

DISCURSO Y POLÍTICA DE GÉNERO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

ARTÍCULO

MARCO A. ABARCA*

Introducción	798
I. la condición humana y el género.....	799
A. El Modelo de la Declaración Universal de Derechos Humanos	800
1. Los derechos humanos como condición pre-social	801
2. Los derechos humanos como una construcción social	802
B. Antecedentes del discurso y la política de género.....	803
1. Las precursoras del feminismo	803
2. La primera generación feminista	806
C. Derechos humanos desde la perspectiva de género.....	808
1. Segunda generación feminista: derechos humanos/sexuados.....	808
2. Tercera generación feminista: discurso anti-esencialista	813
II. el derecho internacional de los derechos humanos	815
A. Conferencias internacionales, declaraciones y planes de acción.....	815
1. La Conferencia de San Francisco (1945) y la Declaración Universal de Derechos Humanos	816
2. La Conferencia sobre Derechos Humanos (Viena, 1993)	818
3. La IV Conferencia Mundial sobre la Mujer (Pekín, 1995)	821
B. Configuración del principio de no discriminación e igualdad	823
1. Igualdad y discrimen por género.....	823
2. Discrimen y violencia de género.....	827
C. Adjudicación de casos desde la perspectiva de género.....	828
1. Violencia doméstica.....	828
2. Violencia sexual.....	831
3. Migración y deportación	837
4. Salud Reproductiva.....	838
5. Nombre e Identidad Sexual.....	841
6. Adopción de menores.....	842
7. Propiedad y seguridad social.....	843
8. Participación en funciones públicas	846
Conclusiones	848

* Quedo agradecido con los y las estudiantes de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico y con la Junta Editora de la Revista Jurídica por dedicar este número a la situación de las mujeres.

INTRODUCCIÓN

EN FEBRERO DE 2008, LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS EMITIÓ una Opinión Consultiva sobre ciertos aspectos legales concernientes a las listas de candidatos y candidatas sometidas para la elección de jueces y juezas de esa Corte.¹ La consulta surgió a raíz de una comunicación dirigida al representante de la delegación maltesa, donde el presidente de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa expresó:

As you are aware, on 17 July 2006, your authorities submitted a list of candidates for the post of Judge to the European Court of Human Rights. This list does not, however, include at least one candidate belonging to the sex which is under-represented (female) in the Court and thus does not fulfill the criterion laid down in paragraph 3 ii of Assembly Resolution 1366 (2004), as modified by Resolution 1426 (2005).²

El gobierno de Malta contestó explicando sobre la transparencia de sus actuaciones al preparar la lista:

It first of all issued a public call for nominations [o]nly two female candidates applied. At the same time the entire composition of the Constitutional Court of Malta – all males – applied for the post. Upon examination it transpired that: the two female candidates did not possess the necessary experience in the field of human rights as required in conformity with the European Convention on Human Rights; it is respectfully submitted that this list can only be refused if it does not conform with the criteria listed in article 21 of the Convention and not on gender-related issues which are not mentioned or covered by the Convention.³

1 Opinión Consultiva de la Corte Europea de Derechos Humanos, *On certain legal questions concerning the lists of candidates submitted with a view to the election of judges to the European Court of Human Rights*. STRASBOURG, 12 de febrero de 2008 ¶ 9.

2 La Resolución 1366 (2004) dice: “the political groups, when nominating their representatives to the sub-committee, should aim to include at least 40% women, which is the parity threshold deemed necessary by the Council of Europe to exclude possible gender bias in decision-making processes”. *Id.* Por su parte, la Resolución 1426 (2005), dice:

The Assembly notes that women are clearly still under-represented in the Court today . . . The Assembly decides not to consider lists of candidates where: . . . ii. the list does not include at least one candidate of each sex, except when the candidates belong to the sex which is under-represented in the Court, that is the sex to which under 40% of the total number of judges belong.

Id.

3 *Id.* ¶ 10 a y b.

En su Opinión Consultiva, la Corte Europea de Derechos Humanos observó que las normas invocadas otorgan poder a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa para lo actuado –como ya antes lo había hecho esa Asamblea con las listas de otros países– y que los criterios de género son compatibles con la Convención Europea de Derechos Humanos: “the criterion in question derives from a gender-equality policy which reflects the importance of equality between the sexes in contemporary society and the role played by the prohibition of discrimination and by positive discrimination measures in attaining that objective”.

Sin embargo, la Corte observó que el artículo 21 de la Convención Europea establece los criterios de educación y experiencia profesional. Por su parte, el artículo 27 establece un criterio de nacionalidad de los candidatos y candidatas, bajo el cual se recomienda que al menos uno de los jueces o juezas que atienda un caso ante la Corte debe ser nacional del Estado demandado, con el fin de informar a los otros jueces y juezas sobre el Derecho y el contexto en dicho Estado. La Corte sostuvo que los criterios de sexo, cualidades y origen no son excluyentes y, por lo tanto, expresó: “it would be incompatible with the Convention to require a State to nominate a candidate of a different nationality solely in order to achieve a gender balance”.⁴

Esta opinión consultiva es un ejemplo de los problemas de coordinación entre el discurso, la política y el derecho positivo en materia de derechos humanos y género. El estudio de ese tipo de procesos es el objetivo del presente artículo.

En la primera parte, presentaré el discurso de derechos humanos siguiendo el modelo de la Declaración Universal de Derechos Humanos y la manera en que este modelo modifica el discurso humanista ilustrado al introducir el principio de no-discriminación e igualdad de derechos. Luego presentaré el desarrollo del discurso y la política de género y la relación entre éstos y el modelo de la Declaración Universal.

En la segunda parte, presentaré la manera en que el Derecho Internacional adopta el discurso de *género* a partir de los intereses e intenciones de distintos actores sociales que han influenciado, desde alguna perspectiva de *género*, el desarrollo del derecho internacional y la manera en que los mecanismos de protección internacional han configurado los derechos humanos por medio de la adjudicación en casos concretos relacionados con la materia de género.

I. LA CONDICIÓN HUMANA Y EL GÉNERO

El discurso de los derechos humanos se establece bajo los principios de universalidad y autonomía del pensamiento humanista ilustrado del siglo XVIII. El principio de universalidad afirma que todos los seres humanos tienen determinados e iguales derechos en tanto seres racionales.⁵ El principio de autonomía

4 *Id.* ¶ 52.

5 ROBERT ALEXY, *TEORÍA DEL DISCURSO Y DERECHOS HUMANOS* 48 (2004).

opera en dos sentidos; mientras la autonomía privada se refiere a la elección individual de la realización de un concepto personal del bien, la autonomía pública se refiere a la elección común con otros de la realización de una concepción política de lo justo y lo bueno.⁶

El discurso sociológico de *género* se origina en el pensamiento feminista de los años setenta y se expresa en tres vertientes. Todas conciben al género como una construcción social sistemática de lo masculino y lo femenino que está presente en todas las sociedades. Dicha construcción permea todas las dimensiones de la vida pública y privada.⁷ Las vertientes del discurso de género se distinguen entre sí, según se integra o no al sexo y a otras condiciones biológicas o sociales como elementos esenciales discursivos. Las tres vertientes reaccionan al pensamiento ilustrado del Siglo XVIII, ya sea para adoptar o rechazar el discurso de los derechos humanos y la respectiva acción política en materia de derechos de las mujeres.

A. El Modelo de la Declaración Universal de Derechos Humanos

La Declaración Universal⁸ define los *derechos humanos* como aquellos derechos que las personas tienen en virtud de su condición humana. En el texto de la Declaración se estableció que la libertad, la igualdad (en dignidad y derechos), la razón y la conciencia son condiciones constitutivas de lo humano.

Debido a su carácter universal, los derechos humanos son condiciones pre-sociales. Más que condiciones *de jure* o *de facto*, los derechos humanos son parte de la condición esencial del ser humano al nacer, independientemente del derecho positivo. Sin embargo, el mismo modelo de la Declaración establece las tensiones entre la autonomía individual y la autonomía pública como justificación para que se formalicen obligaciones jurídicas que regulen las relaciones entre individuos y Estados, de manera tal que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho. En la medida que los derechos humanos se configuran bajo sistemas políticos y jurídicos, se tornan en construcciones sociales.

En ese sentido, explica Jack Donnelly, la condición humana no es una obra preconcebida y mucho menos acabada, sino que surge de la interacción de los factores pre-sociales con las influencias sociales en la experiencia individual misma en la que las personas recrean su 'condición esencial' por medio de la acción social en ellas.⁹

6 *Id.*

7 ROBERTO P. CASTRO & MARIO P. BRONFMAN, *TEORÍA FEMINISTA Y SOCIOLOGÍA MÉDICA* 375-394 (1993).

8 Declaración Universal de los Derechos Humanos, G.A. Res. 217^a (III), U.N. GAOR, 3d Sess., 1st plen.mtg., U.N. Doc. A/810 (Dec. 12, 1948).

9 JACK DONNELLY, *UNIVERSAL HUMAN RIGHTS IN THEORY AND PRACTICE* 14 (2da ed. 2003).

1. Los derechos humanos como condición pre-social

En el párrafo primero del Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos se establece “que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.¹⁰ Para comprender el concepto *condición humana*, el párrafo inicial del Preámbulo de la Declaración Universal debe leerse en conjunto con el artículo 1, que establece “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.¹¹

En las plenarios y grupos de trabajo de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y del Tercer Comité de la Asamblea General sobre asuntos jurídicos se estableció –según explica Johannes Morsink– que el término “nacen” cualifica lo dicho en el Párrafo 1 del Preámbulo, al hablar del carácter intrínseco de la dignidad y los derechos humanos.¹² En conjunto, la expresión “los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos humanos” surge de la vertiente moral del pensamiento ilustrado del siglo XVIII plasmado en la Carta de Derechos de la Constitución de los Estados Unidos de América (1776) y en la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789). Sin embargo, en la Declaración Universal no se utiliza el término *hombre* como concepto genérico, sino el concepto *ser humano*, ya que en el lenguaje y sentido original de la Carta Americana y de la Declaración Francesa no se consideraba en igualdad de derechos y libertades a hombres, mujeres y esclavos, o a los primeros en relación a otros ciudadanos varones en una condición distinta.

Por último, la expresión “deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” se refiere al sentido etimológico de los conceptos de razón y conciencia,¹³ según lo establece el Artículo 29; al decir que “[t]oda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”.¹⁴

Son justamente esas relaciones de alteridad, desarrolladas en la vida social, lo que justifica la necesidad de regular las relaciones entre individuos y Estados por medio de regímenes de Derecho.

¹⁰ Declaración Universal, *supra*, nota 8, en el Preámbulo, ¶ 1.

¹¹ *Id.* en el art. 1.

¹² JOHANNES MORSINK, THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS: ORIGINS, DRAFTING AND INTENT 290-296 (1999).

¹³ *Id.* en la pág. 15.

¹⁴ Declaración Universal, *supra*, nota 8, en el art. 29, ¶ 1.

2. Los derechos humanos como una construcción social

El Párrafo 3 del Preámbulo de la Declaración Universal establece como “esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”.¹⁵ En cuanto a ese tipo de tensión entre la autonomía pública y privada, el artículo 29 establece que, en el ejercicio de sus derechos, las personas estarán sujetas solamente a limitaciones de ley cuyo fin es asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos de los demás y satisfacer las exigencias de la moral, el orden público y el bienestar general en una sociedad democrática.¹⁶

Sobre las normas bajo las cuales deben de regularse las relaciones entre Estado e individuos, el párrafo tres del artículo 1 de la Declaración Universal establece que “estos derechos y libertades no podrán, en ningún caso, ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”.¹⁷

Entre estos principios, la Carta de las Naciones Unidas estableció en su artículo 1, que en la solución de problemas internacionales debía considerarse “el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de [...] sexo”.¹⁸ El principio de no-discriminación e igualdad de derechos se integra en el artículo 2 de la Declaración Universal, donde se establece que:

toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición [...] no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.¹⁹

El Pacto de Derechos Civiles y Políticos²⁰ y el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales²¹ son los primeros tratados de derechos humanos que tienen en común el principio de no-discriminación e igualdad de derechos en su artículo 3. Para realizar ese principio, el Comité de Derechos Humanos –órgano

¹⁵ *Id.* en el Art. 3.

¹⁶ *Id.* en el Art. 29, ¶ 2.

¹⁷ *Id.* ¶ 3.

¹⁸ Carta de las Naciones Unidas, Art. 10.

¹⁹ Declaración Universal de Derechos Humanos, *supra*, nota 8 en el Art. 2, ¶ 1 y 2. (énfasis suplido).

²⁰ Res. A.G. 2200 A (XXI).

²¹ Res. A.G. 2200 A (XXI).

supervisor del Pacto de Derechos Civiles y Políticos²²— establece en su Comentario General Número 28 que los Estados-Parte en ese pacto deben tomar las medidas que sean necesarias para eliminar el discrimen por sexo que afecta el goce igual de los derechos humanos en la vida pública y privada teniendo en cuenta que el discrimen es una práctica enraizada en la tradición, la historia, la cultura, y la religión.²³ Esto último evidencia la integración del concepto género como una construcción social sistemática presente en todas las sociedades.

En síntesis, el modelo de la Declaración Universal y de los tratados que desarrollan sus contenidos, se adecúa al discurso humanista ilustrado por medio del discurso contemporáneo de los derechos humanos, que deslegitima el discrimen y la desigualdad de derechos por razón de sexo. Asimismo, notamos la posterior adecuación del discurso de derechos humanos mismo por medio del discurso de género, en el cual se establece el sentido social de la desigualdad y el discrimen como una construcción social de lo masculino y lo femenino, como parte de las influencias sociales en la experiencia individual en la que se recrean la llamada *condición humana* por medio de la acción social.

B. Antecedentes del discurso y la política de género

Aunque el origen del discurso sociológico de *género*, según definido en este artículo, se vincula al trabajo de Jacques Lacan y Simone de Beauvoir, la adecuación del discurso de los derechos humanos como producto del discurso y la política de *género*, tiene sus antecedentes en el Siglo XVII con el trabajo precursor de Olympe de Gouge y Mary Wollstonecraft. Ambas -aunque no hablando de género como hoy- dieron respuesta en tiempo real al pensamiento ilustrado sobre los derechos del hombre en relación a los derechos de las mujeres. Luego en los siglos XIX y primera mitad del Siglo XX, el surgimiento de la primera generación feminista marcó el inicio de transformaciones jurídicas en materia de derechos de las mujeres bajo una agenda política emancipadora.

1. Las precursoras del feminismo

La escritora francesa Olympe de Gouge desarrolló un discurso de distinción de sexos y una plataforma de acción con el Derecho como instrumento de cambio social. De este trabajo surge -a manera de protesta contra la versión original de la Declaración Francesa de 1789- la Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana (1791) y aunque no tuvo fuerza vinculante, representa el primer documento de derechos desde una perspectiva de sexo. En la declaración se proclama, como parte del derecho natural, la igualdad de derechos entre hombres y mujeres. Sin embargo, de Gouge afirma que el sexo distingue en dignidad y razón a la mujer del hombre y -a su pensar- a la mujer en superioridad al

²² Res. A.G. 2200 A (XXI)., *supra*, nota 21 en la Parte V.

²³ General Comment No. 28, CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, 29/03/2000.

hombre.²⁴ Aunque ella no explica con profundidad esa relación jerárquica, dejó claro que su visión política sobre la igualdad de derechos entre la mujer y el hombre no se basa en la igualdad de sexos ni ocurriría como un producto cultural sino como parte de la acción revolucionaria contra el pensamiento patriarcal predominante en la Revolución Francesa misma.²⁵

Por su parte, la autora inglesa Mary Wollstonecraft también sostuvo una noción del Derecho Natural inclusiva e igualitaria entre hombres y mujeres. Sin embargo, su plataforma de acción para el cambio no se plantea desde el Derecho, sino desde la educación hacia el Derecho y evoluciona de esa manera. De esta manera, formula su discurso de los derechos humanos bajo una perspectiva sustentada en la condición humana de igualdad racional –no la distinción de sexos que hace de Gouge– como el significado ontológico de los derechos que hoy consideramos de interés universal.

En su obra *A Vindication of the Rights of Women*,²⁶ una desilusionada Wollstonecraft revisa sus esfuerzos por establecer la educación como el pivote de cambio y apalancamiento de la condición de la mujer en la Inglaterra de finales del Siglo XVIII.²⁷ Su frustración proviene tanto de la actitud pasiva de las mujeres ante las instituciones sociales y jurídicas que les son adversas, como del pensar masculino sobre la condición de inferioridad de la mujer. Wollstonecraft se pregunta si la naturaleza ha establecido una diferencia tan grande entre hombres y mujeres o si ha sido la civilización –independientemente de la forma en que exista– tan parcial como para que los derechos del hombre se planteen ignorando a las mujeres aún cuando éstas constituyen la mitad de la población. Su búsqueda de respuestas la lleva a pensar en la condición humana, así como cuestionar la educación y plantearse que las aspiraciones establecidas en el pensamiento *ilustrado* competen a hombres y mujeres por igual.

Wollstonecraft no descalifica el discurso humanista que estima la educación como el camino hacia el conocimiento de los problemas sociales y sus soluciones. Por el contrario, se inserta en el discurso prevaleciente para cuestionar la educación misma, sus formas y contenidos. Para Wollstonecraft, la educación, vista como un proceso formal y cultural, es sexista siempre que impone valores, significados y cánones de conducta que distinguen al hombre de la mujer y rechazan su igualdad.²⁸ Explica Wollstonecraft que con demasiada frecuencia se habla de manera peyorativa de las “mujeres masculinas”, pero no necesariamente por el aspecto físico, sino por practicar lo que culturalmente se identifica como

²⁴ DARLINE GAY LEVY, ET AL., *WOMEN IN REVOLUTIONARY PARIS: 1789-1795*, 65 (1979); *REBEL DAUGHTERS: WOMEN AND THE FRENCH REVOLUTION* 108 (Sara E. Melzer y Leslie W. Rabine, eds. 1992).

²⁵ OLYMPE DE GOUGES, *THE DECLARATION OF THE RIGHTS OF WOMAN IN THE FRENCH REVOLUTION AND HUMAN RIGHTS* 125 (1996).

²⁶ Véase MARY WOLLSTONECRAFT, *A VINDICATION OF THE RIGHTS OF WOMEN* (C. H. Poston, 2da ed. 1998).

²⁷ *Id.* en las págs. 157-178.

²⁸ *Id.*

“virtudes masculinas” que ennoblecen a la persona y que levantan a la mujer de su condición inferior subjetiva a su condición humana.²⁹ Así, la educación formal no puede competir con la cultura y queda como único recurso –decía Wollstonecraft con frustración– esperar pacientemente para que cada día existan más “mujeres masculinas”.³⁰

Lo que expresaba Wollstonecraft, en realidad, es que el sexismo es incapaz de explicar una condición humana diferenciada para hombres y mujeres. ¿Cómo se explica la prominencia de las personas sobre la creación bruta? Por el uso de la razón, contestaba Wollstonecraft. ¿Qué cualidad exalta a una persona sobre otra? La virtud, afirmaba ella. Y, ¿con qué fin existen pasiones en el ser humano? Con el fin de ganar experiencia.³¹ Así, la perfección de nuestra naturaleza y capacidad de ser felices debe estimarse no por el sexo sino por el grado de razón, virtud y experiencia/conocimiento que distingue a cada individuo y que guían al colectivo por medio de las leyes que rigen una sociedad. Según ella, no es la razón, la virtud y experiencia lo que distingue al hombre de la mujer, sino la imposibilidad de acción, de expresar y vivir esos sentidos la mujer de manera igual que el hombre.³² Cuando ocurra esa posibilidad para todos por igual, decía Wollstonecraft, podremos saber si realmente el sexismo es capaz de explicar la condición humana distinta entre hombres y mujeres.³³

Consecuentemente, es la condición humana y no el sexo lo que domina el discurso de Wollstonecraft y de igual manera lo plantea en las relaciones de poder y el Derecho como fuente legitimadora del ejercicio del poder en las relaciones públicas y privadas. Para ella, la moralidad viciada y el sexismo permean con fuerza y poder corrupto los espacios constitutivos del cuerpo político cuando deberían ser principios de justicia los que regulen la Ley, siendo ésta el gobierno de la sociedad, no quienes la ejecutan.

Aunque su visión política establece la educación como fuente de cambio en las relaciones de poder y el Derecho como fuente de poder, Mary Wollstonecraft no se limita a esperar el cambio: ella promueve firmemente leyes para terminar con la tradición de subordinación femenina. Entre las reformas legales que promueve, está la enseñanza primaria gratuita universal para ambos sexos: una educación emancipadora.³⁴ Narra Jack Mahoney que, en reacción al carácter androcéntrico de la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y la Constitución Francesa, Mary Wollstonecraft envió una carta a Carles M. de Talleyrand –co-redactor de esos documentos– en la que no sólo le reta a instaurar una edu-

²⁹ *Id.*

³⁰ *Id.* en las págs. 19-52.

³¹ *Id.* en las págs. 140-150.

³² *Id.*

³³ *Id.* en las págs. 37-38.

³⁴ JACK MAHONEY, *THE CHALLENGE OF HUMAN RIGHTS: ORIGINS, DEVELOPMENT AND SIGNIFICANCE* 28-29 (2007).

cación igualitaria, sino que también establece con claridad su posición, en ambos sentidos, en el discurso y la política:

When men contend for their freedom, and to be allowed to judge for themselves respecting their own happiness, it be not inconsistent and unjust to subjugate women, even though you firmly believe that you are acting in a manner best calculated to promote their happiness? Who made man the exclusive judge, if women partake with him the gift of reason?...If women are to be excluded, without having a voice, from a participation of the natural rights of mankind, prove first, to ward off the charge of injustice and inconsistency that they want reason, –else this flaw in your new Constitution will ever show that man must, in some shape, act like a tyrant.³⁵

2. La primera generación feminista

Durante el Siglo XIX y la primera mitad del Siglo XX, la primera generación feminista surgió como un movimiento social que se caracterizaba por su estrategia pragmática dedicada a ejecutar una agenda emancipadora para la reivindicación de sus derechos en jurisdicciones nacionales. En particular se enfocaron en lograr el derecho al voto, la igualdad de trato en el trabajo y la integración en la vida política.

Sin embargo, esos objetivos no establecen una plataforma de acción común aplicable en cualquier contexto social. Por ejemplo, mientras esas reivindicaciones legales tenían igual urgencia para el feminismo en países industrializados – como en la Inglaterra de Millicent Garret Fawcett y Emmeline Pankhurst, o los Estados Unidos de Elisabeth Cady Staton y Susan B. Anthony–, dentro del feminismo español ocurre una división. La división se expresa, particularmente, entre Clara Campoamor y Victoria Kent. Ambas formaban parte de la Asociación Nacional de Mujeres Españolas y eran además representantes en Cortes republicanas por el Partido Radical y por el Partido Radical Socialista, respectivamente. Ante la coyuntura electoral de 1934, Campoamor sostuvo una posición sufragista en contra de la convicción de Kent, quien propuso postergar el derecho al voto de las mujeres con el fin de adelantar efectivamente los objetivos de su militancia política.³⁶

Afirmaba Kent que las mujeres españolas emplearían ese derecho en un sentido conservador. Para ella, el contexto cultural de España, su historia, tradición y la religión ejercían demasiado peso sobre la identidad y voluntad de las mujeres españolas y su expresión electoral acabaría volcándose contra las mujeres mismas dando al traste con el proceso de emancipación económica y social que impulsaba el movimiento social-feminista. Para Kent, quien se convirtió en la

³⁵ *Id.* en la pág. 29.

³⁶ Véase KAREN OFFEN, *EUROPEAN FEMINISMS 1700-1950: A POLITICAL HISTORY* (2000).

principal voz de la izquierda en este debate, el voto debía postergarse hasta la culminación del proyecto político en proceso.³⁷

Por el contrario, para Clara Campoamor el reconocimiento constitucional del derecho al voto de las mujeres era impostergable, aunque la coyuntura electoral pudiese favorecer a sus adversarios políticos por las razones que expuso Kent. En su discurso ante las Cortes republicanas, Campoamor planteó el papel histórico de las mujeres españolas en las luchas políticas y sociales de su país y sostuvo que no debía el socialismo español re-escribir la amarga frase de Anatole France cuando habló de aquellos socialistas que, forzados por la necesidad, fueron al Parlamento a legislar contra los suyos.³⁸ Su posición le costó la confianza de su partido y le ganó el apoyo oportunista del nacionalismo español con quienes se logró incluir el derecho al voto de la mujer en la Constitución Española de 1931.³⁹

En 1934, el nacionalismo español ganó las elecciones y se consolidó la muerte política de Campoamor a quien la izquierda culpó de la derrota.⁴⁰ ¿Fue correcta la postura política de Campoamor o debió ella esperar, pacientemente, para que cada día existieran más *mujeres masculinas*? Las respuestas pueden presentarse desde las distintas vertientes del discurso de género, pero no es Campoamor sino Kent quien nos introduce en ese relato paralelo en su obra *Cuatro Años en París, 1940-1944*.⁴¹

En dicha obra, Victoria Kent describe un proceso que finalmente reconcilia dos elementos fundamentales en su vida: el tesón político y la subjetividad femenina. Kent desarrolla una narración autobiográfica sobre su exilio en la ciudad de París ocupada por las fuerzas alemanas durante la Segunda Guerra Mundial. Comienza describiéndose como una mujer atrapada entre cuatro paredes, temerosa de confrontar abiertamente al régimen nazi y quien adopta una identidad masculina –bajo el nombre Plácido– para trascender su estado de temor. Entre la ficción y la realidad trans-subjetiva, Victoria Kent narra su participación en la resistencia y liberación de París y su propia liberación como persona y mujer política, hasta revelar finalmente –al igual que París liberada– su subjetividad femenina.⁴²

Los antecedentes del discurso y la política de género, según se introduce en párrafos anteriores, presentan las cosas como eran y como continúan siendo.

³⁷ DANIÉLE BUSSY-GENEVOIS, *The Women of Spain from the Republic to Franco*, en *A HISTORY OF WOMEN IN THE WEST: TOWARD A CULTURAL IDENTITY IN THE TWENTIETH CENTURY* 77 (Thébaud ed., 1994).

³⁸ *Id.*

³⁹ Véase ROSA MARÍA CAPEL MARTÍNEZ, *EL SUFRAGIO FEMENINO EN LA SEGUNDA REPUBLICA ESPAÑOLA* (2da ed. 1992).

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ VICTORIA KENT, *CUATRO AÑOS EN PARÍS, 1940-1944* (Gadir ed. 2007)

⁴² LESLEY TWOMEY, *Four years in Paris: a Spanish Politician in Exile*, en *WOMEN IN EUROPE BETWEEN THE WARS* 73 (Angela Kershaw, ed. 2007).

Todavía hoy existen distintas visiones sobre la relación entre la condición humana, el *sexo* y el *género*. Persisten también las tensiones en espacios políticos tradicionales en que participan mujeres, donde los intereses particulares de las mujeres como tales, se establecen subordinados a los intereses políticos patriarcales, diluyendo así la posibilidad de convertir el discurso de *género* en acción política pro-igualdad.

La paridad, como objetivo universal –nos dice Lorena Fríes Monleón–, “constituye el último peldaño en el derrotero de la ilustración, la pérdida de los privilegios masculinos”.⁴³ La búsqueda de la paridad nos enfrenta con tensiones entre las fuerzas de regulación y las fuerzas de emancipación, nos dice Alejandra Valdés Barrientos, haciendo uso de una frase de Boaventura de Sousa Santos.⁴⁴ Refiriéndose al contexto chileno del gobierno de la presidenta Michelle Bachelet, nos dice Valdés Barrientos que esas tensiones podrían explicar “la distancia entre las estrategias de las militantes de partidos por la legislación de cuotas en el país, con las integrantes del movimiento feminista o de otras organizaciones de la sociedad civil, asunto que en otros países de América Latina o España ha significado una estrategia consensuada y sostenida”.⁴⁵

C. Derechos humanos desde la perspectiva de género

Mientras el discurso de los derechos humanos continúa teniendo su ascendente en el pensamiento liberal ilustrado y continúa planteándose bajo los principios de universalidad y autonomía, el discurso de género se presenta como una construcción social vista desde tres vertientes dominantes que integran o no al sexo y a otras condiciones físico-biológicas o sociales como elementos esenciales discursivos. La manera en que cada una de estas vertientes adopta o rechaza los principios de universalidad y autonomía determina la manera en que se establece la estrategia del discurso de género hacia la acción política en materia de derechos de la mujer.

1. Segunda generación feminista: derechos humanos/sexuados

El concepto género –como una construcción social sistemática de lo masculino y lo femenino– surge del trabajo de la segunda generación feminista de los años setenta. Ésta generación se destaca no sólo por profundizar las reivindicaciones en jurisdicciones nacionales, sino también por su producción intelectual

⁴³ LORENA FRÍES MONLEÓN, *Avances y Desafíos en torno a la Autonomía Política de las mujeres* (2009), disponible en <http://www.observatoriogeneroyliderazgo.cl/seminario/wp-content/uploads/2009/04/lorenafriesdoc.pdf>.

⁴⁴ ALEJANDRA VALDÉS BARRIENTOS, *Comentario a la ponencia presentada por Lorena Fríes en el Panel Avances y Desafíos en torno a la Autonomía Política de las mujeres* (2009), disponible en <http://www.observatoriogeneroyliderazgo.cl/seminario/wp-content/uploads/2009/04/jana.pdf>.

⁴⁵ *Id.* en la pág. 2.

capaz de influenciar el derecho internacional. Mientras el feminismo neo-humanista –al igual que lo hiciera Wollstonecraft con la educación– trabaja al interno de su respectiva área de conocimiento –la filosofía– para criticar el sexismo, el feminismo radical se ocupa no de re-interpretar o re-construir disciplinas existentes, sino de construir nuevos espacios y sistemas de pensamiento sobre el sexo como elemento diferencial- esencial en el discurso de género.

La perspectiva neo-humanista se expresa dentro del movimiento feminista planteando un discurso de *género* de corte pluralista. Congruente con el discurso de los derechos humanos, se fundamenta en los principios de universalidad y autonomía, pero reconoce además –en tanto pluralista– las múltiples diferencias biológicas y sociales del ser humano (no sólo el sexo) al tiempo que afirma como posible la reclamación de igualdad en derechos humanos universales.

Esta vertiente concibe al sexo como un elemento meramente pre-discursivo del *género* y define *género* como “una construcción social sistemática de lo masculino y lo femenino que está poco o nada determinada por el sexo, que está presente en todas las sociedades y que permea todas las dimensiones de la vida pública y privada”.⁴⁶

Para Michèle Le Doeuff el sexo no es un elemento analítico esencial en el estudio de la condición humana, ya sea para la revisión de la razón como cualidad masculina o femenina o de los derechos universales que tienen las personas como seres racionales.

La tensión entre el discurso humanista ilustrado y el discurso de género, dice Le Doeuff, ocurre en otros sentidos: en razón del imaginario que los filósofos han utilizado para invisibilizar a las mujeres y a la subjetividad femenina y el uso de la abstracción universal a costa de la pertinencia.

El imaginario filosófico no es una casualidad ni un componente literario decorativo, dice Le Doeuff. Ese imaginario ocurre ante la incapacidad de articular argumentos que son centrales para el pensamiento de sus autores y que no pueden explicarse desde el sistema filosófico propuesto sin destruir su coherencia.⁴⁷ Por ejemplo, el término “la mujer masculina”, utilizado para establecer que la razón es una cualidad masculina, no se refiere a un asunto físico-biológico del sexo sino al *género* que terminaría derrotando el principio de universalidad. Dicho principio es necesario para generalizar una propuesta coherente sobre la condición humana si se expresara abiertamente a la mujer desde su subjetividad femenina como un ser extra-racional.

Para el feminismo neo-humanista, la tarea de visibilizar la mujer desde su subjetividad femenina –como un sujeto en contextos históricos y actuales– se convierte en el *litmus test* de la honestidad epistemológica de la filosofía y su discurso de derechos humanos.

⁴⁶ CASTRO & BRONFMAN, *supra* nota 7.

⁴⁷ Véase MICHELE LE DOEUFF, *OPERATIVE PHILOSOPHY AND IMAGINARY PRACTICE* (Max Deutscher ed., 2000).

Según Le Doeuff, los pensadores que establecen al feminismo como un “proyecto de mujeres”, opuesto a “temas universales o humanos”, se equivocan.⁴⁸ El feminismo tiene un espacio que ocupar dentro de la filosofía: el problema no es la filosofía y sus principios, entre ellos los de universalidad y autonomía, sino el uso de la universalidad en detrimento de la pertinencia, y los límites a la autonomía misma expresados, por ejemplo, en la histórica sumisión de las filósofas al laudo masculino en esa disciplina.⁴⁹ En ese sentido, su llamado a la acción no pretende crear nuevas disciplinas o sistemas políticos, sino que busca trabajar dentro de las disciplinas y sistemas políticos existentes para cambiarlos. Se trata de abrir nuevos espacios en términos de igualdad de derechos humanos universales pertinentes a la mujer.

Su objetivo es que el discurso de los derechos humanos provea un modelo sustantivo y práctico que sea adecuado para emprender el proyecto social de la auto-realización del ser humano: tanto hombres y mujeres.⁵⁰ Así, Le Doeuff establece la vocación del feminismo como universalista y aporta un discurso de *género* en concordancia con el discurso de los derechos humanos, reconociendo los problemas de desigualdad y discrimen y revelando realidades que conciernen no sólo a las mujeres, por lo cual su consecuencia ética es la acción política solidaria con cualquiera que esté en necesidad. Ante distintas condiciones sociales y biológicas, el sexo no puede constituirse como el elemento discursivo esencial del *género* ya que existen otras condiciones que sustentan el discrimen y la subordinación social y, por lo tanto, habría que establecer de manera taxativa la diversidad de condiciones sociales y naturales o la enorme combinación de éstas que diferencian a los seres humanos en su relación con el Derecho

Por su parte, Catherine MacKinnon, Julia Kristeva, Carol Pateman, y Luce Irigaray plantean desde el feminismo radical un discurso de *género* basado en la relación binaria sexo/género, en donde el sexo no es un elemento físico-biológico, sino un elemento discursivo en tanto lingüístico y diferenciador en relación al *género* como construcción social de lo femenino y lo masculino. En ese sentido, el discurso radical feminista plantea el discurso de *género sexuado* que se aparta del discurso de los derechos humanos en tanto rechaza el planteamiento de igualdad en derechos y promueve los “*derechos sexuados*” como sistemas diferenciados.

La diferencia entre *derechos humanos* y *derechos sexuados* se expresa en sus respectivos espacios conceptuales y de implantación. Luce Irigaray define el concepto *derechos sexuados* como aquellos derechos que deconstruyen lo universal dando cuenta de los derechos que corresponden a y respetan la subjetividad femenina en tanto se instituyen desde el ámbito femenino del derecho. Éstos son diferenciados en virtud de su cualidad de reflejar un orden social feme-

⁴⁸ SUSAN BORDO, *The Feminist as Other*, en PHILOSOPHY IN A FEMINIST VOICE: CRITIQUES AND RECONSTRUCTIONS (Janet A. Kourany ed., 1998).

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ DONNELLY, *supra* nota 9 en la pág. 15.

nino y mostrar la subjetividad con símbolos, imágenes, realidades, y sueños que constituyen el medio objetivo de los intercambios subjetivos. Irigaray no se refiere a un espacio jurídico existente; para ella el concepto de *derechos sexuados* no tiene cabida en el orden jurídico existente (que incluye el derecho de los derechos humanos) de arraigo institucional masculino sino que plantea un estado de derecho deseado: un estado femenino.⁵¹ El discurso de género sexuado y los respectivos derechos sexuados, parten de la coherencia entre sexo-sexualidad-género, y discurren en oposición al discurso y al derecho de los derechos humanos por ser –afirma Irigaray– construcciones sociales surgidas de la subjetividad masculina que subordinan a la femenina.

Autoras como Luce Irigaray y Julia Kristeva, ven con desconfianza el principio de universalidad de los derechos humanos en tanto el sexo es un elemento esencial-diferenciador en su discurso de *género* en contraposición al universalismo que –según explican– ha sido construido, históricamente, desde una perspectiva androcéntrica como una manera de sostener la desigualdad. La igualdad, planteada desde el universalismo, establece un patrón de asimilación de las mujeres en el sistema patriarcal en vez de promover la autonomía de éstas.

Por su parte, Carol Pateman y Catherine MacKinnon ven con desconfianza el principio de autonomía. Haciendo una crítica de la teoría política, ellas señalan el problema dentro del pensamiento ilustrado que fundamenta el discurso de los derechos humanos en su definición del poder. Según Pateman, en esa definición falta una explicación profunda de la autoridad política y la participación de la mujer en el contrato social que regula las relaciones entre el individuo y el Estado; entre la autonomía privada y la autonomía pública.⁵² Para MacKinnon esa división no sólo ignora el rol subordinado de la mujer en las instituciones políticas, sino que oculta bajo el manto de lo privado las instituciones sociales básicas, como familia y comunidad, en donde se impone la subordinación o, en su defecto, la violencia contra las mujeres.⁵³

Pateman asegura que el sexo debe ser un elemento esencial en la teoría política. Lo contrario sería aceptar que la esfera privada y pública no han sido contaminados por el sistema patriarcal-liberal. En su trabajo, Pateman critica la división entre lo privado y lo público como un medio de dominación de la mujer para establecer así los roles de lo femenino ligados a la familia y lo doméstico y los roles de lo masculino situados en el gobierno y el mercado. Plantea ella la necesidad de construir espacios insertando el discurso de género en ambos niveles, en lo público y lo privado, para desmentir la teoría política predominante que asegura que todos los individuos son iguales en derechos en el estado liberal y que las desigualdades existentes lo son *de facto* y, por lo tanto, rectificables.

⁵¹ PETER GOODRICH, *Law in the Courts of Love: Andreas Capellanus and the Judgments of Love*, 48 STAN. L. REV. 633 (1996).

⁵² ANIELLA GONZÁLEZ, *Being Individuals: a Comparative Look at Relationships, Gender, and the Public/Private Dichotomy*, 9 MIAMI INT'L & COMP. L. REV. 115 (2001).

⁵³ CATHARINE A. MACKINNON, TOWARDS A FEMINIST THEORY OF THE STATE 195 (1991).

Para Pateman, el feminismo no se limita a desmentir o añadir alguna cosa a las teorías y los modos de argumentación predominantes; por el contrario, el feminismo desafía la construcción patriarcal de la teoría política misma.

Luce Irigaray coincide con la posición de Pateman y plantea que la autonomía de las mujeres significa la capacidad de expresarse y escuchar como mujeres. Para lograr la autonomía, es necesario que ocurran cambios en las organizaciones e instituciones sociales, en la economía y relaciones de intercambio comercial, así como en las relaciones eróticas e interpersonales. Pero sin cambios en el lenguaje y en las formas de representación –dice Irigaray– ese objetivo no puede lograrse. Irigaray desarrolla un discurso de género que parte de la distinción de sexos, pero no para establecer jerarquías dentro de la condición humana, sino para comprender la condición femenina desde la identidad femenina misma.

La propuesta del discurso de *género sexuado* pretende no sólo reconocer el problema inherente a los sistemas de corte patriarcal, sino que propone alternativas fuera de esa forma política. Su propuesta parte del estudio del imaginario discursivo y las representaciones mentales de las mujeres. La negación de la diferencia sexual –afirma Irigaray– es una expresión patriarcal que reprime la auto-diferenciación que sería posible en una cultura *sexuada*.⁵⁴ Irigaray defiende su uso del concepto *sexuado* en tres sentidos: el natural, el cultural y el aspecto legal de los derechos.⁵⁵

Explica Irigaray, retomando el tema de la educación –donde Wollstonecraft lo dejó– para afirmar que, en una cultura *sexuada* que permita la libre expresión de diferencias, no cabe duda que sería posible explicar la diferencia entre hombres y mujeres, pero no en términos jerárquicos –como la hizo de Gouge– sino en términos de justicia en la vida privada y en lo público. Para que ocurra el cambio, dice Irigaray, el proceso de re-educación en una cultura *sexuada* presupone leyes nuevas que reconozcan los *derechos sexuados* y no es la educación bajo formas jurídicas patriarcales la que puede realizar los derechos de la mujer.⁵⁶ Hablar del género sin relación con el sexo no tiene sentido, hablar de derechos humanos en un lenguaje neutro cuando el poder constitutivo de los derechos humanos es andrógeno no nos lleva a un estado neutro de igualdad sino de sumisión dentro del sistema patriarcal.⁵⁷ Ella propone que no se trabaje por derechos iguales sino derechos sexuados distintos y equivalentes: “la igualdad entre hombres y mujeres no puede hacerse realidad sin un pensamiento del *género* en tanto que *sexuado* y sin una nueva inclusión de los derechos y deberes de cada sexo considerado de manera diferente en sus derechos y deberes sociales”.⁵⁸

54 Véase ALISON STONE, LUCE IRIGARAY AND THE PHILOSOPHY OF SEXUAL DIFFERENCE (2006).

55 PENELOPE DEUTSCHER, *The Declaration of Irigarayan Sexuate Rights*, en FEMINIST PERSPECTIVES ON LAW AND THEORY 70-87 (Janice Richardson y Ralph Sandland eds. 2000).

56 *Id.*

57 Véase MARGARET WHITFORD, LUCE IRIGARAY: PHILOSOPHY IN THE FEMININE (1991).

58 LUCE IRIGARAY, YO, TÚ, NOSOTRAS 10 (1992).

El discurso de *derechos sexuados* promueve un orden jurídico nuevo y diferenciado y por ello ha sido criticado como segmentario y poco práctico, rayando en lo profético. Sobre lo “profético”, cabe decir que es una crítica injusta en tanto el discurso de *derechos sexuados* se plantea desde su coherencia interna, lo mismo (cualitativamente) que plantea el discurso de los derechos humanos desde los principios humanistas: un nuevo orden jurídico y no una realidad universal. El modelo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos no establece una realidad de hecho o derecho, sino una guía moral para el desarrollo de las relaciones humanas y la regulación de las relaciones entre los individuos y el Estado en la comunidad internacional.

Sobre el carácter segmentario del discurso de *derechos sexuados*, Luce Irigaray expresa en una reciente entrevista que se ha desvirtuado su contribución, la cual ella destaca en tres momentos:

The first part . . . amounts to a criticism of the Western tradition as constructed by a single subjectivity, a masculine subjectivity . . . In the second part, I try to indicate mediations which permit a feminine subjectivity to emerge . . . to affirm herself as autonomous and capable of a . . . culture of her own. The third part of my work is devoted to defining . . . the ways through which masculine subjectivity and feminine subjectivity could coexist.⁵⁹

2. Tercera generación feminista: discurso anti-esencialista

Distinto a lo que podría esperarse, la tercera vertiente del discurso de género no es una ecléctica, sino una posición que confronta las dos vertientes anteriores retando sus elementos conceptuales (razón/racionalidad o sexo/sexualidad) y posicionando el *género* como un concepto en crisis ante la multiplicidad notaxativa de referentes que pueden determinar su contenido. Estos referentes pueden ser la raza, clase, sexo, orientación sexual, casta, color, etnicidad, idioma, religión, credo, origen y nacionalidad, entre otros.

Autoras como Judith Butler, Iris Young, Martha Minow y Ladelle McWhorter, acogen el concepto de derechos humanos pero no como derechos universales pre-establecidos o realizados, sino como derechos en el proceso constructivo de lo humano o lo realizable. Desde esta perspectiva no existe tal cosa como derechos universales dado que no existe un punto arquimedeano desde el cual se pueden aplicar valores humanos neutrales y universales.⁶⁰ Sobre el principio de autonomía, dice McWhorter, es un principio que deriva de las “alucinaciones del pensamiento liberal”⁶¹ en tanto son una ilusión sostenida por los grupos dominantes que incorrectamente concibe la autonomía individual como si existiese

⁵⁹ LUCE IRIGARAY, CONVERSATIONS 124 (2008).

⁶⁰ Véase JUDITH BUTLER, GENDER TROUBLE: FEMINISM AND THE SUBVERSION OF IDENTITY (1990).

⁶¹ Véase LADELLE MCWHORTER, BODIES AND PLEASURES: FOUCAULT AND THE POLITICS OF SEXUAL NORMALIZATION (1999).

separada de la sociedad y fuese anterior a ésta. Según Minow, la universalidad y autonomía, además de ser el fundamento liberal de los derechos humanos, son el fundamento de las teorías del contrato social que le sustentan como fuente de derechos positivos. Las teorías del contrato social por excelencia son excluyentes de la voluntad política de las minorías.⁶²

La perspectiva anti-esencialista rechaza también la búsqueda de coherencia entre el sexo y género, ergo, los derechos sexuados. Ambos discursos, el neo-humanista y el radical feminista -dicen las autoras- son discursos esencialistas en tanto buscan “normalizar” patrones sociales bajo categorías pre-establecidas.⁶³ Tanto el discurso de derechos universales como el de derechos sexuados, son reduccionistas de la identidad y naturaleza expresiva del ser humano condicionando el *género* ya sea a la razón/racionalidad y al sexo/sexualidad de la mujer desconociendo la diversidad de expresiones femeninas que ocurren en la construcción social del género. Butler explica que existen suficientes excepciones a la norma binaria sexo/sexualidad-genero (por ejemplo el transgénero) como para saber que los derechos sexuados o derechos universales planteados como un concepto binario está en crisis.⁶⁴ No todas las mujeres viven la racionalidad o sexualidad de igual manera, y no todas las personas que desarrollan una subjetividad femenina son mujeres definidas así por su sexo.

El género, según la vertiente anti-esencialista, establece roles expresivos de lo masculino y lo femenino, y en ese sentido el género no es una categoría conceptual-cognitiva sino un verbo; ocurre en razón de roles que se expresan en diversidad de formas relacionadas tanto con la razón y el sexo, como con la raza, clase, orientación sexual, casta, color, etnicidad, idioma, religión, credo, origen y nacionalidad, entre otros. Las políticas tradicionales asumen un significado esencialista del término “diferencia” definiendo a los grupos en relación a supuestas naturalezas diferentes. El discurso anti-esencialista, por el contrario, no pretende definir *género* como una categoría cognitiva, no pretende tipificar a un grupo o grupos para establecer diferencia de identidad, pertenencia y pertinencia sino estudiarlo (al género) en la fluidez y riqueza conductual-relacional de los procesos sociales, en términos de diversidad.

Las diferencias son más el producto de las relaciones sociales que descripciones de los atributos de un grupo y los derechos son aquello que el individuo interesa proteger en sus relaciones sociales. En la igualdad de derechos desde la diversidad expresiva, la vocación feminista anti-esencialista reconoce las diferencias entre sexos sin ser sexista y sin ser universalista, tiene una ética de acción solidaria con cualquiera en desventaja por razón de su género.

En síntesis, la búsqueda de lo esencial invisibiliza un gran número de otras realidades que guardan igual necesidad de protegerse contra la desigualdad jurí-

⁶² MARTHA MINOW, MAKING ALL THE DIFFERENCE : INCLUSION, EXCLUSION AND AMERICAN LAW 152 (1990) (traducción del autor).

⁶³ Véase JUDITH BUTLER, BODIES THAT MATTER: ON THE DISCURSIVE LIMITS OF “SEX” (1993).

⁶⁴ *Id.*

dica. Esas “otras” realidades que trascienden las categorías de razón y sexo, son múltiples condiciones que existen de forma relativa a los distintos contextos socio-culturales de una variedad de grupos cualitativamente minoritarios por su acceso y ejercicio deficitario del poder. Estos grupos no deben ser presentados como víctimas sino como agentes de cambio social con la igualdad como objetivo fundamental.⁶⁵

II. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La integración del discurso de *género* en el Derecho Internacional ocurre en razón de los procesos jurídicos pre-establecidos para la configuración del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a saber, el conjunto de normas internacionalmente acordadas para regular la conducta de los estados en relación a las personas en su territorio, bajo su jurisdicción y autoridad.⁶⁶

Los procesos de configuración de los derechos humanos se establecen a partir de la promulgación de la Carta de las Naciones Unidas. Aunque la materia de derechos humanos se presenta en la Carta no en términos de protección sino de promoción, en virtud del artículo 62 de la Carta misma se establece entre las funciones y poderes del Consejo Económico y Social la facultad de convocar conferencias internacionales y de formular tratados a someterse ante la Asamblea General. Los tratados y la maduración de la costumbre internacional tienen como objetivo fomentar la protección de los derechos humanos.

Las conferencias internacionales han servido como el foro político para esa inserción del feminismo como parte del movimiento de los derechos humanos. Las declaraciones y planes de acción producto de las conferencias internacionales resumen los logros del movimiento feminista global en la búsqueda de consensos en las relaciones internacionales. Aunque las declaraciones internacionales y sus planes de acción no tienen fuerza vinculante, estos instrumentos guían la maduración del derecho consuetudinario o la positivización por medio de tratados en el sistema Universal de las Naciones Unidas y en sistemas políticos regionales (Europa, América, África) y la configuración de principios y derechos sustantivos por medio de los mecanismos de protección internacional de los derechos humanos.

A. Conferencias internacionales, declaraciones y planes de acción

La integración del discurso y política de género en el derecho internacional discurre en dos fases. La primera se desarrolla en torno a la Conferencia de San Francisco de 1945 sobre Organización Internacional, e incluye la erradicación del lenguaje androcéntrico para establecer un lenguaje neutral en materia de dere-

⁶⁵ HILARY CHARLESWORTH, CHRISTINE CHINKIN Y SHELLEY WRIGHT, *Feminist Approaches to International Law*, 85 AM. J. INT'L L. 613 (1991).

⁶⁶ PETER R. BAEHR, HUMAN RIGHTS: UNIVERSALITY IN PRACTICE 1 (2001).

chos humanos en general y para elaborar instrumentos de derecho internacional sobre derechos de las mujeres. La segunda fase se desarrolla en torno a la Conferencia Sobre Derechos Humanos celebrada en Viena (1993) y la IV Conferencia sobre las Mujeres celebrada en Pekín (1995), en donde se denuncia el efecto negativo del lenguaje neutral y se propone introducir la perspectiva de género para reinterpretar ese lenguaje neutral en materia de derechos humanos.

1. La Conferencia de San Francisco (1945) y la Declaración Universal de Derechos Humanos

Durante el proceso preparatorio a la Conferencia de San Francisco sobre organización internacional, en la que se promulga la Carta de las Naciones Unidas, una coalición de organizaciones no-gubernamentales, entre las cuales se encontraba el Consejo Nacional de Mujeres, preocupadas por las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial, promueven la expansión de los acuerdos tomados en las conferencias de *Barton Oaks* y de *Yalta*, para que la materia de derechos fundamentales no continúe encapsulada en el marco de la soberanía de los Estados y para que se regule en el Derecho Internacional.⁶⁷

Aunque sólo cuatro de los 160 firmantes de la Carta de las Naciones Unidas eran mujeres, éstas lograron que la inclusión de los derechos humanos en la Carta -como uno de los objetivos y funciones de la Organización de las Naciones Unidas- se hiciera bajo el entendido de que los estados firmantes debían realizar esfuerzos para garantizar los mismos derechos a las mujeres que a los hombres.⁶⁸

En la Primera Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (1946), la delegación danesa propuso una resolución, la cual fue aprobada, en la que se insta a tomar medidas para satisfacer los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas en lo concerniente a garantizar los mismos derechos a las mujeres que a los hombres. En ese sentido, el Consejo Económico y Social creó la Sub-Comisión sobre el Estatus de las Mujeres con el fin de someter propuestas y recomendaciones a la Comisión de Derechos Humanos para promover la igualdad en derechos de las mujeres.⁶⁹ De inmediato, la Sub-Comisión sobre el Estatus de las Mujeres se convirtió, bajo el liderazgo de su primera Presidenta, la danesa Bodill Begtrup, en un órgano de cabildeo formado por reconocidas feministas a quienes sus respectivos gobiernos designaron como representantes ante esa sub-comisión.⁷⁰

⁶⁷ DAVID S. WEISSBRODT, ET AL., *INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS: LAW POLICY AND PROCESS* 11 (3ra ed., 2001).

⁶⁸ *Id.* Véase también el párrafo 2 del Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas y el párrafo 3 del artículo 1.

⁶⁹ United Nations Blue Book Series on the United Nations and the Advancement of Women, 1945-1996 and the U.N. CD-Rom Women Go Global (2000).

⁷⁰ MORSINK, *supra* nota 12 en la pág. 117.

La eliminación del lenguaje androcéntrico en el borrador de la Declaración Universal de Derechos Humanos fue la primera tarea y primer logro de la Sub-Comisión sobre el Estatus de las Mujeres.⁷¹ Donde los textos originales decían *hombre* de manera genérica, dice ahora “la familia humana” y “todos los seres humanos” para referirse a la condición humana.⁷² Además, dicen “toda persona” para declarar el principio de no-discriminación e igualdad de derechos,⁷³ y “toda persona” o “todo individuo” para establecer los derechos sustantivos enunciados en la Declaración.⁷⁴

Tras arduas labores de cabildeo, la Sub-Comisión sobre el Estatus de las Mujeres logró, además, introducir cambios al contenido mismo de los derechos sustantivos enunciados en la Declaración, particularmente a los derechos relacionados con la vida pública y privada y el trabajo.

En el artículo 16 sobre la familia se logró incluir el derecho a fundar la familia sobre la base consensual y a disolverla independientemente de los principios morales y religiosos.⁷⁵ En el artículo 16 se declara que los hombres y las mujeres tienen derecho, sin restricción alguna, a casarse y fundar una familia mediante libre y pleno consentimiento, en igualdad de derechos, tanto en el matrimonio como en el caso de su disolución.⁷⁶

Sobre el derecho al trabajo, en el párrafo 2 del artículo 21, se logró incluir la frase “sin discriminación”, para que el texto de ese artículo diga “[t]oda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual”.⁷⁷ En el artículo 23, luego de establecer que toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, la Sub-Comisión sobre el Estatus de las Mujeres logra incluir la frase “en condiciones de igualdad” para que diga en el segundo párrafo “toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país”.⁷⁸ Además, logró la inclusión de los adjetivos “universal e igual” para que la disposición con respecto al derecho al sufragio establezca

71 FIONNUALA NÍ AOLÁIN, *Gendering the Declaration*, 24 MD. J. INT'L. L. 335 (2009).

72 Declaración Universal de Derechos Humanos, *supra*, nota 8.

73 *Id.* en el art. 2, ¶ 1.

74 *Id.* en los arts. 3 - 29.

75 MORSINK, *supra* nota 12 en la pág. 122-125.

76 Declaración Universal de Derechos Humanos, *supra*, nota 8, artículo 16, ¶ 1 y 2.

77 *Id.* en el Art. 21, donde dice:

Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. 2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. 4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

Id.

78 *Id.* en el Art. 23, ¶ 1.

que la voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público, a expresarse por medio de elecciones periódicas “por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto”.⁷⁹

Luego de su participación en el proceso de redacción de la Declaración Universal, la Sub-Comisión sobre el Estatus de las Mujeres se encargó de promover la Convención Sobre Discriminación Contra las Mujeres y de organizar las conferencias mundiales sobre las mujeres en México (1975), en Copenhague (1980), en Nairobi (1985) y en Pekín (1995). Estas conferencias, junto con la Conferencia sobre Derechos Humanos de Viena (1993), marcan la inserción política de las organizaciones de mujeres en el movimiento global de los derechos humanos y de esa rama del derecho internacional.

2. La Conferencia sobre Derechos Humanos (Viena, 1993)

El proceso preparatorio y la celebración de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, proyectó a las organizaciones de mujeres como un movimiento global con una agenda política concreta en el contexto internacional de los derechos humanos. Anteriormente, las organizaciones de mujeres eran percibidas por el movimiento de derechos humanos como agentes sociales dedicadas a temas tangenciales o subordinados a los grandes problemas políticos internacionales del contexto geopolítico de la posguerra y la Guerra Fría.

Las organizaciones de derechos humanos vieron con desconfianza al feminismo y el discurso de género pues su agenda política se planteaba en el “post” (postmarxista, postestructuralista, postmoderna), lo cual se temía terminaría diluyendo los planteamientos tradicionales del movimiento de derechos humanos en la ya difícil tarea de viabilizar la protección de los derechos humanos en el ambiente internacional.

Aunque el movimiento feminista coincide con el movimiento de derechos humanos en sus críticas al enfoque liberal-clásico por la primacía que ese enfoque otorga a los derechos civiles y políticos sobre los derechos económicos y sociales, el movimiento feminista va más allá para criticar la división entre lo público y lo privado; la misma que fundamenta la agenda política del movimiento de los derechos humanos. En su mayoría, las organizaciones feministas, perciben la división público/privado como apartada de la realidad. La violencia contra las mujeres ocurre en razón del ejercicio del poder masculino manifiesto no sólo en el Estado, sino también en instituciones sociales básicas como la familia y la comunidad bajo la tolerancia del Estado mismo.⁸⁰

De interés común para el movimiento de derechos humanos y el feminista, el Punto 5 de la Declaración de Viena incluyó –por primera vez en un instrumen-

79 *Id.* ¶ 2.

80 TRACY E. HIGGINS, *Anti-essentialism, Relativism and Human Rights*, 19 HARV. WOMEN'S L.J. 89 (1996).

to internacional– el principio de integralidad de los derechos humanos al expresar que

todos los derechos humanos [civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y de cualquier otro tipo] son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso.⁸¹

Quedaron plasmados también los intereses particulares del movimiento feminista, a saber, la eliminación del lenguaje neutral del discurso de derechos humanos, y el establecimiento de vínculos entre discriminación y violencia de género. En el Preámbulo mismo de la Declaración de Viena, se hace referencia a los problemas de discriminación y de violencia contra la mujer, cuando la Conferencia se expresó “profundamente preocupada por las diversas formas de discriminación y violencia a que siguen expuestas las mujeres en todo el mundo”,⁸² y en su parte sustantiva, la Declaración de Viena establece el problema de discriminación –siguiendo el lenguaje de la Declaración Universal– no en términos de género sino sexo, al decir que “la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo son objetivos prioritarios de la comunidad internacional”.⁸³ Más adelante, el problema de violencia se establece, de manera implícita, bajo una perspectiva de género al afirmarse que “la violencia y todas las formas de acoso y explotación sexuales, en particular las derivadas de prejuicios culturales [...] son incompatibles con la dignidad y la valía de la persona humana”.⁸⁴

El cambio más importante, en términos del lenguaje, fue establecer por primera vez en un instrumento internacional la frase “derechos humanos de la mujer”. Esa frase –que antes se entendía como prosaica– se integra en la Declaración de Viena al decir que “los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales”.⁸⁵

Lo importante de ese cambio es el compromiso promovido por todas las vertientes del discurso de género dentro del movimiento feminista para romper el silencio y cuestionar el uso de lenguaje neutral. ¿Cuáles son las representaciones mentales que surgen de la expresión derechos humanos?: posiblemente la vida, libertad de pensamiento y de expresión, y sus óbices como la tortura y persecución, entre otros. ¿Cuáles son las representaciones mentales que surgen de la expresión derechos humanos de la mujer? Igualdad, salud reproductiva, acceso

⁸¹ Declaración de Viena y Programa de Acción, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993. U.N. Doc. A/CONF.157/23 (1993)U.N. Doc. A/CONF.157/23 (1993).

⁸² *Id.* en el Preámbulo, ¶ 10.

⁸³ *Id.*

⁸⁴ *Id.*

⁸⁵ *Id.* en el punto 18.

al poder y los obstáculos a su realización como violencia doméstica y sexual y discrimen, entre otros. La importancia del cambio de lenguaje es ganar pertinencia dentro del discurso de derechos humanos universales.

Consecuentemente, en la Plataforma de Acción de la Conferencia de Viena se establece una estrategia general de *mainstreaming* para promover de manera sistemática los derechos humanos de la mujer en las principales actividades del sistema de las Naciones Unidas.⁸⁶ Dice específicamente la Plataforma de Acción –desde una construcción implícita sobre sexo/género– que “en las actividades de derechos humanos de las Naciones Unidas se traten periódicamente las violaciones de los derechos humanos de la mujer, en particular los abusos concretos motivados por su condición femenina [y] dedicar esfuerzos para eliminar la violencia contra la mujer en la vida pública y privada, los prejuicios sexistas en la administración de la justicia y las consecuencias perjudiciales de prácticas culturales”.⁸⁷

Para realizar esos objetivos, la Plataforma de Acción de la Conferencia de Viena solicitó a la Asamblea General que aprobara el proyecto de Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer.⁸⁸ El 20 de diciembre de 1993, la Asamblea General adoptó la Declaración Sobre la Eliminación de La Violencia Contra la Mujer, en donde se define la violencia contra la mujer como la violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, en la comunidad, el trabajo, en instituciones educacionales, en la familia y en prácticas tradicionales nocivas para la mujer como la dote, la mutilación genital femenina la trata de mujeres y la prostitución forzada”.⁸⁹

En términos generales, la Declaración Sobre la Eliminación de La Violencia Contra la Mujer se construye sobre el discurso de sexo/género. Por ejemplo, al abordar el tema de educación, se recomienda que se modifiquen “las pautas sociales y culturales de comportamiento del hombre y de la mujer y eliminar los prejuicios y las prácticas consuetudinarias o de otra índole basadas en la idea de la inferioridad o la superioridad de uno de los sexos y en la atribución de papeles estereotipados al hombre y a la mujer”.⁹⁰

En esa Plataforma de Acción, se solicitó que se fortalecieran los mecanismos de protección internacional de los derechos de la mujer. Se respaldó la decisión de la Comisión de Derechos Humanos de considerar en su 50mo período de sesiones la designación de un relator especial sobre la violencia contra la mujer. También se recomendó que la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer exa-

86 *Id.* en el punto 37.

87 *Id.* en el punto 42.

88 *Id.* en el punto 38.

89 Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, adoptada por la Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993. U.N. Doc. A/RES/48/104, Artículo 2.

90 *Id.* en el Art. 4, ¶ J.

minaran la posibilidad de introducir el derecho de petición (mecanismo cuasijudicial), elaborando un protocolo facultativo de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.⁹¹ Se recomendó, además, la creación de planes de acción nacionales y la creación o fortalecimiento de instituciones nacionales independientes para la protección y promoción de los derechos humanos de las mujeres.

La acción política para lograr esos objetivos fue retomada en la Conferencia Mundial sobre la Mujer que estaba planificada para celebrarse en 1995 en Pekín. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos acogió con satisfacción la Conferencia Mundial sobre la Mujer e instó a que los derechos humanos de la mujer ocuparán un lugar importante en las deliberaciones de esa Conferencia.⁹²

3. La IV Conferencia Mundial sobre la Mujer (Pekín, 1995)

Durante el proceso preparatorio y la celebración de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, en Pekín (1995), el movimiento feminista confronta nuevos retos. La influencia de la división entre universalismo y relativismo nunca había sido más evidente que en los debates sobre los derechos humanos de la mujer. En la medida que los intereses e intenciones de las distintas vertientes del movimiento feminista se expresaron de cara a la Conferencia de Pekín, afloraron tensiones no sólo con el movimiento humanista, sino también con grupos que se oponen al pensamiento humanista desde expresiones políticas relativistas. Entre esas últimas, algunas mujeres defienden su identidad como miembros de grupos que perciben al feminismo global como un movimiento marcado por las mismas tendencias imperialistas-occidentales de los sistemas de poder que algunas vertientes del movimiento feminista critican.⁹³ La complejidad de este debate plantea considerar la multiplicidad de posiciones políticas sobre las formas de configurar los derechos de las mujeres.

La preocupación del feminismo radical por establecer las diferencias entre sexos y explicitar la exclusión de la subjetividad femenina ha recreado algunos de los dilemas que el relativismo cultural generó en el ámbito de los derechos humanos, ahora dentro del movimiento feminista. En ese sentido, se puede apreciar cómo el sexo es al género lo que la raza a la etnicidad; algo que no previeron las estrategias políticas del movimiento radical feminista que planteaba un discurso en términos de “la mujer” como una categoría homogénea. Se reconoce que la incapacidad de abordar las diferencias que caracterizan los problemas de diferentes grupos de mujeres puede oscurecer o negar los derechos humanos de algunas mujeres. Es innegable tanto que las mujeres son sometidas a la discri-

⁹¹ *Id.* en el punto 40.

⁹² *Id.* en el punto 44.

⁹³ TRACY E. HIGGINS, *Anti-essentialism, Relativism and Human Rights*, 19 HARV. WOMEN'S L.J. 89 (1996).

minación de género, como que las mujeres son sometidas a discriminación por razón de su raza, color, clase, casta, religión, origen social y nacionalidad.

Más que la introducción de nuevos aspectos, en la Declaración y en el capítulo correspondiente a derechos humanos de la Plataforma de Acción de la IV Conferencia sobre la Mujer, se observa la intención de buscar puntos de encuentro que ayuden a reafirmar y adelantar los acuerdos logrados en la Conferencia de Derechos Humanos celebrada en Viena dos años antes.⁹⁴

En la Declaración de la IV Conferencia sobre la Mujer se puede observar la intención de reafirmar el concepto de derechos humanos de las mujeres al declararse la necesidad de garantizar “los derechos humanos de las mujeres y las niñas como parte inalienable, integral e indivisible de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”,⁹⁵ adoptar medidas para eliminar todas las formas de discriminación contra las mujeres y de suprimir todos los demás obstáculos a la igualdad de género.⁹⁶

En la Declaración se hace referencia a la estrategia de *mainstreaming*, pero ahora con claridad conceptual de *género*; donde la Plataforma de Viena dejó planteado la estrategia sin referencia explícita al concepto género, los representantes de gobiernos ante la Conferencia de Pekín se comprometieron a “aplicar la siguiente Plataforma para la Acción, garantizando que en todas nuestras políticas y programas quede reflejada la perspectiva de género” e instan al sistema de las Naciones Unidas para que hagan lo mismo.⁹⁷ En respuesta, la Asamblea General de las Naciones Unidas creó la oficina de la Asesora Especial sobre Asuntos de Género.⁹⁸

En la Plataforma de Acción de la Conferencia de Pekín, se profundiza el llamado al fortalecimiento de los instrumentos convencionales y sus mecanismos de protección. Se plantea promover y proteger los derechos humanos de la mujer, mediante la plena aplicación de todos los instrumentos de derechos humanos, especialmente la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. Se propone una campaña para la ratificación de esa Convención, proveer guía interpretativa sobre las obligaciones de los Estados frente a esa Convención, crear planes nacionales y crear o fortalecer instituciones nacionales independientes para la protección y promoción de los derechos humanos de la mujer, según se recomendó en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993. Se retomó la solicitud hecha en esa conferencia para la introducción de un mecanismo cuasi-judicial para que el Comité para la Eliminación

94 Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995, cap. I, resolución 1, anexos I y II. A/CONF. 177/20.

95 *Id.* ¶ 9.

96 *Id.* ¶ 24.

97 *Id.* ¶ 38.

98 Véase Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 2005, Suplemento No. 7 y corrección (E/2005/27 y Corr.1), cap. I, secc. A. Véase también la decisión 2005/232 del Consejo Económico y Social.

de la Discriminación contra la Mujer pueda examinar peticiones individuales sobre violaciones a los derechos humanos de las mujeres. La IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres, decidió apoyar el proceso iniciado por la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer con miras a redactar un proyecto de protocolo facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.

El 6 de octubre de 1999, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó ese protocolo facultativo, donde un panel de 23 expertas independientes se reúnen tres veces al año para atender casos individuales de personas bajo la jurisdicción de los estados firmantes del protocolo, quienes alegan la violación de sus derechos en virtud de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.⁹⁹ La jurisprudencia que se ha producido en este mecanismo de protección sienta la pauta a seguir por otros mecanismos de protección de los derechos humanos en materia de violencia de género como una forma de discrimen contra la mujer como el corolario en la relación entre derechos humanos y género.

B. Configuración del principio de no discriminación e igualdad

1. Igualdad y discrimen por género

El principio de igualdad y no-discriminación se refiere a las provisiones que garantizan el disfrute de todas las personas sin distinción de los derechos establecidos en un tratado. Así se establece, por ejemplo, en el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, o en el artículo 3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto”.¹⁰⁰

El principio de igualdad y no-discriminación se refiere también a las provisiones en los tratados que garantizan el derecho a la igual protección de las leyes de un Estado-Parte de un tratado; esto con el fin de proteger derechos que no se han establecido en el tratado pero existen en la legislación de los Estados-Partes del tratado. Por ejemplo, en el artículo 1 del Protocolo 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos, y en el artículo 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, se dice: “[t]odas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley . . .”.¹⁰¹ De esa manera el artículo 26 garantiza el trato igual ante la legislación interna de un Estado que establece derechos, por ejemplo, los derechos económicos, sociales y culturales que no se

⁹⁹ Seguimiento de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer y plena aplicación de la Declaración y la Plataforma de Acción de Pekín y de los resultados del vigésimo tercer período extraordinario de sesiones de la Asamblea General. Res. A.G. 60/140, A/RES/60/140 (2006).

¹⁰⁰ Res. A.G. 2200 A (XXI).

¹⁰¹ *Id.* en el Art. 26.

enuncian en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos pero existen en virtud de leyes del Estado-Parte del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

La maduración de ciertos principios de derechos humanos, ya sea como derecho consuetudinario u obligación convencional, es materia de reciente desarrollo en el Derecho Internacional. En ese sentido –explica Radhika Coomaraswamy– que el principio de igualdad y no-discriminación en razón de edad es ampliamente aceptado como norma internacional para la protección de menores y envejecientes y su violación se percibe como una aberración moral y jurídica.¹⁰² Sin embargo, la aplicación del mismo principio en razón del sexo resulta mucho más controversial dependiendo de los roles sociales otorgados a los sexos en distintas culturas y sistemas políticos; en otras palabras resulta controversial en relación al *género*.¹⁰³

En 1989, el Comité de Derechos Humanos –órgano supervisor del Pacto de Derechos Civiles y Políticos– emitió la Observación General Número 16, en donde se establece que “la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos”.¹⁰⁴

La *discriminación*, en general, se define como:

toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.¹⁰⁵

La *igualdad*, en general, se define como “el goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades”¹⁰⁶ y se refiere a la situación en la cual todas las personas son iguales en la ley, ante la ley, y tienen derecho a igual protección de la ley.¹⁰⁷

¹⁰² Véase Radhika Coomaraswamy, *Identity Within: Cultural Relativism, Minority Rights and the Empowerment of Women*, 34 GEO. WASH. INT'L L. REV. 483 (2002).

¹⁰³ Shirley C. Wang, *The Maturation of Gender Equality into Customary International Law*, 27 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 899 (1995).

¹⁰⁴ Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, *Observación general N° 18: no discriminación*, 37º período de sesiones (1989), en RECOPIACIÓN DE LAS OBSERVACIONES GENERALES Y RECOMENDACIONES GENERALES ADOPTADAS POR ÓRGANOS EN VIRTUD DE TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS, INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS, HRI/GEN/1/Rev.9 - Vol. I (27 de mayo de 2008) en la pág. 234, ¶ 1 (en adelante, PIDESC).

¹⁰⁵ *Id.* en la pág. 235, ¶ 7.

¹⁰⁶ *Id.* en la pág. 235, ¶ 8.

¹⁰⁷ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 16: la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y cultura-*

En la guía interpretativa de los principales tratados de derechos humanos se establece que la igualdad y el discrimen pueden ocurrir de dos maneras: igualdad o discrimen *de facto* (manera sustantiva) e igualdad o discrimen *de jure* (manera formal).¹⁰⁸ En esos sentidos, el discrimen puede ocurrir de manera directa o indirecta, dependiendo de las intenciones de la legislación interna o programas de gobierno.¹⁰⁹

La *igualdad de jure* presupone que se logra la paridad si las normas jurídicas o de otra naturaleza tratan a hombres y mujeres de una manera neutra o, en su defecto, se presupone que ocurre *discrimen formal*. En esos casos el discrimen es directo en tanto la diferencia de trato se funda directa y expresamente en el sexo y en condiciones sociales del hombre y de la mujer que no pueden justificarse objetivamente.¹¹⁰

La *igualdad de facto* se ocupa de los efectos de las normas jurídicas y otras normas y trata de conseguir que se alivie la situación desfavorable que sufren hombres o mujeres o, en su defecto, se presupone que ocurre *discriminación sustantiva*.¹¹¹ En esos casos, el discrimen es indirecto en tanto la ley o proyectos no tienen apariencia discriminatoria, pero producen discrimen en su aplicación a causa de desigualdades preexistentes: la aplicación de una ley neutra en cuanto al *género* puede perpetuar la desigualdad de las mujeres o agravarla. Por lo tanto, el goce de derechos en condiciones de *igualdad* no significa trato idéntico en toda circunstancia.¹¹²

La *discriminación contra la mujer* se define en el artículo 1 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.¹¹³

Para establecer la relación entre sexo y género, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer define el *género* como “los significados so-

les, Artículo 3, 34º período de sesiones (2005), en RECOPIACIÓN DE LAS OBSERVACIONES GENERALES Y RECOMENDACIONES GENERALES ADOPTADAS POR ÓRGANOS EN VIRTUD DE TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS, INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS, HRI/GEN/1/Rev.9 - Vol. I (27 de mayo de 2008) en la pág. 138, ¶¶ 6 y 7 (en adelante, PIDCP).

108 *Id.* ¶ 7.

109 *Id.* en la pág. 139 ¶¶ 12 y 13.

110 *Id.* ¶ 12.

111 PIDESC, *supra* nota 107, en la pág. 139 ¶ 13.

112 PIDCP, *supra* nota 104, en la pág. 235 ¶ 9.

113 Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, *supra* nota 89 en el artículo 1.

ciales que se confieren a las diferencias biológicas entre los sexos.”¹¹⁴ Explica ese Comité que esos significados son un producto ideológico y cultural que se reproduce en el ámbito de las prácticas físicas e influye en los resultados de tales prácticas.¹¹⁵ El género afecta la distribución de los recursos, la riqueza, el trabajo, el poder político, y el disfrute de los derechos dentro de la familia y en la vida pública.¹¹⁶ Pese a las variantes, las relaciones de género en todo el mundo entrañan una asimetría de poder entre el hombre y la mujer con lo cual produce estratos sociales, asemejándose en ese sentido a otras fuentes de discriminación como la raza, la clase, la etnicidad, la sexualidad y la edad.¹¹⁷

Para garantizar el principio de igualdad y no discriminación, explica el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados deben implantar medidas contra la *discriminación de jure* así como medidas para revertir la *discriminación de facto*,¹¹⁸ y que esas medidas deben de operar tanto en el ámbito público como privado.¹¹⁹

Al desarrollarse esas medidas debe tomarse en cuenta que el discrimen y desigualdad tienen sus raíces profundas en la tradición, historia y cultura, así como en prácticas religiosas que subordinan a la mujer.¹²⁰ Aunque el *género* afecta al hombre y la mujer,¹²¹ las mujeres se afectan con mayor frecuencia e intensidad debido a la condición inferior de su rol de género.¹²² Explica el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que el género alude a las expectativas y presupuestos culturales del hombre y la mujer sobre la base exclusiva de su identidad como tales. Las expectativas basadas en el género suelen situar a la mujer en situación desfavorable a la hora de actuar y ser reconocida como un adulto autónomo y capaz.¹²³

114 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, en RECOPIACIÓN DE LAS OBSERVACIONES GENERALES Y RECOMENDACIONES GENERALES ADOPTADAS POR ÓRGANOS EN VIRTUD DE TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS HRI/GEN/1/Rev.9 - Vol.II (27 de mayo de 2008).

115 *Id.*

116 *Id.*

117 *Id.*

118 General Comment No. 28, *supra*, nota 22, ¶2.

119 *Id.* ¶4.

120 *Id.* ¶ 5.

121 *Id.* ¶14.

122 *Id.* ¶ 8.

123 Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general Nº 16, La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) Tema 5 del programa, en CUESTIONES SUSTANTIVAS QUE SE PLANTEAN EN LA APLICACIÓN DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, Y CULTURALES. E/C.12/2005/4. Ginebra (2005) ¶ 14.

2. Discrimen y violencia de género

La violencia de género, explica el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, es una forma de discrimen. En su Recomendación General 19, el comité estableció que la violencia de género es aquella que se dirige contra una mujer por el hecho de ser mujer o que afecta a las mujeres de manera desproporcionada.¹²⁴ La violencia de género puede incluir el abuso físico, mental o sexual, o el sufrimiento o amenazas de tales actos, la coerción y otras formas de privación de la libertad.¹²⁵

La violencia de género que disminuye o anula el goce de las mujeres de sus derechos humanos se constituye en discrimen según definido en el artículo 1 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. Esos derechos incluyen el derecho a la vida, el derecho a la protección contra la tortura o tratos crueles inhumanos y degradantes, el derecho a igual protección ante la ley en tiempos de paz (según el derecho de los derechos humanos) y en tiempos de Guerra (según el derecho humanitario) el derecho a la libertad y seguridad de la persona, el derecho a igualdad en familia, el derecho a la salud, y el derecho a condiciones de trabajo favorables y justas.¹²⁶

Al analizar las relaciones entre discrimen de género y otras características como la raza, origen nacional o étnico, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial –órgano supervisor de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial–¹²⁷ explica que la discriminación racial no siempre afecta a las mujeres y a los hombres por igual; existen circunstancias en que afecta únicamente o de distinta manera y medida a las mujeres.¹²⁸ Algunas formas de discriminación racial pueden dirigirse exclusivamente contra las mujeres. Este es el caso de la violencia sexual cometida contra las mujeres de determinados grupos raciales o étnicos en detención o durante conflictos armados; la esterilización obligatoria de mujeres indígenas o el abuso de trabajadoras en el extranjero.¹²⁹ La discriminación se expresa también –dice ese Comité– en las dificultades para acceder a la justicia y a remedios efectivos.¹³⁰

¹²⁴ CEDAW General Recommendation 19 (11ma sesión, 1992): Violence Against Women, A/47/38 (1992) ¶ 6.

¹²⁵ *Id.*

¹²⁶ *Id.* ¶ 7: “Gender-based violence, which impairs or nullifies the enjoyment by women of human rights and fundamental freedoms under general international law or under human rights conventions, is discrimination within the meaning of article 1 of the Convention”.

¹²⁷ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Res. A.G. 2106 A (XX), Dic. 21, 1965.

¹²⁸ General Recommendation No. 25: Gender related dimensions of racial discrimination. Fifty-sixth session, 2000, ¶ 1.

¹²⁹ *Id.* ¶ 2.

¹³⁰ *Id.*

C. Adjudicación de casos desde la perspectiva de género

La aplicación del principio contra el discrimen y las provisiones sobre igualdad depende de la existencia de derechos sustantivos y de problemas sociales concretos. Los mecanismos de protección internacional han decidido casos al determinar la violación del derecho a la vida e integridad de las personas, el derecho a la privacidad y vida en familia, el derecho a la libre expresión, el derecho de propiedad, y el derecho a igual protección de las leyes. Estos derechos se han configurado en razón de problemas relacionados con la violencia doméstica, la violencia sexual, la migración y deportación de migrantes, la adopción de menores, el cambio de apellido y de identidad sexual en registros públicos, los beneficios de seguridad social, y el acceso al servicio público.

La medida en que los distintos mecanismos de protección internacional se acercan o no a la guía interpretativa establecida por el Comité para Eliminar Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, determina la medida de los avances en la incorporación del discurso y la política de género en la configuración de derechos humanos.

1. Violencia doméstica

Partiendo de la premisa planteada en el párrafo anterior, el caso *Opuz v. Turquía*,¹³¹ resuelto por la Corte Europea de Derechos Humanos en junio 2009, resulta ser un indicador halagüeño. En este caso, la Corte Europea observó que la señora Nahide Opuz [en adelante “peticionaria”] y su madre sufrieron, a manos de su esposo y el padre de su esposo, un patrón de violencia doméstica con maltrato emocional, maltrato físico, amenazas de muerte y el eventual asesinato de la madre de la peticionaria.

La Corte determinó que esos hechos ocurrieron con la tolerancia del Estado de Turquía y que el castigo recibido por el ofensor, se impuso bajo alegaciones de haber actuado este en “razón de honor” otorgándole sanciones atemperadas. La Corte Europea decidió que el Estado de Turquía violó el artículo 3 de la Convención Europea al no brindar protección a la demandante y a su madre contra el maltrato, que el Estado violó sus obligaciones bajo el artículo 2 de la Convención Europea al no proteger la vida de la madre de la demandante. Seguido, la Corte evaluó las implicaciones de lo anterior con relación al artículo 14 de la Convención sobre discrimen donde se establece: “[t]he enjoyment of the rights and freedoms set forth in [the] Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status”.

La Corte Europea ha establecido en su jurisprudencia que el término discrimen significa tratar a personas en situaciones similares de manera distinta sin

131 *Opuz v. Turkey*, no. 33401/02, Eur. Ct. H.R. 2009-III.

un objetivo o justificación razonable¹³² o que la política pública o medida implantada tiene efectos perjudiciales desproporcionados en un grupo particular aunque la medida no se dirija a afectar ese grupo,¹³³ o que el discrimen existente y potencialmente contrario a la Convención sea el resultado de situaciones *de facto*.¹³⁴ Aunque no siempre aplique el principio *affirmanti incumbit probatio*, una vez el demandante prueba el discrimen, el Estado debe justificarlo.¹³⁵ La justificación será interpretada por medio del principio de proporcionalidad; en términos de la legalidad¹³⁶ del trato desigual, de la legitimidad de ese trato,¹³⁷ y que el trato y fines sean necesarios en una sociedad democrática.¹³⁸

A esos efectos, la Corte revisó las principales disposiciones en varias jurisdicciones y en el Derecho Internacional sobre discrimen y violencia de género. La Corte observó que Turquía había ratificado, en 1986, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. Observó que Turquía, conforme al artículo 2 de esa Convención, había repudiado todas las formas de discriminación según se definen en el artículo 1 y se comprometió a erradicarlas. Observó que en la Recomendación General 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, la definición de *discriminación contra la mujer* del artículo 1 de la Convención, incluye la *violencia de género*. Observó que en la jurisprudencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, específicamente en el caso de *A.T. v. Hungría*,¹³⁹ y en el

132 *Id.* ¶ 175 citando a *Willis v. the United Kingdom*, no. 36042/97, Eur. Ct. H.R. 2002-IV, en el ¶ 48; *Okpiz v. Germany*, no. 59140/00, 2005 en el ¶ 33.

133 *Id.* citando a *Hugh Jordan v. the United Kingdom*, no. 24746/94, 2001 en el ¶ 154; *Hoogendijk v. the Netherlands*, no. 58461/00 2005.

134 *Id.* citando a *Zarb Adami v. Malta*, no. 17209/02, § 76, Eur. Ct. H.R.. 2006.

135 *Id.* en los ¶¶ 176-177, cita *Chassagnou and Others v. France [GC]*, nos. 25088/94, 28331/95, 28443/95, Eur. Ct. H.R. 1999-III en párrafos 91-92.

136 Véanse *Kruslin v. France*, *Huvig v. France*, judgments of 24 April 1990, Series A no. 176-A, en el ¶ 27: [1] This expression requires firstly that the impugned measure should have some basis in domestic law; [2] it also refers to the quality of the law in question, requiring that it should be accessible to the person concerned, who must moreover be able to foresee its consequences for him, and [3] be compatible with the rule of law.

137 Véase *Hirst v. United Kingdom (2) [GC]* no. 74025/01 Eur. Ct. H.R. 2005, en ¶ 44: [a] States enjoy a certain but not unlimited margin of appreciation in the matter of the imposition of restrictions, but it is for the Court to give the final ruling on whether they are compatible with the Convention; [b] those paragraphs of Articles of the Convention which provide for an exception to a right [...] are to be narrowly interpreted.

138 Véase *id.*, en el ¶ 45:

[a] the adjective “necessary” is not synonymous with “indispensable”, neither has it the flexibility of such expressions as “admissible”, “ordinary”, “useful”, “reasonable” or “desirable” . . . [b] the phrase “necessary in a democratic society” means that, to be compatible with the Convention, the interference must, inter alia, correspond to a “pressing social need” and be “proportionate to the legitimate aim pursued”.

139 *Id.* en los ¶¶ 90, 180. Véase caso de referencia en *A. T. v. Hungary (2/2003)*, CEDAW, A/60/38 (Ene. 26, 2005), disponible en <http://www.bayefsky.com/docs.php>, (última visita 10 de octubre 2009).

caso de *Fatma Yildirim v. Austria*,¹⁴⁰ ese Comité había establecido la relación entre discriminación y violencia de género de acuerdo a la Recomendación General antes mencionada.

Al estudiar instrumentos dedicados a la materia de violencia contra las mujeres, en otros sistemas de protección internacional, la Corte observó que en el Artículo 4(c) de la Declaración para la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer, la Asamblea General de las Naciones Unidas, urge a los Estados proceder con diligencia para prevenir, investigar, y de acuerdo con la legislación nacional, castigar actos de violencia contra la mujer, ya sea que los actos sean perpetrados por el Estado o personas privadas.¹⁴¹ Además, que la Convención Interamericana para la Prevención, Castigo y Erradicación de la Violencia Contra la Mujer, es el único tratado multilateral de derechos humanos dedicado exclusivamente al problema de violencia contra las mujeres.¹⁴² La Corte Europea observó que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos adoptó en materia de violencia doméstica, en el caso de *María Da Penha v. Brasil*,¹⁴³ la doctrina general establecida por la Corte Interamericana para determinar que el Estado de Brasil había violado sus obligaciones bajo la Convención Interamericana para la Prevención, Castigo y Erradicación de la Violencia Contra la Mujer. Esa doctrina es congruente con la jurisprudencia de la Corte Europea, la cual establece la posibilidad de responsabilizar a un Estado por actos privados; ya sea por el incumplimiento de la obligación de los Estados de proteger los derechos humanos, por faltar al deber de debida diligencia para prevenir violaciones, o de investigar y sancionar a los actores y proveer remedios apropiados a sus familias.

Finalmente, la Corte Europea, ante las violaciones del derecho a la vida e integridad de las víctimas en el caso en cuestión y la pasividad policial y judicial del Estado turco, decidió que la violencia sufrida por las víctimas debe considerarse como violencia de género; que este tipo de violencia es una forma de discriminación contra las mujeres por parte del Estado al no proveer protección igual de las leyes, y por lo tanto la Corte decidió que Turquía violó el artículo 14 en relación con los artículos 2 y 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos.¹⁴⁴

¹⁴⁰ *Id.* en los ¶¶ 76, 77, 147. Véase *Fatma Yildirim v. Austria* (6/2005), CEDAW, C/39/D/6/2005 (1 Oct. 2007) disponible en <http://www.bayefsky.com/docs.php> (última visita 10 de octubre 2009).

¹⁴¹ *Opuz v. Turkey*, no. 33401/02, Eur. Ct. H.R. 2009-III.

¹⁴² Véase Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Adoptada en 1994 por la Organización de Estados Americanos, entró en vigor el 5 de marzo 1995, disponible en http://www.oas.org/dil/esp/tratados_alfabetico_texto.htm#P (última visita 10 de octubre 2009).

¹⁴³ Véase *María da Penha Maia Fernandes v. Brazil*, Case 12.051, Report No. 54/01, Inter-Am. C>H.R., Annual Report 2000, OEA/Ser.L/V/II.01 Doc.20 rev. (2000), disponible en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Brasil12.051.htm>, (última visita 10 de octubre 2009).

¹⁴⁴ *Opuz v. Turkey*, no. 33401/02, Eur. Ct. H.R. 2009-III ¶ 202.

El caso de *Opuz v. Turquía* es un ejemplo del desarrollo conjunto del *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En ese caso se configura el principio de no-discriminación del artículo 14 de la Convención Europea a la luz de los desarrollos en el sistema universal de las Naciones Unidas y en el sistema Interamericano.

2. Violencia sexual

Las decisiones en materia de violencia sexual difieren en los distintos mecanismos de protección internacional según se aplique el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en contextos de paz; o el Derecho Humanitario y el Derecho Internacional Penal, en el contexto de conflictos armados.

En el campo de los Derechos Humanos, el contraste entre el caso de *X y Y v. Holanda*,¹⁴⁵ resuelto en 1985 por la Corte Europea de Derechos Humanos, y los casos resueltos después de 1996 por esa misma Corte muestran los cambios más importantes en la configuración de violaciones de derechos en casos de violencia sexual.

En el caso *X y Y v. Holanda*,¹⁴⁶ comparecieron como peticionarios una joven mujer con discapacidad mental y su padre, quien argumentó que su hija fue víctima de abuso sexual al cumplir dieciséis años y que el gobierno de Holanda faltó a sus obligaciones bajo el artículo 3 de la Convención Europea sobre tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes, el artículo 8 sobre privacidad y vida en familia y el artículo 14 sobre discriminación. La Corte Europea observó que en el derecho holandés las personas mayores de dieciséis años tienen autonomía en materia sexual y que los remedios en el derecho civil holandés no pueden considerarse adecuados ante los hechos expuestos en este caso. Además, la Corte encontró que en el derecho penal holandés, las denuncias de violaciones sexuales de personas mayores de dieciséis años deben ser presentadas por la parte afectada directamente, lo cual no era factible en este caso debido a que la víctima padece de discapacidad mental. Por otra parte, concluyó que las autoridades judiciales holandesas reconocieron el vacío en la legislación penal para víctimas con discapacidad mental, pero prefirieron no interpretar la ley de manera retroactiva de forma tal que aplicara al supuesto agresor. Por último, la Corte Europea encontró que el Estado holandés descargó cualquier responsabilidad ante los hechos que pudiesen considerarse como violación del artículo 3, sobre maltrato, por no vincularse directamente a las omisiones del Estado.

La Corte Europea decidió que, habiendo determinado la violación del artículo 8 sobre la violación del deber del Estado Holandés de proteger la vida privada de la víctima, no era necesario determinar la violación de los artículos 3 y 14 sobre maltrato y discriminación, respectivamente. En este sentido, la Corte Europea

¹⁴⁵ *X and Y v. the Netherlands*, 27, Eur. Ct. H.R. 166 (1981).

¹⁴⁶ *Id.*

mantuvo la materia de violencia sexual dentro de un ámbito relacionado con la vida privada de la víctima.

Actualmente, el concepto *vida privada* se define en doctrina europea de manera amplia y no exhaustiva. Ese concepto aborda aspectos relacionados con la integridad física y psicológica de las personas,¹⁴⁷ la identidad física y social, incluida la identidad de género,¹⁴⁸ el nombre, la orientación sexual y la vida sexual,¹⁴⁹ decisiones sobre procreación,¹⁵⁰ el desarrollo de la persona y el establecimiento y desarrollo de relaciones con otras personas.¹⁵¹

La diferencia entre el significado de *integridad física y mental*, según protegido en el artículo 8 y el artículo 3 de la Convención Europea, es que la violación sexual se entiende en el artículo 8 como una violación de la integridad física y mental en términos de honor y pudor, en el Artículo 3 de la Convención como una violación del derecho a la integridad física y mental en términos de violencia agravada; a saber, tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes.

En el caso *M.C. v. Bulgaria*,¹⁵² la peticionaria es una joven mujer quien fue abusada sexualmente por un grupo de jóvenes a la edad de dieciséis años. Ella alegó que el Estado búlgaro violó las disposiciones de los artículos 3, 8 y 14 de la Convención Europea que le obligan a investigar y sancionar delitos contra la integridad física y moral y el discrimen. La Corte Europea observó que en el derecho búlgaro las personas mayores de catorce años tienen autonomía en materia sexual. Además, encontró que en las recomendaciones del Comité de Ministros de Europa, en la jurisprudencia del Tribunal Internacional Penal Ad Hoc para la antigua Yugoslavia, y en las distintas jurisdicciones Europeas (incluyendo a Bulgaria) la falta de consentimiento es el elemento esencial para que se configuren los delitos de violencia sexual.¹⁵³ Encontró también que el trabajo de investigación policial y la interpretación judicial de la ley se concentró en los hechos que demostraban la ausencia de resistencia física de la víctima.

Sobre la responsabilidad estatal en materia de violencia sexual, la Corte decidió que las justificaciones aportadas por el Estado de Bulgaria sobre la ausencia de resistencia física de la víctima, no liberaban de responsabilidad al Estado y afirmó que éste había violado su obligación positiva de investigar y penalizar la agresión sexual. De esa manera, contrario a lo que había afirmado la misma Cor-

147 X and Y v. the Netherlands, judgment of 26 March 1985, Series A no. 91, ¶ 22.

148 Mikulic v. Croatia, no. 53176/99, Eur. Ct. H.R. 2002-I, en el párrafo 53.

149 B. v. France, judgment of 25 March 1992, Series A no. 232-C, pp. en el ¶ 63; Burghartz v. Switzerland, judgment of 22 February 1994, Series A no. 280-B, en el ¶ 24; Dudgeon v. the United Kingdom, judgment of 22 October 1981, Series A no. 45, en el ¶ 41; Laskey, Jaggard and Brown, judgment of 19 February 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-I, en el ¶ 36.

150 Evans v. the United Kingdom [GC], no. 6339/05, Eur. Ct. H.R. 2007, ¶ 71.

151 Friedl v. Austria, judgment of 31 January 1995, Series A no. 305-B, ¶ 45.

152 MC v. Bulgaria, no. 39272/98, Eur. Ct. H.R. 2003-I.

153 *Id.* ¶ 172-178.

te en el caso *X y Y v. Holanda*, la Corte Europea afirmó que no podía eximir al Estado de sus responsabilidades de brindar garantías procesales y judiciales con relación al derecho a la integridad física y moral de la víctima.¹⁵⁴ Más aún, sobre el tipo de investigación necesaria en casos de violación sexual, el Estado debe guardar debida proporción entre los requisitos para tipificar un acto de violación sexual y los exámenes médicos a los que se somete a la víctima. Por ejemplo, en el caso *Salmanoglu y Polattas v. Turkey*,¹⁵⁵ la Corte Europea estableció que el tipo de exámenes médicos practicados, como en ese caso, pueden en sí mismo constituir una violación a la integridad física y moral de la víctima de violencia sexual.¹⁵⁶

Sobre el derecho afectado y la gravedad de los hechos en torno a una violación sexual, la Corte reafirmó que se trata de una violación al derecho a la integridad física y moral e incluso amplió la caracterización hecha sobre la gravedad e implicaciones legales de la violencia sexual que habían sido expresadas en el caso *X y Y v. Holanda*; pasó de ser sólo una violación al derecho a la *privacidad* protegida en el artículo 8 de la Convención Europea, a ser también una violación de la prohibición de tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes establecida en el artículo 3 de la Convención Europea.¹⁵⁷ Aunque en el caso *M.C. v. Bulgaria* no se caracteriza la violación como tortura, sino como un trato cruel, inhumano y degradante, ya en los casos *Fernando Mejía Egocheaga y Raquel Martín de Mejía v. Perú*,¹⁵⁸ presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y *Aydin v. Turquía*,¹⁵⁹ presentado ante la Corte Europea de Derechos Humanos, se había establecido que la violación sexual de mujeres detenidas bajo la autoridad del Estado equivale a tortura:

Rape of a detainee by an official of the State must be considered to be an especially grave and abhorrent form of ill-treatment given the ease with which the offender can exploit the vulnerability of his victim [...] satisfied that the accumulation of acts of physical and mental violence inflicted on the applicant and the

¹⁵⁴ A partir de esta decisión se establece como jurisprudencia para orientar otros casos, por ejemplo, en *Maslova and Nalbandoc v. Russia*, no. 839/02, en el párrafo 91 al decir “[t]he Court reiterates its case-law regarding rape cases in that there exist requirements inherent in the States’ positive obligations to establish and apply effectively a criminal-law system punishing all forms of rape and sexual abuse (M.C., cited above, § 185)”.

¹⁵⁵ *Salmanoglu and Polattas v. Turkey*, no. 15828/03, Eur. Ct. H.R. 2009-II.

¹⁵⁶ *Id.* ¶¶ 87-98.

¹⁵⁷ *MC v. Bulgaria*, no. 39272/98, Eur. Ct. H.R. 2003-I., ¶ 187.

¹⁵⁸ Inter-Am. C.H.R., Report No. 5/96, Case 10.970 v. Peru, March 1, 1996, in OAS doc. OEA/Ser.L/V/II.91, doc. 7 rev., Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights (1995).

¹⁵⁹ *Aydin v. Turkey*, no. 57/1996/676/866, Eur. Ct. H.R. 1997-GC.

especially cruel act of rape to which she was subjected amounted to torture in breach of Article 3 of the Convention.¹⁶⁰

Sobre la caracterización de la violación sexual como violencia de género y discrimen, la Corte observó que, en las recomendaciones del año 2002 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la violencia sexual y en los estándares de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, se considera la violación sexual como violencia de género.¹⁶¹ Así se establece también en algunas jurisdicciones europeas. Sin embargo, no existe una posición común al respecto; en Bulgaria, como en la mayor parte de los países de Europa, la violación sexual sostiene una definición neutral y no de género,¹⁶² en la Corte Europea misma también se conoce como violación sexual las agresiones sexuales en casos donde las víctimas son varones, por ejemplo, en los casos *Gülbahar y otros v. Turquía*¹⁶³ y *Toporkov v. Rusia*.¹⁶⁴ Por lo tanto, la Corte Europea no afirmó de manera explícita el estatus jurídico de la violencia sexual como violencia de género. La Corte observó, además, que en el presente caso contra Bulgaria, la parte peticionaria argumentó –sin las pruebas pertinentes– que la ley en Bulgaria da mayor protección contra el abuso sexual a los menores homosexuales que a los menores heterosexuales y aplicó el principio *affirmanti incumbit probatio*, quedando sin establecerse los vínculos entre violencia sexual, violencia de género y discrimen.

Sin embargo, en el caso del *Penal Miguel Castro Castro v. Perú*,¹⁶⁵ la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que la violencia sufrida por las mujeres privadas de libertad en ese centro penal, incluyendo la violencia sexual constituida por actos de agresión física y no física, son actos de violencia de género.¹⁶⁶ Así, la Corte utilizó el concepto de *violencia sexual* de manera amplia según lo hiciera el Tribunal Internacional Penal Ad Hoc para Ruanda en el caso *Prosecutor v. Akayesu*.¹⁶⁷ La Corte Interamericana decidió que el Estado peruano violó el derecho a la integridad física y moral establecido en el artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los artículos 1, 6 y 8 de la Con-

160 *Id.* ¶¶ 84 y 86.

161 *Id.* en el ¶ 100.

162 *MC v. Bulgaria*, no. 39272/98, Eur. Ct. H.R. 2003-I. ¶¶ 88-108.

163 *Gülbahar and Others v. Turkey*, no. 5264/03, Eur. Ct. H.R. 2009-II.

164 *Toporkov v. Russia*, no. 66688/01, Eur. Ct. H.R. 2009-I.

165 *Penal Miguel Castro Castro v. Perú*. Corte IDH. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160 en <http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=8> última visita 10 de noviembre 2009.

166 *Id.* ¶¶ 290-293 y 297-312.

167 *Id.* en el ¶ 306, citando el caso *Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment (Sept. 2, 1998) en el ¶ 688.

ención Interamericana para Prevenir la Tortura¹⁶⁸ y los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Definida la violencia sexual como una forma de tortura y como violencia de género en la jurisprudencia de los mecanismos judiciales y cuasi-judiciales de los sistemas regionales Interamericano y Europeo, otros mecanismos de protección –con jurisdicción sobre el Derecho Humanitario y el Derecho Internacional Penal–, han interpretado la tortura como un crimen de guerra y de lesa humanidad en la forma de tortura y genocidio.

Los cambios más importantes en la materia de violencia sexual acontecida en contextos de guerra y conflictos armados se observan al contrastar las decisiones de los Tribunales Ad Hoc para Nuremberg y Tokio, con las decisiones de los Tribunales Internacionales Penales Ad Hoc para la antigua Yugoslavia y Ruanda.

A pesar de las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial, los Tribunales Ad Hoc para Nuremberg y Tokio en ningún momento enumeraron la violencia sexual como crimen de guerra o crimen de lesa humanidad. Con la creación de los Tribunales Internacionales Penales Ad Hoc para la antigua Yugoslavia y Ruanda, se pone fin al encierro conceptual en que se mantenía a la violencia sexual.¹⁶⁹ Previo a la creación de éstos Tribunales, el Derecho Humanitario tenía como norma de referencia sobre violación sexual, el artículo 27 de la Convención de Ginebra donde se constituye la violación sexual como un acto contra el honor y pudor: “las mujeres serán especialmente protegidas contra todo atentado a su honor y, en particular, contra la violación, la prostitución forzada y todo atentado a su pudor”.¹⁷⁰

Por el contrario, en el caso de *Fiscal v. Delalic y otros*¹⁷¹ el Tribunal Internacional Penal Ad Hoc para la Antigua Yugoslavia configuró la violencia sexual como una forma de tortura. En el caso de *Fiscal v. Akayesu*,¹⁷² el Tribunal Internacional Penal Ad Hoc para Ruanda configuró la violación sexual como una forma de tortura y genocidio a la vez. En este último caso, se calificó como genocidio por la forma en que fue utilizada la violencia sexual contra las mujeres de origen Tutsi. Expresó ese Tribunal que la violación sexual es un acto contra la integridad física y la dignidad personal que constituye tortura cuando es instigada por o con la tolerancia de agentes del Estado.¹⁷³

168 *Id.* en los ¶¶ 293 y 312.

169 Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, S.C. Res. 955, U.N. Doc. S/RES/955 (Nov. 8, 1994) en su Artículo 3.

170 Cuarta Convención de Ginebra art. 27, Ago. 12, 1949, 6 U.S.T. 3516, 75 U.N.T.S. No. 973.

171 *Prosecutor v. Delalic, Mucic, Delic, and Landzo*, Case No. IT-96-21-I, Judgment (Nov. 16, 1998), <http://www.un.org/icty.htm>, (última visita 10 de noviembre de 2009).

172 *Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment (Sept. 2, 1998) ,<http://www.un.org/icty.htm>, (última visita noviembre 10 2009).

173 *Id.*

Las medidas adoptadas en el caso *Akayesu* estuvieron dirigidas a prevenir embarazos en la tribu Tutsi. Estas medidas ocurrieron como una forma de mutilación sexual en una sociedad donde la identidad étnica se hereda del padre; la violación sexual se utilizó –dice el Tribunal– como una forma deliberada de prevenir los nacimientos en ese grupo obligando a las mujeres a dar a luz infantes de “otro grupo étnico”.¹⁷⁴ Por esa razón, el Tribunal encontró que la violencia sexual en Ruanda constituyó un acto de genocidio; un acto dirigido a destruir, en todo o en parte a un grupo particular por medio de la destrucción de su identidad como grupo.¹⁷⁵

En el caso *Fiscal v. Furundzija*,¹⁷⁶ el Tribunal expandió la definición de violación sexual en el Derecho Internacional para plantearlo más allá de su forma mecánica a una caracterización conceptual. Este caso fue el primero en procesar a un líder militar por violación sexual cometida en el contexto de interrogación y no directamente en el curso de una confrontación armada. Aunque el líder procesado no tuvo contacto sexual físico con la víctima, el Tribunal determinó que había instigado las violaciones sexuales cometidas por sus subordinados. De manera tal que la omisión del procesado en relación a su mando y que un sólo acto de violencia ocurrido durante un conflicto armado constituye un crimen de guerra.¹⁷⁷

El concepto de violencia de género se incluyó en el Estatuto de Roma de la Corte Internacional Penal.¹⁷⁸ Ahí se establece que la Corte Internacional Penal tiene competencia para conocer sobre actos u omisiones relacionadas con genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, y crímenes de agresión.¹⁷⁹

En ese estatuto se definen como crímenes de lesa humanidad aquellos actos u omisiones que se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil en tanto se constituya en privación de vida o de libertad física; en maltrato y abusos sexuales y en la persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, o de género.¹⁸⁰ En el artículo 7, párrafos 2 y 3, se definen *persecución y género* como sigue:

¹⁷⁴ *Id.*

¹⁷⁵ *Id.*

¹⁷⁶ *Prosecutor v. Furundzija*, Case No. IT-95-17/1-T, Opinion and Judgment, (Dec. 10, 1998), disponible en <http://www.un.org/icty/furundzija/tce17.htm> (última visita noviembre 10 2009).

¹⁷⁷ *Id.*

¹⁷⁸ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de la O.N.U. sobre establecimiento de una corte penal internacional. A/CONF.183/9 (1998).

¹⁷⁹ *Id.* en el art. 5.

¹⁸⁰ *Id.* en el art. 7.

Por *persecución* se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad [...] el término *género* se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término *género* no tendrá más acepción que la que antecede.¹⁸¹

Esa definición muestra los frutos de la presión de grupos de interés, especialmente del Vaticano y países musulmanes por mantener la definición de género dentro del marco binario sexo-género heterosexual; fuera de la concepción anti-esencialista que incluye la orientación sexual dentro de las construcciones de género. Aunque la forma restrictiva en que se define *género* plantea de antemano una posible restricción a los avances alcanzados por otros mecanismos de protección, en su Resolución 1325 (2001), el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas hizo hincapié en el problema de violencia de género: “[t]he United Nations Security Council [...] calls on all parties to armed conflicts to take special measures to protect women and girls from gender-based violence, particularly rape and other forms of sexual abuse, and all other forms of violence in armed conflict.”¹⁸²

3. Migración y deportación

En los casos sobre migración y deportación de migrantes, los mecanismos de protección internacional reafirman la perspectiva de género como un componente esencial en sus decisiones en materia de desplazamiento transfronterizo por razones de violencia de género y en materia de la construcción social de género en las familias constituidas por personas miembros de distinta nacionalidad.

El caso *A.S. v. Suecia*,¹⁸³ es uno de varios en que el Comité Contra la Tortura – órgano supervisor de la Convención Contra la Tortura– observó que las autoridades suecas sabían de la inminente posibilidad de que las peticionarias sufrieran tratos equivalentes a la tortura en caso de ser deportadas a sus países de origen.¹⁸⁴ La peticionaria A.S., mujer iraní que buscaba estatus de refugiada en Suecia, era viuda de un mártir de la revolución en la República Islámica de Irán.

El Comité encontró que, en vista de su condición de viuda de un mártir de la revolución, el Comité de Mártires *Bonyad-e Shahid* le impuso a A.S. matrimonio *sighe* con un líder religioso *Mulah*. En vista de que A.S. quebrantó las normas del matrimonio *sighe*, le correspondían penas que van desde la tortura a la muerte. El Comité concluyó que, habiendo sido puesto en conocimiento de estos

¹⁸¹ *Id.* en el párrafo 3.

¹⁸² Res. C. S.. 1325, en el párrafo 10, U.N. Doc. S/RES/1325 (2001).

¹⁸³ *A.S. v. Sweden* (149/1999), CAT, A/56/44 (2000).

¹⁸⁴ Ver también los casos de *Muzonzo v. Sweden*, CAT/C/16/D/41/1996, (1996); *T. A. v. Sweden*, CAT/C/34/D/226/2003 (2005); *C.T. y K.M. v. Suecia*, CAT/C/37/D/279/2005 (2006).

hechos, el gobierno de Suecia estaría violando la Convención Contra la Tortura si se negase a ofrecer las protecciones debidas deportándola a Irán o a cualquier otro país que no garantizara que A.S. no sería posteriormente deportada a Irán.

Además de los casos relacionados con violencia de género, ya desde la década de los ochenta el Comité de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos habían observado que el trato desigual para hombres y mujeres está vinculado con política migratoria relacionada con roles por género en la fuerza laboral.

En el caso *Mujeres de Mauricio v. Mauricio* presentado ante el Comité de Derechos Humanos¹⁸⁵ y el caso *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. el Reino Unido* presentado ante la Corte Europea de Derechos Humanos,¹⁸⁶ en ambos, el Comité y la Corte observaron que como consecuencia de las leyes migratorias de la República de Mauricio y del Reino Unido, es más difícil para una mujer ciudadana que para un ciudadano varón de esos países que sus cónyuges obtengan los permisos de residencia y trabajo. Ambos, el Comité y la Corte, observaron que entre las justificaciones para el trato diferenciado se encuentra el impacto de los migrantes varones en la fuerza trabajadora. El Comité y la Corte declararon que al establecer la política migratoria los Estados gozan de amplia discreción pero las leyes que causen discrimen directo por razones de sexo en relación con el derecho a la privacidad y vida en familia y el derecho a fundar y sostener una familia, como ocurre con las leyes de Mauricio y el Reino Unido, violan las normas del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Europea.

4. Salud Reproductiva

Los casos decididos por mecanismos de protección internacional, en materia de salud reproductiva, se concentran en dos temas de gran interés en el discurso y política de género; la libertad de expresión en materia aborto y la autonomía de las mujeres en materia de decisiones sobre sus cuerpos en abortos y esterilizaciones.

La Corte Europea ha decidido casos relacionados con el derecho a la libre expresión de grupos tanto a favor como en contra del aborto. En el caso *Open Door and Dublin Well Woman v. Irlanda*,¹⁸⁷ y en *Bowman v. El Reino Unido*,¹⁸⁸ la Corte Europea observó que, aún concediendo un amplio margen de apreciación de los Estados al establecer política pública en materia de abortos, los gobiernos de Irlanda y del Reino Unido imponían restricciones a la libertad de expresión sobre esa materia, injustificables en una sociedad democrática.

¹⁸⁵ *Mauritian Women v. Mauritius* (35/1978), ICCPR, A/36/40 (1981).

¹⁸⁶ *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom*, nos. 9214/80; 9473/81; 9474/81, Eur. Ct. H.R. 1985.

¹⁸⁷ *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, no. 14234/88; 14235/88, Eur. Ct. H.R. 1992.

¹⁸⁸ *Bowman v. The United Kingdom*, no. 141/1996; /762/959, Eur. Ct. H.R. 1998.

En el caso *Open Door and Dublin Well Woman v. Irlanda*, la Corte se manifestó impresionada ante la decisión de la Corte Suprema de Irlanda que impuso una restricción perpetua a la información sobre opciones de aborto disponibles en otros países de la comunidad europea. La Corte Europea consideró que esa información es necesaria para la toma de decisiones informadas por parte de las mujeres en materia de salud reproductiva y decidió que tal restricción afectaba a las organizaciones demandantes, dedicadas a la consejería en la materia y constituía una violación por parte del Estado Irlandés al derecho de libre expresión consagrado en la artículo 10 de la Convención Europea.¹⁸⁹

En el caso *Bowman v. El Reino Unido*, la Corte Europea estableció que, para cualquier fin práctico, las leyes electorales del Reino Unido que determinan un tope en los gastos electorales en “campañas negativas” para influenciar a la opinión pública contra algún candidato no debían ser aplicadas como una restricción para limitar las campañas en medios de comunicación dirigidas a favorecer a alguno de los candidatos. En el caso de la Sra. Phyllis Bowman, como directora ejecutiva de la organización *Society for the Protection of the Unborn Child*, constituida por unos 50,000 miembros, los límites al monto de su campaña a favor del candidato del Partido Conservador por la localidad de Halifax que sostenía una posición anti-aborto, no representan una limitación congruente ni proporcional a los objetivos perseguidos por la leyes del Reino Unido y, por lo tanto, la medida fue declarada por la Corte Europea como una violación del derecho a la libre expresión protegido en el artículo 10 de la Convención Europea.¹⁹⁰

Además de decidir sobre el margen de apreciación de los estados en materia de libertad de expresión, los mecanismos de protección internacional han adjudicado casos en los extremos de la esterilización o la negativa de practicar abortos.

En el caso *Tysiac v. Polonia*,¹⁹¹ la Corte Europea estableció que, independientemente del margen de apreciación que tienen los Estados para decidir sobre la política pública y el tipo de intervenciones en materia de salud reproductiva, los derechos de las mujeres provistos por la Convención Europea debían ser respetados enteramente. En el caso de Alicia Tysiac, la Corte observó que legislación polaca provee la posibilidad de practicar el aborto terapéutico según lo necesitaba la peticionaria y, en ese sentido, no existe violación del artículo 14 sobre discriminación en términos de discriminación *de jure*. Sin embargo, ante la aplicación negligente de la opción dada en ley interna, la Corte determinó que el Estado de Polonia violó la prohibición de maltrato establecida en el artículo 3 de la Convención Europea y el derecho de la peticionaria a la privacidad establecido en el artículo 8 de la Convención.

189 *Open Door and Dublin Well Woman* en el ¶ 71.

190 *Id.* en los ¶¶ 74-77.

191 *Tysiac v. Poland*, no. 5410/03, Eur. Ct. H.R. 2007-IV.

En el caso *Andrea Szijjarto v. Hungría*,¹⁹² el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra las Mujeres observó que la demandante, mujer de identidad étnica Roma, madre de tres niños, se encontraba embarazada cuando ingresó al centro médico donde se le diagnosticó la muerte del embrión en su vientre. Las autoridades del hospital solicitaron que firmara un documento en el cual ella autorizaba que se le practicara una cesárea para extraer el embrión muerto y para practicársele, además, una esterilización permanente. Sobre la esterilización, el Comité observó que en los diecisiete minutos entre la admisión al hospital y la firma de la autorización para la esterilización de la demandante, ésta se encontraba incapacitada de tomar una decisión informada. Más aún, las pruebas sometidas en la jurisdicción interna y ante el Comité mismo sobre la educación de la afectada dejaban ver que la demandante no comprendía el significado del término esterilización ni de las implicaciones que esto tenía en su salud reproductiva al momento de firmar el documento de autorización. El Comité determinó que el Estado violó sus obligaciones ante la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer en lo que se refiere al derecho a la educación del artículo 10 y en especial el párrafo (h) de ese artículo que establece el “acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia”.¹⁹³

El artículo 12 de esa Convención establece que:

[L]os Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.¹⁹⁴

El artículo 16 de la misma Convención establece que:

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos.

¹⁹² *Andrea Szijjarto v. Hungary* (4/2004), CEDAW, A/61/38 (2006).

¹⁹³ Véase Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, *supra* nota 89.

¹⁹⁴ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 12, Dic. 18, 1979, 1246 S.T.N.U. 14.

5. Nombre e Identidad Sexual

En los casos de registro público de nombre e identidad sexual se apela a dos tipos de problemas: la influencia de las costumbres y tradiciones relacionadas con cambios de apellidos luego de que las personas contraen matrimonio y la influencia de las determinaciones científicas relacionadas con el cambio de sexo. En ambos, las decisiones de los organismos internacionales competentes reafirman la aplicación conceptual binaria sexo/género.

En el caso *Ünal Tekeli v. Turquía*,¹⁹⁵ la Corte Europea observó que, al contraer matrimonio, las leyes de Turquía obligan a las mujeres a adoptar el nombre de sus esposos dando la opción de consignar el apellido propio antes del de su marido, sin posibilidad de escoger apellido familiar entre los apellidos de los cónyuges. La demandante en este caso era una mujer profesional que demostró las inconveniencias que le podría causar las opciones dadas por ley en Turquía. La Corte Europea determinó que las leyes que regulan cambios de nombre al contraer matrimonio basadas en costumbre y tradiciones violan el derecho a la privacidad y vida en familia del artículo 8 de la Convención Europea y constituyen discriminación por razón de sexo prohibido en el artículo 14 de la Convención.

Pero la tradición y costumbre en materia de género no siempre opera en detrimento de las mujeres; así lo demuestran los casos *Burghartz v. Suiza*,¹⁹⁶ presentado ante la Corte Europea, y *Müller y Engelhard v. Namibia*¹⁹⁷ presentado ante el Comité de Derechos Humanos. En ambos casos, la Corte y el Comité determinaron que las leyes de Suiza y Namibia establecían un patrón relacionado con las costumbres y tradiciones de esos países que afectan adversamente a los esposos. Al casarse los cónyuges, pueden adoptar como apellido familiar uno de los apellidos propios. Las mujeres pueden retener su apellido para que se consigne y aparezca en el registro público antes que el apellido del esposo, pero si el apellido familiar seleccionado es el de la esposa, el marido debe cambiar su apellido sin la opción que se le concede a las mujeres. El Comité y la Corte Europea observaron que la única justificación para ello es la tradición. Tanto la Corte como el Comité, determinaron que las leyes de Suiza y Namibia que regulan cambios de nombre al contraer matrimonio violan el derecho a la privacidad y vida en familia y constituyen discriminación por razón de sexo.

En el caso *B v. Francia*,¹⁹⁸ se determina la influencia de las determinaciones científicas relacionadas en la aplicación conceptual binaria sexo/género. En ese caso, la Corte Europea observó que la demandante había nacido con sexo masculino, que desde temprana edad había adoptado una identidad femenina, y en

195 *Ünal Tekeli v. Turquía*, no. 29865/96, Eur. Ct. H.R. 2004-V.

196 *Burghartz v. Switzerland*, no. 16213/90 Eur. Ct. H.R. 1994-CC.

197 *Müller and Engelhard v. Namibia* (919/2000), ICCPR, A/57/40 vol. II (2002).

198 *B. v. France*, no. 13343/87, Eur. Ct. H.R. 1992-CP.

edad adulta había sido operada para cambio de sexo al femenino.¹⁹⁹ Al no corregirse los nombres y la indicación de sexo en sus documentos oficiales, la peticionaria B debía hacer pública información íntima y vivir bajo constante angustia y presión.²⁰⁰

Por otra parte, la Corte al desarrollar su doctrina en los casos *Rees v. el Reino Unido*²⁰¹ y *Cossey v. el Reino Unido*, no tenía información que pudiese demostrar que, además de los cambios en el campo psicológico, el transexualismo implica un cambio en lo físico que amerita ser reconocido en registros públicos de identidad. Sin embargo –dice la Corte– la materia ha sido objeto de importantes cambios que la ciencia jurídica no ha reconocido. La Corte decidió que era el momento de adaptar su doctrina en la materia y decidió que, al negarse a cambiar el sexo y nombres de la demandante, el Estado francés violó sus obligaciones bajo el Artículo 8 de la Convención Europea relacionadas con el derecho a la privacidad y el Artículo 14 de esa Convención relacionadas con el discrimen en materia de género.

6. Adopción de menores

En los casos *Fretté v. Francia*²⁰² y *E.B. v. Francia*,²⁰³ la Corte Europea modificó su posición sobre el discrimen por orientación sexual en trámites de adopción. El primer caso corresponde a un hombre homosexual y el segundo a una mujer homosexual. En ambos casos, la Corte estableció que el derecho a la privacidad y vida en familia del artículo 8 de la Convención se refiere no al deseo de establecer una familia sino a la protección del derecho a la vida en familia y que con ello se debía entender que la Convención no otorga un derecho a la adopción como tal. Sin embargo, si las leyes de un Estado establecen mecanismos de adopción, esos mecanismos deben respetar las normas de la Convención contra el discrimen.

En el caso *Fretté v. Francia*, luego de haber determinado que si bien no se establecen vínculos expresos entre los criterios expuestos por el Estado para negar la adopción –la “ausencia de la figura materna” y el “estilo de vida”–, con la orientación legal del peticionario, la Corte observó que ambos criterios estaban relacionados de manera implícita con la orientación sexual del peticionario. Sin embargo, la Corte consideró que de acuerdo al principio de *mejor interés del menor*, los criterios utilizados por el Estado para negar la adopción estaban den-

199 *Id.* en los ¶¶ 9-12.

200 *Id.* en el ¶ 43.

201 *Rees v. the United Kingdom* judgment of 17 Oct. 1986 (Series A no. 106); *Cossey v. the United Kingdom* judgment of 27 Sept. 1990 (Series A no. 184).

202 *Fretté v. France*, no. 36515/97, Eur. Ct. H.R. 2002-III.

203 *E.B. v. France*, no. 43546/02, Eur. Ct. H.R. 2008-GC.

tro de un adecuado margen de apreciación,²⁰⁴ por lo que se determinó que no existía violación de los artículos 14 y 8 de la Convención.²⁰⁵

En el caso *E.B. v. Francia*, la Gran Cámara de la Corte Europea de Derechos Humanos revocó la doctrina establecida por la Sección III de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Fretté v. Francia*. La Corte observó que en el caso *Fretté*, el Estado francés estaba obligado a proveer serias pruebas para negar la adopción y que, por el contrario, en aquel momento como al momento de decidir el caso *E.B.*, al afirmar que la comunidad científica se mantenía dividida sobre las implicaciones de la crianza de un menor por parte de un adulto, hombre o mujer, homosexual; lo que se establece es que no existe certeza y no debe especularse entonces sobre el mejor interés del menor.²⁰⁶ Ante los criterios expuestos por el Estado para negar la adopción en ambos casos, –la “ausencia de la figura materna o paterna” y el “estilo de vida”– la peticionaria *E.B.* demostró que no se utiliza el criterio de la “ausencia de la figura paterna” para casos de adopción donde la peticionaria es mujer soltera heterosexual y que en las otras consideraciones comunes o particulares a los casos *Fretté* y *E.B.*, aunque el Estado argumenta que no se trata de criterios relacionados con la orientación sexual, ésta está implícita y es materialmente definitoria de las decisiones tomadas para negar la adopción. La Corte acogió los argumentos de la peticionaria y decidió que en el caso *E.B.*, el Estado francés había violado su obligación bajo la Convención Europea de proteger a la peticionaria contra el discrimen según se establece en el artículo 14 en relación con el artículo 8 donde se garantiza el derecho a la privacidad y vida en familia.

7. Propiedad y seguridad social

Aunque no todas las convenciones de derechos humanos tienen provisiones que establezcan el derecho de propiedad o a la seguridad social, ante las leyes internas que reconozcan esos derechos, las denuncias que se hagan sobre el derecho a la seguridad social pueden conocerse bajo las provisiones que establece la obligación de los Estados a no-discriminar y brindar igual protección en y ante esas leyes internas. En el sistema europeo puede, además, conocerse los casos de seguridad social bajo el artículo 1 del Protocolo 1 de la Convención Europea que establece el derecho de propiedad, bajo el entendido de que no se garantiza la expectativa a la seguridad social sino la igual protección de las leyes internas que regulan la seguridad social.

En los casos a continuación, la Corte Europea y el Comité de Derechos Humanos basaron sus decisiones sobre el derecho de propiedad y la seguridad so-

204 *Fretté v. France*, nota 202 en los ¶¶ 37-42.

205 *Id.* en el ¶ 43.

206 *E.B. v. France*, nota 203 en los ¶¶ 52, 58, 87, 95.

cial luego de observar el impacto de los roles de género en la familia y en la fuerza laboral.

Las primeras decisiones que vinculan la propiedad con el discrimen por sexo tienen lugar en el Sistema Universal de las Naciones Unidas. En el caso *Avellanal v. Perú*,²⁰⁷ el Comité de Derechos Humanos observó que las formas tradicionales de admitir roles de género en la familia se reproducían en el artículo 168 del Código Civil de Perú donde “el marido es el representante de la sociedad conyugal” por lo cual el tribunal de apelaciones y la Corte Suprema de Perú negaron el derecho a la peticionaria de entablar un proceso para cobrar deudas de alquiler por un edificio de su propiedad. Por otra parte, en el caso *Broeks v. Holanda*,²⁰⁸ el Comité de Derechos Humanos observó que la legislación sobre desempleo en ese país requería a las mujeres casadas demostrar que ellas eran personas económicamente activas contribuyendo al sustento del hogar, no así a los hombres casados.

En ambos casos, *Avellanal* y *Broeks*, el Comité decidió que los Estados violaron sus obligaciones ante el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, específicamente el principio contra la discriminación del artículo 3, el derecho para acceder a tribunales establecido en el artículo 14,²⁰⁹ y el derecho a la igualdad en y ante la ley establecido en el artículo 26 del mismo.²¹⁰

En el caso *Schuler-Zraggen v. Suiza*,²¹¹ visto por la Corte Europea, la peticionaria era una mujer que padecía de problemas de salud que la habían mantenido bajo un régimen de incapacidad laboral por buena parte de su vida adulta. A la edad de cincuenta y dos años quedó embarazada y dio a luz. Luego de que se le negara un aumento en los beneficios de su seguro por incapacidad, la Corte Federal de Seguros de Suiza se negó a entender en el caso argumentando que en la “experiencia diaria” de esa Corte es sabido que las mujeres casadas abandonan sus trabajos durante su primer embarazo y retoman su empleo una vez el menor no requiere dedicación completa de cuidado por lo cual era innecesario considerar

²⁰⁷ *Avellanal v. Peru* (202/1986), ICCPR, A/44/40 (28 October 1988).

²⁰⁸ *Broeks v. The Netherlands* (172/1984), ICCPR, A/42/40 (1987).

²⁰⁹ Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, *supra* nota 104, en el art. 14. El mismo dice: “todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”. *Id.*

²¹⁰ *Id.* en el art. 26. El mismo dice:

todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Id.

²¹¹ *Schuler-Zraggen v. Switzerland*, no. 14518/89, Eur. Ct. H.R. 1993-CC.

un aumento en el caso traído a su atención.²¹² La peticionaria reclamó que si ella fuese varón, la Corte Federal de Seguros de Suiza no hubiese tan siquiera podido considerar materialmente la opción de validar la “experiencia diaria” para negarse a conocer un caso de aumento por maternidad. La Corte Europea, además de expresar que era lamentable el desdén de la Corte Federal de Seguros de Suiza, decidió que el estado suizo violó la prohibición de discrimen del artículo 14 de la Convención Europea y el derecho al debido proceso de ley establecido en el artículo 6 de dicha convención.

En los casos *Pauger v. Austria*,²¹³ y *Pepels v. Holanda*,²¹⁴ presentados ante el Comité de Derechos Humanos, y en los casos *Willis v. el Reino Unido*,²¹⁵ y *Zeman v. Austria*,²¹⁶ presentados ante la Corte Europea, tanto el Comité como la Corte establecieron el carácter temporero de las medidas legales para revertir el discrimen *de facto*. El Comité de Derechos Humanos y la Corte Europea observaron que los demandantes eran viudos cuyas difuntas esposas habían contribuido sustancialmente a los ingresos de sus familias y cumplido con todos los pagos de seguridad social, los viudos no calificaban para obtener los mismos beneficios que hubiesen obtenido si fuesen mujeres viudas. La explicación de los Estados fue dada en términos de cálculos en el sistema de seguridad social donde se consideraba, según roles de género, que el hombre era la principal fuente de ingresos de una familia. En el caso inglés, a pesar de los cambios en la realidad social, no existían planes por parte del gobierno para modificar ese esquema.²¹⁷ En Austria y Holanda se habían implementado planes conducentes al logro de paridad en los beneficios. Holanda había cumplido las metas pero no en el caso de Austria. El Comité no encontró violaciones al Pacto de Derechos Civiles y Políticos en el caso de Holanda, pero ambos, el Comité y la Corte Europea, decidieron en los casos de Austria, y la Corte en el caso del Reino Unido, que al momento de adjudicar el trato desigual estaba basado meramente en sexo y no en razones sustentadas en la realidad objetiva bajo consideraciones de género y, por lo tanto, en ambos casos se determinó la violación del artículo 14 que prohíbe el discrimen en relación al derecho de propiedad del artículo 1 del Protocolo 1 de la Convención Europea.

En el caso *Stec y otros v. el Reino Unido*²¹⁸ la Corte Europea observó que el esquema de pensiones en el Reino Unido tiene como requisito de elegibilidad para los hombres haber cumplido 70 años de edad y 65 años de edad para las

212 *Id.* en el ¶ 29.

213 *Pauger v. Austria* (415/1990), ICCPR, A/47/40 (1992).

214 *Pepels v. The Netherlands* (484/1991), ICCPR, A/49/40 vol. II (15 July 1994) 221 (CCPR/C/51/D/484/1991).

215 *Willis v. the United Kingdom*, no. 36042/97, Eur. Ct. H.R. 2002-IV.

216 *Zeman v. Austria*, no. 23960/02, Eur. Ct. H.R. 2006-I.

217 *Id.* en el ¶ 11.

218 *Stec and Others v. the United Kingdom*, nos. 65731/01 and 65900/01, Eur. Ct. H.R. 2006-GC.

mujeres. El Estado justificó la diferencia por razones de género; en el sistema inglés se reconocía que las mujeres tradicionalmente trabajaban en sus hogares de manera no asalariada por lo cual se otorgaban beneficios a las mujeres antes que a los hombres. Debido a que esta distinción es cada vez menos frecuente, el gobierno inglés presentó evidencia sobre los planes para eliminar, de manera escalonada, el trato desigual entre sexos.²¹⁹ La Corte decidió que el trato desigual estaba dentro del margen de apreciación del Estado y se justificó en términos de discrimen revertido para atender de manera temporal las desigualdades de facto, con lo cual se satisface la obligación del Estado inglés ante las normas de no-discriminación de la Convención Europea.²²⁰

8. Participación en funciones públicas

En el caso *Guido Jacobs v. Bélgica*,²²¹ el Comité de Derechos Humanos observó que en febrero 1999, se publicó la Ley del 22 de diciembre de 1998 en que se enmendaban ciertas provisiones del Código Judicial relacionadas con la nominación y selección de magistrados y magistradas del Consejo Superior de Justicia.²²² La enmienda establece que ese Consejo debe constituirse por 44 miembros de nacionalidad belga, divididos en dos colegios; un colegio de 22 miembros de habla flamenco y de uno con 22 miembros de habla francesa; cada colegio debe estar constituido, además, por 11 jueces y juezas y 11 no-jueces; el grupo de no-jueces de cada colegio debe conformarse por no menos de cuatro miembros de cada sexo con los requisitos de educación y experiencia que se detallan en la Ley.²²³

En junio 1999, el Senado publicó un llamado a candidatos y candidatas para un puesto de no-juez. El Sr. Jacobs, asistente legal en el Consejo de Estado, aplicó pero al no obtenerse suficientes candidatas mujeres de habla flamenca, se publicó un nuevo llamado.²²⁴ Desprende de la publicación de la selección final que el Sr. Jacobs no fue elegido. En el 2000, el Sr. Jacobs presentó una comunicación ante el Comité de Derechos Humanos argumentando discrimen por razón de sexo en violación del artículo 25 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos donde se establece que “todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de la distinciones mencionadas en el artículo 2 [incluyendo sexo], y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: [...] c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.²²⁵

219 *Id.* en los ¶¶ 54-65.

220 *Id.* en el ¶ 66.

221 *Guido Jacobs v. Belgium* (943/2000), ICCPR, A/59/40 vol. II (2004).

222 *Id.* en el ¶ 2.5.

223 *Id.* en el ¶ 2.7.

224 *Id.* en el ¶ 2.9.

225 Res. A.G. 2200 A (XXI).

El Comité de Derechos Humanos decidió que en este caso no se violaron los derechos del peticionario. Primero, el Comité observó que el criterio de sexo había sido introducido por el Parlamento como norma general desde 1990 con el objetivo de promover un balance entre hombres y mujeres en los cuerpos consultivos del Estado y que ese tipo de normas promueven revertir el discrimen *de facto*.²²⁶ El Comité estableció que éste objetivo es congruente con la interpretación del principio de no-discriminación e igualdad, en términos que al garantizar el principio de igualdad y no discriminación los Estados deben implantar tanto medidas contra la *discriminación de jure* como medidas para revertir la *discriminación de facto*. Partiendo de esa premisa, al seleccionarse las y los candidatas existían tres posibilidades: que las mujeres estuvieran mejor calificadas, con lo cual no puede hablarse de discrimen; que las mujeres tuvieran igual calificación que los hombres, con lo cual al aplicarse el criterio de representación por sexo no puede hablarse de discrimen; o que las mujeres obtuvieran calificaciones más bajas que los hombres, en cuyo caso el Senado hizo un segundo llamado para conciliar el criterio de sexo con los otros criterios (idioma y sexo) ya que ninguno de los criterios se establece de manera excluyente. Sin embargo, este no fue el caso ya que no se demostró que las mujeres tuviesen menores calificaciones, sino que no postularon suficientes mujeres de habla flamenca. Por lo tanto, el Comité decidió que Bélgica no había violado las provisiones sobre discrimen y participación en funciones públicas.

Cuatro años después, la Corte Europea de Derechos Humanos emitió la Opinión Consultiva (comentada en la introducción de este trabajo) sobre ciertos aspectos legales concernientes a las listas de candidatos sometidas para la elección de jueces de esa Corte.²²⁷ Al igual que lo hiciera el Comité de Derechos Humanos en el caso *Guido Jacobs v. Bélgica*, la Corte Europea estableció que los criterios sobre cualidades profesionales, origen y sexo no son excluyentes y que la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa debía establecer mecanismos para atender la selección de candidatos que armonizaran los criterios con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La Corte observó que ante la insistencia del Estado de Malta, el Comité de Asuntos legales de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, presentó una propuesta para eliminar el criterio de cuota de nombramientos en razón del sexo.

La propuesta fue derrotada en la Asamblea Parlamentaria, luego de leerse el informe del Relator del Comité para la Igualdad de Oportunidades para Hombres y Mujeres de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. El Relator presentó un amplio informe, donde evaluó la afirmación hecha por el Comité de Asuntos legales de la Asamblea Parlamentaria. El Relator estableció que el argumento del Comité de Asuntos Legales, donde se reafirma que la aplicación estricta del criterio de cuotas por sexo dificulta la selección de candidatos, no es

226 *Guido Jacobs v. Belgium* (943/2000), ICCPR, A/59/40 vol. II (2004).

227 Opinión Consultiva de la Corte Europea de Derechos Humanos, *supra* nota 1.

más que una presunción sin fundamentos que no hace otra cosa más que dañar la reputación de jueces y juezas de la Corte Europea de Derechos Humanos.²²⁸ El Relator explicó que solamente un Estado-Parte de la Convención Europea de Derechos Humanos ha encontrado tal “dificultad”. Malta ha sido el único país que insiste en presentar listas sin candidatas mujeres desde que se eligió al primer juez de ese país a la Corte Europea y la propuesta del Comité de Asuntos Legales, para hacer prevalecer los criterios de calidad profesional y nacionalidad por encima del criterio de género era inadecuada.²²⁹ Malta, con una población de 400,000 habitantes, no es el miembro más pequeño del Consejo de Europa y su población, al igual que los demás miembros, está constituida por 50% de mujeres, entre las cuales existe un grupo numeroso de profesionales altamente calificadas. En otros países, como San Marino, con 32,000 habitantes, y Mónaco, con 30,000 habitantes, no han encontrado la misma “dificultad” que el Estado maltés,²³⁰ con lo cual termina diciendo el relator: “The true impediment to the inclusion of a qualified woman candidate on the list submitted by Malta thus appears not to be a lack of qualified female candidates, but a lack of respect for the principle of gender equality”.²³¹

IV. CONCLUSIONES

El modelo de la Declaración Universal establece los derechos humanos en dos sentidos: según el discurso de los derechos humanos, éstos son factores pre-sociales inherentes a la condición humana y según el Derecho, éstos son construcciones sociales. En conjunto, los derechos humanos no son una obra acabada, se producen constantemente en la interacción de las condiciones pre-sociales del ser humano con las influencias sociales en su experiencia individual.

El concepto sociológico de *género* se ha insertado en el discurso y en el Derecho Internacional como parte de esa construcción social, transformándose de distinta forma y medida según los intereses e intenciones de distintos actores sociales.

En la acción política, las distintas vertientes del discurso de género han servido para informar la operación de teorías del lenguaje y representaciones mentales para producir cambios en el lenguaje jurídico que van desde el rechazo del lenguaje androcéntrico en favor del lenguaje neutral, hasta el rechazo del lenguaje neutral en favor del lenguaje de género; entendido este último como la representación de construcciones sociales sobre lo masculino y lo femenino en el Derecho Internacional en materia de derechos humanos. Primero, en la configuración del principio de no discriminación e igualdad y luego en la configuración e

228 *Id.* en el ¶ 27, inciso 8.

229 *Id.* en el inciso 10.

230 *Id.* en los incisos 12 y 13.

231 *Id.* en el inciso 13.

interpretación de derechos sustantivos bajo esos principios ante diversos problemas sociales; la violencia doméstica, la violencia sexual, la salud reproductiva, la migración y deportación de migrantes, la adopción de menores, el cambio de apellido y de identidad sexual en registros públicos, los beneficios de seguridad social, y el acceso al servicio público.

La brecha entre la igualdad *de jure* y *de facto* en materia de género sigue siendo abismal en jurisdicciones nacionales y en la comunidad internacional; mucho de lo cual se puede explicar por el predominante realismo político y jurídico, aún así injustificable. Para completar la obra, tal vez, hubiese dicho Mary Wollstonecraft queda como único recurso esperar pacientemente para que cada día existan más mujeres y hombres feministas.

Aún inacabado el proyecto de cambios en el ámbito de los derechos humanos, el aporte de las teorías feministas al discurso y la política de género es sin duda uno de los mayores, más coherentes y más productivos que se han hecho al pensamiento político y jurídico humanista en el último siglo.