en la que las diferencias que persistan sean producto de elecciones voluntarias.⁷

⁶ En este artículo evitaré usar expresiones como “discriminación inversa” o “discriminación positiva” para hacer referencia a medidas que pretenden generar, ya sea de modo flexible o rígido, una reorientación a favor de las mujeres en los procedimientos de acceso a cargos, empleos y posiciones sociales con el fin de revertir situaciones de injusticia de género. Como ha observado acertadamente Barrère, esta nomenclatura, por su connotación negativa, sólo añade confusión y recelo ante las medidas de acción positiva más enérgicas. En su opinión, estas medidas deben ser valoradas en cada caso concreto en función de la importancia del objetivo social que persiguen y la proporcionalidad de los instrumentos que se utilizan para lograrla. De ahí que Barrère prefiera denominar “discriminación inversa o positiva” a las medidas de acción positiva que no pueden ser justificadas una vez que hemos efectuado un balance entre los diversos objetivos sociales que perseguimos como sociedad y los sacrificios que estamos dispuestos a aceptar para lograrlos. Véase Barrère (2003, pp. 16-18). De forma alternativa, quizá también podríamos optar por denominar “discriminación inversa”, o mejor “diferenciación inversa” (para evitar la connotación negativa), a aquellos tratos especiales a grupos desaventajados que pueden perjudicar los intereses de los grupos dominantes. Siguiendo a Balaguer (2005, pp. 112-113), hay medidas de acción positiva que no generan ningún perjuicio a los grupos dominantes porque aseguran el acceso a bienes y servicios que los miembros de los grupos dominantes, dada su posición social, no necesitan. Otras veces, en cambio, cuando estas medidas se imponen en el acceso a cargos y puestos sociales que han estado copados históricamente por miembros del grupo dominante, la acción positiva puede perjudicar esta situación privilegiada.

⁷ En el extremo de las cuotas rígidas encontramos medidas que establecen la paridad estricta (50% si coincide con el porcentaje de la población por sexo) en la representación o en la participación, ya sea en la política o en el acceso a cargos y posiciones sociales. Esta forma de acción positiva, a diferencia del resto de cuotas rígidas, impone de forma directa un resultado de igualdad, lo que no implica que

Parece razonable afirmar que todas las medidas que he comentado sirven al mismo objetivo, aunque utilizan medios distintos para obtenerlo. Este objetivo es el de garantizar la igualdad de oportunidad en un contexto de desigualdad estructural. Ahora bien, esta afirmación no es pacífica. Algunos consideran, por ejemplo, que las cuotas de género y los tratos preferentes rígidos no pueden justificarse en ciertos ámbitos porque imponen la igualación como resultado y, por tanto, van más allá del sentido que la acción positiva debería tener: garantizar la igualdad de oportunidades en materia de género.⁸ Pero, como explicaré, esta consideración es confusa porque no está claro qué idea de igualdad de oportunidades está manejando esta crítica y si la imposición de un determinado resultado queda fuera de este principio. Por esta razón, en el próximo apartado desarrollaré la vinculación de la acción positiva con la igualdad de oportunidades leída en términos de la noción de desigualdad estructural.

III. ACCIÓN POSITIVA, IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y DESIGUALDAD ESTRUCTURAL

Como he comentado anteriormente, la acción positiva surge como un instrumento intervencionista para romper las barreras jurídicas, sociales o económicas que pueden impedir que las mujeres tengan el mismo punto de partida respecto a los hombres para desarrollar sus propios planes de vida. Corregir esta situación supone garantizar la igualdad de oportunidades, como algo distinto y más básico que promover la igualdad de resultado, entendida como una igualdad en los planes de vida (ya sea en términos de mínimos o máximos socioeconómicos o, en el caso que nos ocupa, respecto a la participación o representación de ambos sexos en cargos, empleos y posiciones sociales).

sea una medida igualitaria de carácter corrector. Desde la perspectiva que estamos manejando, la imposición de la paridad estricta sólo podría justificarse como medida de acción positiva si asumiéramos que el hecho de que las mujeres tengan en algún ámbito una presencia menor al 50% es sólo el producto de una situación previa de relegación y subordinación social. Si algún porcentaje de una representación menor al 50% puede ser explicada por las elecciones de las mujeres, establecer la paridad no podría verse como un instrumento corrector de desigualdades injustas. Aquí se trataría más bien de una medida que persigue la igualdad por la igualdad misma o que se fundamenta en otros valores diferentes para justificar esta distribución de la representación.

⁸ Ésta es, por ejemplo, la posición manifestada en la jurisprudencia del TJCE por lo que respecta a los tratos preferentes rígidos en la forma de una preferencia automática para las mujeres en el acceso al empleo público en el caso de igualdad de méritos cuando las mujeres están infrarrepresentadas en ese sector laboral. En el *asunto Kalanke*, el Tribunal manifestó que esta preferencia iba más allá de la igualdad de oportunidades, único fin legítimo de la acción positiva, porque estaba imponiendo la igualación como resultado. Véase la STJCE de 17 de octubre de 1995 (secc. 23).

La igualdad de oportunidades es un principio básico de justicia social en las democracias liberales, donde el Estado se responsabiliza de colocar en lo posible a todos los ciudadanos en las mismas condiciones de partida para competir libremente por los recursos y posiciones sociales en función de su esfuerzo y capacidades.⁹ Pero la igualdad de oportunidades puede entenderse de dos formas. Por una parte, podríamos hablar, usando la terminología de Thomas Nagel, de una igualdad de oportunidades negativa.¹⁰ Esta idea presupone, simplemente, la ausencia de discriminación, es decir, la ausencia de actos que excluyen arbitrariamente a determinadas personas debido a su género, raza, etc., del acceso a estos recursos y posiciones.¹¹ Este principio, entonces, dirige a un sistema social en el que a esfuerzo y capacidad equivalente se tienen también posibilidades equivalentes en el desarrollo de los planes de vida.

Lo que cabe denominar “igualdad de oportunidades positiva”, en cambio, es un principio que exige la intervención institucional para asegurar que todos los ciudadanos tendrán la misma posibilidad de adquirir la idoneidad y capacidad necesarias para competir por los recursos y posiciones sociales que permiten desarrollar libremente un plan de vida. Este principio tiene carácter positivo porque requiere la acción del Estado para contrarrestar los efectos que las diferentes circunstancias sociales de partida puedan tener en los medios económicos, idoneidad y nivel formativo de los ciudadanos, algo que afecta a su competitividad. Así, este estándar busca garantizar que las posibilidades sociales de los ciudadanos sólo se verán limitadas por sus elecciones y sus talentos naturales.¹² Desde la tradición liberal, se suele pensar en la familia o en la pertenencia a una clase social como las circunstancias que deben ser neutralizadas a través de la igualdad de oportunidades, por ejemplo, garantizando a todos un cierto nivel de formación y limitando en lo posible

⁹ Si una democracia liberal es además igualitaria se orientará también hacia algún mínimo de igualdad de resultados como objetivo social que el Estado adquiere la responsabilidad de perseguir.

¹⁰ Véase Nagel (1991, pp. 102-103).

¹¹ La discriminación puede ser aquí directa o indirecta. Será directa cuando se usan explícitamente características como el sexo o la raza para limitar las oportunidades de las personas. Será indirecta, en cambio, cuando, a pesar de no utilizar explícitamente el criterio del sexo o la raza para excluir o limitar las oportunidades, los criterios neutrales que se utilizan tienen de hecho el efecto de excluir o limitar las oportunidades de los miembros de estos grupos sociales.

¹² El liberalismo igualitario también busca compensar, al menos en alguna proporción, la diferencia de talentos naturales entre los miembros de una sociedad. El famoso principio de la diferencia de J. Rawls, por ejemplo, que exige que las diferencias socioeconómicas que se produzcan, una vez se ha garantizado la igualdad de oportunidades para todos, redunden en beneficio de los peor situados, está orientado parcialmente a esta finalidad. Véase Rawls (1971, pp. 83, 100-108). Sobre las dificultades que el liberalismo igualitario enfrenta para compensar las diferencias de talentos naturales, véase Nagel (1991, pp. 113-119).

las ventajas o desventajas que supone el hecho de haber nacido en una determinada familia.¹³

Es en esta segunda forma de entender la igualdad de oportunidades donde cobra protagonismo la acción positiva como mecanismo corrector y donde debemos medir cuáles son las implicaciones de tomar en serio el principio positivo de igualdad de oportunidades. Pero para analizar esta cuestión es necesario, previamente, entender la idea de desigualdad estructural. Éste es el elemento que permite explicar el tipo de desventajas reversibles e injustificadas que afectan a las mujeres y a otros grupos vulnerables. Como observa acertadamente Owen Fiss, la acción positiva lo que trata de remediar es un problema estructural y la cuestión es comprender por qué ello es así.¹⁴

La desigualdad estructural es el producto de un entramado complejo de dinámicas, prácticas y relaciones sociales que se proyectan a lo largo del tiempo y que condicionan el estatus, la percepción y las expectativas de las personas por su pertenencia a un grupo. Como fenómeno social, esta forma de desigualdad tiene algunas características que es importante tener en cuenta.¹⁵

En primer lugar, no se localiza en un ámbito determinado sino que se extiende por todo el sistema de interacción social, reproduciéndose sistemáticamente en las instituciones, prácticas y relaciones, bien sean jurídicas, políticas, económicas o culturales.

En segundo lugar, esta forma de desigualdad proviene de dinámicas sociales adquiridas y procesos complejos que se refuerzan mutuamente, condicionando las acciones individuales y las prácticas colectivas. Así, no podemos explicarla simplemente como una desigualdad buscada en un contexto de dominación en el que hay grupos sociales con la conciencia y voluntad de oprimir a otros. Pero estas dinámicas tienen la inercia suficiente para generar y perpetuar un sistema social donde unos grupos salen beneficiados y otros perjudicados de la interacción colectiva.

En tercer lugar, el resultado de esta desigualdad son diferencias de estatus y valor social vinculadas a la pertenencia a un grupo, diferencias que aumentan injustamente las posibilidades sociales de unas personas y disminuyen las de otras. El resultado de la desigualdad estructural es injusto porque estas diferencias, aun-

¹³ Véase, por ejemplo, Nagel (1991, pp. 109-112). Como observa este autor, ello no implica que sea posible para el Estado compensar todos los efectos de la pertenencia a una determinada familia o clase social, especialmente porque las oportunidades de las personas no sólo se determinan a través de la acción pública, sino también en la esfera privada de relaciones. Por esta razón, la única manera de contrarrestar todos estos efectos requeriría algo tan implausible como abolir la institución familiar o las estructuras de clase social (*ibid.*, pp. 111-112).

¹⁴ Véase O. Fiss (1997, p. 37).

¹⁵ Sobre la idea de desigualdad estructural y sus implicaciones véanse, especialmente, I. M. Young (2001, pp. 9-15; 2000, pp. 53-57, 92-102; 1990), N. Torbisco (2005, pp. 44-45), Barrère (2003, pp. 8-11 y pp. 21-26).

que no sean intencionalmente buscadas, son causadas socialmente y, por tanto, no son el producto de una distribución natural de la suerte o los talentos.

En cuarto lugar, también es característico de la desigualdad estructural el tipo de efectos injustos que produce. Estas diferencias de estatus socialmente causadas no sólo se expanden por todo el entramado social, sino que tienen efectos muy profundos en la vida e identidad de las personas. Por esta razón, muchos autores han insistido en que la desigualdad estructural, al menos por lo que se refiere a las mujeres y a las minorías, no es moralmente relevante sólo porque genera disparidades y clases de carácter económico, con un acceso desigual al mercado y a los medios de producción. Los efectos de la desigualdad estructural son mucho más profundos. Los estereotipos y prejuicios en los que se sustenta disminuyen el reconocimiento social, degradan, estigmatizan, invisibilizan y alteran la percepción, ya sea ajena o propia, del valor social de los miembros de estos grupos, algo determinante para la identidad, autoestima y dignidad personal.¹⁶

Por último, la desigualdad estructural requiere una forma específica de aproximación y tratamiento. Esta forma de desigualdad no puede ser analizada a partir de una acumulación de actos individuales de discriminación. Los resultados injustos que produce no pueden resolverse, meramente, identificando culpables cuyas conductas puedan ser prohibidas por discriminatorias ya sea directa o indirectamente. Dado su carácter sistémico, carece de sentido preguntarse quién tiene la culpa.¹⁷ Seguir esta estrategia nos obligaría a concluir o bien que nadie en concreto es hoy culpable de esta situación o bien que toda la sociedad comparte responsabilidad. Esa responsabilidad la comparten incluso aquellos que padecen la desigualdad estructural, porque también asumen, conscientemente o no, ciertos roles, estereotipos y patrones que les perjudican socialmente. Como observó tan lúcida-mente Hannah Arendt, cuando afirmamos que todos somos responsables, estamos en realidad afirmando que nadie lo es.¹⁸ Por esta razón, la igualdad de oportunidades negativa y el principio de no discriminación son impotentes para frenar la desigualdad estructural (e incluso pueden llegar a incentivarla). El principio de no discriminación busca identificar conductas individualizadas, acciones o tratamientos de diferenciación arbitraria, bien sea por su intención o por sus consecuencias cuando no están justificadas. Y aquí necesitamos otro tipo de estrategias que per-

¹⁶ Sobre este punto, véase, por ejemplo, N. Torbisco (2005, p. 47).

¹⁷ Como observa Barrère (2003, p. 9), “realidades como que la prostitución, la violencia doméstica o el acoso afecten fundamentalmente a mujeres, que sean las mujeres quienes se dediquen mayoritariamente a las tareas del hogar o al cuidado de los hijos o familiares ancianos, que sean ellas quienes desempeñan los trabajos a tiempo parcial, etc. no caben en el concepto de discriminación previsto por el Derecho (directa o indirecta) porque resultan realidades *jurídicamente* inimputables” (*la cursiva es un añadido mío*), aunque sean causadas socialmente.

¹⁸ Hannah Arendt (1992, p. 278).

mitan justificar deberes de acción y la imposición de medidas correctivas sin centrar la responsabilidad en la idea de merecimiento por actos previos.

Al mismo tiempo, tampoco podemos aproximarnos correctamente a la desigualdad estructural si nos centramos en cada caso individual de las personas que forman parte de los grupos que padecen desigualdad estructural. Si miráramos el problema de la desigualdad estructural desde una perspectiva individual, sería fácil poder explicar cualquier situación concreta como un producto de elecciones personales, preferencias o circunstancias accidentales de la vida de una persona. Pensemos en la cuestión de si es justo que en nuestras sociedades las tareas de cuidado estén básicamente en manos de las mujeres, algo que limita su proyección profesional, independencia económica, poder y prestigio social. Fijémonos en un caso individual típico. Una mujer con una carrera profesional que decide, a una cierta edad, dedicarse al cuidado de sus hijos y sus padres ancianos. Si preguntáramos a esa mujer por qué tiene ese plan de vida, sería muy posible encontrar respuestas como las siguientes: los hijos y los padres son para mí lo más importante y me siento responsable de ellos, la promoción profesional no es una prioridad en mi vida, he tenido la mala suerte de que mis padres necesiten tan pronto mi ayuda, mi pareja no podría desempeñar estas tareas de cuidado tan bien como yo puedo hacerlo, no nos sale a cuenta económicamente que mi pareja se dedique a los hijos porque sus ingresos son superiores a los míos y no podemos permitirnos el gasto de dejar a una tercera persona a cargo de esta labor. Desde este caso individual, si nos preguntamos si esta mujer vive en una situación de injusticia social, ninguna de sus respuestas invita a pensar que su plan de vida no es fruto de sus elecciones, preferencias y accidentes vitales. Ahora bien, si cambiamos la perspectiva y pensamos en las mujeres como grupo social, percibiremos de otra forma el hecho de que las tareas de cuidado estén básicamente en manos de las mujeres. Esta realidad es el producto de una coyuntura social compleja en la que se entrelazan prácticas asentadas, expectativas, patrones de conducta y estereotipos que distribuyen y refuerzan roles sociales, generando una situación de vulnerabilidad y desventaja social injusta para las mujeres.¹⁹ Como indica Iris Marion Young, sin esta perspectiva estructural y de relación entre grupos sería difícil describir la posición diferenciada de las mujeres como una cuestión de injusticia.²⁰

¹⁹ Sobre este punto, véase, especialmente, S. M. Okin (1989, pp. 134-169).

²⁰ I. M Young (2001, pp. 10-11). Por esta razón, es muy común afirmar que una perspectiva adecuada de la desigualdad estructural requiere abandonar, al menos parcialmente, el individualismo metodológico que caracteriza la teoría liberal de los derechos y, en especial, el marcado carácter individualista de la concepción liberal de la igualdad. Cada vez son más los teóricos que insisten en que una correcta valoración de las medidas de acción positiva requiere centrarse en la igualdad o equidad entre grupos sociales, y no meramente en la igualdad entre individuos, como objetivo social básico. Ahora bien, en este trabajo no pretendo rechazar el individualismo como aproximación a las cuestiones de justicia so-

La acción positiva adquiere importancia como instrumento corrector en estos contextos de desigualdad estructural, donde obtener la igualdad de oportunidades positiva es algo muy laborioso debido a la propia complejidad del problema social de fondo y a su expansión por todo el entramado de una sociedad. Esta igualdad de oportunidades requiere una tarea muy ambiciosa, la de remover las bases que permiten mantener la desigualdad estructural. Por esta razón, si aquí nos tomamos en serio el compromiso con la igualdad de oportunidades positiva resultaría muy apresurado descartar *ab initio* cualquier medida de acción positiva, incluso las cuotas o tratos más rígidos, con el argumento de que van más allá de la igualdad de oportunidades y de que imponen la igualdad como resultado. Si comprendemos el alcance del problema de la desigualdad estructural, ninguna medida de acción positiva puede pensarse como algo más que un modo de acelerar el objetivo a largo plazo de revertir esta situación sistémica de injusticia social que afecta a las oportunidades de las personas. Como indican M. A. Barrère y D. Morondo, los efectos de este tipo de medidas “sobre las estructuras sociales de subordinación no son inmediatos ni a corto plazo, ya que se basan en la esperanza de que un aumento en la presencia y visibilidad de los miembros de grupos minorizados en puestos en los que generalmente estaban excluidos, tengan un efecto positivo de transformación de la autoestima de los individuos de dichos grupos y de la percepción y los prejuicios que pesan sobre ellos”.²¹

Ahora bien, aunque admitamos este punto, la lógica de la acción positiva y el modo en que estas medidas contribuyen a resolver problemas estructurales sigue generando muchas reticencias, especialmente desde el mismo liberalismo desde el que se fundamenta la exigencia de una igualdad de oportunidades positiva en la organización social.²² ¿Por qué razón esto es así? Seguramente uno de los mo-

cial. En mi opinión, adoptar una perspectiva de relación entre grupos y el propio objetivo de la igualdad entre grupos es un instrumento necesario, en primer lugar, para comprender los efectos de la desigualdad estructural en las personas individuales y, en segundo lugar, para impedir que las personas que forman parte de grupos con una posición subordinada tengan limitadas sus oportunidades vitales por el hecho de su pertenencia. De este modo, eliminar la subordinación grupal en el entramado social es un paso indispensable para garantizar la autonomía personal. Véase, en este sentido, Owen Fiss (1997, p. 38).

²¹ M. A. Barrère y D. Morondo (2006, p. 149). Las dificultades que enfrenta la satisfacción de la igualdad de oportunidades en contextos de desigualdad estructural ha hecho que algunos autores insistan en que debemos otorgar menor relevancia moral a la igualdad de oportunidades, tanto negativa como positiva, dando más peso a otros valores importantes en la organización social. Pero no entraré aquí en esta discusión. En contra del valor que otorgamos a la igualdad de oportunidades, véase, especialmente, R. Arneson (1999, pp. 77-112).

²² Por esta razón, teorías tan importantes como el liberalismo igualitario de Rawls, que es una de las bases de la filosofía política moderna, tiene tantas dificultades para poder asumir, dentro de su modelo, la legitimidad de las medidas de acción positiva. Un estudio reciente de Robert Taylor muestra, de manera convincente, que los defensores de la teoría de Rawls tienen muy pocos argumentos para en-

tivos es que no hay una clara conciencia del carácter injusto de los efectos de la desigualdad estructural y, por tanto, se conciben estos efectos de modo muy parecido a como se conciben los efectos diferenciadores de la distribución natural de talentos. Pero hay otra motivación basada en el conflicto entre valores sociales que conduce a la visión de que la acción positiva, especialmente en sus formas más rígidas, es siempre sospechosa de tratar de hacer justicia a través de medios injustos. La situación actual de las medidas de acción positiva en el marco de la Unión Europea es un claro ejemplo de esta sospecha. A pesar de que la acción positiva ya lleva un largo recorrido como instrumento institucional, sigue siendo común que se insista en que vulnera el principio de no discriminación y se aparta del criterio del mérito para distribuir cargos y posiciones sociales.

De este modo, aunque, uno, la promoción de la igualdad de género es uno de los objetivos prioritarios de las políticas públicas en la UE, dos, se ha asumido la relevancia moral de la desigualdad estructural como problema social específico y, tres, se insiste en el carácter injusto de sus efectos para las mujeres en todos los ámbitos, todavía no encontramos en Europa un razonamiento claro que apueste sólidamente y sin ambigüedades por utilizar la acción positiva como mecanismo corrector que acelere el objetivo de una sociedad más igualitaria. ¿Está justificada esta reticencia ante un problema tan grave como la desigualdad estructural? Creo que no. Pero vayamos antes a describir de forma esquemática cuál es la situación actual de la acción positiva en el marco de la UE y qué principios y vocabulario intervienen para restarle protagonismo como instrumento institucional.

IV. LA ACCIÓN POSITIVA EN LA UNIÓN EUROPEA

En el marco de la UE, la evolución de la acción positiva como mecanismo corrector de desigualdades estructurales viene marcada por dos coyunturas claramente diferentes. La primera es la doctrina restrictiva del TJCE por lo que afecta a las posibilidades de la acción positiva en el acceso al empleo y la promoción profesional. La segunda se inscribe en la tendencia global que comentaba anteriormente a la instauración de cuotas electorales de género, medidas que pueden llegar incluso a la imposición de la paridad electoral. Como explicaré, las diferencias que encontramos en estos dos ámbitos, aunque pueden ser explicadas por factores jurídicos, generan algunas incoherencias en la protección de la igualdad de género en Europa.

contrar algún caso donde, siendo coherentes, puedan justificar un sistema de cuotas, ya sean rígidas o flexibles. Véase Taylor (2009, pp. 491-506).

1) La normativa comunitaria y la jurisprudencia del TJCE en materia de acción positiva en el acceso al empleo y la promoción profesional

El avance de la igualdad de género en Europa ha tenido como epicentro la regulación de la relación laboral. La normativa de la UE ha ido evolucionando desde el artículo 119 del Tratado de Roma de 1957, que establecía la igualdad de retribución sin discriminación por razón de sexo. La noción de igualdad retributiva fue ampliada en la Directiva 1975/117/CEE y, posteriormente, la Directiva 1976/207/CEE extiende la igualdad de trato entre mujeres y hombres al acceso al empleo, la formación, la promoción profesional y las condiciones de trabajo, reconociendo la posibilidad de establecer medidas para promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en estos ámbitos. El Tratado de Ámsterdam, que entró en vigor en 1999, modificó el artículo 119 del Tratado de Roma para dar cobertura jurídica a las medidas de acción positiva. En su artículo 141.4 establece lo siguiente: “Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”.

Por último, la Directiva 2002/73/CEE, que modifica la Directiva 1976/207/CEE, reitera la previsión del artículo 141.4 del Tratado de Ámsterdam sobre la posibilidad de establecer medidas de acción positiva sin que el principio comunitario de igualdad de trato pueda constituir un obstáculo, insiste en su Exposición de Motivos en que estas medidas deberán ir dirigidas de modo prioritario a mejorar la situación de las mujeres en la vida laboral (extremo que ya constaba en la declaración 28 del Tratado de Ámsterdam) y establece un sistema de control de estas medidas cada cuatro años.

En este avance de la igualdad de género, la jurisprudencia del TJCE también ha jugado un papel importante como garante de los estándares mínimos que debe cumplir la protección de la igualdad efectiva en el ámbito competencial de la UE. En este sentido, cabe destacar el papel fundamental que ha desempeñado en la construcción del concepto de discriminación indirecta y su alcance en temas como el salario, las condiciones de trabajo o las prestaciones laborales y, también, en las exigencias para probarla.²³ Entre otros extremos, el TJCE también ha hecho una labor importante en la ampliación del concepto de retribución a los efectos de la

²³ El TJCE ha acumulado una amplia jurisprudencia en estos temas. Véase, entre otras, la STJCE de 13 de mayo de 1986 (*asunto Bilka-Kaufhaus*), la STJCE de 17 de octubre de 1989 (*asunto Danfoss*), la STJCE de 27 de junio de 1990 (*asunto Kowalska*) o la STJCE de 17 de junio de 1998 (*asunto Hill y Stapleton*). Cabe observar, sin embargo, que en algunos casos el TJCE no ha otorgado toda la extensión que una adecuada perspectiva de género daría a la discriminación indirecta. Véase a este respecto los comentarios sobre la STJCE de 14 de septiembre de 1999 (*asunto Guber*) en Barrère y Morondo (2006, 152-159).

igualdad de género²⁴ y en asegurar que la maternidad no suponga una fuente de discriminación laboral.²⁵

A pesar de ello, el activismo del TJCE en materia de derecho antidiscriminatorio ha encontrado su límite en las medidas de acción positiva como mecanismo corrector de la injusticia de género. Aunque la normativa comunitaria, ya desde el artículo 2 (4) de la Directiva 76/207, preveía la posibilidad de establecer medidas para promover la igualdad de oportunidades que, “although discriminatory in appearance, are in fact intended to eliminate or reduce actual instances of inequality which may exist in the reality of social life”, y la regulación posterior, que he detallado más arriba, reconoce explícitamente la posibilidad de establecer medidas de acción positiva en la forma de “ventajas concretas” dirigidas a las mujeres, no se ha definido qué tipo de ventajas concretas están permitidas por el Derecho de la UE. Esta labor de concreción la ha realizado desde sus inicios el TJCE, con una jurisprudencia claramente restrictiva. Hasta el momento, el TJCE ha utilizado el propio principio comunitario de igualdad de trato y la idea de igualdad de oportunidades para rechazar los tratos preferentes rígidos en el acceso a puestos de trabajo y promoción profesional, y ha concebido la acción positiva como una excepción al principio de igualdad de trato que debe interpretarse de forma restrictiva.²⁶

El epicentro de esta jurisprudencia restrictiva lo encontramos en tres casos, el *asunto Kalanke* (1995), el *asunto Marschall* (1997) y el *asunto Abrahamsson* (2000).²⁷ En los tres casos se pusieron en cuestión leyes destinadas a promocionar la igualdad de oportunidades, leyes que otorgaban preferencia a la mujer respecto al hombre en el acceso a ciertos empleos públicos cuando las mujeres estaban infrarrepresentadas en ese sector. En el *asunto Kalanke*, la Ley del Land de

²⁴ Véase, por ejemplo, la STJCE de 8 de abril de 1976 (*asunto Defrenne*) y la STJCE de 27 de octubre de 1998 (*asunto Boyle*).

²⁵ Algunos ejemplos los encontramos en la STJCE de 20 de junio de 1998 (*asunto Brown*) y la STJCE de 4 de octubre de 2001 (*asunto Tele Danmark*).

²⁶ El TJCE ha tratado de modo muy distinto las medidas de acción positiva cuando no han estado vinculadas al acceso al empleo o la promoción profesional. Así, por ejemplo, ha considerado compatible con el Derecho de la UE la reserva de la mitad de plazas de formación para mujeres en aquellas profesiones que requieren formación especializada y las mujeres están infrarrepresentadas. (STJCE de 28 de marzo de 2000, *asunto Badeck*). También ha considerado compatible con el Derecho de la UE la reserva a las funcionarias de plazas de guardería que la Administración subvenciona y pone a disposición de su personal en número limitado, cuando los funcionarios únicamente pueden tener acceso a ellas en casos de urgencia que corresponde apreciar al empleador (STJCE de 19 de marzo de 2002, *asunto Lommers*).

²⁷ STJCE de 17 de octubre de 1995 (*asunto Kalanke*), STJCE de 11 de noviembre de 1997 (*asunto Marschall*) y STJCE de 6 de julio de 2000 (*asunto Abrahamsson*). Aunque hay otras sentencias posteriores sobre acción positiva, no se produce en ellas ningún cambio sustantivo respecto a la jurisprudencia asentada en las tres anteriores. Véanse, también, la STJCE 29 de noviembre de 2001 (*asunto Griesmar*) y la STJCE de 30 de septiembre de 2004 (*asunto Briheche*).

Bremen relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Función Pública otorgaba, en su artículo 4, una preferencia automática cuando la mujer tenía la misma capacitación que el hombre. En el *asunto Marschall*, el artículo 25 de la Ley de la Función Pública del Land Nordrhein-Westfalen, exigía también igual capacitación pero la preferencia no era automática, ya que se podían tener en cuenta otros motivos que inclinaran la balanza a favor del candidato masculino. Por último, en el *asunto Abrahamsson*, un Reglamento sueco relativo a determinados contratos de profesor y de adjunto de investigación con vistas a favorecer la igualdad, daba preferencia a las mujeres, incluso sin existir igual capacitación, siempre que tuvieran la aptitud suficiente y la diferencia de méritos con los candidatos hombres no fuera considerable y no vulnerara, por tanto, la exigencia de objetividad en la contratación.

La doctrina que el TJCE ha asentado a partir de estos casos establece los siguientes requisitos para que una medida de acción positiva en el acceso al trabajo o la promoción laboral sea jurídicamente válida dentro de la UE: 1) debe darse una situación de infrarrepresentación de la mujer en el sector laboral en cuestión, 2) sólo pueden establecerse tratos preferentes a igualdad de méritos y c) no puede establecerse una preferencia automática, esto es, debe incluirse una cláusula de apertura que permita tener en cuenta otros motivos que inclinen la balanza a favor del candidato masculino.

El resultado de esta jurisprudencia es un control de máximos en la actuación legislativa para promover la igualdad de género que se concreta en la prohibición a los Estados de garantizar la igualdad de oportunidades en el empleo a partir de tratos preferentes sin equivalencia de méritos, ya sean rígidos o flexibles, y tratos preferentes rígidos cuando se exige igualdad de méritos. Los argumentos en los que el TJCE ha apoyado su posición han sido que estas medidas: a) vulneran el principio comunitario de igualdad de trato porque suponen una discriminación en el caso individual, b) imponen un resultado igualatorio más que garantizar la igualdad de oportunidades y c) cuando sólo exigen la aptitud necesaria para el puesto, se apartan también del criterio del mérito para distribuir cargos y posiciones sociales.²⁸

²⁸ Aunque la actual normativa de la UE indique que el principio de igualdad de trato no será obstáculo para establecer medidas que impongan "ventajas concretas", esta normativa no nos dice nada sobre qué ventajas concretas son permisibles, aunque su tenor literal haría pensar que cualquier ventaja concreta es válida siempre que sea proporcionada al fin que persigue de "facilitar a las personas del sexo menos representado la realización de una actividad profesional o para impedir o compensar las desventajas que sufran en relación con su carrera profesional" (Directiva 2002/73/CEE). Así, aunque la normativa actual se generó, precisamente, para influir en la jurisprudencia del TJCE, todavía no hay base legal para ofrecer otra lectura de si es compatible con el Derecho de la UE establecer tratos preferentes rígidos, tratos preferentes, ya sean rígidos o flexibles, cuando no hay igual capacitación, y sistemas de cuotas. En suma, nos falta ver si hoy en día, medidas como las establecidas en los casos *Kalanke* y *Abrahamsson*, siguen siendo contrarias al Derecho de la UE, algo que no depende sólo del principio de

Esta jurisprudencia ha recibido múltiples críticas, pero aquí me interesa valorarla desde la perspectiva de la desigualdad estructural. La pregunta que cabe plantearse es si el TJCE muestra una comprensión adecuada de la desigualdad estructural y una implicación con este problema acorde con los objetivos de políticas públicas de la UE por lo que respecta al derecho de igualdad en material de género. Lo que también es importante apreciar es si su posición constituye un obstáculo para la efectividad de este compromiso político. Como indiqué en el apartado anterior, la acción positiva tiene su justificación como mecanismo de intervención para garantizar la igualdad de oportunidades positiva en un contexto de desigualdad estructural, donde es la propia estructura social y sus inercias lo que redundan en perjuicio del grupo social de las mujeres. Así, la valoración de la legitimidad de estas medidas debería estar vinculada a la relevancia del fin que persiguen. Pero no parece que los argumentos del TJCE para restringir las posibilidades de la acción positiva en el empleo tengan esta dirección, muestran, más bien, una falta de implicación con el problema de la desigualdad estructural de género. Esta falta de implicación puede observarse en algunas de sus consideraciones generales y se constata, especialmente, en los dos argumentos principales, la igualdad de trato y el criterio del mérito, que ha utilizado como límite a la validez jurídica de la acción positiva²⁹. Veamos primero algunas de estas consideraciones generales para examinar luego estos dos argumentos.

2) Los argumentos del TJCE y la desigualdad estructural

En el *asunto Marschall*, el propio TJCE parece ser consciente del problema de la desigualdad estructural cuando admite lo siguiente:

no discriminación, ya que en regulaciones como la del caso *Abrahamsson* también juega la importancia del mérito como criterio de selección laboral.

²⁹ No me detendré a examinar los factores que han contribuido a esta jurisprudencia tan restrictiva del TJCE respecto a las medidas de acción positiva en la forma de tratos preferentes rígidos y cuotas rígidas. Además del excesivo individualismo metodológico con el que el TJCE enfrenta el problema de la igualdad de género, también han podido influir en esta jurisprudencia tan restrictiva, como observa García Añón (1999), tanto la formulación poco afortunada de la inicial Directiva 76/207/CEE, como los vientos poco favorables de las políticas sociales en Europa y el replanteamiento de la acción positiva en Estados Unidos de América. Como también observa García Añón en este trabajo, en el caso de España, esta jurisprudencia tiene importantes efectos jurídicos ya que vacía de contenido (para el ámbito laboral) la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la conexión entre igualdad formal y material derivada de su interpretación del art. 9.2 de la Constitución española, que establece como mandato constitucional la garantía de la igualdad de oportunidades material.

[R]esulta que, incluso en caso de igual capacitación, existe la tendencia a promover preferiblemente a los candidatos masculinos, en perjuicio de las candidatas femeninas, debido, particularmente, a determinados prejuicios e ideas estereotipadas sobre el papel y las capacidades de la mujer en la vida activa, y al temor por ejemplo, a que las mujeres interrumpan más frecuentemente su carrera, a que, debido a las tareas del hogar y familiares, organicen su jornada laboral de forma menos flexible o a que se ausenten más a menudo debido a embarazos, partos y periodos de lactancia (secc. 29). Por estos motivos, el hecho de que dos candidatos de distinto sexo presenten igual capacitación no implica por sí solo que tengan iguales oportunidades (secc. 30).

A pesar de ello, el TJCE sólo acepta el trato preferente que se establece en este caso porque:

[U]na normativa nacional que, como la que es objeto del procedimiento principal, contiene una cláusula de apertura no sobrepasa esos límites si, en cada caso particular, garantiza, a los candidatos masculinos con igual capacitación que las candidatas femeninas, que las candidaturas serán objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos de ambos sexos e ignore la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando uno o varios de esos criterios hagan que la balanza se incline a favor del candidato de sexo masculino. No obstante, debe recordarse, a este respecto, que tales criterios no podrán ser discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas (secc. 33).

¿Es coherente admitir que, en igualdad de méritos, hay una tendencia estructural injustificada a elegir a los hombres y, a la vez, sólo aceptar que se pueda otorgar un trato preferente a las mujeres si sigue quedando abierta la posibilidad de elegir a los candidatos hombres? Parece que es precisamente el hecho de establecer una cláusula de apertura lo que puede permitir que sigan actuando los prejuicios y estereotipos que dirigen a preferir a los hombres. Por esta razón, no es claro que el TJCE haya captado el alcance de la problemática que plantea la desigualdad estructural. Lo único que centra la preocupación del Tribunal es que estos motivos adicionales para elegir a un hombre, que pueden jugar con la cláusula de apertura, no sean discriminatorios. Pero, por sus propias características, no es posible enfrentar la desigualdad estructural sólo buscando actos de discriminación o criterios discriminatorios. Estos motivos adicionales bien pueden ser características y propiedades socialmente valiosas y relevantes para el ejercicio profesional, que lo son, precisamente, porque coinciden con ciertas características que en nuestras sociedades poseen en mayor medida los hombres que las mujeres dadas las formas de socialización, los roles adquiridos, etc., elementos que se filtran también en nuestra forma de concebir las actividades profesionales. La única forma de

evitar que la actuación de estos motivos adicionales refleje una estructura patriarcal que perjudica a las mujeres, es evitar que actúen estos motivos adicionales.³⁰ Así, un compromiso serio con la desigualdad estructural nos debería decantar por una preferencia automática a igualdad de méritos como forma de asegurar, en términos del propio TJCE, que el hecho de que dos candidatos de distinto sexo presenten igual capacitación implique que tengan iguales oportunidades.

Otro extremo donde el TJCE no es, en mi opinión, consecuente con el problema de la desigualdad estructural es en su consideración de que un trato preferente rígido impone un resultado igualatorio más que garantizar la igualdad de oportunidades.³¹ Por una parte, cabe tener en cuenta que un trato preferente automático hacia las mujeres en el acceso a un empleo en igualdad de méritos no garantiza, en el momento en que se impone, ningún resultado concreto en la representación de las mujeres en ese sector laboral (situación muy diferente a la que encontramos, por ejemplo, cuando se impone una cuota de participación de las mujeres en los cargos políticos). Que se produzca una futura igualdad de resultados dependerá de otros factores relativos a la capacitación de las mujeres en ese ámbito laboral. Lo único que garantiza es que, a medida que vayan compitiendo por ese tipo de empleo mujeres igualmente capacitadas que los hombres, obtendrán esos pues-

³⁰ Creo que no sería una alternativa afirmar que cuando actúan motivos adicionales basados en estereotipos sociales estamos ante criterios "indirectamente" discriminatorios. Aquí estaríamos quizá extendiendo demasiado las posibilidades del concepto de discriminación indirecta. Esto nos obligaría, por ejemplo, a considerar que cuando valoramos la capacidad de oratoria para el acceso a cargos políticos (capacidad que está muy vinculada a ciertos roles socialmente adquiridos y a la forma de socialización) y resulta que este rasgo lo poseen los hombres en mayor medida que las mujeres, estamos generando una discriminación indirecta porque perjudica a las mujeres. Es cierto que la oratoria es importante para ejercer funciones políticas, pero lo es desde una forma de percibir la política que está muy marcada por un perfil masculino. El TJCE se ha pronunciado sobre los criterios que podrían resultar discriminatorios tanto en el *asunto Badeck* (secc. 31 y 31) como *Abrahamsson* (secc. 47). Aquí, el TJCE ha afirmado que "puede decidirse que la antigüedad, la edad y la fecha del último ascenso sólo podrán tomarse en consideración si son relevantes para la aptitud, las cualificaciones y la capacitación profesional de los candidatos y las candidatas. Puede también decidirse que no se tendrán en cuenta ni la situación familiar ni los ingresos del cónyuge, y que el trabajo a tiempo parcial, los permisos o el aplazamiento de la terminación de los estudios motivado por el cuidado de hijos o de familiares necesitados de cuidados no tendrán ningún efecto negativo". Pero, de nuevo, estos criterios no abarcan todo el espectro de factores que pueden perjudicar injustificadamente a las mujeres.

³¹ STJCE de 17 de octubre de 1995 (*asunto Kalanke*). Es también importante tener presente que en este caso el TJCE interpretó el artículo 2 (4) de la Directiva asumiendo que lo que autorizaba eran medidas de acción positiva dirigidas a capacitar y formar a las mujeres. Así, afirmó, "dicha disposición autoriza medidas nacionales en el ámbito del acceso al empleo, incluida la promoción, que, favoreciendo especialmente a las mujeres, están destinadas a mejorar su capacidad de competir en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres" (secc. 19).

tos mientras persista la infrarrepresentación.³² Por tanto, esta medida no impone de salida ningún resultado, sólo allana el camino para obtenerlo.

Por otra parte, desde la perspectiva de la desigualdad estructural no deberíamos valorar la acción positiva por los resultados concretos que pueda forzar, porque éste sólo es un dato superficial. Debemos valorarla por su efectividad como instrumento que contribuye, conjuntamente con otros, a un objetivo mucho más complejo y profundo como es el de alterar las bases de una estructura patriarcal que perjudica a las mujeres. Por esta razón, esta consideración del TJCE es débil, primero, porque la medida prevista en el *Caso Kalanke* no imponía por sí misma una igualdad de resultado y, segundo, porque estas medidas deben juzgarse en atención al objetivo último que persiguen, examinando hasta qué punto la medida propuesta es proporcionada y razonable atendiendo a ese objetivo.

Por último, otra falencia en la argumentación del TJCE es no otorgar ninguna relevancia a la situación *de facto* que mueve al legislador nacional a articular una medida de acción positiva. La acción positiva puede ser instrumento eficaz para generar cambios rápidos en ámbitos laborales en los que hay una escasa presencia femenina, presencia que, dada la coyuntura social del sector, no aumentaría sin una intervención fuerte. Esta idea es, por ejemplo, la que ha incentivado los sistemas de cuotas en el acceso a cargos políticos y la que podría usarse para incrementar la presencia de mujeres en los escalafones superiores de las jerarquías laborales. En las normativas impugnadas en los asuntos *Kalanke*, *Marschall* y *Abrahamsson* se consideraba “infrarrepresentación” una presencia de mujeres inferior al 50%, sin que el nivel concreto de infrarrepresentación en el sector tuviera relevancia. Pero parece razonable afirmar que en ámbitos donde la presencia de la mujer es muy baja, pongamos que es de un *ratio* inferior al 10%, como suele suceder en los escalafones profesionales más altos, y esta diferenciación no pueda explicarse por factores que no reflejen desigualdad estructural, una acción positiva incisiva y rígida se hace más necesaria que nunca. Si asumimos un compromiso con la justicia de género, estas situaciones no pueden ser tratadas del mismo modo que aquellas en las que la representación de la mujer alcanza, digamos, 40%. Con la jurisprudencia del TJCE sobre acción positiva no hay forma de valorar de modo distinto estos dos niveles de infrarrepresentación, y ello va en claro detrimento de la aspiración de igualdad efectiva en materia de género dentro de la UE.

En suma, estas consideraciones generales del TJCE muestran una visión muy estrecha del problema que las políticas públicas de la UE tratan de enfrentar. Pero

³² Es cierto que podríamos afirmar que ese resultado de igual representación no es exigible en atención a la igualdad de género si mostramos que un cierto nivel de infrarrepresentación puede explicarse por las preferencias y elecciones de las mujeres respecto al sector laboral en cuestión. Pero éste no es el argumento del TJCE.

esta falta de implicación con la desigualdad estructural es también clara en su utilización del principio de igualdad de trato y del criterio del mérito para rechazar las medidas establecidas en los casos *Kalanke* y *Abrahamsson*.

Se ha discutido mucho sobre la compatibilidad de la acción positiva con el principio de no discriminación, y no pretendo abundar más en esta discusión.³³ Es cierto que la acción positiva perjudica más a los hombres que a las mujeres, puesto que interviene en el acceso a cargos y posiciones que habían sido copados tradicionalmente por hombres.³⁴ También es cierto que en su aplicación a un caso particular puede perjudicar a una persona que reúne todos los requisitos para acceder a un lugar de trabajo, no siendo contratado o promovido por una circunstancia, ser hombre, que escapa a su control, algo que la medida jurídica garantiza que no le sucederá si es mujer. Pero en contextos de desigualdad estructural, es el hecho de ser mujer lo que impide a muchas personas acceder a un trabajo o promocionarse profesionalmente, y es, en contraste, el hecho de ser hombre lo que supone una ventaja social. Así, como ya indiqué, podemos afirmar que la acción positiva establece o admite diferenciaciones con finalidad igualadora o correctora de desigualdades entre grupos sociales que han sido causadas socialmente.

Es importante tener en cuenta que la crítica a la acción positiva (en sus formas más incisivas) desde el principio de no discriminación idealiza el contexto donde se aplica la exigencia de igualdad de trato. En condiciones ideales no existiría desigualdad estructural, ya que esta desigualdad es el producto de una historia de relaciones sociales. Sin esta historia, la igualdad de trato funciona como una exigencia hacia el futuro que permite evitar que cualquier ciudadano salga perjudicado de forma injustificada por hechos (como el género o la raza) que escapan a su control. Pero cuando no estamos en condiciones ideales, el principio de igualdad de trato no puede desempeñar el mismo papel que lo haría en abstracto porque una aplicación estricta y desvinculada de la realidad social podría generar más injusticia que la que resuelve. Insistir aquí en la igualdad jurídica comportaría perseguir la igualdad por la igualdad misma. Como he explicado antes, la desigualdad estructural que afecta a las mujeres está causada socialmente y procede de un conjunto de estereotipos, pautas, expectativas y roles adquiridos que frenan la presencia de la mujer en cargos y posiciones sociales. Ante esta estructura patriarcal, sólo podemos provocar cambios a corto plazo con intervenciones activas por parte de las instituciones de gobierno. La acción positiva es un mecanismo para forzar este cambio. La alternativa a la intervención activa es dejar que sea el propio entrama-

³³ Una buena exposición de los principales argumentos a favor y en contra de la acción positiva y, especialmente, de las contribuciones teóricas más relevantes en este debate puede encontrarse en el informe AA. VV., "Base Legal de la acción positiva", Biblioteca temática digital, Instituto Vasco de la Mujer.

³⁴ Véase, por ejemplo, A. Ruiz Miguel (2001, pp. 258-259).

do social el que vaya eliminando paulatinamente este sesgo desfavorable para las mujeres. Pero, precisamente porque vivimos todavía dentro de una estructura patriarcal, sin la intervención institucional enfrentamos un claro riesgo de seguir perpetuando una situación de injusticia social.

Podríamos seguir dos estrategias filosóficas para ubicar la fuerza del principio de no discriminación en un contexto de desigualdad estructural. Una estrategia es la de mantener que la igualdad jurídica exige tratar diferente lo que es diferente, con lo que no toda desigualdad de trato supone una discriminación. Desde esta perspectiva, la diferenciación que comporta la acción positiva estaría justificada por la situación diferenciada de las mujeres debido a una historia de relegación social. Pero esta estrategia, que es usada por la mayoría de tribunales favorables a la acción positiva y que tendemos a suscribir los que tenemos una formación liberal, es forzada porque deforma en parte el principio de no discriminación. Pensemos en el caso individual. Un sistema de cuotas, por ejemplo, que establezca un mínimo de representación de un solo sexo en el acceso a un empleo público, puede requerir la no contratación de un posible candidato a este empleo sólo porque es un hombre. ¿Está este hombre en una situación diferente que justifique en su caso particular que sea tratado diferente que una mujer en sus mismas condiciones? No es nada obvio que este hombre no esté siendo indirectamente discriminado por este sistema de cuotas, porque la justificación que podemos ofrecer para esta diferencia no está vinculada a sus circunstancias particulares.³⁵

La segunda estrategia es admitir que el sistema de cuotas puede tener efectos discriminatorios en los casos particulares, pero considerar que en una coyuntura de desigualdad estructural el principio de no discriminación puede ceder ante otros valores de justicia de género.³⁶ Ningún principio es absoluto, y su peso relativo lo debemos medir en función de sus circunstancias de aplicación y del resto de principios en juego. Y como apunta I. M. Young, la discriminación no es la única injusti-

³⁵ Cabe advertir que el establecimiento de tratos preferentes y cuotas de género es un caso distinto al de otras medidas que pretenden aplicar el principio aristotélico de igualdad a partir de tratar igual lo que es igual y diferente lo que es diferente. Si, por ejemplo, asumimos que haya competiciones deportivas diferentes para hombres y para mujeres, lo hacemos porque suponemos que las características de las mujeres son diferentes en cuanto a capacidad física y fuerza y que, por tanto, si no hubiera distinción en las competiciones deportivas, las mujeres quedarían en desventaja. Aquí no presuponemos que el hecho de que las mujeres tengan una fuerza física diferente que los hombres sea algo injusto, lo que pretendemos es evitar que esa diferencia fáctica las perjudique en las competiciones deportivas, esto es, evitar una igualdad de trato que produzca, debido a esta diferencia, una situación de injusticia. Cuando, en cambio, establecemos un trato preferente y diferenciado hacia las mujeres en el acceso a ciertos empleos, presuponemos que su falta de representación en esos empleos es injusta por estar causada socialmente, y lo que pretendemos con el trato diferenciado es revertir esa situación injusta.

³⁶ Sobre esta cuestión, véanse, I.M. Young (1990, pp. 193-198), O. Fiss (1997, p. 38).

cia que pueden sufrir los grupos sociales.³⁷ Evitar la subordinación grupal, con las consecuencias tan importantes que tiene para las oportunidades vitales y la realización personal de los miembros de los grupos a los que afecta, es también un valor fundamental de nuestros marcos constitucionales. Por esta razón, la igualdad de oportunidades positiva puede tener más peso que la igualdad de trato a nivel individual en ámbitos donde esta subordinación se manifiesta claramente. La cuestión de fondo que debemos resolver es cuál es el objetivo social prioritario, que haya una mayor justicia de género en el ámbito laboral o que cada hombre individual sea tratado igual que una mujer, aunque este tratamiento individual igualitario, trasladado al ámbito colectivo, acabe traducándose en perpetuar una situación de desventaja injusta para el grupo social de las mujeres.

Al hilo de este razonamiento, hay en el seno de la UE fuertes argumentos para concluir o bien que no estamos ante un supuesto de discriminación porque hay una diferenciación justificada, o bien que el principio de igualdad de oportunidades positiva debe tener en el momento presente más peso que el principio formal de igualdad de trato, y ello, a modo de resumen, por las siguientes razones. En primer lugar, la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el ámbito del empleo es uno de los objetivos prioritarios de las políticas públicas de la UE, y el propio Tratado de Ámsterdam y la Directiva 2002/73/CEE insisten en que la igualdad de trato no constituirá un obstáculo general al establecimiento de medidas de acción positiva.³⁸ En segundo lugar, la desigualdad estructural no puede revertirse acudiendo meramente al principio de no discriminación. Es más, si atendiéramos sólo al principio de no discriminación, en la mayoría de estos puestos y cargos seguiría predominando la presencia masculina. En tercer lugar, las acciones positivas, como reconoce la propia normativa comunitaria, son básicas como mecanismo provisional de actuación para contrarrestar la desigualdad estructural que perjudica a las mujeres trabajadoras. Por último, aunque la implementación de acciones positivas pueda generar desventajas en un caso particular, estas desventajas no son arbitrarias porque se justifican en una razón objetiva como es el avance social de las

³⁷ I. M. Young (1990, pp. 195-196).

³⁸ El TJCE todavía no ha resuelto casos de acción positiva que se hubieran iniciado con el Tratado de Ámsterdam y la Directiva 2002/73/CEE ya en vigor. A pesar de ello, en los asuntos Badeck (1999), Abrahamsson (2000), Griesmar (2001) y Briheche (2004) podría haber usado el art. 141.4 del Tratado de Ámsterdam y su terminología para expandir el alcance de la acción positiva que es compatible con el Derecho de la UE, pero no lo hizo. El TJCE se ha mantenido hasta el momento en su doctrina original y sigue percibiendo la acción positiva como una excepción al principio formal de igualdad de trato que debe interpretarse restrictivamente. El TJCE sólo ha usado el art. 141.4 para clarificar qué finalidad deben tener estas medidas, que es la de contribuir a ayudar a las mujeres para que puedan conducir sus vidas profesionales en los mismos términos que los hombres (asunto Griesmar, secc. 64) y que su objetivo debe ser el de prevenir o compensar por desventajas en la carrera profesional de las personas involucradas (asunto Briheche, secc. 25). Sobre esta cuestión, véase M. De Vos, (2007, p. 23).

mujeres, avance que no puede producirse hoy de forma natural por la propia dinámica que sigue afectando nuestras relaciones sociales. Desde esta perspectiva, en suma, si valoramos estas medidas desde el Derecho antidiscriminatorio, debemos concentrar nuestra atención, más que en su compatibilidad general con el principio formal de igualdad de trato, en si cada medida concreta es proporcionada y razonable en atención a su fin, lo que exige tener un test adecuado que busque un equilibrio entre los factores de legitimidad, necesidad y efectividad.³⁹

Ahora bien, el principio de no discriminación no es el único escollo que debe superar la acción positiva en materia de empleo. Otro escollo importante es el principio del mérito, que el TJCE ha usado para rechazar cualquier medida de acción positiva, ya sea flexible o rígida, cuando los candidatos no tengan capacitación equivalente. El TJCE usó este criterio en el asunto *Abrahamsson* para rechazar la validez de medidas como la prevista por un Reglamento sueco de enseñanza superior, que daba preferencia a las mujeres en el acceso a plazas de profesorado que fueron específicamente creadas y financiadas con créditos especiales para promover la igualdad de género en el ámbito profesional. Este Reglamento permitía dar preferencia a las mujeres, si tenían la capacitación suficiente para obtener el puesto, aunque sus méritos fueran algo inferiores a los de los candidatos hombres, siempre que esta diferencia no fuera tan relevante como para romper la objetividad en la contratación.

Según el TJCE, una medida como ésta es contraria al Derecho de la UE porque establece un procedimiento de selección que no respeta la exigencia de igualdad de méritos y otorga una preferencia automática a favor de las mujeres que tienen capacitación suficiente para el puesto en cuestión. El TJCE considera que esta medida es claramente desproporcionada en atención al objetivo que persigue (secc. 55 y 58) y, también, que la igualdad de méritos y la cláusula de apertura deben

³⁹ Aunque el TJCE ha utilizado la idea de proporcionalidad para valorar el alcance de la acción positiva, no ha articulado ningún test de proporcionalidad que no sea el que conduce a confirmar su doctrina de que son contrarios al Derecho de la UE los tratos preferentes que no respeten la igualdad de méritos y aquellos que, respetando ese criterio, establecen una preferencia automática. Sobre la manera deficiente en que el TJCE afronta el criterio de proporcionalidad, véase, M. De Vos, (2007, pp. 19-25). Muchos autores han defendido que estas medidas deben evaluarse a partir de un test adecuado de proporcionalidad, que juegue con las variables de legitimidad, efectividad y necesidad. Véanse, por todos, Manuel Atienza (1996, p. 119), M. A. Barrère (2003). El test de proporcionalidad es también el que suelen utilizar los tribunales nacionales comprometidos con la acción positiva en ámbitos que están fuera de la competencia del TJCE. Un ejemplo es la doctrina del Tribunal Constitucional Español por lo que respecta a las cuotas electorales de género. Las sentencias más recientes a este respecto son la STC 12/2008, de 29 de enero y la STC 13/2009, de 19 de enero. También es interesante observar que el test de proporcionalidad también es usado, desde una clara perspectiva de género y una concienciación muy importante respecto al problema de la desigualdad estructural, por el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Contra las Mujeres (CEDAW). Véase, en este sentido, J. O'Brien (2004).

mantenerse en el acceso a puestos tanto de nivel inferior como de nivel superior (secc. 63 a 65).

¿Está justificada la preeminencia tan estricta que el TJCE otorga a la igualdad de méritos en el acceso al empleo y la promoción profesional? El mérito es ciertamente un criterio básico de distribución de puestos y cargos sociales en sociedades meritocráticas como las nuestras. Ahora bien, ¿es el mérito un criterio neutral y objetivo?, ¿tiene el mérito un peso absoluto respecto a otros valores sociales?, ¿debe seguir actuando de forma tan estricta en ámbitos donde la infrarrepresentación de las mujeres es muy notoria, como sucede en los niveles superiores de las jerarquías laborales?

El principio del mérito exige que los puestos y cargos sociales se asignen en función de criterios como la aptitud o la competencia para desarrollar estas ocupaciones. Al mismo tiempo, este estándar pretende garantizar que factores como la aptitud y la competencia sean medidos a través de parámetros objetivos. El mérito importa como estándar de justicia distributiva porque consideramos que es justo o equitativo que el que más se esfuerza obtenga un mejor posicionamiento social. Así, el mérito va unido a la idea de merecimiento por responsabilidad individual y contrasta con una distribución basada en factores que escapan al control de las personas. Pero, por una parte, como han mostrado ya muchos autores, en nuestras sociedades los parámetros que utilizamos para medir el mérito no son neutrales respecto a los talentos naturales, los valores, la cultura y el género, con lo que el mérito, que debería calibrarse por factores técnicos y objetivos de competencia, acaba reflejando las relaciones de poder entre grupos sociales.⁴⁰ Por otra parte, aunque el criterio del mérito pudiera ser neutral, este estándar, al igual que el principio de no discriminación, funciona en condiciones ideales y es una exigencia de justicia hacia el futuro. Cuando estas condiciones no se dan porque estamos en un contexto de desigualdad estructural, utilizar exclusivamente el mérito para distribuir posiciones sociales podría redundar, como observa Miguel Carbonell, en “un criterio injusto si la situación de partida de dos personas o de dos grupos no es equitativa”.⁴¹

Esta ponderación es todavía más necesaria cuando pensamos en el acceso a cargos laborales superiores. Es típico de la desigualdad estructural que el avance de las mujeres se produzca de forma más rápida en las escalas inferiores y que exista un permanente techo de cristal en aquellos puestos o cargos que están vinculados a un mayor ejercicio de poder. En España, por ejemplo, si nos fijamos en el

⁴⁰ Sobre este tema véase la magnífica aportación de I. M. Young (1990, pp. 200-214) a los problemas que enfrenta el criterio del mérito para justificar la distribución de puestos y cargos sociales en contextos de desigualdad estructural.

⁴¹ Miguel Carbonell (2003, p. 197).

acceso a la carrera judicial, podemos percibir claramente que en los cargos judiciales a los que se accede por oposición, la proporción de mujeres (65% aproximadamente) es claramente superior a la de hombres. En cambio, esta proporción va disminuyendo drásticamente (41% de magistradas y 5% de magistradas del TS) a medida que subimos en el escalafón judicial y la valoración del mérito para ocupar cargos judiciales se hace más compleja⁴². Dado que la presencia de mujeres en las escalas superiores está vinculada a su visibilidad como personas que ejercen poder, tenemos aquí todavía más razones para establecer cuotas de género u otros tratos preferentes.

A partir de esta razonamiento, parece que el principio del mérito no debería ser un obstáculo insalvable para incorporar en los procesos de selección laboral un criterio adicional como es el de mejorar la justicia de género, siempre que se garantice que la persona que ocupará ese puesto tiene la suficiente capacidad para su desempeño, extremo que permite conciliar la igualdad de género con la garantía de cualificación profesional. El TJCE considera en el asunto Abrahamsson que el procedimiento establecido por el Reglamento sueco de educación superior carece de la suficiente objetividad en la provisión de puestos docentes en plazas creadas expresamente para promocionar la igualdad de género. Pero el Estado sueco impone esta medida porque una exigencia de igualdad de méritos frenaría la posibilidad de equilibrar la presencia de mujeres en sus cuerpos docentes, y haría así inútil su iniciativa de crear y financiar más puestos docentes que puedan servir a este objetivo igualitario. A mi modo de ver, la posición restrictiva del TJCE deslegitima en general el compromiso activo del Estado sueco con la igualdad de género e incentiva una política de tolerancia hacia la desigualdad estructural, algo que contradice los objetivos de política pública de la UE y su previsión de que las medidas de acción positiva que promueve la actual normativa “deben en primer lugar tomar como objetivo la mejora de la situación de la mujer en la vida laboral”.⁴³ Desde esta óptica, si el criterio de la igualdad de méritos, cuando la aptitud objetiva para el desempeño de un puesto está garantizada, va en detrimento de la promoción de la igualdad efectiva, es legítimo suavizar este criterio para permitir, que no imponer a los Estados, un compromiso activo con la eliminación de la desigualdad estructural en un ámbito tan problemático para las mujeres como es la vida profesional.

En resumen, los argumentos que ha ofrecido el TJCE para limitar el alcance de la acción positiva en la esfera laboral no resultan convincentes. Falta una clara elaboración de un test de proporcionalidad que conjugue adecuadamente todos los valo-

⁴² Si hacemos una comparativa entre los años 1995 y 2005, veremos que la desproporción vertical no ha disminuido de modo significativo. En 1995, ya había 50% de juezas, por 27% de magistradas y 0% de magistradas del TS. Podríamos decir, en este sentido, que el techo de cristal sigue teniendo un patrón parecido.

⁴³ Apartado 14 de la Exposición de Motivos de la Directiva 2002/73/CEE.

res y objetivos públicos que están en juego, para que el TJCE no caiga en una jurisprudencia “desproporcionada” respecto a la finalidad que persigue. Queda por ver cómo actuará este tribunal en el futuro, con el nuevo marco normativo del artículo 141.4 del Tratado de Ámsterdam y las previsiones de la Directiva 2002/73/CEE, normativas con las que el resto de instituciones de la UE presionan al TJCE para que altere su posición restrictiva frente a la acción positiva. Pero los indicios en este sentido no son, por el momento, demasiado halagüeños.

Ahora bien, ello no implica que la acción positiva tenga un papel menor en el marco de la UE, porque la jurisprudencia del TJCE contrasta con la tendencia institucional que comenzaba a expandir la acción positiva como mecanismo para promover la igualdad de género en materia de participación política.

3) Las cuotas electorales de género

Es común en la Unión Europea utilizar medidas de acción positiva (cuotas legislativas o cuotas de partido) para incrementar la participación política de las mujeres.⁴⁴ Aunque ocho de los Estados de la UE no establecen ningún tipo de cuotas, encontramos cuotas de partido en catorce Estados y en otros cinco se han impuesto por ley cuotas electorales de género (Bélgica, Francia, Eslovenia, España y Portugal).⁴⁵ En el caso de las cuotas legislativas, las regulaciones se diferencian por el porcentaje de cuota (30, 40 o 50), las previsiones sobre la ordenación en las listas de candidatos y las sanciones ante el incumplimiento por parte de los partidos políticos (desde el recorte de subsidios a la invalidación de las listas).

Los resultados y la celeridad en el incremento de la participación política de las mujeres en la UE varían de forma importante en función del tipo de cuotas previstas (las legislativas tienen obviamente un impacto mayor y más rápido), y de la combinación que se haya establecido entre porcentaje de cuota, tipo de regla de ordenación y sanciones.⁴⁶ Pero, en conjunto, la inclusión de un sistema de cuotas

⁴⁴ Las cuotas legislativas son aquellas que vienen impuestas por vía constitucional o por las legislaciones electorales. Las cuotas de partido son, en cambio, cuotas que de forma voluntaria han asumido en sus estatutos internos todos o algunos de los grandes partidos políticos dentro de los Estados.

⁴⁵ Datos extraídos del estudio de D. Dahlerup, L. Freidenvall y otros, “Electoral Gender Quota Systems and Their Implementation in Europe”, Parlamento Europeo, septiembre 2008.

⁴⁶ En Francia, por ejemplo, a pesar de haberse establecido una paridad electoral estricta (50%) y una regla de alternancia para la mayoría de elecciones, la sanción prevista es solamente el recorte de subsidios (excepto en el caso de las elecciones locales y las del parlamento europeo). Esta combinación normativa, entre otros factores, ha permitido que el número de mujeres que ocupan efectivamente cargos políticos en Francia siga siendo muy bajo en comparación con otros países de la UE, al menos por lo que respecta a la representación en la Asamblea nacional (18.5%) y el Senado (16.9%). Actualmente, Francia ocupa el puesto 23 de los 27 Estados de la UE en lo que atañe a la representación fe-

ha supuesto un cambio cualitativo importante en lo que atañe a la presencia de las mujeres en los cargos políticos.⁴⁷ Hoy en día, ocho Estados de la UE superan el porcentaje de 30% respecto a la representación femenina y otros Estados pueden superarlo en un futuro cercano cuando su regulación se haga efectiva (Estonia y Portugal, por ejemplo).

Ahora bien, si contemplamos estas medidas de acción positiva como mecanismos para corregir la desigualdad estructural y no meramente como sistemas para aumentar la participación de la mujer en la política, establecer cuotas electorales no es suficiente para obtener una igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Además de que las cuotas deben ubicarse dentro de un marco de políticas integrales y transversales de igualdad de género para que puedan ser efectivas a largo plazo, la igualdad en la participación política requiere no sólo asegurar una determinada representación numérica, sino también garantizar: a) una representación sustantiva, esto es, que los intereses de las mujeres estarán presentes en la agenda política y b) la efectividad de la participación política de las mujeres. Esto último implica pensar en los cargos políticos como actividades profesionales una vez que los candidatos han sido elegidos y articular medidas para que las mujeres puedan actuar, sin limitaciones adicionales, como profesionales de la política y ejercer efectivamente el poder político.⁴⁸

Pero, de todos modos, el establecimiento de cuotas electorales es un elemento importante para dar un giro en la consolidación de la presencia y visibilidad de las mujeres en un ámbito tan importante para la igualdad de género como es la política. Por esta razón, se están consolidando como un aspecto central en las políticas transversales de género dentro de la UE. Ello no implica que su uso carezca de controversia y que no hayan encontrado resistencia por parte de los tribunales internos de los Estados. En Francia, por ejemplo, los primeros intentos de establecer un sistema de cuotas fueron declarados inconstitucionales por el *Conseil Constitu-*

menina. Sobre estos datos puede consultarse P. Subra de Bieusses (2008, pp. 527-545), "Electoral Gender Quota Systems and Their Implementation in Europe", en *op. cit.*, pp. 51-59 y, en general, <www.quotaproject.org>.

⁴⁷ Aunque sólo he hecho referencia a las cuotas en las legislaciones estatales también hay iniciativas legislativas a nivel autonómico y regional. En España, por ejemplo, donde la ley electoral establece actualmente una cuota 60/40, se exige una ordenación en la que la cuota se aplica en cada segmento de 5 puestos de la lista y se sanciona el incumplimiento con la invalidación de la lista, encontramos legislaciones autonómicas con sistemas de cuotas todavía más estrictos. Éste es el caso de la comunidad autónoma vasca. La Ley del Parlamento Vasco 4/2005 para la igualdad de hombres y mujeres prevé en sus disposiciones finales cuarta y quinta una cuota electoral mínima de 50% de representación femenina, que se aplica a cada tramo de seis nombres, tanto para candidatos como para suplentes. Estas disposiciones, junto con otras, fueron objeto de recurso de inconstitucionalidad, que el Tribunal Constitucional Español resolvió recientemente fallando a favor de su constitucionalidad en la STC 013/2009, de 19 de enero.

⁴⁸ Sobre estas cuestiones, véase, por ejemplo, D. Dahlerup (2006, pp. 12-15).

tionnel (en 1982 y 1999), con base al artículo 3 de la Constitución francesa, artículo que tuvo que ser reformado en 1999, junto con su artículo 4, para incorporar un mandato constitucional de igualdad de género en el acceso a cargos electivos.⁴⁹ Esta resistencia de los tribunales nacionales también es notoria en Italia. En 1995, la *Corte Costituzionale* declaró inconstitucional por vulnerar la igualdad formal el artículo 5 de la Ley de Procedimiento Electoral Local de 1993, que limitaba al 75% la presencia de un solo sexo en las listas electorales (quedando también afectadas otras regulaciones que establecían acciones positivas). A partir de esta sentencia, ha habido en Italia diversas reformas constitucionales (2001 y 2003) para fomentar el equilibrio de género en la participación política a través de acciones positivas, con algunas tímidas iniciativas legislativas a nivel regional que han sido refrendadas por la Corte Costituzionale en 2003. A pesar de ello, sólo se han introducido cuotas legislativas en 2005 para las elecciones al Parlamento Europeo (un máximo de dos tercios de un solo sexo).⁵⁰

Teniendo en cuenta casos como el de Francia e Italia, Estados que hoy en día siguen teniendo una *ratio* muy baja de representación política femenina a nivel estatal (18.5 y 21.1% respectivamente), sería razonable pensar que los tribunales nacionales pueden constituir un obstáculo importante para el avance de la presencia de la mujer en los cargos políticos. Lo son cuando limitan las posibilidades de la acción positiva a partir de interpretaciones muy rigurosas del principio constitucional de no discriminación, percibiéndolo como un mandato de indiferenciación o, en otros términos, tomando el principio aristotélico de igualdad como una exigencia de trato igual y no como un mandato de tratar igual lo que es igual y diferente lo que está en una situación diferente. De todas formas, es la interpretación más constructiva del principio de no discriminación por parte de otros tribunales nacionales, como es el caso del Tribunal Constitucional español, y su aplicación ponderada con la justicia de género y la igualdad de oportunidades positiva, lo que está posibilitando que se consolide a nivel de la UE un compromiso institucional serio con la igualdad efectiva de mujeres y hombres en la participación política.⁵¹

⁴⁹ Véase, P. Subra de Bieusses (2008, pp. 531-532) y “Electoral Gender Quota Systems and Their Implementation in Europe”, en *op. cit.*, pp. 51-53.

⁵⁰ Véase, E. Ceccherini (2006, pp. 340-350). Cabe destacar, también, que Italia es uno de los Estados de la UE con una *ratio* baja de participación política femenina, que se queda en un 21.1%, estando por debajo de la media de la UE. Véase, “Electoral Gender Quota Systems and Their Implementation in Europe”, *op. cit.*, p. 11.

⁵¹ Véase la stc 12/2008, de 29 de enero y la stc 13/2009, de 19 de enero. En estas sentencias el Tribunal Constitucional ha apostado claramente por la constitucionalidad de las medidas de acción positiva en la forma de cuotas rígidas en el acceso a cargos electivos, decretando incluso la constitucionalidad de la paridad estricta impuesta por la ley electoral de la comunidad autónoma vasca, donde, como he comentado, se impone la presencia en las listas de al menos 50% de mujeres. En esta legislación electoral las mujeres tienen garantizado 50% de representación en las listas de candidatos mientras

De este modo, si en el marco de las legislaciones electorales, los tribunales nacionales hubieran tenido las mismas reticencias que ha mostrado el TJCE respecto a las medidas de acción positiva en el ámbito laboral, o si el propio TJCE hubiera sido competente para limitar los sistemas de cuotas establecidos dentro de la UE, el avance de la participación política de las mujeres hubiera sido seguramente mucho menor. En este sentido, los tribunales pueden ser un obstáculo para las políticas de igualdad si no se genera la cultura jurídica de que el compromiso público con la justicia de género no es sólo una responsabilidad del legislador. Este compromiso debe involucrar a todos los poderes del Estado, y especialmente a los jueces, que son los encargados de interpretar las normas ajustándolas al conjunto de principios que dotan de sentido y coherencia a las estructuras jurídicas.

V. CONCLUSIONES

Dentro de la UE encontramos hoy en día un claro contraste respecto a las posibilidades jurídicas de establecer medidas de acción positiva. Así, mientras que el legislador nacional en la mayoría de Estados de la UE puede imponer cuotas rígidas y tratos preferentes rígidos en el acceso a cargos electivos, el TJCE ha rechazado hasta el momento que estas cuotas y tratos preferentes rígidos puedan imponerse en el acceso al empleo y la promoción profesional. Como observé anteriormente, los pequeños cambios introducidos por la normativa comunitaria, que prevén explícitamente la posibilidad de establecer en general medidas de acción positiva en materia de género sin que el principio de igualdad de trato sirva como impedimento, pueden hacer variar esta jurisprudencia asentada del TJCE. Pero este cambio todavía no se ha producido y no hay ninguna regulación comunitaria específica que permita al legislador nacional establecer cuotas y tratos preferentes rígidos en el acceso al empleo o la promoción profesional.⁵²

Dado que la desigualdad estructural es un problema sistémico, la igualdad de oportunidades positiva en materia de género debe tomarse como un principio expansivo cuyo peso o relevancia debe ser estable en todos los sectores regulativos a no ser que encontremos razones de principio para trazar diferenciaciones. ¿Existen razones que puedan justificar el contraste que existe en la UE en torno a

que los hombres sólo tienen garantizado 40%. El Tribunal ha argumentado que estas medidas no suponen un sacrificio innecesario de un derecho fundamental, siendo medidas proporcionadas y adecuadas al fin que persiguen de promoción de la igualdad efectiva de la mujer. Estas medidas, que establecen un "derecho desigual igualatorio" no pueden ser calificadas de excesivas, indica el Tribunal, porque obedecen a "la necesidad de corregir una situación de desequilibrio entre los sexos históricamente muy arraigada" (STC 13/2009, FJ11).

⁵² Véanse, en este sentido, M. De Vos (2007, pp. 17-25 y 67-69), T. Pérez del Río (2005, p. 49).

las posibilidades de la acción positiva en la participación política y en el ámbito laboral? Ciertamente esta diferenciación puede obedecer a una simple razón jurídica, la falta de competencia del TJCE en la regulación electoral de cada Estado. Pero esta razón jurídica no justifica axiológicamente esta diferenciación y puede generar, si carece de apoyo, una clara incoherencia en el sistema global de protección de la igualdad de género dentro de la UE. Por este motivo, es importante analizar si hay razones de principio para establecer esta diferenciación, y más teniendo en cuenta, primero, que es en la propia UE donde se ha desarrollado el concepto de *mainstreaming* o transversalidad de género como forma adecuada de garantizar la igualdad de oportunidades⁵³ y, segundo, que la jurisprudencia restrictiva del TJCE respecto a las medidas de acción positiva contribuye a deslegitimarlas o percibir las con sospecha, algo que frena las iniciativas institucionales que pudieran plantearse dentro de los Estados para acelerar la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.⁵⁴

¿Hay, entonces, razones de principio para ser más restrictivos respecto al alcance de la acción positiva en el ámbito del empleo que en el ámbito de la participación política?

Aunque existen algunas diferencias entre el acceso a cargos electivos y el acceso al trabajo y la promoción profesional, me parece que estas diferencias no justifican el tratamiento dispar que reciben las medidas de acción positiva rígidas en estos

⁵³ Este principio exige integrar la perspectiva de género en la totalidad de ámbitos de acción institucional, actuando de forma integrada y complementaria en todos aquellos focos que contribuyen conjuntamente a perpetuar una desventaja injusta para las mujeres. Este concepto o principio es uno de los elementos esenciales de las actuales políticas comunitarias de igualdad de oportunidades. Fue adoptado como concepto básico en la Comisión CE en su Comunicación de 21 de febrero de 1996 y también en la Estrategia marco Comunitaria sobre igualdad de hombres y mujeres 2001-2005, cuyo programa de acción fue aprobado el 20 de diciembre de 2000 por decisión del Consejo. Sobre el concepto de *mainstreaming* en el marco de la UE véase, por ejemplo, T. Pérez del Río (2005, pp. 40-50) y M. L. Balaguer (2005, cap. 4).

⁵⁴ Cabe tener en cuenta, también, que son las propias instituciones comunitarias las que incentivan a los Estados de la UE a establecer medidas de acción positiva como complemento indispensable en las políticas de igualdad de género dentro de cada Estado miembro. Así se prevé, por ejemplo, en la Estrategia marco Comunitaria sobre igualdad de hombres y mujeres 2001-2005 y en otras normas y Recomendaciones de las instituciones de la UE. De otro lado, y como reflexión general, también es importante tener presente la relevancia que posee el Derecho y la actuación institucional para modelar las actitudes sociales. La jurisprudencia restrictiva del TJCE, al igual que las reticencias de los tribunales constitucionales francés e italiano a las medidas de acción positiva, promueven una actitud social contraria a la importancia de acelerar la igualdad de género a través de mecanismos incisivos, que siempre suponen algún sacrificio social. Si, en contraste, la jurisprudencia del TJCE hubiera impulsado desde sus inicios estas medidas declarando que los tratos preferentes rígidos no eran incompatibles con el Derecho de la UE, la actitud general respecto a la necesidad de acelerar la igualdad efectiva de la mujer sería hoy seguramente diferente.

ámbitos.⁵⁵ Por una parte, es cierto que el criterio del mérito no parece ser un elemento central en la representación política. No son criterios técnicos de competencia ni factores objetivables los que guían la selección interna de candidatos en el seno de los partidos políticos ni tampoco esperamos que lo sean. No tendría sentido impugnar una lista electoral porque no ha incluido a los candidatos más cualificados o más preparados técnicamente. Hay multitud de factores que pueden intervenir en esta selección, todos aquellos que, dentro de los límites que marque cada legislación electoral, sirvan a los fines del partido y, en última instancia, puedan influir en la voluntad de los electores.⁵⁶ Pero, como he indicado antes, el principio de igualdad de méritos tampoco debería jugar un papel determinante en el acceso al trabajo cuando suavizar este criterio, que no eliminarlo, contribuye a mejorar la justicia de género. Al mismo tiempo, el TJCE también ha rechazado los tratos preferentes rígidos cuando se garantizaba la igualdad de méritos (*asunto Kalanke*), con lo que deberíamos disponer de otro argumento para justificar esta diferenciación con la participación política.

Por otra parte, tanto en la participación política como en el acceso al empleo encontramos los mismos problemas de infrarrepresentación de las mujeres, que es más notoria a medida que se accede a cargos superiores, y en ninguno de los dos casos podemos explicar esta falta de presencia por las elecciones de las propias mujeres. Podríamos decir, en este sentido, que estamos ante dos ámbitos que son complementarios, tanto por los efectos negativos que sus dinámicas e inercias tienen para perpetuar la desigualdad estructural, como por los efectos positivos que una intervención institucional expansiva puede generar para eliminarla. En ambas esferas son aplicables, por consiguiente, los mismos razonamientos sobre el principio de no discriminación y su peso respecto a la igualdad de oportunidades positiva. La esperanza que mueve el compromiso con la acción positiva en los dos ámbitos es que aumentar la visibilidad y presencia de las mujeres contribuirá a la transformación de nuestras inercias, estereotipos y percepciones sociales, consolidando el camino hacia una sociedad igualitaria. En definitiva, no parece haber nada que justifique otorgar un alcance más limitado a la acción positiva en el acceso al empleo sin generar una incoherencia dentro del sistema de protección de la igualdad de género en el seno de la UE.

Obviamente, la acción positiva, en todas sus formas e intensidades, no es el único medio del que disponemos para construir una sociedad igualitaria. La educa-

⁵⁵ En la esfera de la participación política, los pros y contras para justificar un sistema de cuotas electorales no están solamente centrados en la importancia del mérito y en la discusión sobre la igualdad. Su justificación también depende de los valores de una democracia representativa y del papel que deben desempeñar los partidos políticos en una democracia. Sobre estos argumentos véase, especialmente, A. Ruiz Miguel (2001, pp. 247-257).

⁵⁶ Véase, *ibid.*, p. 260.

ción también juega un papel fundamental. Pero cuando en una sociedad hay grupos que tienen una situación de dominio, no podemos esperar que estos grupos renuncien voluntariamente a los beneficios que ello les reporta. Como la historia nos ha enseñado, no ha habido ningún avance significativo en los derechos de las personas que no haya requerido importantes sacrificios sociales y un compromiso institucional activo para romper la dinámica social. La justicia de género no será una excepción. Y aunque momentáneamente perseguirla no salga a cuenta para algunos, al final saldrá a cuenta para todos, siempre y cuando entendamos que debemos persistir de modo coherente en este empeño, con independencia de los vientos y coyunturas sociales. La Unión Europea quiere liderar este cambio estructural, pero para ello necesita la implicación conjunta de todas sus instituciones y ciudadanos, junto con una actuación audaz en todas las esferas de relación social. Esperemos que el TJCE no decida seguir siendo un obstáculo.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *Base Legal de la acción positiva*, Biblioteca Temática Digital, Instituto Vasco de la Mujer.
- Arendt, H. (1992), "Organised Guilt and Universal Responsibility" en L. May y S. Hoffman (eds.), *Collectives Responsibility*, Maryland, Rowman & Little Publishers.
- Arneson, R. (1999), "Against Rawlsian Equality of Opportunity", *Philosophical Studies*, 93, 1999, pp. 77-112.
- Atienza, M. (1996), "Un comentario al caso *Kalanke*", *Doxa*, núm. 19.
- Balaguer, M.L. (2005), *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*, Madrid, Cátedra.
- Barrère, M.A. (2003), "Problemas del Derecho antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades", en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 9, pp. 1-26.
- Barrère, M.A. y Morondo, D. (2006), "La difícil adaptación de la igualdad de oportunidades a la discriminación institucional: el asunto *Gruber* del TJCE", en M. A. Barrère (ed.), *Igualdad de oportunidades e igualdad de género: una relación a debate*, Dykinson, 94-160.
- Carbonell, M. (2003), "La reforma al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales en materia de cuotas electorales de género", en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 8.
- Ceccherini, E. (2006), "La igualdad de sexos en la representación política: la experiencia italiana", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 3, núm. 6, pp. 325-353.
- Dahlerup, D., L. Freidenvall et al. (2008), *Electoral Gender Quota Systems and Their Implementation in Europe*, Parlamento Europeo, septiembre 2008.
- Dahlerup, D. (ed.) (2006), *Women, Quotas and Politics*, Londres, Routledge.

- De Vos, M. (2007), *Beyond Formal Equality. Positive Action under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, European Commission, Office for Official Publications of the European Communities, Luxemburgo.
- Fiss, O. (1997), "Affirmative Action as a Strategy of Justice", en *Philosophy & Public Policy*, núm. 17, pp. 37-38.
- García Añón, J. (1999), "El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y el Derecho europeo", en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 2.
- Nagel, T. (1991), *Equality and Partiality*, Oxford, Oxford University Press.
- O'Brien, J. (2004), "Affirmative Action, Special Measures and the Sex Discrimination Act", en *University of New South Wales Law Journal*, 45.
- Okin, S. M. (1989), *Justice, Gender and the Family*, Nueva York, Basic Books.
- Pérez del Río, T. (2005), "Transversalidad de género y acción positiva en el ámbito comunitario", en *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, núm. 13, pp. 35-51.
- Rawls, J. (1971), *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass.), The Belknap Press of Harvard University Press.
- Ruiz Miguel, A. (2001), "La representación democrática de las mujeres", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 35, pp. 239-264.
- Subra de Bieusses, P. (2008), "Paridad Electoral en Francia", en *Anuario de Derechos Humanos. Nueva época*, vol. 9, pp. 527-545.
- Taylor, R. (2009), "Rawlsian Affirmative Action", en *Ethics*, 119, pp. 476-506.
- Torbisco, N. (2005), *La institucionalización de la diferencia: Algunas notas sobre desigualdad estructural y democracia*, Buenos Aires, Editores del Puerto.
- Young, I. M. (1990), *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, Princeton University Press.
- _____ (2000), *Inclusion and Democracy*, Oxford, Oxford University Press.
- _____ (2001), "Equality of Whom? Social Groups and Judgments of Injustice", en *The Journal of Political Philosophy*, vol. 9, núm. 1, pp. 1-18.

CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHOS DE LA MUJER: DE LA PROTECCIÓN DEL HONOR A LA SALVAGUARDA DE LA LIBERTAD

Rosa Ana Alija Fernández

I. INTRODUCCIÓN

En la estructura patriarcal tradicionalmente imperante en la sociedad, basada en el sometimiento de la mujer al hombre, el obligar por la fuerza a una mujer a que se comporte como corresponde a su género –de acuerdo con los estereotipos socialmente construidos–, siempre se ha considerado no sólo justificado, sino incluso aceptable. La violencia de género, empero, no se circunscribe a la esfera privada, sino que invariablemente impregna todos las esferas sociales y se amplifica cuando la sociedad se ve involucrada en contextos de violencia general, como son los conflictos armados o determinadas situaciones de excepcionalidad que, sin llegar a ser calificables de conflicto armado, ofrecen de forma análoga un escenario idóneo para la comisión de graves violaciones de derechos humanos patrocinadas por el poder estatal o por organizaciones que han asumido las funciones del Estado.

Hoy en día se considera que tales escenarios de violencia pueden constituir una amenaza a la paz y la seguridad internacionales, por lo que el ordenamiento jurídico internacional no sólo busca evitarlos imponiendo obligaciones a los Estados relativas a la conducción de las hostilidades y al respeto de los derechos humanos, sino que también prevé la responsabilidad penal de las personas que hayan cometido determinados comportamientos constitutivos de crímenes de Derecho internacional. Sin embargo, aun tratándose de un fenómeno que viene de antiguo, sólo a partir de la década de los noventa comenzaron a abordarse las atrocidades contra las mujeres en contextos de violencia armada y de violaciones masivas y sistemá-

ticas de derechos humanos como prácticas internacionalmente reprobables que no pueden permanecer impunes, y cuyos responsables merecen ser castigados penalmente, incluso al margen de lo que dispongan al respecto los ordenamientos jurídicos internos.

El tardío tratamiento internacional penal de este problema se explica tanto por razones sociológicas como por el propio proceso de desarrollo del Derecho internacional penal. Desde el punto de vista sociológico, el auténtico alcance de la violencia contra las mujeres en conflictos armados o en contextos de violaciones masivas o sistemáticas de los derechos humanos ha sido un fenómeno largamente silenciado, incluso (o más bien sobre todo) por las propias víctimas. No sorprende, dado que las mujeres que son objeto de estas agresiones –frecuentemente de carácter sexual– están con frecuencia abocadas a una doble victimización: junto al daño físico y mental directamente causado por la agresión, la violencia ejercida contra las mujeres adquiere tintes dramáticos cuando deriva en un embarazo o la víctima pertenece a un entorno que además la condena al rechazo social y al ostracismo.¹ Ante este panorama, los sentimientos de humillación, miedo o culpa las disuaden a menudo de denunciar el ataque sufrido. Afortunadamente el silencio se quiebra en los años noventa, cuando salen a la luz informes sobre episodios masivos de violencia sexual sobre todo durante el conflicto yugoslavo,² a los cuales se suman los testimonios de antiguas “mujeres de complacencia”, esclavas sexuales del ejército japonés durante la Segunda Guerra Mundial, que entre finales de los años ochenta y principios de los noventa comienzan a revelar la terrible explotación sexual a la que fueron sometidas.³ El conocimiento de estos hechos será un revulsivo trascendental que generará un importante cambio de mentalidad en la sociedad internacional favorable al rechazo contundente de estas prácticas.

En lo que respecta al desarrollo del Derecho internacional penal, ha de tenerse en cuenta que, tras su eclosión en la segunda posguerra mundial con el establecimiento de los Tribunales Militares Internacionales de Núremberg (ТМІН) y de Tokio

¹ Véase Adrien Katherine Wing y Sylke Merchán, “Rape, Ethnicity, and Culture: Spirit Injury From Bosnia to Black America”, en *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 25(1), 1993, pp. 1-48, en p. 6.

² Aryeh Neier, *War Crimes. Brutality, Genocide, Terror, and the Struggle for Justice*, Nueva York/Toronto, Times Books/Random House, 1998, 172; Beth Stephens, “Humanitarian law and gender violence: an end to centuries of neglect?”, *Hofstra Law&Policy Symposium*, vol. 3, 1999, pp. 87-109, en p. 88; Theodor Meron, “Rape as a Crime under International Humanitarian Law”, en *American Journal of International Law*, vol. 87(3), 1993, pp. 424-428, en p. 425.

³ El impacto mundial de sus testimonios y su incidencia en la nueva percepción de la violencia de género en la esfera internacional es destacado por Kelly D. Askin, “Comfort Women – Shifting shame and stigma from victims to victimizers”, en *International Criminal Law Review*, vol. 1(1/2), 2001, pp. 5-32, en p. 30.

(ТМІЛО) y la inmediata adopción de diversos tratados internacionales en la materia,⁴ el proceso de tipificación internacional de conductas penalmente reprobables se ralentizó desde mediados de los años cincuenta hasta bien entrados los ochenta, remontando y entrando en un momento álgido en la década de los noventa, con el establecimiento de los tribunales penales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia (ТРИУ) y para Ruanda (ТРИР) y la preparación y adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI). El impulso que la codificación y el desarrollo progresivo de las normas de Derecho internacional penal recibieron entonces se vio también favorecido por los avances que durante las décadas precedentes se habían producido en el Derecho internacional de los derechos humanos; en este sentido, el Derecho internacional penal ha permitido afianzar los grandes logros alcanzados en materia de derechos humanos, reforzando su protección con el establecimiento del carácter punible de las violaciones más graves de algunos de estos derechos, entre ellos los derechos de la mujer.⁵

Así pues, el adelanto en los últimos años en la protección penal internacional de las mujeres ha sido posible gracias a una conjunción de varias circunstancias, destacando sobre todo tres: la mayor sensibilización e implicación de la sociedad internacional en relación con la promoción y protección de los derechos de las mujeres, la mayor visibilidad de las víctimas en los conflictos armados de las últimas décadas y los progresos en la tipificación de los crímenes de Derecho internacional.

Todo ello ha favorecido los progresos de la última década en la lucha contra la impunidad por actos de violencia de género, aunque el éxito todavía no es total. De hecho, los logros en este proceso se estratifican en dos niveles: por una parte, se han dado grandes pasos en la tipificación de crímenes de Derecho internacional que castigan la violencia sexual, pero, por otra parte, las conquistas son todavía limitadas en lo que respecta a la incorporación de la perspectiva de género a los aspectos sustantivos del Derecho internacional penal, tanto por la influencia de

⁴ Particularmente la Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio (1948) y las cuatro Convenciones de Ginebra de 12 de agosto de 1949, que regulan el trato debido a las distintas categorías de víctimas de los conflictos armados (heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar; prisioneros de guerra; población civil).

⁵ Desde los años cincuenta se han adoptado diversos instrumentos internacionales tanto de ámbito universal como regional relativos a los derechos de la mujer, siendo los más relevantes analizados en otras partes de esta obra. Asimismo, desde 1975 se han celebrado diversas conferencias mundiales sobre la mujer: México, 1975; Copenhague, 1980; Nairobi, 1985; Beijing, 1995. En esta última se hablará por primera vez de castigar a los responsables de actos de violencia contra las mujeres en conflictos armados (ONU, Doc. A/CONF.177/20, *Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer*, 17 de octubre de 1995, Plataforma de Acción, párr. 131). Véase también ONU, Doc. E/CN.4/Sub.2/1998/13, *La violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado. Informe final presentado por la Sra. Gay J. McDougall, Relatora Especial*, 22 de junio de 1998.

la tradición como por la reticencia de algunos Estados a aceptar la idea misma del género.

Dicho de otra forma, se han hecho grandes progresos en la represión de la violencia sexual, pero aún hay que perfeccionar el tratamiento internacional penal de la violencia de género. En este orden de ideas, conviene distinguir entre *violencia de género* y *violencia sexual*, porque la respuesta internacional ante una y otra presenta variaciones. La violencia de género es aquella que se dirige contra las mujeres o los hombres por su sexo o sus roles de género socialmente construidos, afectando de forma desproporcionada más a un sexo que a otro.⁶ Esta definición acoge, por tanto, cualquier modalidad de violencia ejercida sobre la mujer por razón de su género, una de cuyas instrumentalizaciones posibles es la violencia sexual. Ésta, por su parte, supone la lesión de la autonomía sexual de la persona, sin importar que sea hombre o mujer. Teniendo presente esta distinción, y yendo de lo específico a lo general, en las próximas páginas se comenzará analizando el proceso de tipificación de los crímenes de violencia sexual (i), para, a continuación, valorar los progresos en la incorporación de la perspectiva de género al Derecho internacional penal a partir tanto de las disposiciones contenidas en tratados internacionales como de la práctica jurisprudencial (ii). El estudio se concluirá con algunas consideraciones finales (iii).

I. EL PROCESO DE TIPIFICACIÓN DE LOS CRÍMENES DE VIOLENCIA SEXUAL

Históricamente se ha estimado que el oficio de la guerra era una tarea exclusiva de los hombres, por lo que sólo ellos integraban los ejércitos, mientras que la mujer quedaba al margen de la contienda. Esta última afirmación ha de ser empero relativizada, pues aunque menos mujeres que hombres empuñan las armas en los ejércitos regulares y las milicias, los ataques y la violencia contra ellas –sobre todo de tipo sexual– han sido y son una constante en los conflictos armados. La condición de las mujeres resulta así reducida a la de un mero objeto, propiedad de la comunidad a la que pertenece, que debe protegerla de los ataques del enemigo, al igual que protege su territorio o sus bienes. Sus cuerpos son utilizados como lugar de combate, tanto figurada como realmente,⁷ y si el bando al que pertenecen no logra

⁶ Women's Caucus For Gender Justice, "Clarification of the term 'gender'", en *Briefing Paper*, disponible en <<http://www.iccwomen.org/wigdraft1/Archives/oldWCGJ/resources/gender.htm>>, [consultado el 30/10/09].

⁷ Anne Llewellyn Barstow, "The United Nations' Role in Defining War Crimes against Women", en Anne Llewellyn Barstow (ed.), *War's dirty secret. Rape, prostitution and other crimes against women*, Cleveland, The Pilgrim Press, 2000, pp. 234-243, en p. 237. Véase también Yuki Tanaka, *Japan's*

defenderlas adecuadamente, el ejército enemigo se considera con licencia para incluirlas en el botín de guerra.⁸

Similar es el maltrato que las mujeres suelen sufrir cuando se desencadenan estados de violencia que, sin llegar a ser calificables de conflicto armado, resultan contextos idóneos para la comisión de graves violaciones de derechos humanos: en esas situaciones de excepción, rara vez se libran las mujeres de ser objeto de abusos dirigidos contra ellas por razón de su género.

Aun así, estas prácticas han gozado largamente de gran impunidad, pues si no se castigaban en los ordenamientos jurídicos internos (algo que rara vez ocurre cuando la implicación del Estado en la generación de ese contexto de violencia es alta),⁹ tampoco estaba claro que se pudieran imputar como crímenes de Derecho internacional. Esa situación cambia radicalmente a partir de los años 90, con la inclusión de un catálogo de crímenes de violencia sexual en el Estatuto de la CPI, cuya vigencia vendrá además confirmada por la jurisprudencia internacional penal.

Para profundizar en estos aspectos, este apartado abordará las exiguas normas relativas a la salvaguarda de los derechos de las mujeres en el marco de los conflictos armados conforme al Derecho internacional humanitario y la incipiente incriminación de la violación como un crimen contra la humanidad en los años inmediatamente posteriores a la Segunda Guerra Mundial (A), y se ocupará asimismo del proceso de tipificación internacional de crímenes de violencia sexual a partir del Estatuto de la CPI (B) y la jurisprudencia internacional penal (C).

A. La respuesta tradicional: incerteza en torno a la tipificación internacional de la violencia sexual

Entre el fin de la Segunda Guerra Mundial y los años noventa la tipificación de crímenes de Derecho internacional orientados a castigar penalmente la violencia sexual contra las mujeres es prácticamente inexistente. Dado que la preocupación central en esta etapa es regular el tratamiento debido a las mujeres en situaciones de conflicto armado, las principales normas de referencia proceden sobre todo del

comfort women. Sexual slavery and prostitution during World War II and the US Occupation, Londres/ Nueva York, Routledge, 2002, pp. 4-5, quien sugiere como posible explicación a esta forma de demostración del poder la interrelación de la ideología de la masculinidad al racismo y al nacionalismo.

⁸ Véase C. Chinkin, "Rape and Sexual Abuse of Women in International Law", en *European Journal of International Law*, vol. 5(3), pp. 326-341, en pp. 328-329.

⁹ Esa implicación es frecuente en los casos de violencia sexual en conflictos armados (véase Kristen Boon, "Rape and Forced Pregnancy under the ICC Statute: Human Dignity, Autonomy and Consent", en *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 32(3), 2001, pp. 625-675, en pp. 631-632).

Derecho internacional humanitario (DIH), mientras que las normas de Derecho internacional penal (DIP) *strictu sensu* son muy limitadas.¹⁰

En el marco de los conflictos armados, la violencia sexual contra las mujeres presenta un carácter instrumental, pues usualmente se ha concebido como un método de combate¹¹ que ofrece ventaja militar en sentido amplio sobre el adversario. Dicha ventaja puede lograrse de muy diversas formas, que van desde la motivación de los soldados propios en las zonas de combate (así ocurrió con las “mujeres de complacencia” o con las vietnamitas recluidas en burdeles y violadas por los soldados estadounidenses) hasta la humillación del enemigo,¹² pasando por el uso de la violencia sexual como método para aterrorizar y expulsar a la población de un territorio.¹³ El DIH no ha sido ajeno a este uso deplorable de la violencia sexual, pero durante mucho tiempo las normas jurídicas internacionales en esta materia no han sabido prestar una adecuada atención a este problema.

Ciertamente, las mujeres gozan en iguales condiciones que el hombre de la protección general que otorgan las normas de DIH. Así, cuando no participan en las hostilidades, se benefician de la protección garantizada a la población civil, mientras que las mujeres combatientes se considerarán personas protegidas conforme al DIH cuando se encuentren heridas o enfermas, naufraguen o sean capturadas como prisioneras de guerra.

Sin embargo, a la luz de los principales tratados internacionales de DIH, se puede argumentar que la voluntad que éstos muestran de garantizar una específica protección penal de los derechos de las mujeres es más bien escasa. En efecto, tanto las Convenciones de Ginebra de 1949 como los Protocolos Adicionales a las mismas (1977)¹⁴ se conforman con vincular la violencia sexual a la salvaguarda del

¹⁰ Téngase en cuenta que el DIP surgió como una versión ampliada de las normas del DIH destinadas a castigar comportamientos reprobables cometidos en el marco de conflictos armados.

¹¹ Frecuentemente se califica la violencia sexual de “arma” (véase por ejemplo, ONU, Doc. A/RES/48/143, 5 de enero de 1994, *Agresión y violación de mujeres en las zonas de conflicto armado de la ex Yugoslavia*, en cuyo punto 2 el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas expresaba su indignación “por el hecho de que la práctica sistemática de la violación se utilice como arma de guerra”). Tal calificación, empero, no parece adecuada, siendo más correcto hablar de “método de guerra”, al no tratarse propiamente de un instrumento, sino de una estrategia (cfr. ONU, Doc. S/RES/1820 (2008), 19 de junio de 2008, en cuyo apartado 1 el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas alude a la violencia sexual como “táctica de guerra dirigida deliberadamente contra civiles”). Sobre ambas nociones, véase Françoise Bouchet-Saulnier, *Diccionario práctico de derecho internacional humanitario*, Barcelona, Península, 2001, pp. 64-72 (armas) y pp. 429-432 (métodos de guerra).

¹² La violencia sexual “is often conducted as a message between men” (Jocelyn Campanaro, “Women, War, and International Law: The Historical Treatment of Gender-Based War Crimes”, en *Georgetown Law Journal*, vol. 89(8), 2001, pp. 2257-2592, en p. 2257.

¹³ Véase C. Chinkin, “Rape and Sexual...”, en *op. cit.*, p. 329.

¹⁴ Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I) y Protocolo adicional a los Con-

honor de la mujer, en lugar de considerarla un atentado a su libertad. Así, los artículos 27 de la IV Convención de Ginebra (CIV), 76.1 del Protocolo Adicional I (PAI) y 4.e) del Protocolo Adicional II (PAII) establecen respectivamente la obligación de los Estados Partes de proteger a las mujeres en los conflictos armados contra “todo atentado a su honor y, en particular, contra la violación, la prostitución forzada y todo atentado a su pudor” (CIV) y “los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor” (PAI y PAII).

Estas disposiciones reflejan la percepción tradicionalmente dominante de los actos de violencia sexual como ultrajes al honor,¹⁵ virtud de la que “se considera a la mujer depositaria”, y que “tiende a proteger al varón o incluso a la comunidad”, más que a la mujer violada.¹⁶ Por mucho tiempo se antepusieron así las consideraciones morales y sociales sobre la conservación de la honra a la protección frente al daño físico y psíquico que un ataque de esta naturaleza causa en la víctima, y se atribuyó al bien jurídico lesionado por la violencia sexual una titularidad colectiva –el entorno social en el que la mujer se encuentra–, mientras que la protección individual de la víctima quedaba relegada a un segundo plano.¹⁷

Junto a la cuestión del auténtico destinatario de estas disposiciones, se planteaba además el problema de su limitado alcance jurídico, pues de su formulación se infiere que este tipo de agresiones no se configuran ni en las Convenciones de 1949 ni en los Protocolos Adicionales como crímenes de guerra.¹⁸ Aunque eventualmente podría defenderse que se prohíbe la realización de tales conductas,¹⁹ lo cierto es que de su comisión no se deriva responsabilidad penal alguna para sus autores²⁰ ni constituyen infracciones que puedan ser perseguidas por cualquier

venios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), ambos de 8 de junio de 1977.

¹⁵ Con carácter ilustrativo, recuérdese que el Código Penal español recogía los delitos de esta naturaleza bajo la rúbrica de *Delitos contra la honestidad*, modificada por la L.O. 3/1989, que reguló en detalle la violación y las agresiones sexuales.

¹⁶ Susana Sanz Caballero, “Nuevos tiempos para un viejo tema: la violencia contra las mujeres en conflicto armado”, en *Tiempo de Paz*, núm. 67, 2002, pp. 105-121, en p. 110.

¹⁷ Cfr. Charlotte Lindsey, “Women and war”, *International Red Cross Review*, vol. 82(893), 2000, pp. 561-580, en pp. 576-577, para quien está claro que el DIH protege a la mujer, no su honor.

¹⁸ C. Chinkin, “Women: The Forgotten Victims of Armed Conflict?”, en Helen Durham y Timothy L.H. McCormack (eds.), *The Changing Face of Conflict and the Efficacy of International Humanitarian Law*, La Haya, Kluwer Law International, 1999, pp. 23-44, en p. 23.

¹⁹ Véase T. Meron, “Rape as a Crime...”, en *op. cit.*, 425-426; pero cfr. C. Chinkin, “Rape and sexual...”, en *op. cit.*, pp. 331-332.

²⁰ Para Chinkin, más que prohibir la violación, estas disposiciones presentan a la mujer como necesitada de protección (C. Chinkin, “Women: The Forgotten...”, en *op. cit.*, pp. 25-26; también S. Sanz Caballero, “Nuevos tiempos para...”, en *op. cit.*, pp. 110-111).

Estado en aplicación del principio de jurisdicción universal.²¹ Por consiguiente, basándose sólo en estas disposiciones no era posible imponer a los responsables de actos de violencia sexual un castigo adecuado a su conducta. Además, la escasa práctica internacional en esta materia ofrecía pocos elementos para defender la existencia de una norma internacional consuetudinaria de tipificación de la violencia sexual como crimen de guerra,²² pese a la existencia de un temprano precedente:²³ la puntual persecución por el TMILO de la violación como un crimen de guerra,²⁴ aunque ni su Estatuto (artículo 5.b) ni el del TMIN (artículo 6.b) la mencionaban expresamente.

Cierto es que, por la forma en que se ejecutan o por sus efectos, sería posible subsumir la generalidad de los actos de violencia sexual en supuestos de crímenes de guerra ya existentes,²⁵ como la causación deliberada de grandes sufrimientos y los atentados graves a la integridad física o mental o a la salud,²⁶ o las prácticas degradantes que supongan un ataque a la dignidad personal,²⁷ pero resultaría más adecuado abordar las agresiones de índole sexual de forma autónoma, salvaguardando la libertad sexual como bien jurídico específicamente protegido y diferente de los bienes jurídicos protegidos por las otras disposiciones. Dada su distinta naturaleza, se impone un tratamiento separado y una definición rigurosa de estos crímenes, sobre todo con vistas a reconocer y enfatizar la gravedad de aquéllos de carácter sexual, cuyas principales víctimas son las mujeres, y a favorecer una ma-

²¹ T. Meron, "Rape as a Crime...", en *op. cit.*, p. 426.

²² La incertidumbre sobre este extremo quedó evidenciada en el informe elaborado por el Secretario General de Naciones Unidas, en el que para delimitar los crímenes que entrarían dentro de la competencia del TPIY siguió el criterio de que deberían formar parte del Derecho internacional consuetudinario "sin ningún género de dudas", pero no incluyó la violencia sexual entre los crímenes de guerra (véase ONU, Doc. S/25704, *Informe del Secretario General de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, presentado el 3 de mayo de 1993*, 20 de mayo de 1993, párr. 34, 40 y 44).

²³ Meron también toma como antecedente la prohibición de la violación incluida en el Código Lieber de 1863 (que no era un instrumento internacional, sino una normativa estatal) y el artículo 46 del Reglamento de La Haya de 1907 ("El honor y los derechos de la familia, la vida de los individuos y la propiedad privada, así como las creencias religiosas y el ejercicio de los cultos, deberán ser respetados. [...]"), una interpretación amplia del cual podría cubrir los casos de violación (T. Meron, "Rape as a crime...", en *op. cit.*, pp. 425-426).

²⁴ Véase International Military Tribunal for the Far East, *Case n° 1: Araki et al.*, Appendix D, section one, p. iii: "prisoners of war and civilians internees were murdered, beaten, tortured and otherwise ill-treated, and female prisoners were raped by members of the Japanese forces". No obstante, el TMILO no abordó el sistema de esclavitud sexual instaurado por el ejército japonés.

²⁵ Véase ONU, Doc. A/51/10, *Informe de la CDI sobre el trabajo realizado en su 48º período de sesiones, 6 Mayo-26 Julio 1996*, Comentario al artículo 20, párr. 12.

²⁶ Véase Artículos 50 CI; 51 CII; 130 CIII; 147 CIV, y 11.4 PAI.

²⁷ Véase Artículo 75.2.b) PAI.

por seguridad jurídica que facilite su persecución y castigo en la esfera internacional.²⁸

La larga ausencia de normas jurídicas internacionales que tipificaran la violencia sexual como crímenes de guerra contrasta con la temprana incriminación de la violación como crimen contra la humanidad. Si bien el Estatuto TMIN no incluía la violación entre los actos constitutivos de crímenes contra la humanidad recogidos en su artículo 6.c), en la medida en que éste tampoco proporcionaba una definición exhaustiva de los elementos para un crimen contra la humanidad, la violación y otras formas de violencia sexual podían tener cabida en la referencia genérica a “otros actos inhumanos” que operaba como cláusula de cierre de dicho precepto.²⁹ En todo caso, esa omisión sería ulteriormente corregida con la inclusión de la violación en el artículo II.c) de la Ley del Consejo de Control Aliado número 10, de 20 de diciembre de 1945, si bien en ninguno de los juicios que se siguieron en aplicación de esta ley hubo imputados por esa conducta.

Pese a que en las décadas siguientes no hubo ejemplos significativos de práctica estatal a este respecto, el Secretario General de Naciones Unidas lo incluyó entre los crímenes contra la humanidad que deberían de entrar dentro de la competencia del TPIY.³⁰ Puesto que sólo se basó en la Ley número 10 del Consejo de Control Aliado, se diría que su incorporación no atendió tanto a la constatación de la vigencia de una norma jurídica internacional que regulara consuetudinariamente la cuestión, sino a la necesidad de dar una respuesta a la ingente cantidad de ataques sexuales cometidos en el conflicto yugoslavo.³¹ La subsecuente inclusión de la violación dentro de los crímenes contra la humanidad en los Estatutos del TPIY (artículo 5.g) y del TPIR (artículo 3.g) sentó las bases para avanzar en la tipificación internacional de estos comportamientos.³²

²⁸ Véase S. Sanz Caballero, “Nuevos tiempos para...”, en *op. cit.*, p.119.

²⁹ C. Chinkin, “Women the Forgotten...”, en *op. cit.*, p. 27.

³⁰ ONU, Doc. S/25704, *cit.*, párr. 49.

³¹ *Ibid.*, párr. 48.

³² En 1996, la versión definitiva del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU en el marco de los trabajos de codificación y desarrollo progresivo de las normas jurídicas internacionales relativas a los aspectos materiales del Derecho internacional penal) incluyó la violación, la prostitución forzosa y otras formas de abuso sexual tanto en la categoría de crímenes contra la humanidad (artículo 18.j) como en la de crímenes de guerra (artículo 20.d). Ahora bien, todos los precedentes invocados para calificar la violencia sexual como un crimen contra la humanidad –salvo la Ley No. 10 del Consejo Aliado– son de los años noventa (ONU, Doc. A/51/10, *cit.*, Comentario al artículo 18, párr. 16).

B. La incriminación internacional de la violencia sexual a partir del Estatuto de la Corte Penal Internacional

El punto de inflexión en el tratamiento internacional penal de la violencia sexual llegó con el Estatuto de la CPI (1998). Aunque el Estatuto no es una especie de código penal internacional, sino únicamente un instrumento que atribuye competencias a un órgano judicial internacional, lo cierto es que, por sus características³³ ha tenido una incidencia innegable en la tipificación consuetudinaria de los crímenes de Derecho internacional. La inclusión, dentro del mismo, de diversas prácticas de violencia sexual como crímenes contra la humanidad y como crímenes de guerra fue, sin duda, uno de los grandes logros alcanzados en la Conferencia internacional celebrada en Roma para el establecimiento de la CPI, y evidencia la convicción de los Estados respecto de su carácter criminal.

En línea con el giro dado por los ordenamientos penales nacionales en las últimas décadas, también en el plano internacional se ha producido una variación en el enfoque al abordar la violencia sexual en el marco de un conflicto armado o en contextos de violaciones generalizadas o sistemáticas de los derechos humanos, abandonándose el honor como bien jurídico protegido. En su lugar, se entiende que estos delitos son un atentado contra la capacidad de disposición de la persona sobre su propio cuerpo, y más concretamente, contra la libertad sexual³⁴ como una dimensión de la libertad individual.

Las prácticas que el Estatuto de la CPI considera criminales son la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable.

a) La *violación* supone la invasión por una persona del cuerpo de otra “mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del ori-

³³ El Estatuto de la CPI se puede calificar de “tratado multilateral general con vocación «normativa»”, carácter que se deduce: “1) de la universalidad tanto en el proceso de conclusión como en su carácter abierto a la participación de cualquier Estado; 2) de la no admisión de reservas (artículo 120 del Estatuto), y 3) de la intención de responder a los intereses de la comunidad internacional en su conjunto” (Magdalena M. Martín Martínez, “La lucha contra la impunidad en el Derecho internacional: La Corte Penal Internacional”, *Papeles y Memorias de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 10, 2001, pp. 28-47, en 39-40).

³⁴ K. Boon, “Rape and Forced...”, en *op. cit.*, 630. La libertad sexual es la “facultad del sujeto de comportarse en el plano sexual según sus propios deseos” (vertiente dinámica) así como el “derecho a no soportar de otro la coacción física o moral dirigida a la ejecución de actos de esta índole” (vertiente estática) (Concepción Carmona Salgado, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I). Consideraciones generales sobre el Título VIII, Libro II, del Código Penal. Agresiones sexuales. Abusos sexuales”, en Manuel Cobo del Rosal (dir.), *Compendio de derecho penal español (Parte especial)*, Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 173-220, en p. 178).

ficio anal o vaginal de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo” y dicha invasión haya tenido lugar “por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa u otra persona o aprovechando un entorno de coacción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento [por adolecer de una “incapacidad natural, inducida o debida a la edad”³⁵].

b) La *esclavitud sexual* consiste en ejercer “uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o todos ellos, o les haya impuesto algún tipo similar de privación de libertad”, haciendo que esa o esas personas realicen uno o más actos de naturaleza sexual.

c) Se apreciará *prostitución forzada* cuando se haga que una o más personas realicen “uno o más actos de naturaleza sexual por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder contra esa o esas personas u otra persona, o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento”, y que, a cambio de esos actos o en relación con ellos, el autor u otra persona obtengan, o esperen obtener, “ventajas pecuniarias o de otro tipo”.

d) El *embarazo forzado* se define como “el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional”.

e) La *esterilización forzada* supone la privación de la capacidad de reproducción biológica de una o más personas,³⁶ sin que ello esté justificado por un tratamiento médico o clínico de la víctima o víctimas ni se haya llevado a cabo con su libre consentimiento (en el entendido de que éste no incluye el consentimiento obtenido mediante engaño).³⁷

f) Por último, se considera asimismo criminal cualquier *otra forma de violencia sexual que presente una gravedad comparable* a la de las demás conductas reco-

³⁵ CPI, Doc. ICC-ASP/1/3, *Parte II.B: Elementos de los Crímenes*, 9 de septiembre de 2002, “Artículo 7 1) g)-1”, nota 16.

³⁶ No incluye “las medidas de control de la natalidad que no tengan un efecto permanente en la práctica” (*ibid.*, “Artículo 7 1) g)-4”, nota 19)

³⁷ El carácter criminal de las esterilizaciones forzadas fue discutido en el *Medical Case*, en el que se juzgaron a médicos nazis acusados de haber llevado a cabo experimentos inhumanos con internos de campos de concentración (IMT, *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law Nº 10. Nuremberg, October 1946-April 1949*, vol. I, Washington: U.S. Government Printing Office, 1949, pp. 48-50).

gidas en las distintas categorías criminales en las que se insertan estos comportamientos criminales. La noción de *violencia sexual grave* es más amplia que la de *violación*,³⁸ y en concreto requiere que el autor “haya realizado un acto de naturaleza sexual contra una o más personas o haya hecho que esa o esas personas realizaran un acto de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas u otra persona o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento”.

Todas estas prácticas pueden ser constitutivas tanto de crímenes contra la humanidad (artículo 7, que se refiere a la violencia sexual en el apartado 7.1.g) como de crímenes de guerra (artículo 8, apartados 2.b.xxii –“Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional”– y 2.e.vi –“Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional”–). La diferente calificación dependerá del contexto en que la violencia sexual se lleve a cabo. Así, en el caso de los crímenes contra la humanidad, se exige que la conducta prohibida se haya cometido con conocimiento de que la misma forma parte (o con la intención de que forme parte) de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil, ataque al cual subyace una política diseñada bien por un Estado, bien por un grupo organizado. Por el contrario, habrá un crimen de guerra si la conducta ha tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional o de un conflicto armado que no era de índole internacional y ha estado relacionada con él, siendo el autor consciente de la existencia de ese conflicto. Es importante señalar que, a diferencia de otros crímenes de guerra,³⁹ cualquier persona puede ser víctima de estos crímenes de índole sexual, sean o no personas protegidas conforme al DIH.

En todo caso, tanto la calificación de *crímenes contra la humanidad* como la de *violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados* resultan reveladoras de la naturaleza jurídica de los crímenes de violencia sexual, pues ni los unos ni las otras están prohibidos en tratados internacionales, sino en normas jurídicas internacionales de carácter consuetudinario. Por esta razón se puede afirmar que su inclusión en el Estatuto de la CPI refleja la convicción de los Estados del carácter internacionalmente reprobable y punible de la violencia sexual.

³⁸ M. Boot, *Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes*, Antwerpen, Intersentia, 2002, §492, 516.

³⁹ Por ejemplo, las conductas recogidas en el artículo 8.2.a) requieren que la víctima sea una persona protegida en virtud de alguno de los Convenios de Ginebra de 1949.

Ahora bien, más discutible resulta –como se sugirió en el apartado anterior– que antes de la incorporación de los crímenes de violencia sexual al Estatuto, esta *opinio iuris* hubiera venido acompañada de una práctica general, constante y uniforme en esta materia, requisitos imprescindibles para dar lugar a la formación a una costumbre internacional. Si acaso, esa posibilidad sólo existiría respecto de la violación como crimen contra la humanidad y de la esterilización forzosa, los únicos comportamientos con algunos antecedentes de punición internacional, pero se ha de excluir respecto de todas las demás conductas incriminadas. En este sentido, su inclusión en el Estatuto de la CPI podría haber servido para generar –o en su caso cristalizar– una costumbre internacional conforme a la cual se establece la responsabilidad penal de quienes lleven a cabo actos de violencia sexual en un conflicto armado o en un ataque sistemático o generalizado contra la población civil.

C. La práctica jurisprudencial de los Tribunales Penales Internacionales en materia de violencia sexual

Los avances que en la Conferencia de Roma se produjeron en la incriminación de la violencia sexual contra las mujeres fueron inmediatamente asumidos por los dos tribunales penales internacionales que se hallaban operativos en 1998: el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR). Creados *ad hoc* en 1993 y 1994, respectivamente, por sendas resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas,⁴⁰ se establecieron como medidas orientadas a lograr el mantenimiento de la paz y la seguridad en los territorios de la antigua Yugoslavia y Ruanda, ambos assolados por conflictos armados internos de una enorme crueldad, que afectaron muy especialmente a las mujeres. Así, la amplitud y la sistematicidad de la violencia contra las mujeres se convirtió en una de las notas más características del conflicto yugoslavo, en particular por la utilización de la violencia sexual en las campañas serbias de limpieza étnica,⁴¹ mientras que en el conflicto ruandés las cifras oscilan entre 250 000 y 500 000 mujeres violadas,⁴² a menudo con la intención de que la agresión sexual sirviera a la realización del genocidio que arrasó el país entre 1993 y 1994.

⁴⁰ ONU, Docs. S/RES/827 (1993), 25 de mayo de 1993, y S/RES/955 (1994), 8 de noviembre de 1994.

⁴¹ K. R. Patel, "Recognizing the rape of Bosnian women as gender-based persecution", en *Brooklyn Law Review*, vol. 60(3), 1994, pp. 929-958, en p. 930.

⁴² Elisabeth Rehn y Ellen Johnson Sirleaf, *Women, War, Peace: The Independent Experts' Assessment on the Impact of Armed Conflict on Women and Women's Role in Peace-Building*, Nueva York, UNIFEM, 2002, p. 9. La Comisión de investigación establecida por la Organización para la Unidad Africana concluyó que "practically every female over the age of 12 who survived the genocide was raped",

Es particularmente destacable a este respecto la sentencia del TPIY dictada en instancia en el asunto *Kunarac, Kovač & Vuković*, que constituye un hito en la criminalización internacional de la violencia sexual por haber sido la primera sentencia en la historia de los procesos penales internacionales en un asunto con cargos basados exclusivamente en violencia sexual contra mujeres. Esta sentencia reconoció expresamente el derecho de las víctimas a la *autonomía sexual*, y junto con otras sentencias ha servido para afianzar en el ámbito internacional la configuración jurídico-penal de la violencia sexual como una lesión a la libertad de las personas, y no un ataque al honor, asumiendo la incorporación al Derecho internacional de los planteamientos que a este respecto imperan hoy día en los ordenamientos jurídicos internos.⁴³

Los Estatutos del TPIY y del TPIR recogen expresamente la violación dentro de los crímenes contra la humanidad, y ambos Tribunales han desarrollado jurisprudencialmente su contenido. En concreto, el TPIY ha establecido que se comete violación cuando (i) hay penetración sexual, aunque no sea profunda, de (a) la vagina o ano de la víctima con el pene del sujeto activo o con cualquier otro objeto utilizado por el sujeto activo, o (b) de la boca de la víctima por el pene del sujeto activo, (ii) sin mediar el consentimiento de la víctima,⁴⁴ que debe haber sido dado voluntariamente, como resultado del ejercicio del libre arbitrio de la víctima, evaluado a la vista de las circunstancias.⁴⁵ Por su parte, el TPIR la ha definido como una invasión física de naturaleza sexual, cometida sobre una persona bajo circunstancias que resultan coactivas.⁴⁶

aunque reconocía las dificultades para probar ese dato (International Panel of Eminent Personalities to Investigate the 1994 Genocide in Rwanda and the Surrounding Events, *Rwanda: The Preventable Genocide*, apdo. 16.20, disponible en <http://www.africa-union.org/Official_documents/reports/Report_rwanda_genocide.pdf>, [consultado el 30/10/2009]).

⁴³ La sentencia de instancia consideró la punibilidad de los atentados contra la autonomía sexual de *principio básico subyacente al crimen de violación en las jurisdicciones nacionales*, precisando que: "Sexual autonomy is violated wherever the person subjected to the act has not freely agreed to it or is otherwise not a voluntary participant" (TPIY, *Prosecutor v. Kunarac, Kovač & Vuković*, caso No. IT-96-23&23/1, sentencia de instancia, 22/2/2001, párr. 457, y sentencia de apelación, 12/6/2002, párr. 126).

⁴⁴ TPIY, *Kunarac, Kovač & Vuković, cit.*, sentencia de instancia, párr. 442. Se modifica así el requisito de que hubiera concurrido coerción o fuerza o amenaza de utilizar la fuerza contra la víctima o una tercera persona, establecido previamente en el asunto *Furundžija* (TPIY, *Prosecutor v. Furundžija*, caso nº IT-95-17/1, sentencia de instancia, 10/12/1998, párr. 185). El criterio *Kunarac* es mucho más flexible y comprensivo con la realidad que está viviendo la víctima que la exigencia de una efectiva actitud violenta por parte del agresor, ya que también toma en cuenta lo que se podría calificar de "violencia ambiental" (la presión e incapacidad para decidir libremente derivada de un entorno hostil como es un conflicto armado).

⁴⁵ TPIY, *Kunarac, Kovač & Vuković, cit.*, sentencia de instancia, párr. 460.

⁴⁶ TPIR, *Prosecutor v. Akayesu*, caso No. ITCR-96-4, sentencia de instancia, 2/9/1998, párr. 688.

En todo caso, la jurisprudencia ha reconocido que la violencia sexual no se agota con el tipo de violación, pudiendo también incluir otras conductas como la prostitución forzada,⁴⁷ los embarazos forzados,⁴⁸ la esclavitud sexual, o incluso forzar a una persona a desnudarse públicamente.⁴⁹ Además, tales ataques pueden también ser la acción típica de otros crímenes contra la humanidad, como la persecución,⁵⁰ la tortura,⁵¹ la esclavitud,⁵² u otros actos inhumanos.⁵³

Asimismo, aunque el Estatuto del TPIY omite cualquier referencia a la violación como *crimen de guerra*—a diferencia del Estatuto del TPIR, adoptado sólo un año después, donde las violaciones y la prostitución forzada son expresamente calificados de infracciones graves del artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra (artículo 4.e)—,⁵⁴ el TPIY ha subsanado esta carencia por vía jurisprudencial, al estimar que concurren las condiciones exigidas para que la violencia sexual sea calificable como violación de las leyes y usos de la guerra en los términos del artículo 3 Estatuto TPIY.⁵⁵ Así, ha considerado que constituye una infracción grave⁵⁶ del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949,⁵⁷ una norma de Derecho internacional humanitario cuyo carácter consuetudinario y la responsabilidad penal individual que se deriva de su inobservancia han sido reconocidos por el Tribunal.⁵⁸ Estos desarrollos suponen un avance enorme, pues es fundamental que las víctimas de violencia sexual en conflictos armados puedan beneficiarse del régimen

⁴⁷ Véase TPIY, *Prosecutor v. Kupreškić*, caso No. IT-95-16, sentencia de instancia, 14/1/2000, párr. 566.

⁴⁸ TPIY, *Prosecutor v. Karadžić y Mladić*, caso No. IT-95-5/18-R61, transcripción de la audiencia, 11/7/1996, pp. 959-960.

⁴⁹ TPIR, *Akayesu*, *cit.*, sentencia de instancia, párr. 688.

⁵⁰ TPIY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, caso No. IT-95-30/1-T, sentencia de instancia, 2/11/2001, párr. 186.

⁵¹ TPIY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, caso No. IT-96-21, sentencia de instancia, 16/11/1998, párr. 495-496.

⁵² TPIY, *Kunarac, Kovač & Vuković*, *cit.*, sentencia de instancia, párr. 542.

⁵³ TPIY, *Kupreškić*, caso No. IT-95-16, *cit.*, sentencia de instancia, párr. 566.

⁵⁴ Manteniendo la tradicional aproximación al problema de la violencia sexual contra las mujeres, basada en el honor, también se incluye en la misma disposición “todo atentado contra el pudor”.

⁵⁵ TPIY, *Kunarac, Kovač & Vuković*, *cit.*, sentencia de instancia, párr. 405-409.

⁵⁶ *Ibid.*, párr. 408, y *Furundžija*, *cit.*, sentencia de instancia, párr. 172.

⁵⁷ El artículo 3 común, aplicable a conflictos armados no internacionales, prohíbe “en cualquier tiempo y lugar” y respecto de las personas que no participen directamente en las hostilidades:

“a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;

b) la toma de rehenes;

c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.”

⁵⁸ TPIY, *Prosecutor v. Tadić*, caso No. IT-94-1-AR72, decisión relativa a la apelación de la defensa concerniente a la excepción judicial de incompetencia, 2/10/1995, párr. 134.

legal establecido para los crímenes de guerra y se persigan los actos individuales de violencia sexual contrarios a las leyes de la guerra, sobre todo por las dificultades probatorias que pueden plantear los crímenes contra la humanidad, al requerir prueba de la existencia de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil al cual subyace una política organizada.⁵⁹

Además de su calificación como crimen contra la humanidad y como infracción de las leyes y usos de la guerra, la violencia sexual también ha sido considerada una práctica de *genocidio*, pues puede servir de distintas formas a la destrucción total o parcial de un grupo nacional, étnico, racial, o religioso, como tal. Por ejemplo, la violación o el forzar a una persona a desnudarse pueden causar una lesión grave a la integridad física o mental, en los términos del artículo II.b) de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948).⁶⁰ Es más: la violación puede ser una medida destinada a impedir los nacimientos dentro del grupo, bien porque el trauma afecte a la capacidad reproductora de la víctima, bien porque el ataque provoque el repudio del grupo, o incluso porque, según la estructura de la sociedad, se entienda que la etnia se transmite por vía paterna.⁶¹

II. AVANCES Y RETROCESOS EN LA INCORPORACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO A LOS CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL

La incriminación de prácticas de violencia sexual como crímenes de Derecho internacional y la decidida aplicación de estos tipos por parte de los Tribunales Penales Internacionales constituye ya un paso de gigante en la incorporación de la perspectiva de género al Derecho internacional penal, pero indudablemente no es suficiente. Los actos de violencia contra las mujeres no se agotan con los ataques sexuales, sino que a menudo son víctimas de graves violaciones de sus derechos simplemente por los roles sociales que se les atribuyen.

Sin embargo, no está resultando fácil luchar desde el Derecho internacional penal contra las ideas preconcebidas que favorecen formas específicas de violencia de género contra las mujeres. Una muestra clara de estas dificultades es la noción restrictiva de *género* incluida en el Estatuto de la CPI, fruto de largas y arduas ne-

⁵⁹ T. Meron, "Rape as a Crime...", en *op. cit.*, 428; Cate Steains, "Gender Issues", en R. S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute – Issues, Negotiations, Results*, La Haya, Kluwer Law International, 1999, pp. 357-390, en pp. 361-362.

⁶⁰ TPIR, *Akayesu*, *cit.*, sentencia de instancia, párr. 732.

⁶¹ En Yugoslavia ese efecto se buscó con los embarazos forzados causados por serbios (Todd Salzman, "«Rape Camps», Forced Impregnation and Ethnic Cleansing", en A. L. Barstow (ed.), *War's Dirty Secret...*, pp. 63-92, en pp. 78-79).

gociaciones, en contraste con la práctica de los tribunales penales internacionales, muy receptivos a dar un tratamiento progresista y a menudo muy innovador a la incriminación internacional de la violencia de género, que refleja –a la par que promueve la mayor sensibilidad de la sociedad internacional hacia esta cuestión.

Para profundizar en estos planteamientos, se procederá seguidamente a comentar los inconvenientes que suscita la noción de *género* en el Estatuto de la CPI (§A), para, ulteriormente, mostrar algunos ejemplos de la incorporación de la perspectiva de género en la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales (§B).

A. La noción de *género* en el Estatuto de la Corte Penal Internacional

La perspectiva de género logró –no sin dificultad– introducirse en los trabajos preparatorios para la creación de la CPI y en las negociaciones durante la Conferencia de Roma,⁶² manifestándose esencialmente de dos formas en el Estatuto:

–Por un lado, se confirma el carácter criminal de diversas prácticas de violencia sexual, incriminadas tanto dentro de los crímenes contra la humanidad como dentro de los crímenes de guerra, como se veía en el apartado precedente, y además se incluyen previsiones específicas sobre género en otras modalidades criminales –así ocurre con el crimen contra la humanidad de persecución por motivos de género (artículo 7.1.h).

–Por otro lado, la incorporación de crímenes que afectan especialmente a las mujeres se complementa con la inserción de referencias expresas al *género* en otras partes del Estatuto. En este sentido, cabe destacar las disposiciones relativas al tratamiento de las víctimas de violencia de género y de violencia sexual⁶³ y las previsiones respecto a la participación de mujeres⁶⁴ y de personas expertas en

⁶² A este respecto fue esencial la labor de *lobby* desempeñada por el Women's Caucus for Gender Justice, una red de mujeres creada en 1997 para promover la incorporación de la perspectiva de género en las negociaciones del Estatuto de la CPI. El Caucus concluyó su trabajo en 2003, tras la primera elección de los jueces.

⁶³ El principio general sobre el tratamiento de víctimas y testigos se establece en la Regla de Procedimiento y Prueba n° 86: “Una Sala, al dar una instrucción o emitir una orden y todos los demás órganos de la Corte al ejercer sus funciones con arreglo al Estatuto o a las Reglas, tendrán en cuenta las necesidades de todas las víctimas y testigos de conformidad con el artículo 68, en particular los niños, las personas de edad, las personas con discapacidad y las víctimas de violencia sexual o de género”. Véase también los artículos 54.1.b) y 68 Estatuto de la CPI y las Reglas de Procedimiento y Prueba No. 16.1.d), 17.2.a.iv) y b.iii), 18.d), y 112.4.

⁶⁴ Véase artículos 36.8.a.iii) y 44.2 Estatuto de la CPI

temas de género⁶⁵ en los órganos de la CPI.⁶⁶ Asimismo, al referirse al principio de no discriminación, el Estatuto y los demás documentos de la CPI optan por hablar de “género”, a diferencia de la generalidad de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, que prohíben la discriminación entre hombres y mujeres teniendo únicamente en cuenta el criterio biológico del *sexo*. Esta formulación es innovadora por cuanto aborda las diferencias entre hombres y mujeres no en términos puramente biológicos, sino tomando como referencia la construcción social de los roles masculino y femenino a la que hace referencia la noción de *género*.

Sin embargo, el alcance de estos desarrollos queda en cierta medida limitado por la noción de *género* que recoge el Estatuto en su artículo 7.3, en el que se dispone que, a los efectos del Estatuto, “se entenderá que el término ‘género’ se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad”, sin que pueda darse al término más acepción que ésta. Esta definición resulta excesivamente restrictiva y poco o nada aporta al criterio del sexo habitualmente utilizado,⁶⁷ de manera que su inclusión parece contrarrestar los progresos en la incorporación de la perspectiva de género al Derecho internacional penal, pues, así formulado, el género se estaría equiparando al sexo biológico,⁶⁸ obviando la dimensión social y contingente de aquellas diferenciaciones entre hombres y mujeres que no tienen un fundamento biológico.⁶⁹

Aunque para evitar estos inconvenientes hubiera sido preferible omitir cualquier definición del término, su inclusión fue una decisión de compromiso, ante la exigencia de algunos Estados (principalmente los del grupo árabe y la Santa Sede) de que se definiera así, preocupados como estaban porque la construcción social del género pudiera abarcar también la homosexualidad, el lesbianismo, la transexualidad o el hermafroditismo.⁷⁰

⁶⁵ Véase artículos 42.9 y 43.6 Estatuto de la CPI y Regla de Procedimiento y Prueba No. 19.e).

⁶⁶ Sobre estas cuestiones véase C. Steains, “Gender Issued”, en *op. cit.*, pp. 357-390.

⁶⁷ Brenda Cossman, “Gender Performance, Sexual Subjects and International Law”, en *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. XV(2), 2002, pp. 281-296, en p. 283; Brook Sari Moshan, “Women, War and Words: The Gender Component in the Permanent International Criminal Court’s definition of Crimes Against Humanity”, en *Fordham International Law Journal*, vol. 22(1), 1998, pp. 154-184, en pp. 178-179.

⁶⁸ B. Cossman, *ibid.*, p. 284; Hilary Charlesworth, “Feminist Methods In International Law”, en *American Journal of International Law*, vol. 93(2), 1999, pp. 379-394, en 394.

⁶⁹ H. Charlesworth, “The Gender of International Law. Remarks”, en *American Society of International Law Proceedings*, vol. 93, 1999, pp. 206-209, 206.

⁷⁰ Valerie Oosterveld, “The Definition of ‘Gender’ in the Rome Statute of the International Criminal Court: A Step Forward or Back for International Criminal Justice?”, en *Harvard Human Rights Journal*, vol. 18, 2005, pp. 55-84, en 64-65 y 72; B. Cossman, *op. cit.*, 284. Paradójicamente, las referencias al “sexo” –término preferido por estos Estados– como motivo prohibido de discriminación han sido interpretadas en el ámbito de los derechos humanos en sentido amplio, incluyendo la orientación sexual; por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos opinó en el asunto *Toonen* que “se debe estimar que la referencia al «sexo»,

A cambio tuvieron que aceptar la inserción de la expresión “en el contexto de la sociedad”, con la que los Estados más progresistas pretendían reflejar de alguna forma los aspectos sociológicos de la noción de género,⁷¹ de tal forma que esa fundamentación de la noción de *género* en la dimensión biológica de la distinción entre mujer y hombre quedara matizada con la remisión al contexto social como marco de referencia para la determinación de su alcance.⁷² No obstante, dicha expresión ha sido criticada y se ha considerado poco clara y posiblemente más restrictiva que la habitual concepción del género como noción que implica roles socialmente construidos,⁷³ aunque hay quien defiende que, pese a su escasa claridad, ofrece a los jueces de la CPI la flexibilidad necesaria para delimitar su contenido en relación con cada caso que deban conocer.⁷⁴ De esa manera, el efecto limitativo que *a priori* se derivaría de la letra de la definición podría quedar neutralizado dependiendo de la aplicación que la CPI haga de la misma en el futuro.

B. La perspectiva de género en la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales

Junto a los desarrollos jurisprudenciales en materia de crímenes de violencia sexual, los Tribunales Penales Internacionales se vienen mostrando particularmente sensibles a la hora de tener en cuenta la perspectiva de género en sus decisiones. Aunque en ocasiones los estereotipos siguen siendo más poderosos que

que figura en el párrafo 1 del artículo 2 y en el artículo 26 [PIDCP], incluye la inclinación sexual” (ONU, Doc. CCPR/C/50/D/488/1992, *Comunicación No. 488/1992, Nicholas Toonen v. Australia*, 4 de abril de 1994, párr. 8.7). De todas formas, el artículo 7.3 no permite alcanzar conclusiones definitivas sobre si la orientación sexual tiene o no cabida en su literalidad (véase V. Oosterveld, *ibid.*, p. 77, admitiendo esa posibilidad; *cf.* H. Charlesworth, “The Gender of International...”, en *op. cit.*, 207, excluyéndola); además, la falta de consenso en la Conferencia de Roma sobre si la noción de *género* incluye o no la orientación sexual pone de relieve la ausencia de una norma jurídica internacional sobre esta materia que imponga a los jueces de la CPI una determinada interpretación (C. Steains, “Gender Issues...”, en *op. cit.*, p. 374).

⁷¹ C. Steains, “Gender Issues...”, en *op. cit.*, p. 375.

⁷² De manera que el Estatuto construye la noción sobre una base biológica, pero no sobre el determinismo biológico vinculado al sexo por el que algunas delegaciones en la Conferencia de Roma abogaban (V. Oosterveld, “The Definition of...”, en *op. cit.*, pp. 72-73).

⁷³ B. Cossman, “Gender Performance...”, en *op. cit.*, p. 284; Rhonda Copelon, “Gender Crimes as War Crimes: Integrating Crimes Against Women into International Criminal Law”, en *McGill Law Journal*, vol. 46(1), 2000, pp. 217-240, en 237. La Relatora Especial sobre formas contemporáneas de esclavitud interpretó que la definición de *género* contenida en el ECPPI era “coherente con otras formulaciones más claras en las que el término «género» se refiere a «las funciones socialmente establecidas de la mujer y del hombre en la vida pública y privada»” (ONU, Doc. E/CN.4/Sub.2/2000/21, *La violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado. Actualización del informe final presentado por la Sra. Gay J. McDougall, Relatora Especial*, 6 de junio de 2000, párr. 26).

⁷⁴ V. Oosterveld, “The Definition of...”, en *op. cit.*, p. 74.

las buenas intenciones, y llevan a los tribunales a planteamientos discutibles, en general, sus esfuerzos en este ámbito están proporcionando referencias muy interesantes de incorporación de la perspectiva de género en la aplicación del Derecho internacional penal, que a su vez busca generar cambios de mentalidad en la sociedad a la que pertenecen las víctimas. Para ilustrar esta práctica se presentan a continuación algunos ejemplos extraídos de la jurisprudencia de tres tribunales: el TPIY, el TPIR y la Corte Especial para Sierra Leona (CESL).

Comenzando por el TPIY, se puede decir que este Tribunal ha mantenido una cierta dualidad en cuanto al tratamiento de las cuestiones de género, consecuencia esencialmente del uso de un lenguaje poco neutral.⁷⁵ Así, por ejemplo, es criticable la forma en que se define la violación –pues parece sugerir que se comete exclusivamente por hombres, o que sólo las mujeres son sujetos pasivos de este crimen, planteamiento éste infundado, ya que no se trata de un crimen que deba ser considerado especial en razón del sujeto pasivo, ni se justifica que el género de la víctima sea incorporado a los elementos del tipo–, y que contrasta con la definición conscientemente neutral de la violación en el marco de la CPI,⁷⁶ o incluso con la propuesta por el TPIR.⁷⁷

De hecho, se observa un uso sesgado de la noción de *violación* por parte del Tribunal, con una clara influencia de estereotipos de género, que lo llevan a excluir el calificar como violaciones ciertos ataques sexuales contra hombres que se conforman a los requisitos de la definición. Por ejemplo, la Fiscalía acusó expresamente a Stevan Todorović de violaciones por forzar a distintos prisioneros a realizarse recíprocamente y en público actos de felación.⁷⁸ En el cuerpo de la sentencia condenatoria, sin embargo, esta calificación desaparece a favor de la referencia a *sexual assaults*;⁷⁹ igualmente, un episodio en el que se forzó a dos prisioneros a realizar actos de sexo oral, se trató en el asunto *Tadić* como un supuesto de trato cruel y de actos inhumanos.⁸⁰

⁷⁵ Véase K. Boon, "Rape and Forced...", en *op. cit.*, p. 648.

⁷⁶ De hecho, se habla de "invasión" del cuerpo en sentido amplio para que resulte neutro en cuanto al género (CPI, Doc. ICC-ASP/1/3, *Parte II.B: Elementos de los Crímenes*, 9 de septiembre de 2002, "Artículo 7 1) g)-1", nota 15).

⁷⁷ TPIR, *cit.*, *Akayesu*, sentencia de instancia, párr. 688.

⁷⁸ TPIY, *Prosecutor v. Simić et al.*, caso No. IT-95-9, segunda acta de acusación enmendada, 25/3/1999, cargos 16-24, párr. 44-46.

⁷⁹ TPIY, *Prosecutor v. Todorović*, caso No. IT-95-9/1, sentencia condenatoria, 31/7/2001, párr. 37-40.

⁸⁰ TPIY, *Prosecutor v. Tadić*, caso No. IT-94-1, sentencia de instancia, 7/5/1997, párr. 206 y 730. Askin plantea que tal vez el Tribunal optó por no abordar aquí la violencia sexual desde una perspectiva de género porque Tadić fue específicamente encontrado culpable de un hecho en el que un hombre fue violentado sexualmente (Kelly D. Askin, *Sexual Violence in Decisions and Indictments of the Yugoslav and Rwandan Tribunals: Current Status*, en *American Journal of International Law*, vol. 93(1), 1996, pp. 97-123, en p. 104).

Asimismo, es frecuente que califique la violencia sexual contraria a las leyes y usos de la guerra de “ataques a la dignidad”, retomando la terminología tradicional que evoca la protección del honor como bien jurídico a proteger, a consecuencia del uso del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 como norma de referencia para poder castigar estas prácticas dentro del artículo 3 Estatuto TPIY. En la misma tesitura terminológica se encuentra el TPIR, en tanto en cuanto las violaciones y otras formas de violencia sexual aparecen expresamente caracterizadas en su Estatuto como “ataques a la dignidad personal” (artículo 4.e). La diferencia, empero, es que la necesidad de ceñirse a esta disposición limita el margen de innovación del TPIR, mientras que el TPIY ha afirmado jurisprudencialmente su competencia en este ámbito en aplicación del artículo 3 común, por lo que podría haber optado por encajar la violencia sexual dentro de algún otro epígrafe dentro de este precepto (por ejemplo el apartado (a), que prohíbe los atentados contra la vida y la integridad corporal).

Más allá de estas críticas, la práctica del TPIY también presenta ejemplos de utilización significativa de la perspectiva de género, por ejemplo para *valorar la gravedad de los crímenes* en el momento de aplicar las normas internacionales penales. Un supuesto representativo de este uso es el asunto *Krstić*, en el que, al analizar el impacto que los crímenes cometidos contra los bosnios musulmanes habían tenido sobre la comunidad de Srebrenica, el TPIY llegó a la conclusión de que, por tratarse de una sociedad patriarcal, la eliminación de prácticamente todos los varones había acarreado graves consecuencias para las mujeres supervivientes y sus hijos, precisamente por la existencia de roles marcadamente atribuidos en función del género, de forma que el ataque se había llevado a cabo a sabiendas de que se produciría ese efecto.⁸¹

También el TPIR ha tenido muy presente la relevancia del género en la comisión de determinados crímenes, llegando a considerar un *acto criminal por sus efectos* la difusión de estereotipos de género que provocaron un incremento de la violencia contra las mujeres tutsi. En efecto, en el asunto *Nahimana, Barayagwiza & Ngeze*, el Tribunal estimó que la construcción a través de los medios de comunicación de una imagen estereotipada de las mujeres tutsi como *femmes fatales* y seductoras agentes del enemigo, atribuyéndoles un rol que las convertía en blanco previsible de ataques sexuales,⁸² constituía un acto persecutorio, y por tanto consideró a los tres acusados penalmente responsables de un crimen contra la humanidad de persecución.

⁸¹ TPIY, *Prosecutor v. Krstić*, caso No. IT-98-33, sentencia de instancia, 2/8/2001, párr. 90-93. Krstić fue condenado por genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra.

⁸² TPIR, *Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza & Ngeze, Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza & Ngeze*, caso No. ICTR-99-52, sentencia de instancia, 3/12/2003, párr. 1079.

Pero el hito más reciente en el proceso de incorporación de la perspectiva de género en el Derecho internacional penal lo ha marcado la CESL, al estimar que el matrimonio forzoso es un crimen contra la humanidad en tanto que acto inhumano.⁸³ Esta calificación fue incluida por la Fiscalía de la Corte en las actas de acusación relativas a los casos *RUF* y *AFRC* y admitida por la Sala de Instancia I en 2004.⁸⁴ Si bien la Sala de Instancia II estimó en el caso *AFRC* que el matrimonio forzoso era una forma de esclavitud sexual y por tanto quedaba subsumido en este segundo crimen,⁸⁵ la Sala de Apelación corrigió estas apreciaciones, considerando en su lugar que el matrimonio forzoso presentaba rasgos que lo distinguían de la esclavitud sexual:

First, forced marriage involves a perpetrator compelling a person by force or threat of force, through the words or conduct of the perpetrator or those associated with him, into a forced conjugal association with another person resulting in great suffering, or serious physical or mental injury on the part of the victim. Second, unlike sexual slavery, forced marriage implies a relationship of exclusivity between the “husband” and “wife,” which could lead to disciplinary consequences for breach of this exclusive arrangement.⁸⁶

Para llegar a esta conclusión, la Sala toma en consideración que las mujeres sometidas a esta práctica eran obligadas a desempeñar actividades que se estimaban deberes conyugales (relaciones sexuales regulares, tareas domésticas –como limpiar y cocinar para el “marido”–, soportar embarazos forzados y cuidar a los hijos del “matrimonio”), a cambio de que el marido le proporcionara comida, ropa y protección.⁸⁷ La mujer pasaba a ser de la exclusividad de su “esposo”, y cualquier deslealtad por su parte era castigada conforme al sistema disciplinario del *AFRC*.⁸⁸

La relevancia de esta decisión es innegable, pues supone la *criminalización de la imposición a la mujer de determinados roles basados en estereotipos de género*, apreciando la gravedad de prácticas que perpetúan la opresión de las mujeres, despreciando su libertad de decisión. Se evidencia así que la violencia contra las mujeres va más allá de la violencia sexual, y que pueden encontrarse mecanismos

⁸³ Sobre este tema, N. Jain, “Forced Marriage as a Crime against Humanity. Problems of Definition and Prosecution”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6(5), 2008, pp. 1013-1032.

⁸⁴ CESL, *Prosecutor v. Sesay, Kallon & Gbao*, caso No. SCSL-04-15, y *Prosecutor v. Brima, Kamara & Kamu*, caso No. SCSL-04-16, Decisiones de la Sala de Instancia sobre las solicitudes de la Fiscalía para enmendar las actas de acusación, 6/5/2004, párr. 57 y 48, respectivamente.

⁸⁵ CESL, *Brima, Kamara & Kamu*, cit., sentencia de instancia, 20/6/2007, párr. 704-714.

⁸⁶ CESL, *Brima, Kamara & Kamu*, cit., sentencia de apelación, 22/2/2008, párr. 195; también *Sesay, Kallon & Gbao*, cit., sentencia de instancia, 2/3/2009, párr. 2307.

⁸⁷ CESL, *Brima, Kamara & Kamu*, cit., sentencia de apelación, párr. 190.

⁸⁸ *Ibid.*, párr. 191.

dentro del Derecho internacional penal para que no quede impune. Con sus razonamientos, la Corte ha mostrado cómo se pueden abrir las puertas a una futura criminalización internacional de otros supuestos análogos, poniendo de manifiesto la potencialidad que la labor jurisprudencial puede tener para avanzar en la lucha internacional penal contra la violencia de género.

III. CONSIDERACIONES FINALES

El espectacular desarrollo del Derecho internacional penal en las últimas décadas ha venido acompañado de avances en la protección penal de los derechos de las mujeres, evidenciando una creciente sensibilidad de la sociedad internacional frente a la violencia de género. Los principales logros se han alcanzado en relación con la tipificación como crímenes de Derecho internacional de diversas prácticas de violencia sexual, que abarcan un amplio espectro de ataques sexuales y que se han incorporado transversalmente a las tres categorías criminales más graves: los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y el genocidio. Aunque estos crímenes se configuran en términos neutrales, buscando así salvaguardar la autonomía sexual cuando proceda tanto de mujeres como de hombres, es indudable que las principales beneficiarias de estas normas son las primeras, en la medida en que ellas son también las grandes víctimas de este fenómeno.

Sin embargo, todavía queda un largo camino por recorrer, pues aún persisten muchos estereotipos sociales que son utilizados para oprimir a las mujeres, y que revelan un total desprecio hacia su condición de personas iguales y libres. Es más, amparándose en la tradición y en la religión, algunos Estados consideran perfectamente aceptable y justificable la discriminación por razón de género, posición ésta que dificulta sobremedida la consecución de avances en el plano convencional, como prueban las arduas negociaciones para incorporar la perspectiva de género en el Estatuto de la CPI. Los obstáculos para alcanzar un mayor consenso entre los Estados a la hora de castigar internacionalmente la violencia de género podrían explicar el activismo de los tribunales penales internacionales, que, dentro de sus posibilidades y aprovechando los resquicios que ofrecen las normas de Derecho internacional penal material, procuran no desaprovechar la oportunidad de introducir la perspectiva de género en sus decisiones. En este sentido, algunas de sus sentencias son modelos de innovación jurisprudencial en la lucha internacional penal contra la violencia de género que pueden servir de ejemplos y antecedentes para impulsar avances en esta materia no sólo en la esfera internacional, sino también en el interior de los Estados.

LA VULNERABILIDAD DE LAS MUJERES MIGRANTES: UN FENÓMENO POCO RECONOCIDO

Mila Paspalanova

El pasado 18 de diciembre de 2009, a propósito del Día Internacional de los Migrantes, la Alta Comisionada de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el Comité de las Naciones Unidas sobre los trabajadores migratorios y el Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los y las Migrantes, señalaron que a pesar de los esfuerzos continuos de la comunidad internacional y la sociedad civil para garantizar las condiciones satisfactorias, dignas, equitativas y lícitas de la migración, los migrantes siguen siendo víctimas de agresiones con armas de fuego al tratar de cruzar las fronteras. Que son forzados a trabajar en condiciones de esclavitud. Que caen en las redes de traficantes donde son obligados a prostituirse. Que son hostigados por las autoridades. Y, además, que los Estados no aplican los estándares basados en consideraciones de género cuando a poblaciones de migrantes se trata. Por ello es que siguen estando expuestos a la mercantilización y a que sus derechos sigan siendo recurrentemente violados.

A pesar de todo el tipo de violaciones de derechos que sufren los migrantes y su elevado número de muertes, la problemática no ha atraído suficientemente la atención de la comunidad política o académica. Actualmente ningún país cuenta con un mecanismo que logre frenar los abusos que perpetran las agencias de empleo de migrantes, las cuales fortalecen la existencia y las operaciones de las redes de tráfico y trata de personas. Asimismo, en ningún país existe un mecanismo eficiente que garantice el acceso a la justicia por parte de los migrantes independientemente de su estatus migratorio. Tampoco se dispone de convenio internacional específico para las y los trabajadores domésticos, ni se cuenta con mecanismos efectivos

para la protección de los grupos de migrantes más vulnerables; tales como los niños y las niñas que están en alto riesgo de ser objeto de tráfico y de trata.¹

Para usar las palabras de la Alta Comisionada, las y los migrantes son percibidos por la mayoría de los seres humanos (sean autoridades, políticos, periodistas o ciudadanos) como personas de segunda clase que por alguna razón no son objeto de los mismos derechos que los ciudadanos regulares. La necesidad de todos los países industrializados por contar con mano de obra barata no permite el desarrollo de una política que pueda frenar los flujos migratorios. Tampoco permite la apertura de canales regulares de migración puesto que éstos aumentan el costo de la mano de obra extranjera. Así, los migrantes terminan en el limbo entre las necesidades económicas y políticas de los Estados. Esta situación a lo largo del tiempo ha aumentado los sentimientos negativos de la población en contra de los migrantes y ha fomentado considerablemente la xenofobia.

La criminalización de todo tipo de migración indocumentada y la tendencia a negarles sus derechos se hace tangible cuando vemos el tipo de lenguaje que se utiliza para referirse a ellos. Por una u otra razón, la literatura anglosajona siempre ha sido la más influyente en el análisis de los procesos migratorios. Ha tenido la fuerza suficiente como para promover ciertas políticas en torno a la migración y el respeto a los derechos de los migrantes. Pero a su vez, también ha servido a un propósito completamente contrario. Es decir, para estigmatizar la presencia de los migrantes en países de destino y para fomentar conductas discriminatorias.

Después del 11 de septiembre de 2001, los discursos sobre la seguridad nacional catapultaron una serie de políticas y de actitudes de exclusión frente a todo tipo de migrante internacional en los países de destino. Sirvieron para obstaculizar su ingreso y dificultar su estancia. El abuso del lenguaje peyorativo para referirse a los migrantes sin papeles ha tomado fuerza y ha reducido aún más las

¹ Unas dos millones de personas son víctimas de trata, 80% de los cuales son mujeres y niñas. Más de 150 000 niñas menores de edad han sido reclutadas forzosamente en conflictos armados y son empleadas también como esclavas sexuales. A pesar de estas cifras alarmantes el discurso sobre la trata de personas se centra prioritariamente en la definición del fenómeno, en su cuantificación y en pocas ocasiones sobre las causas principales que aumentan la vulnerabilidad de las mujeres a convertirse en víctimas. Las causas principales para la migración y la trata coinciden: la falta de reconocimiento de los derechos de las mujeres es el factor principal para la migración y la trata de mujeres. A pesar de que el marco normativo en materia de derechos humanos debe de proteger de igual manera a hombres y mujeres, las mujeres no gozan de los mismos derechos y, en muchas ocasiones les es negado el acceso a la ciudadanía completa dado que los gobiernos fallan en proteger y promover los derechos de las mujeres. Cuando los derechos civiles, políticos, económicos y sociales de las mujeres no son respetados, los gobiernos están creando situaciones en las cuales la trata prospera (Pearson, 2000). Al mismo tiempo muchos refugiados, más aún en el caso de las mujeres y los menores, tienen serias dificultades para salir de sus países con la documentación que se requiere (pasaporte, visado) y, a menudo, no tienen más remedio que viajar sin documentos o con documentación falsa o recurrir a redes de tráfico o ser víctimas de redes de trata de personas.

posibilidades para reconocer los derechos de las personas, hombres y mujeres, que se encuentran en esa situación. Particularmente me refiero al hecho de que en la literatura anglosajona se ha establecido como regla usar la expresión “migrante ilegal” aun cuando desde 1975 la Asamblea General de la ONU ha recomendado el término “migrante en situación irregular” o “migrante no-documentado” como términos neutrales para referirse a los migrantes sin papeles (UN, 1975). Sin embargo, esta recomendación ha tenido poca influencia fuera de la ONU. Incluso, ni el propio personal del sistema de Naciones Unidas ha logrado cumplir con esta disposición a cabalidad. En un artículo sobre las respuestas políticas a la migración indocumentada en África y Asia, Ellen Brennan (véase, Brennan, 1984), personal del United Nations Development Programme (UNDP), especificando que lo expuesto en el artículo refleja sus propias opiniones y no las de la ONU, menciona en una nota a pie de página que los términos para referirse a los migrantes sin papeles son “trabajador indocumentado”, “migrante ilegal” o “inmigrante ilegal”. Sin embargo, en su artículo únicamente adopta la expresión “migrante ilegal”. Asimismo, en el periodo entre 1981 y 2008, en artículos publicados en el *New York Times*, el término “migrante indocumentado” se ha usado 168 veces, “migrante ilegal” 896 veces e “*illegal alien*” 5 635 veces. Una revisión de los artículos en las dos revistas más influyentes en el tema de migración: *Journal of Ethnic and Migration Studies* e *International Migration Review* muestra que en más de 45% de los casos se adopta la expresión “migrante ilegal”, 30% “migrante indocumentado” y 14% de los autores usa como sinónimos los dos términos.

El problema de que se introduzca este uso del lenguaje no sólo tiene que ver con cuestiones de corte lingüístico o con una pretendida corrección política en el uso de las palabras (para ver todos los argumentos en torno este tema, véase Paspalanova, 2008). Más bien, tiene que ver con el hecho de que es mediante esta clase de terminología como se llega a manipular a la opinión pública y a reforzar la imagen negativa de los migrantes sin papeles. Como señalan Friman (2001) y Pantoja (2006): los migrantes siempre se categorizan como “ilegales” en contextos donde se relaciona la migración con la criminalidad, el tráfico de drogas o el apoyo proporcionado a los migrantes indocumentados (que es penalizado en muchos países industrializados). Dado que las palabras constituyen instrumentos poderosos para la manipulación de la opinión pública, la frase “migrante ilegal” ha llegado a adquirir lo que Charles Stevenson (1969) llama una “definición persuasiva” o una definición cuyo sentido persuasivo (emotivo) desplaza al sentido descriptivo (explicativo). Lo que en nuestro caso se traduce en una equiparación entre el derecho humano a migrar y un acto criminal. Los términos como “ilegal” o “clandestino” no se deben usar para referirse a los seres humanos. Pero no por razones de una “semántica linda”, como diría Claude-Valentine Marie (2003), o por una buena formulación de las palabras, sino porque estas palabras determinan la manera en la que

se percibe a la población de los migrantes y esto a su vez, determina la filosofía política que subyace a toda manera de gobernar esta clase de poblaciones.

La palabra “clandestino” fortalece la percepción pública que los migrantes generan un nivel de crimen elevado y que son una amenaza, por lo tanto se piensa que su presencia se debe gestionar no sólo con políticas, sino con políticas en donde el enfoque de seguridad prevalezca sobre todos los demás (sobre los derechos humanos y las cuestiones de género). Un ejemplo bastante ilustrativo sobre qué tan fácil son promovidos los términos peyorativos para referirse a los migrantes indocumentados viene del antiguo Comisario de Justicia y Asuntos Internos de la Unión Europea. Sin importar si se trata de una incompetencia lingüística o de una determinada estrategia para equiparar a la migración indocumentada con actos criminales, sus palabras muestran la postura que toman los escalones más altos de la Unión Europea en torno a la gestión migratoria. Estas palabras también indican cómo las políticas para hacer frente a la migración indocumentada pueden ser intrínsecamente parciales, precisamente, debido a la percepción de la naturaleza de la migración indocumentada:

La lucha contra la trata de personas y la migración ilegal sólo puede ser efectiva si nosotros definimos metas y aplicamos instrumentos administrativos y jurídicos a nivel Unión Europea. Los *delincuentes* que cometen estos actos *odiosos* son organizados en redes transnacionales y nosotros no debemos permitirles explotar las diferencias entre –o en efecto la insuficiencias en– la legislación nacional, para escapar de la justicia. [Traducción de la autora.]²

Sin entrar en el análisis sobre el grave error de confundir la migración indocumentada con la trata de personas, es importante resaltar que la consecuencia de esta preferencia lingüística es que en todos los casos cuando una persona deliberada o forzosamente (e.g. solicitantes de asilo rechazados que no pueden regresar a sus países de origen debido a las condiciones inseguras), permanece en un país sin documentos es considerada como criminal.

En este contexto es más preocupante la situación de las mujeres migrantes. Ellas son más vulnerables a todo tipo de abusos en su trayectoria migratoria. Se enfrentan a obstáculos más severos durante su proceso de integración social y laboral. Son menos protegidas una vez encontrándose en los países de destino debido a la falta de reconocimiento de su estatus migratorio. Y dado también a ciertos estándares o normas sociales (en los países de destino o dentro de su misma

² Véase el comunicado de prensa de la Comisión Europea del 12 de febrero de 2002 (Referencia IP/02/224) “Combating illegal immigration and trafficking in human beings: The Commission’s proposal for residence permits for victims who cooperate with the authorities reminds Member States that the phenomenon cannot be tackled at the national level alone”.

comunidad) discriminatorias hacia las mujeres, en general, y hacia las mujeres migrantes, en particular. La situación de las mujeres migrantes difícilmente es abordada a nivel teórico y a nivel político. Y los mecanismos actualmente existentes para la protección de las mujeres migrantes no logran brindar la protección necesaria. Se puede resumir que la realidad de las mujeres migrantes se ha abordado (y se sigue abordando) a un nivel muy primario: el de introducir la variable de “sexo” en las estadísticas migratorias.

Esta tendencia es preocupante cuando un breve resumen de las anteriores y las actuales tendencias migratorias muestra que las mujeres siempre han formado parte de los flujos migratorios. Las migraciones humanas siempre han formado parte en la historia de la humanidad pero han aumentado significativamente a partir de 1945 y en particular desde la mitad de los años 80 (Castles & Miller, 1999). Esta tendencia se puede observar por el hecho de que durante los últimos 15 años la población de los migrantes internacionales ha crecido más rápido que la población mundial (Morokvasic, 2002). Por ejemplo en 2002, el número de los migrantes se estima en 175 millones de personas (UN, 2002a). Este número comprende 3% de la población del planeta. Sin embargo, a esta cifra le tenemos que agregar los 31 millones de personas protegidas bajo el mandato del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), los migrantes temporales, los migrantes indocumentados, las víctimas de trata, los estudiantes en el extranjero, personas en trámite de regularización, etc. Los cuales bajo las definiciones internacionales también constituyen la población de migrantes. Lo interesante en este contexto es que aun cuando las mujeres constituyen la mitad de esta población desde hace ya más de 40 años –por ejemplo en 1960 las mujeres constituyen 47% de los migrantes, 48% en 1990 y 49% en el 2000 (ILO, 2003)– en la sociedad persiste la equivocada idea de que por lo general los migrantes son hombres. Por ejemplo, el término de “feminización de la migración” se sigue usando aun cuando las mujeres han formado una parte significativa de las migraciones humanas durante más de 70 años. Esto se corrobora con el aumento del número de mujeres que han migrado de regiones como las Filipinas o Europa del Este. Sin embargo, el término se puede aplicar para describir el cambio en los patrones de migración o el hecho que las mujeres están emigrando más frecuentemente como migrantes independientes en la búsqueda de trabajo y no como migrantes familiares.

Las mujeres también forman una proporción significativa dentro de los flujos migratorios internos. Por ejemplo, en América Latina las mujeres están migrando internamente en mayor cantidad que los hombres (Davis, 2003). Sucede lo mismo en países como Japón, las Filipinas y Tailandia (IOM, 2005b). En Asia del Sur, en particular en la India, Pakistán y Bangladesh, la migración interna ha sido dominada por hombres pero actualmente la migración de mujeres ha aumentando en par-

te como resultado de la reubicación de las industrias ligeras, tales como: la textil hacia áreas donde la mano de obra es más barata (IOM, 2005a).

A pesar del incremento porcentual de las mujeres en los flujos migratorios mencionados sigue siendo fuerte la tendencia a ignorarlas. Esta tendencia radica en el hecho de que las mujeres han sido percibidas como migrantes familiares o que acompañan a sus esposos en su trayectoria migratoria. Por lo tanto, tradicionalmente, las mujeres no se definen como actores migratorios. Resultado de esta percepción es también la subestimación del valor del trabajo de las mujeres migrantes, que no necesariamente es trabajo doméstico, y la restricción de los derechos laborales de las mujeres que son dependientes familiares. Este enfoque tampoco reconoce la dinámica de género en los flujos migratorios ni los factores, o la combinación de factores, por los que las personas están emigrando (tales como el deseo de lograr un mejor nivel de vida, escapar de la pobreza, huir de conflictos armados o escapar de la persecución, por razones de presiones sociales o familiares); factores que afectan a los hombres y las mujeres de forma distinta.

Los roles de género, las relaciones entre ellos y las desigualdades que generan afectan de manera distinta a quienes están emigrando y las razones para hacerlo. Asimismo, afectan a la toma de decisiones, a los impactos sobre los migrantes y sobre los lugares de origen y destino. La migración puede brindar nuevas oportunidades para el mejoramiento de la vida de las mujeres y puede cambiar las relaciones de género opresivas. Aun, el desplazamiento como respuesta a un conflicto puede dar como resultado un cambio en los roles de género y en las responsabilidades que cada uno adquiere produciéndose un beneficio para las mujeres. Sin embargo, la migración también puede reforzar los papeles y las desigualdades tradicionales y exponer a las mujeres a nuevas situaciones de vulnerabilidad dado su estatus migratorio. Desde la exclusión social, el aislamiento, y la falta de políticas para la recepción y la integración adecuada de las mujeres migrantes, todas ellas basadas en el reconocimiento de su diversidad cultural y sus necesidades específicas.

La migración puede brindar una fuente principal de ingreso para las mujeres migrantes y sus familias. Les puede proporcionar mayor independencia y mayor estatus social. Al mismo tiempo, las mujeres migrantes, y más si son migrantes indocumentadas, enfrentan un estigma y discriminación en cada etapa del ciclo migratorio. Antes de migrar las mujeres tienen que combatir las actitudes negativas que muchas veces se presentan en el ámbito familiar. También son víctimas de procedimientos que perjudican a las mujeres por motivos de género y de abusos por parte de agentes migratorios corruptos. De hecho, la violencia contra las mujeres, la discriminación por motivos de género, la pobreza y la violencia generalizada son algunos de los factores principales para la migración de las mujeres, que en muchas ocasiones las vulnerabilizan y aumentan el riesgo de que ellas se con-

viertan en víctimas de trata. Durante el proceso de la migración, las mujeres sufren abusos verbales, físicos y sexuales. En la mayoría de los casos, no cuentan con un alojamiento adecuado, se encuentran en mercados laborales segmentados por el sexo, el trabajo de la mujer migrante es comúnmente peor remunerado que el de los hombres, los horarios de trabajo son más largos y los contratos son menos seguros (Jolly y Reeves, 2005). Al regreso a sus países, en muchas ocasiones, las mujeres son excluidas por sus familiares, sus matrimonios se han roto, las posibilidades de integración laboral se han disminuido, situación que las obliga de nuevo a migrar como medio de subsistencia.

POSICIÓN DESIGUAL EN EL MERCADO LABORAL

En el hogar las mujeres tienen poca influencia sobre la decisión de migrar. Esto se debe a las relaciones de género presentes y a las jerarquías dentro del hogar. La emigración de las mujeres muchas veces se decide en el hogar y como estrategia para la generación de recursos y la recepción de remesas. Por ejemplo, las familias filipinas suelen estimular a las mujeres a emigrar considerando que ellas son más confiables al momento de mandar las remesas. Hay pocos estudios sobre las remesas enviadas por mujeres, pero existen evidencias de que las mujeres remiten más dinero y reciben más remesas que los hombres (Sorensen, 2005; Alvarado y Sanchez, 2002). Las remesas juegan un papel fuerte en el proceso de cambio de los papeles de género: las mujeres que remiten dinero pueden ganar más respeto en la comunidad de origen y pueden llegar a tener más control sobre los recursos familiares y las decisiones que se hacen en la familia. Sin embargo, la expectativa de que las mujeres remiten más puede constituir una mayor carga sobre las mujeres migrantes. El hecho que las mujeres han empezado a remitir dinero también ha resultado en que los hombres prefieren remitir sólo a sus hermanos o padres y así se refuerzan las jerarquías de género.

Una vez en el extranjero, las mujeres enfrentan condiciones laborales francamente discriminatorias. Comúnmente, los trabajos que ejercen los hombres son denominados como “calificados”, mientras que, los que realizan las mujeres se denominan como “no-calificados”. Obviamente, los trabajadores “calificados” gozan de más derechos laborales. En los países de recepción las políticas migratorias favorecen a la migración regular para la ocupación de puestos calificados. El resultado de esto es que las mujeres se ven obligadas a usar canales irregulares de migración. Incluso dentro del mismo campo de trabajo, como por ejemplo, la industria textil, los hombres migrantes pueden llegar a tener puestos ejecutivos mientras que las mujeres rara vez gozan de alguna promoción laboral (Jolly y Reeves, 2005). Las mujeres calificadas suelen ser contratadas en lo que se denomina ocu-

paciones sociales o de bienestar (trabajo social, educación, enfermería) o, en otras palabras, en los sectores que tradicionalmente se consideran femeninos.

Indicadores de la marginalidad laboral de las mujeres migrantes demuestran menor participación en el mercado laboral, trabajos de menos estatus social, malas condiciones laborales e ingresos bajos (Piper, 2005). Otra característica del desempeño laboral de las mujeres migrantes se ve reflejada por la significativa diferencia que hay en la percepción de su nivel de profesionalización. Sus habilidades profesionales, conocimientos, nivel de escolaridad y calificación laboral, regularmente se subestiman en los países de destino. Este patrón es más claramente observado en el caso de las mujeres migrantes de las Filipinas, Europa del Este y América Latina emigrando hacia la Unión Europea, Canadá o los Estados Unidos; países donde el capital humano que aportan las y los migrantes se desvalora.

En los casos de reunificación familiar, al que las mujeres son más propensas que los hombres, la incorporación laboral de las mujeres también se dificulta dado que en los países receptores no les ofrecen condiciones laborales que correspondan con sus calificaciones profesionales, o establecen limitaciones para su integración laboral. Por ejemplo, en la mayoría de los países de la Unión Europea el dependiente familiar no goza de los mismos derechos laborales que el migrante principal. La reunificación familiar afecta desproporcionadamente y de manera negativa a las mujeres: existe evidencia que cuando la mujer es migrante principal acompañada por su pareja y la última no encuentra trabajo, el factor de los papeles de género toma importancia y las mujeres llegan a sufrir violencia doméstica (Jolly y Reeves, 2005).

El papel en el mercado laboral de las mujeres migrantes se empieza a documentar más ampliamente entre 1980 y 1990. Se ha documentado la prevalencia de las mujeres migrantes en los Estados Unidos a partir de 1993; relacionado con el despliegue de fuerzas militares al extranjero (de acuerdo con la teoría de los sistemas mundiales) (Houstoun *et al.*, 1984). Los autores apuntan que unas 200 mil mujeres asiáticas, esposas de personal militar estadounidense, radicaban en los Estados Unidos a principios de 1980. De acuerdo con los problemas relacionados a la incorporación laboral de las mujeres migrantes ya señalados (*idem.*), las mujeres migrantes tienen menor participación laboral que las mujeres estadounidenses y, si fueron empleadas, sólo en 28% de los casos trabajaban en los sectores altamente calificados mientras que en los demás casos se encontraban en ocupaciones de bajo estatus social, trabajos no-calificados o trabajos en el sector doméstico.

La segmentación laboral de las mujeres migrantes proviniendo de países no anglosajones se observa también en Australia donde están sobrerrepresentadas en la industria manufacturera. Ahí se observa la mayor explotación y la menor protección laboral. Por lo general, las mujeres migrantes de países no anglosajones viviendo en sociedades industriales se han convertido en una fuente de mano de

obra barata, dispensable, fácil de explotar y sin ser sujeto de respeto de los derechos humanos más básicos.

MIGRACIÓN POR MOTIVOS RELACIONADOS CON NORMAS DE GÉNERO, DISCRIMINACIÓN O PERSECUCIÓN POR MOTIVOS DE GÉNERO

Además de ser migrantes dependientes, las mujeres están emigrando por varias razones adicionales que no han sido abordadas o exploradas bajo las principales teorías de migración (véase más abajo). Algunas de estas razones son, por ejemplo, la aspiración de las mujeres de empoderarse e independizarse económicamente; la migración aparece como la única forma de huir de la violencia y el abuso sexual dentro o fuera del marco de un conflicto armado; mujeres solteras, divorciadas o viudas en muchas ocasiones están migrando para escapar del estigma social; mujeres jóvenes migran dado que su libertad se está restringiendo, las obligan a casarse o mantenerse vírgenes hasta el matrimonio; mujeres lesbianas migrando hacia lugares donde hay mayor anonimidad o hacia países donde la legislación es más progresiva o existe mayor aceptación social. En otras palabras, la discriminación hacia las mujeres en todas sus formas y tipos, reduce el acceso a sustentos alternativos y provoca la migración.

La migración por motivos de persecución, ya sea por opiniones políticas, religión, etnia, orientación sexual, nacionalidad, o cualquier otro factor, afecta peor a las mujeres que a los hombres en varios niveles. Alrededor del 80% de todos los refugiados en el mundo son mujeres, niños y niñas. Esta población es afectada de manera más negativa que aquélla de los hombres, dado que las mujeres desplazadas carecen de recursos para seguir cumpliendo con las responsabilidades “del hogar” y son más propensas a sufrir violencia emocional y física. Las mujeres, en contraste con los hombres, tienen mayor riesgo de ser privadas de su propiedad, separadas de sus hijos, son privadas de servicios básicos y tienen menos posibilidades de tener acceso a actividades lucrativas.

La Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados (“La Convención”) define como refugiada a una persona que se encuentra fuera de su país de origen debido a temores fundados de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social determinado u opinión política y no puede o no requiere la protección de dicho país. La persecución por motivos de género no está citada específicamente en la Convención como uno de los motivos que podrían dar lugar al reconocimiento de la condición de refugiado. Eso se debe al hecho de que históricamente la definición de refugiado ha sido interpretada a la luz de la experiencia masculina, la cual ha significado que muchas de las solicitudes presentadas por mujeres y homosexuales hayan pasado inadvertidas (ACNUR,

2002). Sin embargo, en la última década, el análisis y los conceptos de género y sexo dentro del contexto de los refugiados han avanzado sustantivamente en la jurisprudencia, la práctica de los Estados en general y la doctrina. En este contexto tomando en cuenta que la finalidad de la Convención es asegurar la protección a las personas que no pueden contar con ella en su país de origen, aun cuando la Convención no hace referencia directa a la dimensión de género, es comúnmente aceptado que ésta puede influenciar o determinar el tipo de persecución o daño causado, y las razones de este trato. Por lo tanto, la definición de refugiado abarca las solicitudes por motivos de género y la persecución por motivos de género se puede entender como persecución por pertenencia a otro grupo social que en esta ocasión es “género”.³ Un determinado grupo social está constituido por personas que comparten una característica en común distinta al hecho de ser perseguidas, o que son percibidas como un grupo por la sociedad. A menudo, la característica será innata, inmutable o fundamental para la identidad, la conciencia o el propio ejercicio de derechos humanos. Por consiguiente, el sexo puede ser subsumido en la categoría de “grupo social”, siendo las mujeres un claro ejemplo de subgrupo social definido por características innatas e inmutables, y que por lo general reciben un trato diferenciado al de los hombres. Sus características también las identifican como grupo ante la sociedad, la cual las somete a diferentes tratos y normas en algunos países.⁴ Esta definición también abarca a homosexuales, transexuales y transvestidos. En algunas ocasiones, el tamaño del grupo ha sido utilizado para denegar la categoría de grupo social a las mujeres. Este argumento no tiene base fáctica o razón alguna, puesto que ninguno de los otros motivos de la Convención está sujeto a consideraciones de tamaño. Tampoco sería necesario que el grupo estuviera especialmente unido o que sus miembros pertenezcan de manera voluntaria,⁵ o que cada miembro del grupo esté en riesgo de persecución.⁶ Está generalmente aceptado que debería existir la posibilidad de identificar al grupo indepen-

³ La IV Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995, definió género señalando que “se refiere a las relaciones entre mujeres y hombres basadas en roles definidos socialmente que se asignan a uno u otro sexo”, completando dicha definición en el sentido de que “el término ‘género’ ha evolucionado, diferenciándose de la palabra ‘sexo’ para expresar que la realidad de la situación y los roles de la mujer y del hombre son construcciones sociales sujetas a cambio”.

⁴ Conclusión núm. 39 del Comité Ejecutivo, *Las mujeres refugiadas y la protección internacional*, 1985: “Los Estados [...] son libres de adoptar la interpretación de que las mujeres en busca de asilo que se enfrentaban a tratos crueles o inhumanos debido a haber transgredido las costumbres sociales de la sociedad en la que vivían, podían ser consideradas como “determinado grupo social”, según lo dispuesto en el Artículo 1A(2) de la Convención de las Naciones Unidas sobre Refugiados”.

⁵ *Resumen de las conclusiones: Pertenencia a un determinado grupo social*, Consultas Globales sobre Protección Internacional, Mesa Redonda de Expertos en San Remo, 6-8 de septiembre de 2001, núm. 4 (“Resumen de Conclusiones: Pertenencia a un determinado grupo social”).

⁶ Resumen de las Conclusiones: Pertenencia a un determinado grupo social, *ibid.*, núm. 7.

dientemente de la persecución; sin embargo, la discriminación o la persecución podrían ser un factor relevante a la hora de determinar la visibilidad del grupo en un contexto particular.⁷

Tanto los hombres como las mujeres pueden solicitar asilo por motivos de género,⁸ aunque la mayoría de las solicitudes suelen ser presentadas por mujeres. Es importante señalar que una o un solicitante de asilo por motivos de género puede ser perseguida(o) por las autoridades de su país, pero también por agentes no estatales (como la familia por ejemplo) y debe de ser reconocida(o) como refugiada(o) en las siguientes nueve situaciones (siempre y cuando las autoridades de su país no quieran o no puedan darle protección frente a dichos actos): 1) Cuando teme sufrir (o ha sufrido) mutilación genital; 2) Cuando es perseguida por negarse a acatar normas, valores o costumbres sociales represivas o sufrir discriminación o sufre discriminación grave por ser mujer; 3) Cuando teme ser víctima de crímenes de honor o los relacionados con la dote; 4) Cuando por su orientación sexual está expuesta a ataques, discriminación generalizada o grave; 5) Cuando es objeto de matrimonio forzoso o precoz; 6) Cuando es víctima de trata con fines de explotación; 7) Cuando es víctima de violencia sexual ejercida en el marco de conflictos armados, como la esclavitud sexual y la prostitución forzada, la esterilización y el embarazo forzoso; 8) Cuando sufre violencia doméstica o familiar;⁹ 9) Cuando sufre planificación familiar forzosa.¹⁰

⁷ Resumen de las Conclusiones: Pertenencia a un determinado grupo social, *ibid.*, núm. 6.

⁸ La "persecución por motivos de género" es un concepto que carece de un sentido legal *per se*. Se usa más para referirse al conjunto de solicitudes de asilo en las cuales el género representa una variable de relevancia en la determinación de la condición de refugiado (ACNUR, 2002).

⁹ Una de las formas más pronunciadas de violencia contra la mujer es la violencia doméstica, pero irónicamente justo por este tipo de motivo se presentan menor número de solicitudes de asilo y es el menor el número de refugiadas reconocidas por motivos de violencia doméstica. La violencia doméstica ocurre en mayor frecuencia en comparación con cualquier tipo de persecución por motivos de género. En 2003, la Relatora especial sobre la violencia contra la mujer señaló que en América Latina afecta hasta al 50% de las mujeres en la región. Asimismo según datos del Banco Interamericano de Desarrollo (2004), las mujeres en América Latina enfrentan entre cinco y ocho veces más probabilidades que los hombres de ser víctimas de violencia en sus hogares. Aun en países desarrollados, en hogares no necesariamente de nivel socioeconómico bajo, la violencia masculina en pareja se desencadena en circunstancias tales como: la mujer no obedece al hombre, le contesta mal, no tiene la comida preparada a tiempo, no atiende adecuadamente los hijos o el hogar, pregunta al hombre por cuestiones de dinero y de sus enamoradas, sale sin permiso del hombre, se niega a mantener relaciones sexuales con el hombre, el hombre sospecha que su pareja le es infiel (Organización Mundial de Salud, 2003).

¹⁰ Para garantizar la protección de las mujeres refugiadas se requiere no sólo la adhesión a la Convención de 1951 y al Protocolo de 1967, sino también a otros instrumentos internacionales pertinentes tales como: La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1996), La Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer (1978), y su Protocolo (1999), La Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada (1957), La Con-

Sin embargo la otorgación del estatuto de refugiado sobre la base de persecución por motivos de género no es una práctica establecida. Entre los pocos países donde se concede el estatuto de refugiado por tal motivo, contamos Alemania, Austria, Canadá, Estados Unidos, Nueva Zelanda, el Reino Unido, España y México. Esta realidad se debe a dos factores principales: a) la reticencia de los países a ofrecer protección internacional y recibir un mayor número de refugiados (en otras palabras, la persecución por motivos de género no se reconoce como fundamento real y la Convención de Ginebra se lee en términos muy estrictos, no se conocen o respetan las directrices del ACNUR sobre el tema); b) la falta de conocimiento por parte de las mujeres que sufren persecución por motivos de género, de los mecanismos de protección internacional o la falta de posibilidad de huir de sus países de origen para solicitar refugio. A menudo, las personas refugiadas –especialmente si son menores– desconocen que su experiencia y las circunstancias vividas en su país de origen podrían ser motivo de la protección especial que garantiza el asilo, particularmente cuando se trata de persecución por motivos de género. Asimismo, en muchas culturas el hecho de haber sido víctima de abusos sexuales es un estigma tan grande que muchas mujeres lo ocultarán para no ser rechazadas, marginadas o castigadas por miembros de su propia comunidad lo que puede resultar en un perpetuo ciclo de violencia.

LAS MUJERES MIGRANTES EN LAS TEORÍAS DE LA MIGRACIÓN

Antes decía que las mujeres conforman casi la mitad de la población de migrantes. Sin embargo, su presencia como actores migratorios no ha sido lo suficientemente reconocida por las teorías migratorias, igual que por políticas públicas en materia de migración, y, como ya fue explicado, por el lenguaje que tradicionalmente se aplica para referirse a los migrantes. Aun cuando se reconoce que la mujer es un actor más en la escena de las migraciones, los análisis sobre los motivos que tienen las mujeres para migrar, su trayectoria de migrantes, su incorporación (o falta de la misma) en los mercados laborales, su adaptación social, sus necesidades específicas, etc., es todavía sumamente limitado. No contamos con un marco teórico sólido que aborde la migración internacional bajo una perspectiva de género.

ención Internacional sobre los Derechos Políticos de la Mujer (1953), La Convención contra la Tortura y otras Penas o Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984), La Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (1993), La Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en Estados de Emergencia o de Conflicto Armado (1974), La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias (1990).

Un recorrido breve por los presupuestos principales de las teorías de la migración que se han desarrollado durante los últimos 40 años, demuestra que ninguna de ellas es adecuada para explicar las causas y los efectos de las migraciones femeninas. Estas teorías han sido desarrolladas para explicar la migración como un fenómeno homogéneo. Las teorías han hecho el énfasis en las causas de la migración, mas no se han enfocado en analizar cuestiones relativas a quien está emigrando y por qué razones. De tal manera que han fallado en reflejar el impacto de género en la decisión de migrar y en las experiencias migratorias (Boyd y Griego, 2003).

Actualmente no se cuenta con un modelo teórico que aporte una explicación de la migración de las mujeres. Que logre predecir los futuros flujos migratorios o, que aporte un análisis sobre los impactos personales y sociales de la migración femenina.

La teoría neoclásica, que es la más conocida y antigua de todas, en su modelo macro, estipula que la migración es el resultado de las diferencias geográficas, un producto de la oferta y la demanda en la mano de obra y de las diferencias salariales (Ranis y Fei, 1961; Todaro, 1969; Todaro, 1976). Países con más mano de obra en relación con el capital tendrán salarios bajos y al revés –a falta de oferta de mano de obra y mayor capital resultan en salarios más altos. Como resultado de esta falta de equilibrio entre la mano de obra y el capital, los trabajadores están emigrando hacia países ricos en capital y pobres en mano de obra. Al mismo tiempo existe un movimiento de capital proveniente de los países más afluentes hacia los países pobres en capital. Eventualmente, a través de la migración humana y el movimiento de capital se va a llegar a un equilibrio entre salarios ofrecidos y mano de obra disponible, el resultado será una disminución del flujo migratorio.

En su modelo micro, la teoría neoclásica conceptualiza la migración como una forma de inversión en capital humano. En otras palabras, las personas están migrando hacia lugares donde pueden ser más productivas considerando sus capacidades a base de un cálculo de costos y beneficios que resulta positivo si se decide migrar (Todaro, 1969; Borjas, 1990).

La teoría neoclásica fue desarrollada para explicar las migraciones hasta los años 70, pero actualmente se sigue aplicando para justificar movimientos migratorios indocumentados o para entender las políticas de contratación de mano de obra extranjera para periodos cortos en algunos países europeos (tales como España, Alemania, Bélgica y el Reino Unido). Sin embargo, la teoría no puede responder a varias críticas como, por ejemplo, por qué bajo circunstancias iguales unos países son expulsores de migrantes y otros no; por qué entre países con salarios semejantes existe migración o entre países con distintos salarios y distinta oferta de mano de obra no existe migración. Asimismo, subestima la importancia de todos los factores no económicos para tomar la decisión de emigrar y las características

personales de los migrantes. Finalmente, la teoría neoclásica no reconoce de ninguna forma el papel de la mujer en el escenario migratorio. La teoría, sí, aclara el movimiento masivo de mano de obra masculina, pero es completamente ciega al hecho de que los hombres migrantes por lo general vienen acompañados por esposas u otros familiares y falta en explicar las motivaciones y las consecuencias de las migraciones femeninas. Se puede concluir que a partir de los primeros esfuerzos de teorizar sobre la migración internacional la figura de la mujer migrante ha sido ignorada y esta tendencia teórica no ha cambiado hasta la fecha.

Se han hecho múltiples esfuerzos para mejorar el marco teórico en torno a las migraciones humanas, pero ninguno de ellos ha incorporado la perspectiva de género en su enfoque. La nueva economía de las migraciones da un paso adelante en la explicación de las migraciones internacionales estipulando que las decisiones de migrar no se toman por actores individuales, sino por los hogares que tratan no sólo de aumentar su esperado ingreso, sino también, de minimizar los riesgos así como los impactos negativos de distintos problemas relacionados con los mercados (no sólo los laborales, también el de los seguros, el del capital y de crédito, entre otros) (Stark, 1984; Stark y Bloom, 1985; Katz y Stark, 1986; Stark, 1991). La consideración de la familia, del hogar, y a veces de la comunidad, como unidades de toma de decisión sobre una potencial migración puede hacer a uno pensar que las mujeres dentro de la familia/el hogar/la comunidad, bajo este enfoque teórico, ejercen algún peso en la toma de decisión, pero esto no es el caso. De nuevo las migraciones femeninas quedan olvidadas y el papel de la mujer migrante como agente de toma de decisión dentro del hogar se subestima.

La primera teoría que de forma indirecta reconoce la figura de la mujer migrante es la teoría del mercado laboral segmentado¹¹ (Piore, 1979). Según esta teoría existe una necesidad intrínseca del trabajo de los migrantes en todas las sociedades industriales por cuatro razones principales: la inflación estructural,¹²

¹¹ El concepto de mercado segmentado se refiere a la existencia de dos mercados laborales: el primario, cuyas características son salarios altos, puestos laborales calificados, y la posibilidad de ascender en la estructura socioeconómica; y el secundario que incluye puestos laborales de bajo estatus social, bajos salarios, condiciones de trabajo inestables y en muchas ocasiones peligrosos y falta de protección laboral.

¹² Este concepto se refiere al hecho que los salarios reflejan no sólo las condiciones de demanda y oferta de mano de obra, también aspectos de estatus y prestigio siendo que todos los puestos y niveles laborales reflejan las jerarquías sociales y tienen un significado social. Por lo tanto, cuando surge necesidad de mano de obra en los niveles salariales más bajos, éstos no se pueden aumentar libremente para atraer a potenciales trabajadores, dado que los que ocupan niveles más altos anticipan un aumento salarial también. Así resultaría que el costo de aumentar los salarios en los niveles más bajos es significativo para el empleador y la única solución barata es importar mano de obra extranjera.

las limitaciones jerárquicas en la motivación,¹³ el dualismo económico¹⁴ y el surgimiento de enclaves étnicos.¹⁵ Los primeros tres factores determinan la constante demanda de trabajadores dispuestos a trabajar en malas condiciones; sin seguridad laboral y sin prospectos de desarrollo. En el pasado esta demanda se cubría por tres grupos de personas: mujeres, estudiantes y migrantes de las zonas rurales hacia las zonas urbanas. Las mujeres, según la teoría del mercado laboral segmentado, acostumbraban a trabajar antes de contraer matrimonio o antes de tener a su primer hijo o hija. Por lo tanto, sus actividades laborales no son percibidas ni como fuente de ingreso ni como forma de adquirir cierto estatus social. Sin embargo, se puede concluir que esta explicación de las migraciones femeninas es sumamente limitada y actualmente no es adecuada para explicar la motivación de la mujer para migrar. Otra crítica que se puede extender a la teoría es que ignora la importancia de todo tipo de motivaciones personales para migrar y limita las razones para la migración sólo al nivel de la demanda de mano de obra en los países receptores.

La teoría de los sistemas mundiales, desarrollada sobre la base de la teoría histórico-estructural, también minimiza la explicación de la migración de las mujeres hasta el nivel de la migración familiar (Wallerstein, 1974). Bajo el enfoque de los sistemas mundiales, la razón principal para la migración humana es la expansión de las economías capitalistas desarrolladas hacia los países en proceso de desarrollo y es relacionada a los mecanismos políticos de poder y dominación. La migración femenina bajo este enfoque teórico es el resultado de los matrimonios contraídos entre mujeres locales y el personal militar que ha sido desplegado para salvaguardar el orden geopolítico en países que están en proceso de desarrollo. No es necesario reflexionar sobre el hecho de que esta explicación es también superficial y sin posibilidad de capturar las distintas razones que pueden llegar a tener las mujeres al momento de migrar. La teoría enumera varios factores adicio-

¹³ Las personas trabajan no sólo para la remuneración, también para obtener y mantener cierto estatus social. Los problemas de motivación más fuertes se observan en el punto más bajo de la jerarquía laboral donde el estatus social es más bajo y no existen posibilidades para ascender en la escala socioeconómica. Sin embargo, este nivel laboral no se puede eliminar y por esto los empleadores requieren de trabajadores que laboran sólo para obtener pago y no estatus o prestigio. Los migrantes normalmente cumplen con este requisito dado a que por lo general no se perciben como parte de la sociedad local y por lo tanto no les interesa obtener estatus social en el país receptor. Al mismo tiempo su ingreso como migrantes aumenta su estatus social en el país de origen y su bienestar económico.

¹⁴ Los mercados laborales son caracterizados por un dualismo entre mano de obra y capital. El capital es una constante: aun en periodos de recesión los empleadores tratan de mantener y preservar el capital y el personal altamente calificado. Al contrario, la mano de obra no calificada, que responde a las necesidades del sector secundario, es dispensable y en periodos de recesión los trabajadores de niveles más bajos son los primeros que son despedidos.

¹⁵ Los enclaves étnicos tienen características de ambos mercados, primarios y secundarios y constituyen un tercer sector de empleo para los migrantes de cierto grupo étnico.

nales que promueven la migración humana como resultado de la expansión de los mercados capitalistas hacia países menos desarrollados (tales como el uso de la tierra, las prácticas de extracción de materiales crudos, el cambio en las relaciones laborales, la expansión de las redes materiales, el establecimiento de vínculos ideológicos y el surgimiento de ciudades globales) (Wallerstein, 1974). Sorprendentemente todos ellos se aplican para explicar únicamente la migración masculina mientras que la migración femenina, como ya fue mencionado, se reduce sólo a migración por razones familiares. La mujer migrante, bajo éste (y los demás enfoques teóricos) se percibe como un agente sin voluntad propia de decisión; como alguien que juega un papel secundario en la escena de las migraciones; y como alguien cuya presencia en el país de origen y en el país de destino no tiene ningún impacto.

Para mejorar la base teórica en materia de migración que hasta los fines de los años 90 analizaba la migración como un conjunto de series de eventos (tales como la necesidad y la oferta de mano de obra, la motivación de los miembros del hogar de aumentar sus ingresos, disminuir la privación relativa y minimizar los riesgos o el impacto de la perpetración de las economías capitalistas en los países no desarrollados o en proceso de desarrollo), se han propuesto dos modelos teóricos que analizan la migración como un sistema global relacionando lugares de origen y de destino y no como una respuesta particular a las necesidades económicas de los migrantes o de los países de destino. Además estas dos teorías pretenden explicar la continuidad de los movimientos migratorios e ir más allá de la explicación de la migración como un evento único en el tiempo. Estos dos modelos son conocidos como la teoría del capital social (Massey *et al.*, 1994, Massey *et al.*, 1998), y la teoría de la causalidad cumulativa (Massey *et al.*, 1987; Massey, 1990b).

Según la teoría del capital social, la migración internacional se promueve y perpetúa en el tiempo gracias a la existencia de redes migratorias (Massey, 1990a) e instituciones apoyando a los migrantes. Las redes migratorias se pueden entender como un conjunto de relaciones personales que conectan a migrantes actuales, a ex migrantes y a no-migrantes en áreas de origen y de destino a través de relaciones familiares, amistades y pertenencia a un origen comunitario compartido. La presencia constante de migrantes resulta también en el surgimiento de instituciones privadas, organizaciones voluntarias así como un mercado negro de la migración (traficantes de personas, personas que producen visas y pasaportes falsos, etc.) que tienden a facilitar la migración y proporcionar vías de migración a los que no cumplen con los requisitos formales para migrar. Esta teoría, sí tiene el poder de explicar la perpetuación de las migraciones humanas pero falla en dar explicación del origen de la migración y las razones de la migración de distintos grupos de personas tales como las mujeres.

Finalmente, la teoría de la causalidad cumulativa estipula que la migración cambia el contexto social en lugares de origen y destino, lo que aumenta la pro-

babilidad de una migración futura. La migración tiende a sostenerse a sí misma y aumenta la probabilidad de futuros movimientos migratorios debido al impacto acumulativo de ocho factores: la expansión de las redes migratorias,¹⁶ la distribución de los ingresos,¹⁷ la distribución de la tierra,¹⁸ la organización de la producción agrícola,¹⁹ la cultura de la migración,²⁰ la distribución del capital humano²¹ y las etiquetas sociales.²² Actualmente, esta teoría da la base más amplia y elaborada para explicar y prever los flujos migratorios y su continuación. Sin embargo, igual que los demás marcos teóricos carece de la fuerza explicativa suficiente para revelar las condicionantes de la migración de las mujeres.

Cabe señalar que aun cuando las teorías del capital social y de la causalidad cumulativa son las teorías más fuertes con las que contamos hoy en día, uno no debe perder de vista que sus debilidades no se reducen sólo a su ceguera hacia la migración de las mujeres. Otro problema que albergan las dos teorías, que también se puede generalizar hacia la migración femenina, tiene que ver con la definición de la red migratoria o la red social. En el ámbito de la migración, la red se percibe como una estructura evidente que nunca se define, así que llega a incluir todas las interacciones entre las personas migrantes pero falla en explicar comportamientos individuales y precisos. En los pocos casos cuando la red se define, esto se hace en términos de una estructura social entre familiares, dentro de la cual las relaciones son recíprocas y simétricas. En otras palabras un migrante recién llegado es

¹⁶ Las redes migratorias reducen los costos y los riesgos para los nuevos migrantes, por lo tanto aumentan la probabilidad migratoria.

¹⁷ Se refiere al hecho que la migración es resultado del sentido de privación relativa o en otras palabras, las personas tienden a migrar para incrementar su ingreso en comparación con otros hogares.

¹⁸ Los migrantes suelen comprar más tierra en sus lugares de origen pero también es más probable que dejen la tierra sin explotarla porque el trabajo en el extranjero sigue siendo más lucrativo que la labor agrícola. Este patrón disminuye la demanda de mano de obra local y así aumenta la presión migratoria.

¹⁹ Cuando los migrantes se involucran en la producción agrícola tienden a usar más métodos intensivos de capital dado que tienen los recursos necesarios para invertir en éstos. Esto resulta en menor necesidad de mano de obra o un desplazamiento de los trabajadores locales del mercado laboral que se traduce en un aumento de la presión migratoria.

²⁰ La experiencia de vivir en estados desarrollados cambia los gustos, los valores y las percepciones culturales de los migrantes que se acostumbran a nuevos estilos de vida y consumo que no se puede conseguir en el país de origen. A lo largo del tiempo, los valores asociados con la migración se extienden en la comunidad para incorporar más migrantes.

²¹ Con el desarrollo de las redes sociales la migración incrementa y al mismo tiempo se vuelve menos selectiva. El resultado puede ser que los países o las comunidades de origen se vacían de capital humano y suelen ser menos productivos, lo que de nuevo incrementa la presión migratoria.

²² La migración cambia la definición social del trabajo, lo que resulta en estigmatizar un gran número de trabajos: los puestos ocupados por migrantes suelen denominarse "trabajos para migrantes" y los trabajadores nacionales normalmente los rechazan. Este estigma viene por la presencia de migrantes y no necesariamente por las características del trabajo, sin embargo resulta en más demanda para mano de obra extranjera.

ayudado en muchos aspectos por los miembros de su red, pero también se espera de él que contribuya en algo a la red; ya sea con recursos materiales o no materiales. Esta definición es tan amplia que no permite analizar cómo las redes inician y sostienen la migración, ni cuál es la participación en las redes de ciertos grupos de personas tales como las mujeres. No obstante, el concepto de “red migratoria” se usa sin reparo alguno en el análisis de la migración. Que sea una definición tan aceptada nos habla de los problemas que surgen a partir de adoptar un concepto semejantemente claro pero no operacionalizado:

Por lo general, las unidades efectivas de migración no han sido, ni son, familias u hogares completos, sino *grupos de personas vinculadas por relaciones personales, de parentesco o por experiencia laboral, quienes de alguna forma se han incorporado a los Estados Unidos como una alternativa de movilidad al momento de tomar decisiones críticas para sus vidas individuales y colectivas.*” (Tilly, 1990²³ [Mis cursivas.]

Esta definición brinda un resumen de todos los puntos débiles de la “red” como concepto básico para explicar la migración. Es una definición que abarca demasiado: personas vinculadas por relaciones personales, parentesco y experiencia laboral. Sin embargo, adoptando esta definición no se reconoce el hecho de que la mera existencia de las relaciones así enumeradas no necesariamente provoca un movimiento migratorio sin la influencia de otros factores personales, sociales, políticos o económicos. Además, bajo este enfoque, también se infiere que la red funciona de manera altruista cuando éste no es el caso. Varios estudios han mostrado que cada red, sea profesional, personal o familiar, provoca la migración bajo distintos supuestos y sirve como capital social siempre y cuando los que ayudan a un migrante pueden prever algún lucro económico o no económico (Paspalanova, 2006). Otro problema es que el concepto de la “red” no puede explicar cómo la red social provoca la migración. Según la definición citada, los destinos se eligen “de alguna manera”. Esta frase indica que las “redes” no pueden explicar la migración.

Douglas Massey (Massey *et al.*, 1987) ha tratado de elaborar alguna teoría partiendo de la debilidad conceptual de la “red” y su relación con la migración. Él propone una estructura piramidal de la red migratoria. Dicha pirámide se compone de cinco niveles: en la cima encontramos a la familia, seguida por la familia ficticia, los amigos del pueblo, los residentes del pueblo y las organizaciones del pueblo de origen. Esta formulación, aún más precisa, no toma en cuenta factores y actores externos tales como la demanda de la mano de obra extranjera, las políticas migra-

²³ Mi traducción de Tilly (1990): “By and large the effective units of migration were (and are) neither individual not households, but sets of people linked by acquaintance, kinship, and work experience who somehow incorporated American destinations into the mobility alternatives they considered when they reached critical decision points in their individual or collective lives”.

torias vigentes, los agentes de reclutamiento de migrantes, las necesidades personales, etc. Además, el supuesto que las relaciones dentro de la red son simétricas es erróneo (Gurak & Caces, 1992), lo que hace que el modelo sea sumamente idealista y sin poder explicar otros fenómenos prácticos. La última limitación del modelo es que colapsa a todos los actores –familia, residentes, colegas, etc.– en una categoría mientras que todos ellos tienen distintos papeles en el proceso de iniciar y perpetuar la migración.

LA INVISIBILIDAD DE LAS MUJERES MIGRANTES EN LA PRÁCTICA

Lo expuesto anteriormente indica que ni la teoría de la migración ni la práctica política abordan el tema de las mujeres migrantes con la profundidad que éste requiere. Esta realidad tiene varias implicaciones: la falta de conocimiento riguroso sobre los motivos, las experiencias y las necesidades de las mujeres migrantes, la falta de políticas de gestión migratoria con perspectiva de género y la falta de mecanismos eficientes de protección a las mujeres migrantes, por mencionar solo algunas. Esto resulta en que la literatura sobre la migración está principalmente orientada al Estado y sus necesidades, se enfoca más en los impactos de la migración a las sociedades industriales y desarrolladas y presta poca atención a asuntos de género y de desarrollo social. La migración se percibe como un problema que se debe gestionar bajo la perspectiva de la seguridad nacional y los derechos y los intereses de los migrantes no son la prioridad a seguir.

Las políticas migratorias actualmente se están basando en el modelo tradicional de *guest workers* (trabajadores temporales) o en admitir cierto número de personas calificadas para ciertas ocupaciones durante un periodo limitado, pero restringiendo al máximo sus derechos más básicos, tales como: la reunificación familiar, la posibilidad de obtener una residencia permanente, la naturalización o la posibilidad de cambiar de trabajo. Mientras que estas políticas supuestamente son neutrales al género, ellas afectan a los hombres y las mujeres de distinta manera. El resultado son los mercados laborales segregados para hombres y mujeres; los estereotipos sobre el papel de la mujer y el hombre en el mercado laboral en países de origen y destino; y las distintas habilidades requeridas de las y los migrantes. Si las políticas de inmigración favorecen únicamente a los migrantes calificados, las mujeres suelen ser excluidas de ellas (dado que la mayoría de las posibilidades para la migración laboral legal de las mujeres se restringe sólo a ocupaciones tales como la enfermería o el trabajo social). Al mismo tiempo, la mayoría de los acuerdos bilaterales para la contratación temporal de mano de obra favorecen únicamente a los hombres, dado que estos acuerdos son diseñados para la contratación de personal en sectores tales como la construcción o la agricultura,

sectores tradicionalmente ocupados por hombres. El efecto de tales restricciones es el fomento de la migración indocumentada y de nuevo el incremento del riesgo para las mujeres de ser víctimas de trata, de acoso sexual durante la migración y de su explotación en los países de destino.

La invisibilidad de la mujer migrante también resulta en subestimar la importante relación entre la migración y el desarrollo que de por sí mismo se ha reconocido desde hace poco. Por el momento, esta relación se puede resumir al reconocer que los migrantes aportan con su cultura y conocimientos a los lugares de destino. También menciona la importancia y los beneficios de las remesas enviadas a los países de origen. Sin embargo, estos beneficios dependen de mercados laborales segmentados por sexo y políticas migratorias segregadas por género, que ofrecen distintas oportunidades para hombres y mujeres. A veces las políticas migratorias expulsan a las mujeres no calificadas a través de canales migratorios irregulares e inseguros y excluyen a las mujeres calificadas a base de políticas discriminatorias y xenofóbicas.

A nivel político la relación entre la migración y el desarrollo casi no se aborda y si se aborda el impacto del género en esta relación se subestima. Aunque se reconoce que los migrantes también son mujeres y que las causas y los impactos de la migración dependen del género, no existen esfuerzos por transversalizar la perspectiva de género en las políticas públicas sobre migración. Asimismo, los esfuerzos que existen se reducen a añadir a las mujeres como otro grupo en situación de discriminación o vulnerabilidad y reducir la problemática de las mujeres migrantes a cuestiones relacionados a conflictos armados o trata para fines de explotación sexual.

En resumen: la perspectiva de género no se transversaliza en las políticas públicas o en otras palabras, los Estados no hacen esfuerzos sistemáticos y de alto impacto para empoderar, proteger y apoyar a las mujeres migrantes. Este trabajo tradicionalmente se está llevando a cabo por parte de organismos internacionales, las organizaciones de la sociedad civil y las asociaciones de migrantes, pero aun así no llega a beneficiar y proteger plenamente los derechos de las mujeres migrantes. Idealmente el Estado debe respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de todas las personas que se encuentran en su territorio. Pero en la práctica éste no es el caso. Aun en los casos de migrantes más vulnerables, tales como las refugiadas, los Estados no logran cumplir con sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos. Algunos de los derechos principales de los solicitantes de asilo (o los potenciales solicitantes de asilo o personas que necesitan protección internacional) y las respectivas obligaciones del Estado incluyen: 1) El derecho a no ser devuelta a su país de origen ni a cualquier otro donde pudiera ponerse en peligro su vida o su integridad; 2) El derecho a la confidencialidad significando que la información proporcionada por el solicitante durante el procedimien-

to es estrictamente confidencial y no será compartida con las autoridades del país de origen del solicitante. De lo contrario, se podría poner en peligro la seguridad de esa persona o la de su familia; 3) El derecho a la no discriminación por ningún motivo; 4) El derecho a la información. Todo solicitante tiene derecho a recibir información adecuada respecto del procedimiento de su solicitud de la condición de refugiado; 5) El derecho a ser asistido por un intérprete en una lengua de su comprensión y por un asesor jurídico gratuitamente. Tanto el asesor legal como el intérprete deberían tener una preparación específica en temas de género y asilo y ser del mismo sexo que el solicitante, si así lo desea éste; 6) El derecho a la revisión de la decisión sobre el estatuto de refugiado (en el caso de México el/la solicitante que de acuerdo con el Comité de Elegibilidad no sea considerado como refugiado, tiene derecho a pedir la revisión de dicha decisión dentro de los 15 días hábiles posteriores a ser notificado).

El Estado también tiene la obligación de detectar lo antes posible, entre los extranjeros que llegan al país, la presencia de personas que pudieran necesitar la protección internacional y, muy especialmente, la de mujeres y menores susceptibles de haber sufrido persecución por motivos de género. El Estado también debe dar la oportunidad a las mujeres solicitantes de asilo de ser entrevistadas separadamente de sus familiares, por entrevistadores de su mismo sexo con una formación especializada en temas de género. Las y los entrevistadores deben de tener capacitación en materia de asilo y refugio y persecución por motivos de género para poder identificar con certeza a las mujeres que necesitan protección internacional. En muchas ocasiones las fuertes amenazas a las que están sometidas algunas mujeres que sufren persecución por motivos de género –como las víctimas de trata– podrían provocar que las personas no expongan las verdaderas razones de su temor y cuenten otras distintas en su solicitud de asilo lo que reduce la posibilidad de ser reconocidas como refugiadas.

Una vez reconocidos, los refugiados no sólo deben de gozar los mismos derechos que los ciudadanos, sino deben recibir apoyo del Estado (con o sin la colaboración del ACNUR) en el proceso de su integración local, entendida como integración social, cultural, laboral y legal. Sin embargo, los Estados receptores de refugiados rara vez cumplen con todas estas obligaciones. En el caso de México, por ejemplo, las violaciones de los derechos de la población que necesita protección internacional, se cometen desde la llegada del solicitante de asilo en el país hasta después de su reconocimiento como refugiado. Por mencionar sólo algunas irregularidades se pueden tener en cuenta los casos en los cuales las autoridades responsables de tomar una decisión sobre el estatus de refugiado no avisan a las y los solicitantes de asilo cuál fue la decisión sobre su caso y los solicitantes de asilo no pueden solicitar reconsideración del mismo; los casos en los que las y los solicitantes de asilo son expulsados del país antes de que la autoridad haya emitido una resolu-

ción definitiva sobre el caso (lo que de nuevo viola el derecho a la revisión y a la información); los casos de solicitantes de asilo detenidos en estaciones migratorias que no tienen acceso a un asesor jurídico; los casos de mujeres víctimas de persecución por motivos de género, víctimas de trata o de abuso sexual no cuentan con una entrevistadora capacitada para atenderlas; los casos en los cuales se les niega a la mujeres refugiadas reconocidas en México a inscribir a sus hijos e hijas nacidas en territorio mexicano en el registro civil; los casos en los cuales se les niega el derecho a naturalizarse en el país después de dos años de residencia como refugiados, etcétera.

A las personas reconocidas como refugiados tampoco se les garantizan todos los derechos correspondientes de residentes en México. En el caso de las mujeres refugiadas en México, se puede observar la negativa al acceso a servicios médicos dada la falta de reconocimiento de sus documentos migratorios; las niñas enfrentan fuertes problemas de discriminación en las escuelas; no faltan casos en los cuales el acceso a la educación pública en el país se les niega sin ningún argumento (Paspalanova, 2009). En cuanto a su integración laboral cabe señalar que hasta la fecha no existen programas que garanticen el acceso laboral a las mujeres refugiadas en el país, cuando una de las necesidades fundamentales de las mujeres refugiadas radica en la insuficiencia de ingresos para sostener a sus familias. Frente a la falta de mecanismos proactivos gubernamentales que faciliten el acceso al mercado laboral y combaten la discriminación hacia los refugiados, son organizaciones de la sociedad civil o el ACNUR los principales actores que promueven la integración laboral de las mujeres. Por ejemplo, en Venezuela el ACNUR junto con otras agencias y servicios jesuitas, desarrollaron 90 proyectos sólo en 2005. Lo que nos permite ver la necesidad de brindar apoyos sustantivos para la inserción laboral de las mujeres refugiadas. La población beneficiaria de estos proyectos incluye a más de ocho mil mujeres a las que les fueron entregados micro créditos para producción agrícola, actividades comerciales o de servicio. Estos proyectos además de proporcionar beneficios económicos apoyan a las mujeres a integrarse socialmente en la comunidad, pero también ayudan a las mujeres a independizarse y a sentirse psicológicamente con más posibilidades.

Otros proyectos de apoyo a mujeres migrantes que no ven sus necesidades cubiertas por los Estados incluyen las varias iniciativas de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), alrededor del mundo. Por ejemplo, para reducir el impacto de las causas principales de la trata de personas, tales como la pobreza, en Macedonia la OIM apoyó el establecimiento de 40 negocios pequeños para mujeres de 18 a 35 años radicando en comunidades pobres. Asimismo, para fortalecer la migración documentada y reducir el riesgo de trata en países como Zimbawe, Colombia, Guatemala, El Salvador y Mauritas la OIM ha establecido centros de reclutamiento de trabajadoras migrantes que deseen migrar a África del Sur (en

el caso de Zimbabwe) y a Canadá en el caso de los demás países. Además de estar involucrada en proyectos específicos para la generación de ingresos, la OIM está colaborando con Estados alrededor del mundo y promoviendo en ellos las reformas jurídicas necesarias para garantizar el reclutamiento legal y digno de las mujeres migrantes (en Tailandia y Bangladesh); también apoyando la adopción de medidas penales para castigar a los perpetradores y los intermediarios de violencia contra las mujeres migrantes (en Timor del Este y Tailandia); la Organización es más activa que los Estados mismos en el proceso de protección de los derechos humanos de las mujeres migrantes mediante acciones tales como la protección de las mujeres migrantes de abusos sexuales y violencia por motivos de género, violencia doméstica, prácticas abusivas en la contratación de mujeres migrantes y acciones contra la discriminación (en Zambia y Camerún); combatir la discriminación por motivos de género en el trabajo (en Letonia); disminuir el racismo y la xenofobia contra las mujeres migrantes (Ucrania, África del Sur); promover el bienestar físico y psicológico de las mujeres migrantes (Zimbabwe, África del Sur); situar en mejores circunstancias a las mujeres migrantes y reducir su vulnerabilidad ante el abuso (en más de 50 países entre los cuales –Kenia, Tailandia, África del Sur, Ghana, Bangladesh, Katar, Kuwait); protegiendo los derechos humanos de las niñas migrantes y en particular de las niñas no acompañadas (Zimbabwe, Botswana, África del Sur).

En cuanto a las actividades enfocadas a combatir la trata de personas incluyendo la asistencia directa a víctimas, la OIM brinda a las mujeres y a las niñas víctimas de trata, asistencia completa e inmediata; establece mecanismos de reintegración y rehabilitación de mujeres migrantes y víctimas de trata que regresan a sus países de origen e implementan programas de capacitación para agentes del orden público, agentes de migración y control fronterizo, procuradores, etc. Al mismo tiempo, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) junto con el Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujeres (UNIFEM) están implementando el Programa para la promoción del Género. Con base en los resultados que arrojaron algunos estudios, estas organizaciones han mostrado que las mujeres migrantes no conocen sus derechos. Sin embargo, y a pesar de todos estos esfuerzos, los Estados no han logrado brindar la protección adecuada a las mujeres migrantes ni a garantizar el pleno respeto de sus derechos humanos.

Si las mujeres son, por beneficiarse de la migración como fuerza para el desarrollo y empoderamiento, igual que los hombres, es necesario introducir la perspectiva de género y derechos humanos cuando se analiza su migración. Los elementos básicos de este enfoque pueden ser los siguientes:

a) Las políticas migratorias deben brindar oportunidades seguras y regulares para la migración de las mujeres y de tal manera idealmente van a reducir el núme-

ro de mujeres víctimas de trata y de mujeres que se ven forzadas a tomar canales de migración irregulares e inseguros.

b) La adopción de instrumentos internacionales de derechos humanos que garantizan la protección a las mujeres migrantes. La adopción de tales instrumentos no debe reducirse sólo a la ratificación de los instrumentos relacionados a trata, refugiados y migrantes, sino también a instrumentos específicos para la protección de los derechos de las mujeres como la CEDAW, la Resolución de la ONU 1325 y la Plataforma de Beijing.

c) Apoyar el reconocimiento y el respeto de los derechos de las mujeres migrantes durante todo el ciclo migratorio mediante campañas informativas sobre sus derechos, facilitar el envío de remesas, asegurar acceso a servicios básicos tales como vivienda, educación y salud, y fortalecer los mecanismos de denuncia de casos de violaciones de los derechos de los migrantes.

Los principios de derechos humanos básicos en su relación con los migrantes, en general, y las mujeres migrantes, en particular, son: a) no-discriminación, b) equidad, y c) igualdad ante la ley. Sin embargo, los derechos de los migrantes fallan en reconocerse debido, en parte, a que la migración internacional se gestiona bajo el enfoque de la seguridad nacional. Hace falta un mecanismo de coordinación internacionalmente aceptado para el desarrollo de políticas migratorias. Con la excepción de los mecanismos del ACNUR, reconociendo la vulnerabilidad de las mujeres migrantes y la persecución por motivos de género, faltan provisiones para la protección de la mujer migrante. El tratado más importante sobre los derechos de los migrantes, *la Convención sobre la Protección de Todos los Trabajadores Migrantes y Miembros de sus Familias*, finalmente entró en vigor en septiembre de 2003, cuando el número mínimo de ratificaciones necesarias fue alcanzado. Sin embargo, todas estas ratificaciones son de Estados expulsores de migrantes, mientras que ningún país industrial, tradicional receptor de migrantes ha ratificado dicha Convención. A pesar de que la Convención adopta un lenguaje con perspectiva de género, haciendo énfasis en que todos los derechos enumerados en ella son aplicables para ambos sexos, hombres y mujeres, la Convención no hace ninguna referencia a necesidades específicas de las mujeres o a la protección particular que se debe prestar a las mujeres desempeñándose en sectores tales como: el trabajo doméstico y la industria sexual.

BIBLIOGRAFÍA

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) (2002), *Directrices sobre la Protección Internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967*. HCR/GIP/02/01.
- Alvarado, I. y H. Sánchez (2002), "Migration in Latin America and the Caribbean: A View from the ICFTU/ORIT", en *Labour Education 2002/4*, vol. 4 núm. 129.
- Banco Interamericano de Desarrollo (2004) *Hoja Técnica No. 7: La Violencia Doméstica contra las Mujeres*, BID.
- Borjas, G. (1990) *Friends or Strangers: The Impact of Immigrants on the U.S. Economy*. Nueva York, Basic Books.
- Boyd, M. y E. Grieco (2003), *Women and Migration: Incorporating Gender into International Migration Theory*, Migration Information Source.
- Brenan, E. (1984), "Irregular Migration: Policy Responses in Africa and Asia", en *International Migration Review*, 18(3), pp. 409-425.
- Castles, S. y M. Mille (1999), *The Age of Migration. International Population Movement in the Modern World*, MacMillan Press Ltd.
- Davis, B. (ed.) (2003), *Current and Emerging Issues for Economic Analysis and Policy Research (CUREMIS II). Volume I: Latin America and the Caribbean*. Rome, Food and Agriculture Organisation (FAO).
- Friman, R. (2001), "Informal Economies, Immigrant Entrepreneurship and Drug Crime", en *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 27(2), pp. 313-333.
- Gurak D. y F. Caces(1992), "Migration Networks and the Shaping of Migration Systems", en M. Kritz, L. Tim y H. Zlotnik (eds.), *International Migration Systems: A Global Approach*, Oxford, Oxford University Press.

- Houstoun, M. F., R. G. Kramer y J. M. Barrette (1984), "Female Predominance in Immigration to the United States since 1930: A First Look", en *International Migration Review*, vol. 18, p. 4.
- International Labour Organization (ILO) (2003), *Preventing Discrimination, Exploitation and Abuse of Women Migrant Workers: An Information Guide – Booklet 1: Why the Focus on Women International Migrant Workers*, Ginebra, International Labour Organization.
- International Organization for Migration (IOM) (2005a), *World Migration 2005: Costs and Benefits of International Migration*, Ginebra, IOM.
- _____ (2005b), *Policy Brief: International Migration and Gender In Asia*, Lanzhou, China, Paper prepared for the Regional Conference on Migration and Development in Asia, 14–16 March 2005.
- Jolly, S. y H. Reeves (2005), "Gender and Migration", en *Institute for Development Studies*.
- Katz, E. y O. Stark (1986), "Labor Migration and Risk Aversion in Less Developed Countries", en *Journal of Labor Economics*, vol. 4, pp. 131-149.
- Marie, Claude-Valentine (2003), *Preventing Illegal Immigration. Juggling Economic Imperatives, Political Risks and Individual Rights*, Council of Europe, COMG.
- Massey, D. (1990a), "The Social and Economic Origins of Migration", en *Annals of the American Academy of Political and Social Sciences*, vol. 510, pp. 60-72.
- _____ (1990b), "Social Structure, Household Strategies, and the Cumulative Causation of Migration", en *Population Index*, vol. 56, pp. 3-26.
- Massey, D., R. Alarcon, J. Durand y H. González (1987), *Return to Aztlan. The Social Process of International Migration from Western Mexico*, University of California Press, Ltd.
- Massey, D., L. Goldring y J. Durand (1994), "Continuities in Transnational Migration: An Analysis of 19 Mexican Communities", en *American Journal of Sociology*, vol. 99, pp. 1492-1533.
- Massey, D., J. Arango, G. Hugo, A. Kouaouci, J. Pellegrino, y E. Taylor (1998), *Worlds in Motion. Understanding International Migration at the End of the Millennium*, Oxford, Clarendon Press.
- Morokvasic, M. (2002), "Post-Communist Migrations in Europe and Gender", en *Journal of Gender Studies*, vol. 5, pp. 15-45.
- Organización Mundial de Salud (2003) *Informe Mundial sobre la Violencia y la Salud*, OMS.
- Pantoja, A. (2006), "Against The Tide? Core American Values and Attitudes toward U.S. Immigration Policy in the Mid-1990s", en *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 32(3), pp. 515-531.
- Paspalanova, M. (2006), *Undocumented and Legal Eastern European Immigrants in Brussels*, CeSo, K. U., Leuven.

- _____ (2008), "Undocumented vs. Illegal Migrant: Towards Terminological Coherence", en *Migraciones Internacionales*, vol. 4, núm. 3, Enero-Junio.
- _____ (2009), *La integración local de los refugiados en México*, ACNUR. (en imprenta).
- Pearson, E. (2000), *Global Human Rights and Trafficking in Persons: A Handbook*, Bangkok, Global Alliance Against Traffic In Women (GAATW).
- Piper, N. (2005), *Gender and Migration*, Background paper for Global Commission on International Migration (GCIM) and appendix to the GCIM Global Report on Migration, Recommendations to the Secretary General.
- Piore, M. (1979), *Birds in Passage: Migrant Labor in Industrial Societies*, Nueva York, Cambridge University Press.
- Ranis, G., Fei, J. (1961), A "Theory of Economic Development", en *American Economic Review*, vol. 51, 4, pp. 533-565.
- Sørensen, N. (2005), *Migrant Remittances, Development and Gender*, DIIS Brief, Copenhagen, Danish Institute for International Studies (DIIS).
- Stark, O. (1984), "Discontinuity and the Theory of International Migration", *KYTLOS*, vol. 37, 2, pp. 206-222.
- _____, *The Migration of Labor*, Oxford, Basil Blackwell.
- Stark, O. y D. Bloom (1985), "The New Economics of Labor Migration", *American Economic Review*, vol. 75, 2, 173-178
- Stevenson, Ch. (1969) *Ethics and Language*, New Haven, Yale University Press.
- Tilly, C. (1990), "Transplanted Networks", en V. Yans McLaughlin (ed.), *Immigration Reconsidered*, Nueva York, Oxford University Press.
- Todaro, M. (1969), "A Model of Labor Migration and Urban Unemployment in the Less-Developed Countries", en *The American Economic Review*, vol. 59, pp. 138-148.
- _____ (1976), *International Migration in Developing Countries*, Ginebra, International Labor Office.
- UN (1975), *Measure to Ensure the Human Rights and Dignity of all Migrant Workers*, General Assembly Resolution No. 3449/XXX. UN.
- _____ (2002) *International Migration Report*, Nueva York, UNPD, ST/ESA/SER.A/220.
- Wallerstein, I. (1974), *The Modern World System, Capitalist Agriculture and the Origins of the European World Economy in the Sixteenth Century*, Nueva York, Academic Press.

MUJER, TRABAJO Y POBREZA DESDE UNA PERSPECTIVA TRANSNACIONAL

María José Fariñas Dulce

INTRODUCCIÓN

Una de las más graves y persistentes marginaciones y opresiones sufridas por una parte de la humanidad a lo largo de su historia es la de las mujeres, por el hecho de ser mujeres. Marginación y opresión que se ha manifestado en los diferentes aspectos de sus vidas y se ha traducido en la existencia de numerosos espacios negados.¹

La violencia contra las mujeres es uno de los mecanismos más persistentes del patriarcado para mantener sometida a la mujer y una de las más graves manifestaciones contra su dignidad humana. Según un artículo publicado por Valerie Hudson en *Internacional Security*, más de 160 millones de mujeres desaparecieron en el mundo sólo en 2005 (más que el total de las muertes en conflictos fronterizos, guerras civiles y genocidios de todo el sangriento siglo xx). Las causas: violencia doméstica o de género, abortos selectivos en función del sexo, enormes tasas de mortalidad durante el embarazo, tráfico internacional de mujeres y la aprobación cultural de los asesinatos de mujeres (los llamados “crímenes de honor”).

La pobreza sigue afectando hoy, sobre todo a las mujeres, de tal manera que se habla incluso de una feminización de la pobreza y de una sobrerrepresentación de la pobreza en las mujeres. La mayoría de las 1 500 millones de personas que

¹ Un interesante y, a la vez, lírico relato sobre los espacios negados históricamente a las mujeres puede encontrarse en Joaquín Herrera Flores, *De habitaciones propias y otros espacios negados: una teoría crítica de las opresiones patriarcales*, Universidad de Deusto (Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, 33), 2005.

viven con 1 dólar o menos al día son mujeres. Las niñas están amenazadas ya en su mismo desarrollo inicial, incluso a veces en su existencia física, debido a que la alimentación y las medidas de salud están dirigidas en algunos países preferentemente a los niños. Por ejemplo, de los millones de refugiados y desplazados del mundo por los conflictos bélicos o las catástrofes naturales, la mayoría son mujeres y niños.² Además, una definición amplia y multidimensional de la pobreza no sólo toma en cuenta las necesidades básicas mínimas y la carencia de ingresos, sino que incluye también la denegación de oportunidades y opciones, el no acceso a la educación o la pérdida de derechos para alcanzar una vida digna.³

I. FEMINIZACIÓN DE LA POBREZA: MÁS QUE UN ESLOGAN

La pobreza no es una condición natural de los seres humanos. Los seres humanos son empobrecidos por los intereses enfrentados en diferentes procesos sociales, económicos, políticos y culturales. Así pues, todo proceso de empobrecimiento de una parte de la población se corresponde con un proceso de enriquecimiento en la otra parte, ya sea entre sexos, entre clases sociales o entre pueblos y países.

Hace ya tres décadas, la socióloga estadounidense Diane Pearce acuñó la extendida expresión “feminización de la pobreza”⁴ para identificar el fenómeno de la discriminación de las mujeres en el acceso a los recursos y bienes económicos que ellas mismas generan dentro del Estado de Bienestar. Es un síntoma de lo que se denomina la “nueva pobreza urbana”. El empobrecimiento de las mujeres, enriquece a los hombres. Los varones detentan la propiedad casi total del mundo, mientras que las mujeres –aun desarrollando en la mayoría de los casos una doble jornada laboral– apenas participan de la riqueza mundial.

¿Qué es lo que empobrece a la mujer? En primer lugar, la maternidad, en ausencia de adecuadas políticas de conciliación y de ayuda a la maternidad, que genera diversas maneras de discriminación laboral y de falta de opciones. Y, segundo lugar y en conexión con lo anterior, la enorme segregación a causa del sexo en el mercado laboral. Paradójicamente, las mujeres se empobrecen por ser madres; los hombres se enriquecen por ser padres.

El *trabajo doméstico* no remunerado ni valorado, a pesar de ser uno de los principales soportes de la economía de mercado, sigue sin ser considerado como tra-

² Véase, Vandana Shiva, *Abrazar la vida. Mujer, ecología y desarrollo*, Madrid, Horas y Horas, 1995.

³ Naciones Unidas, *Plataforma de Acción y la Declaración de Beijing*, Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas, (1996) p. 38.

⁴ Véase, Diane Pearce, “The Feminization of Poverty: Women, Work and Welfare”, en *Urban and Social Change Review*, vol. 11, núm. 1-2, febrero, 1978, pp. 28-36.

bajo productivo desde el punto de vista económico: no es un concepto económico. Por ello, no es tenido en cuenta para el cálculo del Producto Interno Bruto (PIB) de un país, ni en los índices del “pleno empleo”. Sin embargo, este trabajo doméstico no remunerado de las mujeres ha paliado siempre la falta de responsabilidad social en el sostenimiento de la vida familiar: la atención y educación a los hijos, el cuidado de las personas mayores, la asistencia de familiares enfermos, etc. Paradójicamente, este tipo de trabajo sí es considerado relevante cuando son el Estado o el Mercado los que lo desempeñan.

II. MUJER, INMIGRANTE Y TRABAJADORA: *TRIPLE DISCRIMINACIÓN*

Los actuales flujos migratorios ponen en evidencia una peligrosa interacción entre el racismo, el sexismo y el clasismo sobre las mujeres migrantes, que trabajan bajo esa triple carga. Este esquema está profundamente engranado en la maquinaria económica, política y social de todo el mundo, y se ha reforzado más todavía en virtud de la dimensión transnacional que ha adquirido hoy el mercado internacional de mano de obra barata, según las formas del actual capitalismo global.

Según datos de la ONU, más de la mitad de la población mundial migrante son mujeres. Esto da lugar a un proletariado femenino ubicado fuera de sus países o regiones de origen, ya que afecta tanto a la inmigración externa, como a la interna. En este caso, las mujeres sí alcanzan la paridad e, incluso, la superan. Muchos hogares del mundo, pero también muchos gobiernos, dependen económicamente de las remesas del trabajo femenino migrante. Esto permite hablar actualmente de un proceso de “feminización de los flujos migratorios”, cuyo caso paradigmático es el de la migración femenina Latinoamericana a España.

Ser mujer, de clase trabajadora, de origen inmigrante y de una nacionalidad, etnia o cultura determinadas, supone experimentar diversas formas de marginación y de discriminación que se acentúan de manera simultánea y las sitúa en una situación de “vulnerabilidad social”, al margen de los rasgos individuales de estas mujeres (nivel educativo, por ejemplo) y en el contexto de las características estructurales de la sociedad receptora:

- La política migratoria de determinados países como marco favorable a la inmigración laboral de mujeres extranjeras y a su reclutamiento en el servicio doméstico, así como las modalidades propias de reagrupación familiar.
- La creciente dificultad que experimentan las familias autóctonas –especialmente las mujeres– para conciliar la vida familiar y laboral, en un contexto de insuficiente o inadecuado desarrollo de las políticas públicas conciliadoras.

- Los cambios demográficos como el envejecimiento de la población y el consiguiente incremento de las situaciones de dependencia.
- La estructura del mercado de trabajo en el que se insertan las mujeres inmigrantes, un mercado ya de por sí estructurado a partir de las desigualdades de género y de etnia, principalmente, pero también de clase.
- El recurso a la inmigración, tanto regular como irregular, permite al Estado garantizar que el mercado cubra unas necesidades de cuidado que los escasos servicios sociales y servicios para las familias no están en disposición de proporcionar; y todo ello sin coste adicional para las arcas públicas.

La mujer inmigrante es percibida como la fuerza de trabajo idónea para realizar el trabajo doméstico, puesto que se trata de una actividad socialmente poco valorada, etiquetada como sucia y escasamente cualificada, asumida como algo inherente a la condición femenina y a menudo realizada desde la economía informal. Por consiguiente, en la era de la globalización, la migración internacional femenina nos revela una emergente “internalización del trabajo reproductivo”; resultado de una creciente demanda de fuerza de trabajo femenino de otros países para ocuparse de una serie de tareas que hasta ahora llevaban a cabo mujeres autóctonas en el seno del hogar (cuidado y crianza de los hijos, tareas domésticas, cuidado y atención a familiares enfermos y ancianos...), de manera invisible, y sin percibir remuneración a cambio.⁵

A pesar de representar 50% de la población migrante mundial, las mujeres y sus problemáticas laborales, familiares, sociales y su particular situación de vulnerabilidad (explotación sexual, trata de mujeres...) siguen estando invisibilizadas cuando se habla de los flujos migratorios. Su desprotección sigue siendo mayor que la de los hombres a la hora de inmigrar. En gran parte del mundo se reconoce que las mujeres sufren de manera más aguda las vicisitudes que afectan a las personas migrantes y que, junto a los niños, son objeto de abusos que les son casi exclusivos. Esto es particularmente notorio en el caso de las migrantes indocumentadas.

⁵ Cfr. Carlota Solé y Sonia Parella, “Mujeres inmigrantes no comunitarias en el mercado laboral en España” en Tomás Clavo Buezas (ed.), *Hispanos en Estados Unidos. Inmigrantes en España. ¿Amenaza o nueva civilización?*, Madrid, La Catarata, 2006.

III. LAS ASIMETRÍAS DE GÉNERO EN EL CONTEXTO DE LA GLOBALIZACIÓN⁶

¿Es la globalización neutral en cuestiones de género? Si la globalización económica ha supuesto un desarrollo endógeno del capitalismo, y siendo éste un producto de las sociedades patriarcales, la respuesta ha de ser inevitablemente negativa. Los procesos de la actual globalización neoliberal han tenido y están teniendo consecuencias bastante negativas para las mujeres, tanto las del Norte Global como las del Sur Global.

Por lo que respecta a las mujeres, los efectos negativos del “fundamentalismo del mercado” se reflejan en varios síntomas:

a) En un reforzamiento de los esquemas sociales patriarcales y androcéntricos, con claros tintes misóginos, por ejemplo, las mujeres están realmente ausentes o *invisibilizadas* de las agendas y de los debates de la globalización, siguen padeciendo una doble jornada laboral no reconocida ni pagada, siguen siendo víctimas de la violencia concentrada o difusa, según los casos.

b) En un incremento de los estereotipos femeninos en las prácticas culturales y en los ámbitos laborales (modos de vestir, maquillajes, definición del “cuerpo femenino ideal”). Desde el punto de vista cultural, no olvidemos que en una parte del mundo se está volviendo a tapar a las mujeres, mientras en otra parte se las desnuda y se acentúan unos determinados estereotipos femeninos en el vestir o en la imagen de las mujeres.

c) En un aumento de la pobreza femenina y en un incremento de las desigualdades sociales, económicas, educativas, sanitarias y laborales entre hombres y mujeres.

Las políticas neoliberales de ajustes estructurales y de privatización de servicios públicos perjudican doblemente la situación de las mujeres. En primer lugar, por la desprotección social, la precariedad laboral y la pérdida general de derechos que acarrearán para todos –hombres y mujeres– dichas políticas. En segundo lugar, porque –como consecuencia de la manera y las características en que tradicionalmente se han ido incorporando las mujeres al mercado laboral– encontramos un amplio porcentaje de mujeres trabajando en sectores públicos de salud, de educación, de asistencia social, etc. De tal manera que, cuando los Estados privatizan estos sectores, muchas mujeres, al igual que muchos hombres, pierden el acce-

⁶ Véase más ampliamente en María José Fariñas Dulce, *Mercado sin ciudadanía. Las falacias de la globalización neoliberal*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2005; y “Las asimetrías de género en el contexto de la globalización”, en Ana Rubio y Joaquín Herrera (coords.), *Lo público y lo privado en el contexto de la globalización*, Instituto Andaluz de la Mujer, Consejería para la Igualdad y el Bienestar, Junta de Andalucía, 2007, pp. 97-115.

so y el derecho al disfrute de ciertos servicios públicos de ciudadanía, pero también son muchas las mujeres que pierden su puesto de trabajo o lo conservan pero en condiciones más desventajosas e inseguras.⁷ Además en situaciones de crisis de empleo como las actuales, las mujeres son las primeras en ser expulsadas del mercado laboral formal; son también las primeras en ser explotadas en los sectores sociolaborales informales o sumergidos, donde muchas mujeres y niñas desarrollan un trabajo a destajo, mal pagado, sin protección y sin derechos. Existe un dato añadido para las mujeres más pobres del planeta: el afán por conseguir una eficacia técnico-productiva ha impuesto un sistema económico con gastos de empleo y de producción mínimos y con una distribución desigual de ingresos y recursos, lo cual significa, en la práctica, una progresiva reducción en los salarios y en las condiciones laborales. En el caso de las mujeres y, especialmente, las pertenecientes a sectores sociales más empobrecidos y con menor grado de formación, normalmente tienen que trabajar más horas para conseguir la misma cantidad de dinero que conseguían hace unos años, pero que en muchos casos no sobrepasa ahora el límite del umbral de la pobreza. En este contexto, las mujeres y las niñas siguen estando en la situación más precaria y desventajosa de lo que ya se denomina como la “nueva división internacional del trabajo”, que se ha ido consolidando como consecuencia del hecho más irreversible y potente de la actual globalización: la externalización laboral.⁸

Si bien es cierto, que los países del tercer mundo se están convirtiendo en viveros de mano de obra barata y, en ocasiones, infrahumana, también lo es que son las mujeres más pobres de dichos países pobres, las que representan los recursos de mano de obra más baratos y explotados del planeta. Las mujeres trabajadoras del Sur Global están marcadas todavía por situaciones de pobreza extrema, analfabetismo, explotación, violencia, crímenes de honor, marginación, abusos psicológicos y sexuales de todo tipo. Pero no siempre el término Sur Global tiene un significado únicamente geográfico, es decir, que esas situaciones las encontramos también en sectores marginados, sectores informales de la economía o de la inmigración ilegal de los países del Norte Global. En muchos países la mayoría de los empleos nuevos creados pertenecen al ámbito de la economía sumergida, siendo en muchas ocasiones la participación femenina y, especialmente, de las mujeres inmigrantes, en estos sectores laborales la única posible, aunque sea la que realmente soporta el peso de la supervivencia familiar. El empleo formal y

⁷ Cfr. Haleh Afshar, “Mujeres y desarrollo. Una introducción”, en Paloma de Villota, *Globalización y género*, Madrid, Síntesis, 1999.

⁸ Un análisis muy detallado sobre las fases de la externalización laboral y sus consecuencias para las próximas décadas puede encontrarse en Robert J. Shapiro, *2020 un nuevo paradigma. Cómo los retos del futuro cambiarán nuestra forma de vivir y trabajar*, Barcelona, Ediciones Urano, 2009.

a tiempo completo, protegido socialmente, es ahora mismo un lujo que continúa siendo casi exclusivamente masculino.

Pero, paradójicamente, aunque el punto de partida es precario, la participación de la mujer en la actividad productiva se ha vuelto imprescindible en los países del Norte Global, que encuentran en su participación masiva un balón de oxígeno para el mantenimiento de los sistemas públicos de pensiones, constreñidos por las estructuras demográficas y el incesante envejecimiento de la población. Prueba de ello es que el fenómeno del empleo femenino es una pieza clave en todas las políticas activas de empleo en aquellos países. Pero la cuestión no es de calidad, sino de cantidad. En pocas ocasiones se advierte que la actividad precaria del empleo femenino de hoy conducirá a una desprotección futura o, en el mejor de los casos, a una protección insuficiente, devolviendo cíclicamente a las mujeres a niveles de pobreza (esto es, la “feminización de la pobreza”, antes aludida). La jerarquización del mercado laboral sigue ubicando a las mujeres en los segmentos más precarios, sumisos y peor remunerados del ámbito laboral formal.

Finalmente, hay que tener en cuenta que reivindicaciones tales como el acceso al empleo en igualdad de oportunidades, la no discriminación, la igualdad salarial, la protección a la maternidad, la defensa frente a los abusos sexuales o psicológicos, las medidas contra la violencia doméstica y la violencia estructural contra las mujeres, las medidas de discriminación positiva, la conciliación de la vida familiar con la vida profesional o los derechos sociales de las mujeres de acuerdo con su participación en el mercado laboral difícilmente pueden tener validez para la mayoría de las trabajadoras del denominado Sur Global, por cuanto se encuentran socialmente situadas en un estado anterior al de la lucha por los derechos, es decir, ni siquiera tienen *derecho* a tener derechos. Están situadas al margen, incluso, de la promesa utópica de la universalidad de la igualdad contractual. Esto sin olvidar el claro sesgo patriarcal que ha caracterizado desde siempre la protección institucional de los Derechos Humanos, y que ha sido ocultado por los ideólogos (hombres) de la Teoría Política contemporánea. No olvidemos que hasta mediados del siglo xx, los Derechos Humanos eran un “lujo politizado” en manos de un género: el masculino.

Esta situación ha provocado que muchos temas relacionados con la violencia contra las mujeres, especialmente, la violencia familiar, las discriminaciones en el acceso a la educación o al empleo, los problemas relacionados con la libertad y salud sexual de las mujeres, la necesidad de servicios sociales básicos para las mujeres, la falta de respeto a la autonomía, la autoafirmación y la dignidad de las mismas han sido considerados tradicionalmente como asuntos privados y, por lo tanto, no han sido tipificados como abusos o violaciones de los Derechos Humanos.

IV. MUJER Y MERCADO DE TRABAJO: LA PERSISTENTE SEGREGACIÓN FEMENINA

Los estereotipos masculino-femeninos se reproducen en el interior de la actividad laboral extradoméstica de las mujeres y generan una doble persistente segregación ocupacional: una vertical y otra horizontal.

La *segregación vertical* se manifiesta en la limitadísima presencia de mujeres en puestos de responsabilidad laboral, dadas las dificultades de acceso que se les imponen. Además, al operar con el estereotipo de que las mujeres no pueden renunciar a las tareas domésticas y al cuidado de los hijos y el marido (idea que predetermina socialmente cuál ha de ser el comportamiento de la mujer) y al carecer muchos países de adecuadas políticas públicas de conciliación de la vida laboral y familiar, no se les contrata para trabajos que requieren total dedicación y un elevado nivel de mando. Como reiteradamente señalan los informes de la ONU sobre el tema, la invisibilidad de las mujeres en los centros de decisión sigue siendo notable. Normalmente la contribución de las mujeres ni siquiera aparece en los datos oficiales. Las mujeres siguen encontrando fuertes barreras a la hora de avanzar en sus carreras profesionales. Desechadas las diferencias en rendimiento educativo entre hombres y mujeres, la discriminación aparece cuando las mujeres reúnen los requisitos para acceder al poder. Las diferencias no son de capacidad. Siguen existiendo fuertes prejuicios sobre la responsabilidad y la ambición que están dispuestas a asumir las mujeres, así como un tipo de instituciones que no facilitan la equidad de género. En España, por ejemplo, sólo hay un 6.6% de mujeres en los consejos de administración de las 300 grandes empresas españolas. Los consejos de administración se han considerado tradicionalmente como lugares de reunión para élites sociales y de negocios. Se han visto como el terreno en el que se promueven los intereses de las *old boys networks* (las redes de antiguos alumnos de colegios masculinos de élite), y se argumenta que existe un “techo de cristal” invisible que impide que las mujeres entren en las juntas directivas y en puestos de gestión importantes.

¿Por qué las mujeres avanzan en la escala de la carrera académica y profesional tan lentamente? Todos los informes realizados hasta ahora tanto por la Comisión Europea como por la Academia Nacional de Estados Unidos, concluyen que no es la falta de talento, sino más bien los prejuicios y estereotipos involucrados que afectan directamente a la responsabilidad y a la ambición que están dispuestas a asumir las mujeres, las estructuras institucionales anticuadas, la falta de transparencia en la asignación de los recursos, puestos y promociones, son las

que están entorpeciendo el acceso y el avance de las mujeres.⁹ Desde la década de los noventa, los análisis del personal universitario superior revelan una dicotomía grave en los resultados de las carreras de hombres y mujeres, en la medida en que los hombres tienen tres veces más probabilidades que las mujeres de alcanzar los puestos más altos en la investigación. Pero el dato definitivo sigue siendo el desigual reparto de las tareas domésticas y familiares entre sexos. El problema de la doble ocupación que afecta más a las mujeres que a los hombres ha atraído todavía poca atención en los diferentes gobiernos, a pesar de las políticas universales de conciliación existentes, pero en muchos casos insuficientes.

La *segregación horizontal* se refiere al mantenimiento de una división en el mercado laboral en virtud de la cual las mujeres se concentran mayoritariamente en unos sectores de actividad que tienen menor consideración social y, en general, peores condiciones de trabajo. Se manifiesta de dos maneras: a) mediante la exclusión de las mujeres de determinadas profesiones como, por ejemplo, la industria pesada, la construcción, la electricidad, la automoción..., y b) mediante la concentración de la actividad laboral de las mujeres en profesiones consideradas “femeninas”. Las mujeres con menor formación trabajan habitualmente en el pequeño comercio, en el servicio doméstico, en la hostelería. Las que tienen estudios medios se colocan en las secciones de ventas macro comerciales, en el trabajo administrativo de la banca, en compañías de seguros, etc. Las que poseen estudios superiores se orientan profesiones “terciarizadas modernas”.¹⁰ Profesiones especializadas muy bien retribuidas son aún monopolio casi total de los hombres.

En el plano salarial, la situación es aún peor. Según un estudio sobre el mercado laboral en España, realizado por la empresa Manpower, las mujeres ganan 50% menos que los hombres en el sector privado español y 10.7% menos en el sector público. Lo que significa que el salario medio de la mujer en España es 34.7% inferior al del hombre. El estudio señala que la desigualdad se “acrecienta” a medida que aumentan los años de experiencia laboral. Trabajan 13% menos de la media los hombres, en posiciones de menor responsabilidad y en empresas con salarios más bajos. Precisamente, el estudio indica que la presencia del hombre es muy elevada en sectores como el industrial, con empresas más grandes y mayores sueldos, mientras que la mujer predomina más en el sector servicios u otros “no cualificados”.

⁹ “Las reglas sociales, los procedimientos y los méritos con los que los sujetos son evaluados en todos los ámbitos de la vida, están marcados por el poder, un poder de género”. Véase, Ana Rubio Castro, “Ciudadanía y sociedad civil: avanzar en la igualdad desde la política”, en A. Rubio y J. Herrera (coords.), *Lo público y lo privado en el contexto de la globalización*, pp. 23- 65.

¹⁰ Más ampliamente en Celia Amorós, “División sexual del trabajo”, en C. Amorós, *Diez palabras clave sobre mujer*, Navarra, Evd, 1997.

V. CONCLUSIÓN

La construcción de los derechos y la construcción de la ciudadanía todavía sigue dejando, con bastante frecuencia, a muchas mujeres por el camino. Parafraseando al filósofo italiano Norberto Bobbio, “el tiempo de los derechos” se fue escribiendo mayoritariamente en masculino.

Es imprescindible que las mujeres tomen la iniciativa y éstas sean tenidas en cuenta, para poder participar en la revisión y construcción de un nuevo orden político, social y económico. Se necesitan políticas que pongan en marcha la transversalidad del género, políticas de trans-educación, de trans-culturalidad y de trans-economía, que puedan ayudar a un cambio radical en los términos políticos y económicos. Se debería aprovechar la situación de recesión económica actual para impulsar un cambio de valores tanto para los hombres como para las mujeres. Puesto que no se trata de un simplista y maniqueo “traspaso de poder de los hombres a las mujeres”, sino de erradicar de una vez por todas las estructuras de subordinación de la mujer al hombre, que siguen favoreciendo que las mujeres sigan asumiendo los peores trabajos, los menos remunerados, y que no accedan a los puestos de dirección, alta gestión y liderazgo.

Para ello los gobiernos han de poner en marcha varios tipos de políticas públicas: en primer lugar, unas políticas universales que permitan la adecuada conciliación de la vida laboral y familiar y políticas de apoyo a la maternidad para evitar que este hecho se convierta en motivo de discriminación laboral; en segundo lugar, políticas sectoriales de cuotas obligatorias o de impulso e incentivación según los casos para romper con la segregación vertical existente en el mercado laboral para las mujeres; y, en tercer lugar, los esfuerzos que se realizan por reorientar las políticas de erradicación de la pobreza han de abordar específicamente las necesidades de las mujeres, especialmente en las zonas rurales mediante la concesión de “micro préstamos” o mediante los denominados “presupuestos de género” en el ámbito municipal.

COLABORADORES

Rosa Ana Alija Fernández

Profesora-investigadora de la Universidad de Barcelona. Sus principales líneas de investigación se centran en el Derecho penal internacional y el Derecho internacional de los derechos humanos. Ha publicado: “Avances en la protección internacional de la mujer: el matrimonio forzoso, crimen contra la humanidad”, en *Revista de la Asociación para las Naciones Unidas* (2004); *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional* (coautoría, 2009); *La persecución como crimen contra la humanidad* (coautoría, en prensa).

Christian Courtis

Es miembro de la Unidad de Derechos Humanos y Asuntos Económicos y Sociales de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en Ginebra. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y fue profesor visitante del Instituto Tecnológico Autónomo de México ITAM (México) y de diversas universidades de América Latina, Estados Unidos y España. Ha publicado, entre otros libros: *Los derechos sociales como derechos exigibles* (coautoría, 2002); *Derechos sociales: instrucciones de uso* (coautoría, 2003); *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (2006); y *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos* (2009).

Juan A. Cruz Parceró

Investigador en el Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM. Licenciado en Derecho por esta misma universidad y Doctor por la Universidad de Alican-

te en España. Se especializa en Filosofía y Teoría del Derecho, en temas de derechos humanos, teorías de los derechos y argumentación jurídica. Ha publicado los libros: *El concepto de derecho subjetivo* (1999) y *El lenguaje de los derechos* (2007). Desde 2006 es director de *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*.

María José Fariñas Dulce

Catedrática acreditada en la Universidad Carlos III de Madrid y profesora del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de Las Casas” y de la Universidad Pablo de Olavide en Sevilla. Asesora del Departamento de Análisis y Estudios del Gabinete de la Presidencia del Gobierno de España. Ha publicado: *Globalización, ciudadanía y derechos humanos* (2004); *Mercado sin ciudadanía. Las falacias de la globalización neoliberal* (2005); “Las asimetrías de género en el contexto de la globalización”, en *Instituto Andaluz de la Mujer* (2007).

Soledad García Muñoz

Profesora de la Universidad Nacional de la Plata, Argentina. Cuenta con una gran trayectoria internacional como activista, académica y profesional en derechos humanos, particularmente en temas de género y derechos de las mujeres. Fue vicepresidente del Comité Ejecutivo Internacional de Amnistía Internacional y en la actualidad preside el Grupo de Trabajo para la integración de la perspectiva de género y de diversidad en dicha organización. Es también Coordinadora de la Oficina para Suramérica del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), con base en Montevideo, Uruguay.

Marisa Iglesias Vila

Profesora en la Universidad Pompeu Fabra en Barcelona. Ha sido investigadora de la Universidad de Oxford, en la Universidad de Nueva York y fue profesora en la Universidad de Puerto Rico, la European Humanities University de Minsk y el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). Ha ejercido como juez sustituta y evaluadora de la Comisión Europea. Ha publicado: *Globalization, Democracy and Citizenship. Prospects for European Union* (2003) e *Igualdad de género en sociedades multiculturales: un problema de equidad social* (2010).

Florencia Luna

Investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas. Profesora de la Universidad de Buenos Aires y coordinadora del Área de Bioética

de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, sede Argentina. Consejera Temporaria de la Organización Mundial de la Salud y del Consejo para las Organizaciones Internacionales de Ciencias Médicas. Ha publicado, entre otros libros: *Ensayos de bioética: Reflexiones desde el Sur* (2001); *Bioethics and Vulnerability: A Latin American View* (2006) y *Bioética, nuevas reflexiones sobre debates clásicos* (2008).

Mila Paspalanova

Miembra de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, México, en donde se desempeña en la elaboración de indicadores de derechos humanos y como experta de derechos humanos y migración. Tiene varias publicaciones en revistas internacionales y capítulos en libros sobre migración internacional, problemas relacionados a la protección internacional y metodología de investigación. Ha publicado: "Undocumented vs. illegal migrant: towards a terminological coherence", en *Migraciones Internacionales* (2008); "Zonder papieren in Brussel", en *Agora* (2007).

Gabriela Rodríguez

Es candidata a Doctora en Derecho Internacional Público en la UNAM, con el tema de "Aplicación del Derecho Internacional al Derecho interno. Es también profesora de tiempo completo en el Departamento Académico de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). Fue Directora del Departamento Académico de Derecho en esa misma universidad (2004-2006). Ha publicado: *El Senado de la República y las Relaciones Exteriores* (co-autoría, 2003); *Tratados sobre Derechos Humanos. El sistema de Reservas* (2005) *Protección Internacional de los Derechos Humanos* (co-comp., 2005); *La celebración de tratados en el orden constitucional* (2008).

Regina Tamés

Oficial del Programa de Incidencia Política en América Latina y el Caribe en la Planned Parenthood Federation of America, desde donde promueve el respeto y garantía de los derechos reproductivos para las mujeres. Fue oficial de Derechos Humanos y coordinadora del Área de Fortalecimiento Institucional de la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Es miembro de la Red Latinoamericana de Académicas(os) del Derecho.

Rodolfo Vázquez

Doctor en Filosofía por la Universidad Nacional Autónoma de México y licenciado en Derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). Profesor de Teoría y Filosofía del Derecho en el Departamento de Derecho del ITAM. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores y del Colegio de Bioética, así como becario del Conacyt y de la John Simon Guggenheim Foundation. Entre sus publicaciones se encuentran: *Educación liberal* (1997), *Liberalismo, Estado de derecho y minorías* (2001), *Del aborto a la clonación* (2004), *Entre la libertad y la igualdad* (2006), *Las fronteras morales del derecho* (2009), y *¿Qué hacer con las drogas?* (comp.) (2010).

Esther Vicente

Catedrática de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico. Ha trabajado en la defensa de los derechos humanos de las mujeres, especialmente en temas relacionados con la violencia contra las mujeres y los derechos sexuales y reproductivos. Ha publicado: *El aborto en Puerto Rico* (coautora, 1994); *Políticas, visiones y voces en torno al aborto en Puerto Rico* (1999); “De la feminización de la pobreza a la democratización del poder”, en *Sela* (2005) “La Reforma de las Naciones Unidas y los Derechos Sexuales: ¿Hacia una cuarta generación de derechos humanos?”, en *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana* (2009).

ÍNDICE

Presentación.....	vii
<i>Mónica Maccise Duayhe y Rodolfo Vázquez</i>	
Introducción.....	ix
<i>Juan A. Cruz Parceroy Rodolfo Vázquez</i>	
Mujer en Latinoamérica: pobreza, vulnerabilidad y derechos reproductivos.....	1
<i>Florencia Luna</i>	
El reconocimiento de los derechos de las mujeres en las Naciones Unidas.....	27
<i>Regina Tamés</i>	
Género y derechos humanos de las mujeres: estándares conceptuales y normativos en clave de derecho internacional.....	47
<i>Soledad García Muñoz</i>	
La aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos por los tribunales nacionales. El caso de los derechos de la mujer.....	85
<i>Christian Courtis</i>	
La no discriminación de las mujeres: objeto y fin de la CEDAW.....	129
<i>Gabriela Rodríguez Huerta</i>	

La Comisión y la Corte Interamericanas ante los derechos humanos de las mujeres.....	149
<i>Esther Vicente</i>	
Acción positiva y género en la Unión Europea. ¿Es la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas un obstáculo para la acción positiva en Europa?	175
<i>Marisa Iglesias Vila</i>	
Crímenes de derecho internacional y derechos de la mujer: de la protección del honor a la salvaguarda de la libertad.....	211
<i>Rosa Ana Alija Fernández</i>	
La vulnerabilidad de las mujeres migrantes: un fenómeno poco reconocido	235
<i>Mila Paspalanova</i>	
Mujer, trabajo y pobreza desde una perspectiva transnacional.....	263
<i>María José Fariñas Dulce</i>	
Colaboradores	273