



Alda Facio
Lorena Fries
(Editoras)

Género y Derecho



AMERICAN UNIVERSITY
Washington College of Law
WASHINGTON, DC



LA MORADA

COLECCIÓN CONTRASEÑA
ESTUDIOS DE GÉNERO
SERIE CASANDRA

El uso de las normas internacionales de derechos humanos en la interpretación constitucional para el adelanto de los derechos humanos de las mujeres

*Andrew Byrnes**

Introducción

Quizá uno de los errores de las personas que superentusiastamente defienden los derechos humanos a nivel internacional, es asumir que obviamente, las cortes nacionales deben, además de estar conscientes de la jurisprudencia internacional de derechos humanos, sentirse constreñidas a seguirla, al mismo tiempo que también consideran que las cortes deben obligar al ejecutivo a que acate sus obligaciones con el tratado internacional, a no ser que exista un impedimento expreso e invencible en la ley interna para hacerlo. Confiada en el supuesto de que las normas internacionales normalmente ofrecen protección más efectiva que las leyes nacionales, esta visión está también basada en un sentido de la prioridad del orden legal internacional y de las doctrinas básicas del derecho internacional de que los Estados deben adaptar sus leyes e instituciones internas de conformidad con sus obligaciones internacionales y que las cortes, como órganos del Estado, tienen el deber de actuar de acuerdo con el derecho internacional y que el no hacerlo puede involucrar la responsabilidad internacional del Estado.

Pero la transformación de las normas internacionales en leyes locales a través de las instituciones nacionales pertinentes no es una simple traslación de normas autorizadas de una fuente que es autoridad en términos del sistema legal nacional. El sistema local podría no compartir el supuesto de que las leyes internacionales tengan prioridad sobre los tratados nacionales e internacionales y podría no aplicar los tratados como parte de la legislación interna automáticamente. Las leyes internacionales bien pueden tener su lugar, pero

* Esta es una versión revisada de una ponencia del mismo nombre, presentada en la Conferencia de 50 Aniversario, Facultad de Derecho, Universidad de Colombo, Sri Lanka, 23-26 de julio, 1998. Este artículo fue traducido por Paca Cruz.

ese lugar lo determinarán las reglas internas que regulan su situación dentro del sistema legal nacional. Es más, no sólo habrán tenido los guardabarreras nacionales probablemente una exposición limitada a los desarrollos internacionales de derechos humanos (y por lo tanto, no estar familiarizados con importantes conceptos y jurisprudencia), pero podrían considerar - bastante correctamente en muchos casos - que las protecciones de las leyes nacionales son suficientemente adecuadas (y hasta más efectivas que las normas internacionales), y que de todas maneras, las normas internacionales agregan poco o nada a las protecciones desarrolladas por la legislación nacional. Aunque podrían no oponerse a tomar en cuenta doctrina y jurisprudencia internacionales, dichos actores ven pocas ventajas en ello, prefiriendo más bien, encontrar respuestas en la jurisprudencia nacional existente o en el rico cuerpo de jurisprudencia constitucional comparativa que bien podría ofrecer más ayuda que las decisiones de un organismo internacional.

No obstante, en más o menos los últimos veinte años se ha hecho más uso, en muchas jurisdicciones del Commonwealth, de las normas de derechos humanos internacionales para influenciar las tomas de decisiones judiciales internas, aunque ésto involucre interpretación constitucional, el diseño de estatutos o el desarrollo del «common law» o conceptos generales del derecho. Esto se debe en parte al surgimiento de las leyes internacionales de derechos humanos, el creciente dominio del campo por parte de activistas, y sus esfuerzos por poner en práctica las normas internacionales en foros internos y por garantizar que los Estados deban responder a procedimientos internacionales cuando se considere que el sistema nacional ha fallado en hacer cumplir las obligaciones internacionales de los Estados de garantizar el goce pleno de los derechos humanos.

El cuerpo internacional de legislación de derechos humanos que existe ahora es un recurso muy valioso, tanto en términos de principios y valores que los sistemas nacionales podrían desear esforzarse por lograr, así como también en la asistencia que ofrecen para la implementación de esas normas en términos concretos. Aún con todo esto, sería peligroso caer en la tentación de pensar que apelar al derecho internacional necesariamente significa referirse a un sistema mejor y más adelantado de normas que ofrecen un más alto nivel de protección en cualquier caso dado, y que es un sistema coherente y bien desarrollado. El derecho internacional tiene muchas joyas, pero también tiene muchas limitaciones - ofrece un recurso que varía en calidad y utilidad.

Una evolución particularmente importante en el desarrollo de la legislación internacional sobre este tema en la última década o más, ha sido la atención que se les presta a asuntos de género y derechos humanos. Los esfuerzos para que se aceptara la demanda de que «los derechos de las mujeres son dere-

chos humanos», y para que se desarrollaran o transformaran los conceptos y prácticas existentes para enfrentar más efectivamente las violaciones de los derechos humanos de las mujeres han sido rasgos centrales de la lucha feminista internacional en tiempos recientes. Aunque muchos de los instrumentos básicos y los principales casos se conocen en cierto grado, estos desarrollos relacionados con los derechos humanos de las mujeres, siendo más recientes y menos visibles, son todavía mucho menos conocidos.

Los propósitos de este trabajo son: (a) examinar porqué es adecuado que las cortes nacionales tomen en cuenta las normas internacionales de derechos humanos en la interpretación de las constituciones nacionales; (b) ofrecer una ojeada de los principales tipos de fuentes de derechos humanos internacional que pueden ser útiles para influenciar la interpretación de disposiciones constitucionales (y legislativas) para remediar las violaciones a los derechos humanos de las mujeres; (c) resaltar algunas de las decisiones internacionales importantes en el campo; y (d) describir brevemente el uso que se ha hecho de fuentes internacionales en la litigación nacional, particularmente en años recientes. Las defensoras que buscan el uso de la legislación internacional en derechos humanos para el adelanto de los derechos humanos de las mujeres encuentran muchas de las mismas dificultades que enfrentan los y las defensoras que tratan de invocar las garantías internacionales en general, y más.

I. La relevancia de la legislación internacional para la interpretación constitucional

El uso que se hace de las normas internacionales de derechos humanos en la interpretación de las disposiciones constitucionales en cualquier caso dado, es el resultado de una compleja interacción de factores legales y no legales. Ya que las normas internacionales de derechos humanos son un subgrupo de los estándares de la legislación internacional, el punto de partida para el análisis es el lugar que ocupa la legislación internacional en el orden legal nacional. A pesar de que las normas de derechos humanos incluyen tanto las normas consuetudinarias del derecho internacional como las normas de tratados, la discusión en este trabajo se enfocará principalmente en los tratados. Lo anterior se debe a que en muchos casos, la legislación nacional hace la diferencia entre la situación de la ley consuetudinaria y los tratados, y la inclusión de muchas garantías de derechos humanos como ley internacional consuetudinaria es impugnada, y su impacto, aunque hayan sido recibidas como parte de la legislación interna, es más bien confuso.

1. Razones jurídicas, teóricas y otras para acudir a la legislación internacional

¿Qué es, entonces, la base formal legal, o la justificación expresada, para tomar en cuenta las normas internacionales de derechos humanos en la interpretación de las disposiciones constitucionales? La pregunta puede parecer ingenua, ya que muchas cortes lo hacen de todas maneras, pero sin embargo, vale la pena hacerla. Hay una pregunta más práctica relacionada con esta: asumiendo que las cortes estén preparadas para acudir a las normas internacionales para influenciar la interpretación constitucional, ¿para qué se molestarían en hacerlo - agrega ésto algo sustancial al proceso en el cual están involucradas?

Existe importante literatura judicial, extra judicial y académica sobre hasta qué grado pueden tomar en cuenta las cortes los tratados internacionales no incorporados al interpretar la legislación nacional, al desarrollar la ley consuetudinaria o los principios generales del derecho, o para limitar el alcance de la discreción administrativa por las personas que toman decisiones nacionales.¹ Mucha de esta literatura concierne a los tratados sobre derechos humanos y concierne a países en cuya constitución política no hay un capítulo sobre garantías individuales y/o en los cuales se dice que se aplica una teoría dualista (por ejemplo el Reino Unido y Australia).

También hay literatura importante que trata de los países en los cuales los tratados internacionales forman parte de las leyes internas, que evidencia muchas quejas similares sobre la omisión de las cortes internas de adoptar una posición adecuadamente receptiva y de estar bien informadas sobre la legislación internacional y ser sensibles a sus matices.²

Estas discusiones hacen surgir preguntas fundamentales sobre la relación de los sistemas legales internacionales y nacionales, pero particularmente sobre el asunto de la división de poderes entre el ejecutivo (el cual en estos casos tiene el derecho de entrar en tratados sin aprobación legislativa), el legislativo (con el poder de crear derechos y responsabilidades bajo la legis-

¹ Ver especialmente el excelente y detallado estudio que trata principalmente de la situación en Inglaterra por Murray Hunt. *Using Human Rights Law In English Courts*. Hart Publishing, Oxford, 1997. Otro valioso recurso es la serie de trabajos presentada en coloquios judiciales organizados por el Commonwealth Secretariat e Interights desde 1988.

² Ver Conforti, Benedetto y Francioni, Francesco, Eds. *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*. Martinus Nijhoff, La Haya, 1997. Para un análisis detallado de un sistema de derecho civil, ver Cancado Trindade, Antonio Augusto, Ed. *A Incorporação das Normas Internacionais de Protecção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro*. 2ª edición. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, C.R., 1996.

lación nacional), y el judicial (el cual considera que está en la posición de introducir, por la puerta de atrás, disposiciones de un tratado que el debidamente electo legislativo no ha introducido por la puerta del frente.)

Se ha hecho claro que la membrana que separa el sistema legal nacional del tratado no incorporado, no es, de ninguna manera, impermeable, y que se ha dedicado mucho ingenio en identificar maneras en las cuales los tratados no incorporados se pueden tomar en cuenta - como lo son en muchos casos.³ Muchos de los mismos asuntos surgen en relación al uso de las normas internacionales en la interpretación de las constituciones, aunque hay cuestiones adicionales que considerar.

En relación a la interpretación constitucional, a nivel formal, el primer punto es si la constitución en cuestión tiene alguna disposición para la recepción de reglas de derecho consuetudinario internacional o tratados en el orden legal interno. Los variados modelos van desde constituciones que no contienen ninguna disposición explícita⁴ hasta aquellas que estipulan que las reglas del derecho consuetudinario internacional forman parte del derecho interno (y los tratados no)⁵ o que los tratados gozan de una posición constitucional o supraconstitucional⁶, o que dan el estatus de normas de nivel menor que constitucional, que pueden o no, privar sobre normas conflictivas.⁷

En casos en los cuales la regla de recepción formal da al derecho internacional estatus constitucional, no hay problema metodológico cuando se confía en jurisprudencia y fuentes internacionales para interpretar dichas disposiciones. Entonces la cuestión llega a ser cuáles condiciones facilitarán en la práctica esa referencia, y su utilidad.

En otros casos los términos de la Constitución podrían exigir que se tomen en cuenta las normas internacionales que conciernen a las disposiciones que se están interpretando. Por ejemplo, la Constitución de Papúa Nueva Guinea estipula que al interpretar la constitución, una corte puede

³ Para estudios recientes, ver la decisión del Juzgado de Relaciones Familiares de Australia (*Full Family Court*), en *Re B y B: Family Law Reform Act 1995, FLC 92-755 (1997)* y *Hunt, op. cit.* Ver también Maurici, James. "10 Ways to Rely on the Human Rights Convention". *Judicial Review* 29, 1996.

⁴ Ver e.g., las constituciones de Australia y Canadá.

⁵ Por ejemplo, la República Federal de Alemania

⁶ Por ejemplo, los Países Bajos. Algunos países en Europa (como Austria) le han dado status constitucional a la Convención Europea de Derechos Humanos, aunque no han hecho lo mismo con los otros tratados principales de derechos humanos.

⁷ Una permutación adicional involucra constituciones, tales como la australiana, en las cuales la constitucionalidad de una ley en particular podría depender de que sea una implementación adecuada de una obligación del Estado derivada de un tratado.

tomar en cuenta una amplia gama de fuentes internacionales,⁸ y la Constitución de África del Sur estipula que para la interpretación de la Declaración de Derechos en el capítulo 2 de la Constitución, una corte debe tomar en cuenta las leyes internacionales⁹, disposición que ha sido interpretada como obligación no solo de referirse a las leyes consuetudinarias del derecho internacional, sino también a tratados y decisiones de cortes internacionales y otras entidades internacionales responsables de monitorear su implementación.¹⁰

En donde la Constitución no contiene dichas disposiciones, ¿cuál es la base sobre la que las cortes pueden (o deben) tener en cuenta las leyes internacionales? Existe una variedad de posibles respuestas. Aparte de las fuentes y la práctica de muchas cortes en lo que a esto respecta, hay al menos tres justificaciones para interpretar las disposiciones constitucionales a la luz de las normas del derecho internacional y en particular a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos:

- *El contexto internacional de y los antecedentes de la redacción de la constitución*: muchas constituciones modernas se han derivado directa o indirecta-

⁸ Ver, en general, Doherty, Tracy. "Litigation Raising Issues Relating to Women's Human Rights : International and Regional Standards - the Papua New Guinea Experience", en Byrnes, Andrew; Connors, Jane; y Bik, Lum, Eds. *Advancing the Human Rights of Women; Using International Instruments in Domestic Litigation: Papers and Statements from the Asia/South Pacific Regional Judicial Colloquium, Hong Kong, 20-22 de mayo de 1996*. Commonwealth Secretariat, London, 1997, págs. 157-58 (en adelante Hong Kong Colloquium).

La sección 39(3) específicamente afirma «con el propósito de determinar si una ley, asunto o cosa está razonablemente justificada en una sociedad democrática que tiene apropiado interés por los derechos y dignidad de la humanidad, una corte puede tener en cuenta-

(b) los Estatutos de Naciones Unidas; y

(c) la Declaración Universal de los Derechos Humanos y cualquier otra declaración, recomendación o decisión de la Asamblea General de Naciones Unidas que atañe a los derechos humanos y las libertades fundamentales; y

(d) la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y sus Protocolos, y cualesquiera otras convenciones, acuerdos o declaraciones internacionales que atañen a los derechos humanos y las libertades fundamentales; y

(e) juicios, informes y opiniones de la Corte Internacional de Justicia, la Comisión Europea de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos y otras cortes y tribunales internacionales que se ocupan de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

⁹ Constitución de la República de África del Sur, sección 39. La sección correspondiente de la Constitución interina, sección 35, estipulaba que una corte «debe tener en cuenta, en donde aplicase, las leyes internacionales públicas aplicables a la protección de los derechos establecidos en este capítulo, y puede tener en cuenta jurisprudencia extranjera».

¹⁰ *S v Makwanyane*, 1995 (3) SA 391, págs. 413-14 (Corte Constitucional de África del Sur). Ver, en general, Dugard, John. "International Law and the South African Constitution". *J European Journal of International Law* 77 (1997).

mente de declaraciones internacionales de derechos, o han sido redactadas con conciencia del desarrollo de las leyes internacionales y una expectativa o deseo de que la constitución sea compatible con aquellos estándares internacionales.

• *Razones políticas para presumir que las leyes internas sean compatibles con las internacionales:* Es un principio básico de la interpretación normativa en muchos sistemas nacionales que las leyes internas sean interpretadas de conformidad con las obligaciones internacionales del Estado cuando sea posible. Una razón política para ésto es evitar que el Estado contraiga responsabilidades en el plano internacional por acciones de órganos estatales incompatibles con las obligaciones internacionales. Se puede decir que la misma política tiene igual uso cuando se trata de interpretación constitucional. Para ponerlo de manera más positiva, la pertenencia de un Estado a la comunidad global implica que debería tener en cuenta en sus acciones internas, los estándares que ha aceptado externamente.

• *Las normas internacionales como puntos de referencia útiles en términos de aspiración y como guía detallada sobre asuntos particulares:* El argumento aquí es que, aunque la jurisprudencia constitucional puede ser variada y rica, las leyes internacionales de derechos humanos pueden dar una guía sobre asuntos que las leyes nacionales no cubren adecuadamente, pueden ir más allá que las protecciones de las leyes nacionales, o pueden dar más luz que la jurisprudencia nacional existente. El tomar esto en cuenta puede contribuir a la revitalización o la continuación dinámica del desarrollo de la jurisprudencia nacional para que responda a las demandas del mundo moderno.

Las cortes en muchos países han apelado a fuentes internacionales y han justificado sus acciones refiriéndose a argumentos parecidos a los anteriores (entre otros). Por ejemplo, muchas cortes han tomado como punto de partida que las constituciones deben ser interpretadas de manera amplia, y han tomado en cuenta las normas internacionales como parte de un acercamiento generoso a la interpretación. En el notable caso del *Privy Council* del Minister of Home Affairs v Fisher¹¹, Lord Wilberforce, después de trazar los orígenes del capítulo de los derechos fundamentales de la Constitución de Bermuda hasta la Convención Europea y la Declaración Universal de Derechos Humanos, afirmó:¹²

Estos antecedentes y la redacción misma del Capítulo 1, exigen una interpretación generosa, que evite lo que se ha llamado «la austeridad del lega-

¹¹ (1980) AC 319.

¹² (1980) AC, págs. 328-29.

lismo plano», adecuado para dar a las personas individuales la justa medida de los derechos y medidas fundamentales a los que se hace referencia.

El segundo acercamiento (a la interpretación de las disposiciones constitucionales) sería más radical: sería tratar un instrumento constitucional como este como *sui generis*, requiriendo principios de interpretación propios, adecuados a su carácter como ya se describió, sin necesariamente aceptar todas las presunciones que atañen a las normas del derecho privado. . .

Esto no es de ninguna manera decir que no hay reglas del derecho que deberían de aplicarse a la interpretación de una Constitución. Una Constitución es un instrumento legal que da origen a, entre otras cosas, derechos individuales que se deben respetar en una corte jurisdiccional. Se deben observar el lenguaje que se ha usado y las tradiciones y costumbres que le han dado significado a él. Es muy consistente con ésto, y con el reconocimiento que las reglas de interpretación podrían aplicar, el tomar como punto de partida para el proceso de interpretación un reconocimiento del carácter y origen del instrumento, y ser guiadas por el principio de dar pleno reconocimiento y efecto a aquellos derechos y libertades fundamentales con una afirmación de la cual la Constitución comienza.

Al responder a la pregunta de si «niño/a» en la Constitución incluía a los y las ilegítimas, Lord Wilberforce tomó en cuenta no sólo la Convención Europea y la Declaración Universal, sino también la Declaración de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos («el Pacto»¹³).

El caso, interpretado de manera estricta, ciertamente ofrece justificación para referirse a ciertas fuentes internacionales al interpretar las constituciones de muchas naciones cuyo pedegree se puede rastrear hasta la Convención Europea a través de la constitución uniforme de independencia del «Commonwealth». Sin embargo, el caso debería ser, y ha sido, entendido también como incorporando un principio más amplio de interpretación constitucional.

Se podría afirmar que la mayoría de las constituciones posteriores a 1945 se han redactado con los tratados internacionales de derechos humanos existentes y frecuentemente han recurrido a conceptos y lenguaje internacionales existentes para enmarcar sus garantías de derechos. Sin embargo, como asunto de política internacional, no parece haber una buena razón para que

¹³ (1980) AC, pág. 330 (señalando que aunque los dos últimos instrumentos no eran legalmente obligatorios cuando se adoptó la Constitución, «ciertamente no se pueden obviar como influencias sobre la política legislativa»).

la referencia a instrumentos internacionales deba estar limitada a aquellos en existencia en el momento de la adopción de la Constitución¹⁴, o para que solamente los capítulos de derechos fundamentales de las constituciones deban ser interpretados a la luz de las normas internacionales. La justificación para referirse a las normas internacionales generalmente se debe encontrar en algún principio más amplio de interpretación constitucional que considera el derecho internacional en desarrollo como una fuente importante de valores y leyes fundamentales.

Afortunadamente, muchas cortes nacionales no se han sentido constreñidas de tomar en cuenta normas internacionales pertinentes en el proceso de interpretación constitucional, considerándolas como un punto de referencia importante para una corte nacional en el mundo moderno (y sin limitar su uso solamente a aquellos tratados de los cuales el Estado es Parte). No obstante, esta perspectiva internacionalista no es la única, ni siquiera la más importante influencia en la interpretación que hacen las cortes. Puede haber tensión entre los valores y supuestos subyacentes al convenio constitucional y las tradiciones nacionales, y los valores y metas de los instrumentos internacionales de derechos humanos.¹⁵ Sin embargo, las cortes nacionales parecen estar preparadas, con diferentes niveles de interés, a tomar en cuenta las normas de derechos humanos internacionales cuando interpretan las disposiciones constitucionales.

Por ejemplo, al interpretar la Carta Constitucional Canadiense de Derechos y Libertades, la Corte Suprema de Canadá se ha referido a normas internacionales de derechos humanos, incluyendo aquellas a las cuales Canadá no estaba ligada e

¹⁴ De hecho, éstos pueden haberse vuelto obsoletos y haber sido reemplazados por instrumentos con diferentes supuestos. Ver, por ejemplo, *Re A* (Niños: Declaración de Naciones Unidas de 1959), (1998) IFLR 354, pág. 358 (Corte de Apelaciones de Inglaterra), en el cual la Corte Inglesa de Apelaciones echó abajo una decisión de una corte inferior en la cual el juez había estado muy influenciado por el Principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, la cual disponía que una criatura de corta edad no debería, a no ser por circunstancias excepcionales, ser separada de su madre. La Corte de Apelaciones dudó de la pertinencia de la Declaración de cuarenta años de edad, especialmente en vista de que la subsiguiente adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño no incluía una disposición similar. Sin embargo no se hizo referencia al Artículo 24 del Pacto o a la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la igualdad en el matrimonio, ni a la Convención de la CEDAW ni a las recomendaciones generales de la CEDAW sobre la igualdad de la vida en familia, los cuales hubieran sido pertinentes.

¹⁵ Ver, por ejemplo, "El acercamiento de la Corte Suprema de los Estados Unidos" en Stanley v Georgia, 492 US 361, pág. 369 (1989) (sosteniendo, en relación a la garantía de la 8va Enmienda contra el castigo cruel o inusual, que eran las concepciones de EEUU más que las internacionales las que eran determinantes).

instrumentos adoptados antes y después de la adopción de la Carta.¹⁶ De manera similar, la Corte Suprema de India ha sostenido en varias ocasiones que, aunque los tratados no se convierten automáticamente en parte de la legislación interna bajo la Constitución de la India, al ser ratificadas, las convenciones internacionales son pertinentes para la interpretación constitucional. En un caso reciente la Corte afirmó que «no hay ninguna razón por la cual estas convenciones y normas internacionales no puedan... ser usadas en la interpretación de los derechos fundamentales que la Constitución de la India expresamente garantiza»¹⁷ y ha referido en casos recientes al Pacto, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención de la CEDAW y varias declaraciones de las Naciones Unidas. En Vishaka la corte se refirió a la pertinencia de estas fuentes internacionales para la interpretación de las garantías constitucionales de la manera siguiente:¹⁸

El significado y contenido de los derechos fundamentales garantizados en la Constitución de India son lo suficientemente amplios para abarcar todas las facetas de igualdad de género, incluida la prevención del hostigamiento o abuso sexual... En ausencia de leyes internas estatuidas, las convenciones y normas internacionales se deben interpretar como propias, y deben ocupar el campo cuando no hay incongruencia entre ellas. Hoy ya es regla aceptada el tener en cuenta las normas y convenciones internacionales para la interpretación de las leyes internas, cuando no hay incongruencia entre ellas y hay un vacío en las leyes internas.

En años recientes, un número de cortes de países del «Commonwealth» (especialmente aquellas en el sur de Africa), han adoptado enérgicamente la jurisprudencia internacional para la interpretación de las garantías constitucionales nacionales, incluyendo tratados de los cuales el Estado interesado no es parte, así como también aquellos bajo los cuales está obligado.¹⁹ Otras cortes, o juezas/es individuales, han expresa-

¹⁶ Ver en general, Bayefsky, Anne F. *International Human Rights Law: Use in Canadian Charter of Rights and Freedoms Litigation*. Butterworths, Toronto, 1992.

¹⁷ Vishaka v Rajasthan, AIR 1997 SC 3011, pág. 3015, (1998) 3 BHRC 261. Ver también Nilabati Behera v State of Orissa 1993 AIR SC 1960, pág. 1970.

¹⁸ AIR 1997 SC, pág. 3015.

¹⁹ Ver, por ejemplo, Attorney General of Botswana v Unity Dow (1991) LRC (Const) 574 (Corte Superior de Botswana); (1992) LRC (Const) 623 (Corte de Apelaciones de Botswana); State v Ncube, 1990 (4) SA 151 (Corte Suprema de Zimbabwe); In re Corporal Punishment, 1991 (3) SA 76 (Corte Suprema de Namibia); Rattigan v Chief Immigration Officer of Zimbabwe (1994) 103 ILR 224, (1994) 1 LRC 343, 1995(2) SA 182 (Corte Suprema de Zimbabwe). Ver en general Dugard, John. The Role of Treaty-Based Human Rights Standards in Domestic Law: The Southern African Experience, en Alston, Philip y Crawford, James, Eds. The Future of the UN Human Rights Treaty System. Cambridge University Press, Cambridge (por salir en 1998).

do opiniones similares,²⁰ o simplemente han recurrido a fuentes internacionales.²¹

Una apertura similar han demostrado juezas/es del «Commonwealth», participantes en varios coloquios judiciales organizados bajo los auspicios de la Secretaría del Commonwealth (en colaboración con otras organizaciones) desde 1988, tanto en relación con el uso general de las normas internacionales de derechos humanos²², como con su utilización para el adelanto de los derechos humanos de las mujeres.²³

Aparte de los casos en que hay un mandato constitucional de tomar en cuenta o aplicar las leyes internacionales, o en dónde la constitución manda recurrir a ellas, la elección de acudir a esta jurisprudencia queda muy en manos de las cortes. La siguiente sección analiza algunos de los factores que influyen cuando y cómo las y los jueces utilizan las normas internacionales en su trabajo.

²⁰ Ver, por ejemplo, Kirby J. en *Kartinyeri v Commonwealth* (1998) 152 ALR 540, pág. 598 (HCA), quien comenta: «En donde la constitución es ambigua, la corte deberá adoptar aquel significado que se acomoda a los principios de los derechos fundamentales universales, más que a una interpretación que involucraría un alejamiento de tales derechos», citando a *Cooke, P. en Tavita v Minister of Immigration* (1994) 2 NZLR 257, pág. 266 (Corte de Apelaciones de Nueva Zelandia) (quien se refiere al «deber del juzgado de interpretar y aplicar las constituciones nacionales a la luz de la universalidad de los derechos humanos»).

²¹ Ver, por ejemplo, *Athurkorale v Attorney General of Sri Lanka* (1997) 2 BHRC 610 (Corte Suprema de Sri Lanka).

²² Ver, en general, *Commonwealth Secretariat and Interights. Developing Human Rights Jurisprudence: Conclusions of Judicial Colloquia and other meetings on the Domestic Application of International Human Rights Norms and on Government under the Law 1988-92*. Commonwealth Secretariat and Interights, London, 1992. Para el más reciente coloquio, ver "Georgetown Conclusions, del Caribbean Colloquium on the Domestic Application of International Human Rights Norms, Georgetown, Guyana, 3-5 de septiembre 1996". 23(1-2) *Commonwealth Law Bulletin* 573 (1997).

²³ La Secretaría del Commonwealth ha sostenido tres coloquios judiciales regionales enfocados en el uso de las normas internacionales de derechos humanos en la litigación interna para adelantar los derechos de las mujeres (Victoria Falls, Zimbabue en 1994; Hong Kong en 1996; y Georgetown, Guyana en 1997). Ver la Declaración de Victoria Falls y las Conclusiones de Hong Kong, en *Hong Kong Colloquium*, op. cit., págs. 3, 6. Las Conclusiones de Hong Kong también aparecen en 23 (1-2) *Commonwealth Law Bulletin* 575 (1997). "Georgetown Recommendations and Strategies for Action on the Human Rights of Women and the Girl-Child" aparecerán en las actas del coloquio, que publicará la Secretaría del Commonwealth a finales de 1998.

2. Factores de influencia en el uso que hacen las y los jueces de las normas internacionales en la interpretación constitucional

Existe una cantidad importante de estudios en el campo de la legislación internacional, que analiza las posiciones que asumen los juzgados nacionales en asuntos de legislación internacional, especialmente en el campo de los derechos humanos. Los resultados de los estudios, realizados por personas doctas en derecho internacional a través de una gama de países, son muy similares, y exhiben un registro irregular en el uso que hacen las y los jueces de la legislación internacional.²⁴ También es evidente en los estudiosos la frustración, y una cierta impaciencia, por la resistencia de las cortes nacionales a tomar en cuenta y a aplicar las normas internacionales, los errores que a veces se cometen cuando se trata con esas fuentes de derecho, y quizá lo más desesperanzador de todo, la extendida falta de conciencia de - o indiferencia por - las normas internacionales pertinentes entre muchas personas del poder judicial y de la profesión legal. Este tipo de estudios frecuentemente identifica como principales problemas la falta de capacitación suficiente en derecho internacional en las facultades de derecho y en la posterior capacitación de juezas/es y abogadas/os, una falta de conocimiento de las normas de derechos humanos en particular, y la ausencia de medios para mantenerse al día con los últimos desarrollos en el campo. La medicina recetada para estas carencias normalmente incluye la adopción de medidas que garanticen que juezas/es y abogadas/os sean adecuadamente capacitadas/os en el área, y la búsqueda de formas que aseguren que la información de actualidad sea asequible en los tribunales y gremios.

Aunque los diagnósticos son bastante acertados, la historia también tiene otra cara, y es que las y los jueces tienen una preocupación, válida, por las implicaciones de una acogida muy entusiasta de tratados no incorporados por la legislatura directamente en el derecho interno. Mucha de la renuencia, vista en muchos países, a un uso más amplio de las normas de derechos humanos yace en la preocupación por esta tradicional separación de poderes. También hay otras preocupaciones, como son: la falta de jurisprudencia internacional útil para la resolución de un asunto bajo las leyes nacionales; el hecho de que la jurisprudencia internacional pueda no reflejar el contexto particular nacional; y la falta de razonamiento persuasivo en algunas resoluciones internacionales.

Hay, por supuesto, validez considerable en ambos lados de la discusión. Sin embargo, el reto, desde una perspectiva internacionalista, es tratar de crear

²⁴ Ver, por ejemplo, los ensayos en Conforti y Francioni, op. cit.

las condiciones que mejor llevarían a un uso sensato de la legislación internacional de derechos humanos por los poderes judiciales nacionales. La meta es que juezas/es y abogadas/os estén en posición de poner en práctica la jurisprudencia en derechos humanos de manera que asegure la más eficaz protección de los derechos humanos, sea como guía general, como precedente detallado, como legislación nacional directamente aplicable, o como ayuda para la interpretación normativa. Al hacerlo, es importante tener en mente que la mayoría de las y los jueces nacionales trabajan desde una base de la legislación interna, y que para ellas/os, las leyes internacionales a lo mejor suplementan, influyen, y ocasionalmente, pueden tener poder sobre las leyes internas. Por lo tanto, es natural que vean las fuentes y argumentos del derecho internacional a través del a veces parroquial lente del sistema legal nacional.

Existe un sinúmero de factores que influyen la apertura de un sistema de cortes nacionales a la legislación internacional, y que estimulan (o desestimulan) el uso de las normas internacionales de derechos humanos en casos internos:

- *Perspectiva y posición de las y los jueces:* la voluntad de las y los jueces de acudir a la legislación internacional es crítica, especialmente por el mensaje que la posición de las y los jueces le manda a la profesión legal y a otros. Esto se verá influenciado por su entrenamiento (aunque hayan sido entrenados en legislación internacional, muchos lo fueron antes de la explosión de normas y tratados sobre derechos humanos de los últimos veinte años), las posibilidades de mantenerse al tanto de los desarrollos en el campo (ya sea de manera independiente o a través de los esfuerzos de las directivas de estudios judiciales), y la apertura general de juezas y jueces para tomar en cuenta fuentes de otras jurisdicciones.

- *Papel de los y las abogadas:* en el sistema contradictorio que existe en la mayoría de los países bajo el sistema del «*common law*», el papel del/a abogada/o de traer material pertinente a la corte, educar a la corte, y estimular a la corte para que tome en cuenta nuevos acercamientos o fuentes, es crítico (por supuesto que también pasa al revés). Esto significa que es importante para las personas que pertenecen a la profesión ser bien formadas y estar al día en el área de la legislación internacional en derechos humanos - una meta para las facultades de derecho y la capacitación posterior de los y las graduadas.

- *El sistema constitucional dentro del cual el trabajo interpretativo se lleva a cabo:* los supuestos y orígenes históricos y políticos de una constitución son, desde el punto de vista nacional, críticos para la interpretación de sus disposiciones por las cortes nacionales. Una constitución puede ser un acuerdo negociado por la comunidad, a la luz de las preocupaciones y prioridades de esa sociedad en

su especificidad histórica - estas perspectivas pueden fundamentalmente orientar la perspectiva de las cortes en su interpretación, y las normas internacionales pueden no ser completamente congruentes con esos antecedentes.

- *Conocimiento actualizado y acceso a fuentes:* la proliferación de material sobre derechos humanos ha hecho difícil, aún para aquellas personas especialistas en el área, mantenerse al día.²⁵ Para las personas no especializadas es aún más difícil. Aunque mucho del material se está publicando para que sea asequible de manera comercial,²⁶ a menudo es demasiado caro. La barrera se está aliviando un poco por la accesibilidad del material vía Internet (esto, por supuesto, supone acceso a la red).

- *Percepción de la utilidad de los materiales internacionales:* No hay muchas probabilidades de que juezas/es y abogadas/os en ejercicio consagren una parte importante de su tiempo a familiarizarse con fuentes que ellos consideran que agregan poco a sus principales deliberaciones. Aparte de las normas de naturaleza muy general (que es el caso también con muchas normas constitucionales), y a pesar de la expansión de la jurisprudencia internacional, ésta a menudo ofrece una guía muy general y a veces ni siquiera en el área bajo análisis, en la cual la jurisprudencia nacional puede ser extensa y sofisticada. A veces los fallos internacionales de derechos humanos son medianamente escuetos y esquemáticos en sus razonamiento, lo cual los vuelve poco convincentes para las y los jueces nacionales, acostumbradas/os a argumentos más elaborados para apoyar conclusiones. Es más, la jurisprudencia internacional está mezclada, en algunos casos siendo más liberal y de avanzada que la jurisprudencia nacional en cuestión, y en otros, bastante conservadora; ésto para poner el asunto en términos negativos. Hay gran cantidad de material pertinente asequible, de razonamiento claro y bien desarrollado, que puede influenciar la toma de decisiones. El reto para abogadas/os y juezas/es es identificar aquel material que le puede ser útil.

- *Legislación nacional existente:* en muchas áreas, la legislación nacional tendrá una sofisticada y desarrollada jurisprudencia, la cual podría ofrecer

²⁵ Por ejemplo, en sus primeros 20 años de existencia (1958-78) la Corte Europea de Derechos Humanos dictó sentencia en cerca de 40 juicios. A mediados de 1998 lo había hecho en unos 650 casos. A finales de 1977 el Comité de Derechos Humanos empezó a publicar sus primeros fallos bajo el Protocolo Opcional al Pacto; para junio de 1998 había registrado alrededor de 818 casos bajo el procedimiento y había dictado fallos en unos 528 casos (244 fueron declarados inadmisibles y opiniones fueron emitidas en 284 casos). La Corte Interamericana de Derechos Humanos no existía en esa época, ni tampoco la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. A nivel nacional, la Declaración de Canadá no había sido adoptada, y sólo tres de los seis principales tratados de derechos humanos de la ONU habían sido adoptados.

²⁶ Por ejemplo, series recientes incluyen: The International Human Rights Reports; Butterworths Human Rights Cases; y el Commonwealth Human Rights Law Digest. Estos se agregan a las ya existentes: European Human Rights Reports; International Law Reports; y las publicaciones oficiales de los organismos interesados.

igual, o mejor, protección que aquella asequible bajo las normas de la legislación internacional. Por supuesto, lo contrario puede darse también. El reto es evitar la trampa del parroquialismo, al asumir que la legislación nacional invariablemente ofrece una protección más extensa - porque a veces no lo hace.

• *La revisión de resoluciones nacionales por un organismo internacional (cuasi-) judicial*: en aquellos casos en los cuales un/a litigante que no ha tenido éxito en el sistema legal nacional lleva su caso ante una corte internacional u organismo adjudicatorio, el cual se pronuncia sobre si el Estado ha violado el derecho pertinente, el poder judicial nacional tiende a verse estimulado a tomar más interés en el contenido de la obligación internacional como lo ha interpretado el organismo. A menudo, esto lleva al poder judicial nacional a esforzarse, en casos posteriores, por interpretar los estatutos y garantías constitucionales internas de manera congruente con una interpretación hecha por el organismo internacional. El impacto sobre las cortes inglesas de la aceptación del Reino Unido del procedimiento de demandas individuales bajo la Convención Europea de Derechos Humanos parece confirmar ésto. La experiencia en algunos países que han aceptado la jurisdicción del Comité de Derechos Humanos bajo el Protocolo Opcional al Pacto también muestra la influencia de la asequibilidad de una instancia internacional.²⁷ Sin embargo, en la región asiática, pocos países han aceptado la jurisdicción del Comité de Derechos Humanos u otros procedimientos de denuncia internacionales bajo los tratados de derechos humanos de Naciones Unidas.²⁸

Aún cuando las cortes nacionales tomen en cuenta las normas y jurisprudencia internacionales, es raro que esto sea determinante para una decisión que éstas alcancen. Excepto en un caso claro en donde la regla internacional es formalmente parte de la legislación nacional y determinante del asunto²⁹, o en que un tribunal internacional se ha pronunciado directamente en el punto en cuestión contra el Estado interesado, las normas internacionales

²⁷ Ver el punto de vista de Brennan, J. de la Alta Corte (*High Court*) de Australia en *Mabo v Queensland (No 2)* (1995) 175 CLR 1, pág. 42: «La apertura de recursos internacionales a personas individuales, de acuerdo con la adhesión de Australia al Protocolo Opcional al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, imprime al *common law* la poderosa influencia del Pacto y de las normas internacionales que éste impone.»

²⁸ Desde junio de 1998, los únicos países en Asia/Australasia que se habían sometido al procedimiento de demandas individuales bajo el Protocolo Opcional del Pacto eran: República de Korea, Nepal, Filipinas, Sri Lanka, Australia y Nueva Zelanda.

²⁹ Aún así, la jurisprudencia nacional comparada de un sistema similar en ese asunto puede ser más persuasiva, como frecuentemente ha sido el caso bajo la Declaración de Derechos Humanos de Hong Kong, en que se confía más directamente en casos de la Carta Constitucional Canadiense que en la jurisprudencia internacional.

les brinden apoyo para un argumento que se basa en las leyes internas y el análisis comparativo del derecho.³⁰ No obstante, el efecto cumulativo de las normas internacionales es importante, y hay un número significativo de casos en los cuales éstas han sido influenciadas directa e importantemente sobre la decisión de una corte nacional.

II. La legislación internacional en derechos humanos: Las principales instituciones y tipos de fuentes

1. *Materiales y organismos internacionales de derechos humanos*

Hoy existe un enorme caudal de instrumentos y jurisprudencia internacionales de derechos humanos (incluyendo instrumentos regionales), y otras formas de práctica bajo ellas, para no mencionar el exceso de casos nacionales que se basan en este material en el proceso de hacer cumplir o de desarrollar la legislación interna. El propósito de esta sección es el de dar un vistazo general a los principales tipos de fuentes que pueden ser de utilidad en la interpretación constitucional o legislativa, y que tienen probabilidades de ser citados en las cortes por abogadas/os. La primera parte de la sección repasa brevemente tratados de aplicación general; la segunda describe en detalle la gama de instrumentos internacionales específicos para mujeres.

³⁰

Por ejemplo, en un caso reciente en Nueva Zelanda que involucraba una demanda de discriminación indirecta en base al origen nacional, Cartwright, J. tuvo la tarea de interpretar legislación en derechos humanos que expresamente afirmaba la intención de que se hicieran cumplir los tratados internacionales. No obstante, sus comentarios eran igualmente aptos para la pertinencia de los materiales internacionales para la interpretación de instrumentos constitucionales:

Cualquier análisis de políticas que puedan directa o indirectamente discriminar debe ser hecho a la luz de los principios y la experiencia internacionales como se afirma en las convenciones y convenios pertinentes y, en donde sea apropiado, se puede buscar asistencia en casos del extranjero, ya sean dirigidos a asuntos internos o que salen de declaraciones de comités y coloquios internacionales. Cualquiera sea la asistencia que se logra es sólo eso: asistencia. Ninguno de los principios o afirmaciones son obligatorios en las Cortes Neozelandesas. Sin embargo, sí crean un trasfondo sobre el cual se pueden colocar las obligaciones y acatamientos de Nueva Zelanda.

Northern Regional Health Authority v Human Rights Commission (1997) 4 HRNZ 37, págs. 57-58 (Corte Superior de Nueva Zelanda).

Principales fuentes de normas

Se pueden identificar, para los presentes propósitos, dos fuentes institucionales principales de normas:³¹ el sistema de Naciones Unidas y los sistemas regionales (el del Consejo de Europa, el Interamericano y el Africano).

Instrumentos de Naciones Unidas

Bajo el sistema de Naciones Unidas existen dos tipos principales de instrumentos adoptados en el campo de los derechos humanos: a) instrumentos que no derivan de tratados, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, los cuales en sí no son legalmente vinculantes (aunque pueden contribuir a la formación de reglas de derecho internacional consuetudinario o pueden ser usados como guía para la interpretación de disposiciones de tratados obligatorios); y b) tratados, cuyas disposiciones obligan formalmente a un Estado, como un asunto de legislación internacional, una vez el Estado lo ha ratificado o ha accedido a él.

Existen numerosos tratados de Naciones Unidas en materia de Derechos Humanos. Seis son de particular importancia, porque bajo cada uno de ellos se ha establecido un organismo de monitoreo, el cual revisa informes de los Estados Parte. Esos seis tratados y sus respectivos organismos de monitoreo son:

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 1966 (Comité de Derechos Humanos)

³¹ La lista aquí está restringida a los principales sistemas de derechos humanos. La Organización Internacional de Trabajo debe de mencionarse por sus muchas convenciones y recomendaciones que tratan con asuntos de derechos humanos en el área laboral, incluyendo muchas convenciones específicas de género. Decisiones tomadas bajo los varios procedimientos de demanda de la OIT probablemente podrían ser pertinentes a la litigación interna. De particular importancia son los informes del Comité sobre Libertad de Asociación del Organismo Regulador sobre demandas de violaciones a los derechos laborales fundamentales, así como también los informes temáticos y de países del Comité de Expertas/os en la Aplicación de Convenciones y Recomendaciones sobre los esfuerzos de países individuales para implementar las convenciones.

Otros sistemas internacionales también pueden ofrecer material útil, e.g. la creciente colección de jurisprudencia en derechos humanos bajo la legislación de la Comunidad Europea, y el trabajo de la Organización para Seguridad y Cooperación en Europa. Otros tribunales internacionales también producen material que puede ser pertinente, e.g. la Corte Internacional de Justicia y los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Rwanda, en la interpretación del derecho internacional humanitario.

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 1966 (Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales)
- Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de la Discriminación Racial 1965 (Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial)
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer 1979 («CEDAW») (Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer)
- Convención Contra la Tortura 1984 (Comité contra la Tortura)
- Convención sobre los Derechos del Niño 1989 (Comité para los Derechos del Niño)

Bajo cada uno de los tratados, los Estados Parte están obligados a rendir informes regularmente para que el organismo del tratado los analice. Después de la revisión, el comité del tratado adoptará «conclusiones», que resumen sus opiniones sobre los éxitos y deficiencias de la implementación del tratado por el Estado. Además, bajo el Primer Protocolo Opcional del Pacto, la Convención contra la Tortura y la Convención sobre Discriminación Racial, el comité respectivo tiene competencia de recibir denuncias de personas individuales contra Estados que hayan aceptado el procedimiento. Estas resultan en la adopción de «opiniones» por el comité sobre los méritos del caso. Finalmente, algunos comités adoptan «recomendaciones o comentarios generales» en las cuales establecen de manera detallada su interpretación sobre disposiciones y artículos concretos de las convenciones.

Los sistemas regionales de derechos humanos

Consejo de Europa:

Dentro del Consejo de Europa existen dos instrumentos generales de derechos humanos principales: la Convención Europea sobre Derechos Humanos (y una cantidad de Protocolos Adicionales) y la Declaración Social Europea (también con un Protocolo Adicional). La primera cubre principalmente los derechos civiles y políticos tradicionales, y la segunda, los económicos y sociales.

La Convención Europea sobre Derechos Humanos estableció un procedimiento para la recepción de denuncias individuales opcional, bajo el cual las denuncias se procesaban a través de la Comisión Europea de Derechos Humanos antes de proceder, en los casos permitidos, al Comité de Ministros para una decisión final, o a la Corte Europea de Derechos Humanos para

una sentencia obligatoria (la supervisión de cuya implementación se le encomendaba al Comité de Ministros).³²

Las materias que más probabilidades tienen de llegar ante las cortes internas son fallos e informes de la Comisión Europea de Derechos Humanos y sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos. Además, éstas son asequibles en Internet, en el website del Consejo de Europa.³³

Bajo la Carta Social Europea, los Estados Parte rinden informes que son analizados por el Comité de Expertas/os Independientes de la Carta. El Comité produce «conclusiones» en informes que publica el Consejo de Europa, las cuales pueden ayudar en la interpretación de garantías de derechos económicos y sociales.³⁴

Sistema Interamericano (Organización de Estados Americanos):

Dentro de la OEA, los dos principales instrumentos generales son la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre 1948, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos 1969 (con un Protocolo Adicional de Derechos Económicos y Sociales). Todos los miembros de la OEA pueden ser sujetos de denuncias que alegan violaciones a la Declaración - éstas son analizadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como órgano de la OEA. Además, las partes que ratifican la Convención Americana aceptan la jurisdicción de la Comisión para analizar las denuncias que alegan violaciones a la Convención, las cuales pueden luego ser enviadas a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos apropiados. La Comisión también tiene el poder de iniciar investigaciones de la situación de los derechos humanos en cualquier país miembro y de preparar informes.

De esta manera, los tipos de materiales con más probabilidades de llegar hasta una corte interna, serían los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en casos individuales bajo la Declaración o la Convención,³⁵ sentencias u opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Dere-

³² El procedimiento ha sido recientemente reorganizado, con la principal característica siendo la abolición de la Comisión y el establecimiento de una nueva corte cuyos miembros/os serán jueces a tiempo completo.

³³ <http://www.coe.fr/>

³⁴ Un sistema de demandas colectivas ha sido adoptado recientemente bajo la Convención; los fallos bajo ésto también pueden ser de ayuda.

³⁵ O bajo uno de los otros tratados de derechos humanos de la OEA, tales como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura 1986, 25 ILM 519, o la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer 1994 (Convención de Belém do Pará), 33 ILM 1534.

chos Humanos, o informes de la Comisión sobre situaciones en países. En años recientes éstas han comenzado a ser asequibles en el website de la Organización de Estados Americanos.³⁶

Sistema Africano (Organización de Unidad Africana):

El principal instrumento general de derechos humanos dentro de la OUA es la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.³⁷ La Carta establece la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos,³⁸ la cual tiene la jurisdicción de recibir demandas que alegan violaciones a la Carta, y en los últimos años ha comenzado a investigar y a adoptar informes sobre dichos casos. Serían los informes de la Comisión sobre tales casos los que tendrían más probabilidades de ser citados en la jurisdicción interna.

2. Instrumentos de derechos humanos específicos de género

La preocupación internacional con la situación de las mujeres y el reflejo de ella en tratados que regulan campos particulares de la actividad social, no es un fenómeno nuevo, y en algunos casos data desde finales del siglo 19 (o aún antes).³⁹ Las siguientes son las principales áreas por tema que han sido tratadas por los instrumentos internacionales específicos sobre las mujeres, adoptados en los últimos cien años:⁴⁰

- *Convenciones sobre tráfico*: esas convenciones originalmente se dirigían hacia el llamado «tráfico de blancas» (aunque se puede señalar que las más tempranas convenciones contra la esclavitud también trataban violaciones a los derechos humanos de los cuales las mujeres eran víctimas). Desde las convenciones del siglo 19 ha habido una regular revalidación de prohibiciones de, o regulación de, varios aspectos del tráfico de mujeres, incluyendo la prostitución y la explotación de otras dentro de las fronteras nacionales, así como también fuera de ellas.

³⁶ <http://www.oas.org/>

³⁷ (1982) 21 ILM 58

³⁸ Actualmente existen propuestas para establecer una Corte Africana de Derechos Humanos que están siendo analizadas dentro del sistema de la OUA.

³⁹ Para una discusión más detallada sobre los tipos de convenciones y las posiciones hacia las mujeres que los apoyan, ver Byrnes, Andrew. "Human rights instruments relating specifically to women, with particular emphasis on the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women", en *Hong Kong Colloquium*, op. cit., págs. 40-41 (y las fuentes citadas allí).

⁴⁰ Ver la lista de convenciones en idem., pág. 55.

- *Convenciones internacionales de trabajo*: estas convenciones, adoptadas dentro del sistema de la Organización Internacional del Trabajo, han buscado regular las condiciones laborales de las mujeres trabajadoras, específicamente como grupo; incluyen las convenciones relacionadas con el trabajo nocturno y subterráneo de las mujeres, protección a la maternidad, igual remuneración y no discriminación en el empleo y en la profesión.

- *Convenciones que tratan sobre asuntos específicos de derechos civiles y políticos y estatus legal*: éstas, adoptadas después de la Segunda Guerra Mundial dentro de las Naciones Unidas por la Comisión sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer, versan sobre áreas en las cuales las mujeres podrían enfrentar problemas particulares por causa de leyes nacionales discriminatorias, y necesitan acciones correctivas para poner la situación de la mujer a un nivel similar al de los hombres; éstas incluyen instrumentos relacionados a la nacionalidad de las mujeres casadas y los derechos políticos de las mujeres y las convenciones relacionadas con la edad mínima para el matrimonio e inscripción de matrimonio.

- *Instrumentos comprensivos de discriminación sexual*: Estos instrumentos hacen un llamado a los Estados para que eliminen la discriminación contra las mujeres a través de una amplia gama de áreas, incluyendo tanto los derechos políticos y civiles como los económicos, sociales y culturales. Los principales ejemplos de este tipo de instrumento son la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, de 1967, y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, de 1979.

- *Instrumentos que tratan sobre la violencia contra las mujeres*: éstos reflejan la creciente preocupación al nivel internacional con la violencia contra las mujeres; aunque son convenciones específicas para un asunto, representan un cambio importante de perspectiva en varios sentidos. Los instrumentos más importantes son la Declaración de la Eliminación de la Violencia Contra las Mujeres⁴¹ y la Convención Interamericana sobre la Violencia Contra las Mujeres.⁴²

Esta sección se enfoca en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, ya que este es el convenio internacional más comprensivo entre los que tratan de asuntos de igualdad de género, e incorpora muchas de las normas contenidas en la anteriores convenciones, más específicas.

⁴¹ Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, GA RES 48/104 (1994), 1 IHRR 329.

⁴² Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) (1994) 33 ILM 1534.

a. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer fue adoptada en 1979 y entró en vigencia en setiembre de 1981.⁴³ Para septiembre de 1998 habían 162 Estados Partes de la Convención.⁴⁴

Además de las obligaciones sustantivas aceptadas por los Estados que se hacen parte de la Convención, los Estados también aceptan la obligación, bajo el Artículo 18 de la Convención, de rendir informes regularmente sobre los pasos tomados para implementarlas. Estos se deben rendir al año de que la Convención entra en vigor para el Estado interesado, y cada cuatro años de ahí en adelante. Estos informes los analiza el Comité sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer («CEDAW»), un órgano establecido de acuerdo con el Artículo 17 de la Convención, formado por 23 expertas independientes elegidas para servir a título personal por los Estados Partes de la Convención. El procedimiento de rendir informes es el único procedimiento de monitoreo o de hacer cumplir la Convención, establecido por ésta, obligatorio para los Estados Partes, aunque en la actualidad se trabaja en un protocolo opcional a la Convención que establecerá un procedimiento de denuncias individuales.⁴⁵

⁴³ Dos recientes comentarios tipo libro sobre la Convención son Rehof, Lars Adam. *Guide to the Travaux Préparatoires of the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*. Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1993; Asociación Japonesa de Derechos Internacionales de las Mujeres. *Commentary on the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*. Asociación Japonesa de Derechos Internacionales de las Mujeres, Bunkyo, 1995. Para una bibliografía detallada sobre la Convención y asuntos relacionados, ver Cook, Rebecca J. y Oosterveld, Valerie. "A Select Bibliography of Women's Human Rights". *44 American University Law Review* 1429 (1995). Esta bibliografía está actualizada y es asequible a través del Internet por Laskin Law Library de la Universidad de Toronto. La dirección es http://www.law.utoronto.ca/pubs/h_rights.htm.

⁴⁴ Tratados multilaterales depositados en la Secretaría General. Naciones Unidas, Nueva York (en adelante Tratados multilaterales), como se conseguían al 10 de septiembre 1998 en <http://www.un.org/Depts/Treaty>.

⁴⁵ Para la historia y contenido del borrador del protocolo opcional, ver en general Wörgetter, Aloisia. "The Draft Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women". *2 Austrian Review of International and European Law* 261 (1997); Byrnes, Andrew. "Slow and Steady wins the Race? The Development of An Optional Protocol to the Women's Convention", en *Proceedings of the 91st Annual Meeting of the American Society of International Law*, 1997, pág. 383; "O'Hare, Ursula. Ending the 'Ghettoisation': The Right of Individual Petition to the Women's Convention". *5 Web Journal of Current Legal Issues* (1997); Byrnes, Andrew y Connors, Jane. "Enforcing the Human Rights of Women: A Complaints Procedure for the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women?". *21(3) Brooklyn Journal of International Law* 679 (1996); Evatt, Elizabeth. "The Right to Individual Petition: Assessing its Operation before the Human Rights Committee and its Future Application to the Women's Convention on Discrimination", en *Proceedings of the 89th Annual Meeting of the American Society of International Law*, 1995, pág. 227.

b. El Comité sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y el producto de su trabajo

Para julio de 1998, el Comité había sostenido 19 sesiones desde sus inicios en 1982.⁴⁶ Durante esas sesiones, el Comité ha analizado docenas de informes rendidos por los Estados Partes de la Convención, sobre las medidas que han tomado para implementar sus obligaciones bajo la Convención. Además, el Comité ha llevado a cabo una considerable cantidad de otros tipos de trabajos, apoyando conferencias internacionales sobre mujeres, y otros temas, y en la elaboración de sugerencias y recomendaciones generales bajo la Convención.

Como con otros órganos creados por convenios, en el trabajo del Comité hay cuatro tipos de documentación que son de particular importancia:⁴⁷

- La Convención en sí
- Las recomendaciones generales del Comité
- Los comentarios finales de la CEDAW para países individuales
- Los informes al Comité de Estados individuales (y el registro de la discusión de esos informes entre el Comité y el gobierno)

Mientras que la Convención en sí puede ser bien conocida por muchas personas, los otros productos del Comité y los Estados Partes de la Convención no lo son. Sin embargo, son estos documentos los que ofrecen contenido en detalle para las estipulaciones de la Convención, redac-

⁴⁶ Los informes del Comité sobre el trabajo en sus sesiones están incluidos en su informe a la Asamblea General, publicado como suplemento (en general, Supplement No 38) de los Documentos Oficiales de la Asamblea General, y se pueden obtener en los idiomas oficiales de Naciones Unidas en la División para el Adelanto de las Mujeres, Naciones Unidas, Nueva York. Documentos de sesiones anteriores del Comité se encuentran en Naciones Unidas, *The Work of CEDAW: Reports of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW), volume 1 (1982-1985)*. United Nations, New York, 1989. UN Sales No. E.89.IV.4; Naciones Unidas, *The Work of CEDAW: Reports of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW), volume 2 (1986-1987)*. United Nations, New York, 1990. UN Sales No. E.90.IV.4. Para una revisión del trabajo del Comité hasta la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer en Beijing, ver Report on the Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW) on the Progress achieved in the implementation of the Convention, UN Doc. CEDAW/C/1995/7 (1995), reproducido como Document 115 en *The United Nations and the Advancement of Women 1945-1995, United Nation Blue Book Series. Vol. 6*. United Nations, New York, 1995, pág. 511. Muchos documentos recientes del Comité e información sobre él y sus miembros/os se pueden encontrar en el WWW site de la División para el Adelanto de las Mujeres. La dirección es <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/>.

⁴⁷ Mientras que la presente discusión está centrada en la Convención de la CEDAW, la experiencia con los principales tratados de derechos humanos de la ONU ha sido similar y se puede aprender mucho analizando las estrategias empleadas bajo esos tratados.

tadas de manera general (en el caso de las recomendaciones generales), muestran la pertinencia de las normas de la Convención a la situación de un país en particular (los comentarios finales adoptados después del informe de un país), y ofrecen una fuente de información comparada sobre cómo otros Estados Partes (y el propio) avanzan en la implementación de la Convención.

Recomendaciones generales

Bajo el Artículo 21 de la Convención, el CEDAW tiene el poder de hacer «sugerencias y recomendaciones generales» a los Estados Partes. El Comité ha usado este poder para elaborar su entendimiento de artículos particulares de la Convención, o de cómo ésta se aplica a asuntos temáticos (como la violencia contra las mujeres). Las más recientes y las futuras recomendaciones generales probablemente serán de gran utilidad para apoyar argumentos basados en la Convención, dentro y fuera de las cortes.

Para julio de 1998, el Comité había adoptado 23 recomendaciones generales.⁴⁸ Aunque varias de las Recomendaciones generales anteriores son útiles, son breves; en 1992 el Comité empezó a adoptar recomendaciones más detalladas. Las tres más detalladas adoptadas hasta la fecha son Recomendación general 19 (1992) que trata de la violencia contra las mujeres, la 21 (1994) sobre igualdad en el matrimonio y la familia (incluye asuntos de nacionalidad),⁴⁹ y la 23 (1997) sobre la igualdad de las mujeres en la vida política y pública. Cada una de estas recomendaciones generales establece en detalle el significado que le da el Comité a los artículos de la Convención y hace recomendaciones detalladas a los Estados Partes sobre los pasos a tomar para cumplir sus obligaciones bajo el tratado.

Aunque, como asunto formal de derecho internacional, estas recomendaciones generales no son vinculantes para los Estados Parte, se consideran interpretaciones muy persuasivas,⁵⁰ han sido invocadas ante cortes y tribunales, aunque con menor frecuencia que los comentarios generales del Comité de Derechos Humanos del Pacto, los cuales han sido invocados ante cortes, tanto en jurisdicciones en las cuales el Pacto ha sido incorpora-

⁴⁸ Contenidas en UN Doc HRI/GEN/1Rev. 3 (1997)

⁴⁹ El texto de las primeras 22 recomendaciones generales aparece en *International Women's Rights Action Watch* y *Commonwealth Secretariat*. Evaluando la situación de las mujeres. 2a ed. 1996, Apéndice E, págs. 72, 76 (en adelante Evaluando la situación de las mujeres).

⁵⁰ Ver Byrnes y Connors, op. cit., págs. 766-67.

do (como Hong Kong⁵¹ y Japón⁵²) como en jurisdicciones en las cuales no lo ha sido (como Australia).

Informes de los Estados Partes

Cada Estado Parte de la Convención acepta la obligación de rendir informes ante el Comité de manera regular. Estos ofrecen una fuente útil de información comparada, sobre qué es lo que los Estados consideran ser la extensión de sus obligaciones bajo la Convención y sobre las varias formas en las cuales la Convención puede ser implementada. En relación al propio país, el informe nacional es un relato oficial (aunque no siempre satisfactorio) de la posición del gobierno en varios asuntos. A menudo contendrán compromisos para emprender acciones particulares, los cuales podrán ser señalados más adelante al gobierno, para garantizar que de hecho, las promesas se cumplan.

El análisis que hace el Comité de los informes y sus comentarios finales

Una de las principales fuentes para dilucidar el significado de la Convención ha sido las preguntas hechas por las miembros del Comité a los Estados Partes y las opiniones que han expresado sobre el modo como el Estado ha implementado sus obligaciones bajo la Convención.⁵³ Recientemente, sin embargo, el Comité ha adoptado la práctica de adoptar comentarios finales, los cuales expresan la opinión colectiva del Comité sobre hasta qué punto se ha implementado la Convención en un dado país, más que las opiniones individuales de los y las miembros. El propósito de éstos es resaltar áreas en las cuales el Comité considera se deben de tomar acciones prioritarias. Algunas veces incluirán la opinión de que hay una violación a la Convención.

⁵¹ Ver, en general, Byrnes, Andrew. "And Some Have Bills of Rights Thrust Upon Them: The Experience of Hong Kong's Bill of Rights", en Alston, Philip, Ed. *Promoting Human Rights Through Bills of Rights: Comparative Perspectives*. Clarendon Press, Oxford, 1998, Capítulo 9; Chan, Johanness. "Hong Kong's Bill of Rights: Its Reception of and Contribution to International and Comparative Jurisprudence". *47 International Comparative Law Quarterly* 928 (1998).

⁵² Ver, en general, Iwasawa, Yuji. "The Domestic Impact of Acts of International Organizations Relating to Human Rights" (Trabajo presentado en la Conferencia sobre el Futuro del Sistema de Tratados en Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 21-23 de marzo de 1997). *Research Center for International Law*, Universidad de Cambridge, Cambridge, págs. 9-15.

⁵³ Para ver el tipo de preguntas hechas, ver Evaluando la situación de las mujeres, op. cit.

III. Derecho sustantivo

En esta sección haré referencia a algunos de los casos sobresalientes de derechos humanos internacionales, los cuales han abordado asuntos de derechos humanos de las mujeres a la luz de normas internacionales. Se refiere, entonces, a un número de casos en los cuales cortes y abogadas/os han utilizado instrumentos internacionales de derechos humanos (en particular la Convención de la CEDAW) en la jurisdicción nacional.

*1. Analizando las violaciones de los derechos humanos de las mujeres bajo los términos de los instrumentos internacionales*⁵⁴

En muchos casos es posible caracterizar violaciones a los derechos humanos sufridos por mujeres como violaciones a un derecho en sí bajo un instrumento, sin necesidad de referirse a una garantía contra la discriminación en el gozo de los derechos incluidos en el instrumento. En algunos casos, una violación caerá dentro del tradicionalmente entendido alcance de un derecho; por ejemplo, cuando una mujer activista es detenida como resultado de sus actividades políticas. En lo esencial, esta violación es igual que la sufrida por un hombre que recibe un trato similar. Sin embargo, en otros casos puede ser necesario adoptar una interpretación basada en las mujeres o específica a ellas, para caracterizarlo como una violación del derecho en cuestión; por ejemplo, un aborto forzado, o la negativa de permitir el aborto, puede ser visto como una violación del derecho a la privacidad (así como también una violación al derecho a la integridad física). En muchos casos, tal interpretación causa pocos problemas analíticos, pero en otros, puede estirar los conceptos hasta el límite.

Otro acercamiento es analizar la violación en términos de discriminación con base en el sexo o como una negativa a la igualdad. Existen varias razones por las cuales una persona adoptaría esta ruta, y hay dos importantes aspectos legales de los instrumentos internacionales que podrían hacer que éste sea el único ataque que se pueda acometer. La primera razón surge de la norma incluida en varios tratados internacionales que garantiza el disfrute de los derechos contenidos en el tratado sin discriminación con base en

⁵⁴ Ver, en general, Connors, *op. cit.*

⁵⁵ Por ejemplo, el Artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Para una discusión de la jurisprudencia bajo el Artículo 14, ver Van Dijk, P. y Van Hoof, G.J.H. "Theory and Practice of the European Convention on Human Rights". 3a ed. *Kluwer Law International*, La Haya, 1998, págs. 710-30; Abr Frowein, Jochen y Peukert, Wolfgang. *Europäische Menschenrechtskonvention*. 2a ed. N.P. Engel, Kehl am Rhein, 1996, págs. 435-478; Harris, D.J.; O'Boyle, M.; y Warbrick, C. *Law of the European Convention on Human Rights*. Butterworths, London, 1995, págs. 462-88.

el sexo.⁵⁵ Esta norma ofrece protección en casos en los cuales un Estado trata a los hombres de manera más favorable que a las mujeres, pero su trato a las mujeres no viola independientemente un derecho nombrado en el tratado. Por ejemplo, el derecho al respeto de la vida familiar no da el derecho automáticamente a cónyuges de diferentes nacionalidades de vivir juntos en el mismo país. Si un Estado automáticamente permite a sus ciudadanos varones traer a sus esposas extranjeras a vivir en el país, pero no permite a las ciudadanas hacer lo mismo, entonces el derecho de las ciudadanas de respeto a la vida en familia no está necesariamente siendo violado. Sin embargo, porque allí hay un trato diferente y discriminatorio de ciudadanas y ciudadanos en relación al disfrute del derecho de la vida en familia, el Estado habrá violado su obligación de garantizar el disfrute de los derechos contenidos en el tratado sin discriminación.⁵⁶

En otros casos puede ser que no haya un derecho contenido en el tratado pertinente que corresponda a la conducta en cuestión. Por ejemplo, bajo el Pacto no está el derecho de poseer o heredar propiedades, o a la seguridad social. De esta manera, la discriminación contra las mujeres en el derecho de tener propiedades o en su elegibilidad para los beneficios de la seguridad social, no caerían dentro de los derechos específicos en la lista del Convenio, por lo tanto, el derecho al disfrute de ese derecho sin discriminación no se puede comprometer. Sin embargo, el Artículo 26 del Pacto ofrece una garantía general de igual protección y de igualdad ante la ley, que es aplicable a todas las distintas formas de discriminación por parte del Estado, se relacionen o no con los derechos nombrados en el Pacto. De esta manera, puede ofrecer fundamentos para objetar la legislación o acciones del ejecutivo que no se podrían objetar ateniéndose a los demás derechos contenidos en el Pacto.

2. Casos que involucran la violación de un derecho

El derecho de acceso a la corte - Airey

Hay muchos ejemplos de casos en que las mujeres, exitosamente, han hecho demandas por violaciones que eran específicas de género, o que tenían un desproporcionado impacto en las mujeres. Uno de los sobresalientes de la Convención Europea, *Airey v Irlanda*,⁵⁷ fue un caso traído por una mujer en Irlanda

⁵⁶ Ver, por ejemplo, *Abdulaziz, Balkandali y Cabales v Reino Unido*, Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia del 28 de mayo de 1985, Serie A, No 94, 81 ILR 139; 7 EHRR 471

⁵⁷ Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia del 9 de octubre de 1979, Serie A, No 32, 2 EHRR 305.

que deseaba pedir una separación judicial. No tenía medios suficientes para contratar su propio abogado, y no existió la posibilidad de que el Estado proveyera un abogado para procedimientos civiles como éste. La Corte Europea de Derechos Humanos falló a favor de la peticionaria, opinando que el derecho de acceso a la corte que garantiza el Artículo 6 de la Convención debía de ser efectivo, y que por lo tanto, el Estado tenía la obligación de proporcionar la asistencia de un abogado, cuando éste fuera necesario para garantizar el efectivo acceso a la corte (como en el presente caso) por la complejidad del procedimiento o del caso.

Libertad de expresión y acceso a información

De manera similar abarcó la Corte el caso de *Open Door Counselling Ltd and Dublin Well Woman Centre Ltd v Irlanda*.⁵⁸ El caso involucraba una medida cautelar emitida por las cortes irlandesas contra dos de las solicitantes, prohibiéndoles dar asesoría, sin buscar un resultado dado, a mujeres embarazadas, la cual incluía informarles de la posibilidad de practicarse abortos en el exterior (ya que el aborto era ilegal en Irlanda). Las otras solicitantes eran consejeras, y dos irlandesas en edad de procrear.

El cuestionamiento de las restricciones a impartir información se basó, de parte de los dos centros y las consejeras, en el derecho a la libertad de expresión, incluyendo el derecho a recibir e impartir información, contenido en el Artículo 10 de la Convención Europea. Las dos irlandesas en edad de procrear argumentaron que las restricciones constituían una violación a su derecho a recibir información bajo el Artículo 10, y también que la negativa a tener acceso a información sobre las posibilidades de abortar en el extranjero era una injustificada interferencia con su derecho al respeto a la vida privada. Las solicitantes tuvieron éxito ante la Corte Europea, la cual decidió por mayoría que la interferencia con la libertad de las solicitantes de buscar, impartir y recibir información, aunque pudo haber tenido objetivos legítimos bajo la Convención, no era una medida razonable y proporcionada.⁵⁹

Aunque ésta fue una importante victoria para el derecho de las mujeres a tener acceso a información necesaria para sus vidas, las decisiones de los tribunales internacionales en casos que involucran el ejercicio de los derechos reproductivos - en particular el de interrumpir un embarazo - han sido más bien mix-

⁵⁸ Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia del 29 de octubre de 1992, Serie A, No 246, 15 EHRR 244.

⁵⁹ La Corte consideró que no era necesario decidir sobre la demanda de que las restricciones involucraban una violación al derecho de la privacidad o al gozo de ese derecho.

tas. En un caso, la Comisión Europea de Derechos Humanos rechazó la demanda de un padre no casado quien alegó que se le había violado el derecho al respeto para la vida privada y familiar al ser negada por las cortes inglesas su solicitud de medidas cautelares que buscaba prohibir a la mujer tener un aborto.⁶⁰ Sin embargo, en otro caso, la Comisión rechazó una petición cuestionando normas restringiendo el acceso al aborto contenidas en la ley sobre el aborto de Alemania.⁶¹ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos rechazó una petición, formulada por organizaciones pro-vida, cuestionando las leyes permitiendo el aborto en uno de los estados de los Estados Unidos.⁶²

Violencia contra las mujeres - derecho a la privacidad, vida libre de tortura y de tratos inhumanos

En años recientes hemos visto algunos casos importantes, en los cuales los organismos internacionales han tomado decisiones que afirman el derecho de las mujeres a vivir libres de violencia.

En *X y Y v Los Países Bajos*⁶³, la Corte Europea de Derechos Humanos aceptó una denuncia de que la existencia de una laguna en la legislación holandesa, que implicaba que no se podría procesar a un hombre que hubiera asaltado sexualmente a una menor con discapacidad mental, constituía una violación a la obligación del Estado de tomar medidas para garantizar respeto a la vida privada de la muchacha.

En un importante caso reciente, *Aydin v Turquía*,⁶⁴ la Corte Europea de Derechos Humanos decidió que una mujer joven, quien había sido violada y maltratada mientras se encontraba detenida, había sido sujeta de tortura. Este caso fue un avance significativo, ya que fue la primera ocasión en la cual la Corte había analizado si la violación constituía tortura; la decisión anterior de la Comisión Europea en *Chipre v Turquía*⁶⁵ había sido que las violaciones ge-

⁶⁰ Paton v United Kingdom, Comisión Europea de Derechos Humanos, Aplicación No. 8416/78, Decisión sobre admisibilidad de 13 de mayo de 1980, 19 D&R 100, 3 EHRR 244.

⁶¹ Bruggeman and Scheuten v Federal Republic of Germany, Comisión Europea de Derechos Humanos, Aplicación No. 6959/75, Decisión de 12 de julio de 1977, 10 D&R 100, 3 EHRR 244.

⁶² Caso «Baby Boy», Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso 2141, Resolución No 23/81, 6 de marzo de 1981. 2 HRLJ 110.

⁶³ Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia del 26 de marzo de 1985, Serie A, No 91, 81 ILR 91, 8 EHRR 235.

⁶⁴ *Aydin v Turkey*, Corte Europea de Derechos Humanos, Aplicación No. 2317/94, Sentencia del 25 de septiembre de 1997, 25 EHRR 251, 3 BHRC 300, párrs. 83-87.

⁶⁵ *Cyprus v Turkey*, Comisión Europea de Derechos Humanos, Aplicaciones No. 6780/74 y 6950/75, 4 EHRR 482, 62 ILR 4, párrs 358-74 (la violación cometida por soldados constituía tratamiento inhumano).

neralizadas por los soldados turcos durante operativos militares en Chipre sumaban «trato inhumano y degradante», una violación menos atroz que la tortura, bajo el Artículo 3 de la Convención.

La caracterización de la violación como tortura, en éste y otros casos,⁶⁶ representa la creciente tendencia por los organismos internacionales de reconocer y dar más peso a las violaciones severas al derecho a la integridad física que afectan a las mujeres predominantemente o en particular, las cuales no habían sido previamente reconocidas como pertenecientes a la más seria categoría de violaciones. Este desarrollo se ha dado gracias al trabajo de las defensoras de los derechos humanos de las mujeres, quienes han logrado el ímpetu para este reconocimiento por medio de una campaña concertada en varios foros.

En un caso contra Argentina, presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,⁶⁷ una mujer y su hija de 13 años, junto con otras mujeres visitantes de una prisión federal, fueron sujetas, por rutina, a inspección vaginal cuando visitaban al esposo de la mujer y padre de la niña en la prisión. El propósito implícito de las inspecciones era prevenir que las mujeres entraran con narcóticos y drogas escondidos en la vagina. La peticionaria argumentó que las inspecciones eran una violación a su derecho a la privacidad e integridad física y a la familia. La Comisión falló, que en las circunstancias del caso, (incluyendo los amplios poderes legales bajo los cuales las inspecciones se hacían y la naturaleza desproporcionada de la medida) se cometía una violación a los derechos de la integridad física, a la privacidad, a la familia y también el de la hija, como menor, a especiales medidas de protección.⁶⁸

Otro ejemplo son dos casos contra el Reino Unido, traídos por dos hombres que habían sido condenados por violación de sus esposas después de la decisión de la Cámara de los Lores que cambiaba la ley consuetudinaria de que un esposo no podía violar legalmente a su esposa.⁶⁹ La Corte rechazó la objeción de que el cambio en la ley involucraba en efecto una condena penal retroactiva, ya que el acto por el cual habían sido condenados no era una ofen-

⁶⁶ Ver también *Mejía Egocheaga v Perú*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso 10,970, Informe No. 5/96, 1 de marzo de 1996, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1995. Organización de Estados Americanos, Washington D.C., 1996, pág. 157, 1 BHRC 229. Ver también Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe General sobre la Situación de los Derechos Humanos en Haití, OEA/Ser. L/V/II.88 Doc 10 rev. 1995, párr. 134 (la violación y la amenaza de hacerlo constituyen tortura).

⁶⁷ *X y Y v Argentina*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso 10.506, Informe No. 38/96, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1996. Organización de Estados Americanos, Washington D.C., 1997, pág. 50.

⁶⁸ *Idem.*, párrs. 86-105.

⁶⁹ *R v R* (1992) 1AC 599 (HL).

sa penal en el momento en el cual ellos lo habían cometido. El aparente deseo de la Corte de reconocer la inaceptabilidad de este tipo de violencia y su renuencia a decidir que un desarrollo loable en la legislación fuera una laguna en la Convención, claramente influyó su decisión sobre retroactividad que ha sido fuertemente criticada.⁷⁰

Derechos como miembro de una minoría

Los derechos de una mujer como miembro de una minoría étnica vieron ante el Comité de Derechos Humanos en *Lovelace v Canadá*.⁷¹ Estaban en cuestión normas de la Ley Indígena (*Indian Act*) de Canadá que disponía que las mujeres que tenían status de «indias» según esa ley, lo perderían al casarse con hombres no indígenas. Los hombres indios que se casaran con mujeres no indias no lo perdían. Por pérdida de status se entiende que una persona pierde el derecho legal de vivir en una reserva, y también otros derechos. Lovelace, quien se había casado con un no indio y cuyo matrimonio se había disuelto, demandó que ese tratamiento violaba los Artículos 2(1), 3, 23(1) y (4), 26 y 27 del Pacto.

La mayoría del Comité decidió el caso basándose en los derechos de personas pertenecientes a una minoría, en comunidad con otras personas miembros del grupo, de disfrutar su cultura o de usar su lengua propia. El Comité falló que en las circunstancias de este caso, no permitir que Lovelace regresara a su comunidad era una negativa injustificada de sus derechos bajo el Artículo 27.⁷² Un solo miembro del Comité agregó que consideraba que las disposiciones eran inconsistentes con las garantías contra la discriminación contenidas en los Artículos 2(1), 3, 23(1) y (4) y 26 del Pacto.⁷³

Estos son varios de los casos más importantes en los cuales organismos internacionales han analizado demandas bajo garantías que son similares a aquellas contenidas en muchas constituciones y declaraciones de derechos nacionales.

⁷⁰ Ver, por ejemplo, Ghandhi, P.R. y James, J.A. "Marital Rape and Retrospectivity - the human rights dimension at Strasbourg; CR v UK y SW v UK". *1 Child and Family Law Quarterly* 17 (1997); "Osborne, Craig. Does the End Justify the Means? Retrospectivity, Article 7, and the Marital Rape Exemption". *European Human Rights Law Review* 406 (1996).

⁷¹ Comité de Derechos Humanos, Comunicación No. 24/1977, opiniones adoptadas el 30 de julio de 1981, Selected Decisions under the Optional Protocol (Second to sixteenth sessions). Vol. 1. United Nations, New York, 1985, pág. 83, 68 ILR. 17, 2 Human Rights Law Journal 158. Ver Bayefsky, Anne. The Human Rights Committee and the Case of Sandra Lovelace. 20 Canadian Yearbook of International Law 244 (1982).

⁷² Lovelace, pág. 87, párrs 17-18.

⁷³ Bouziri, op. cit., pág. 87.

3. Normas de no discriminación y convenciones específicas sobre la mujer

Ha habido muchos casos que se han desarrollado fundamentados en las garantías contenidas en todos los principales instrumentos, de que los derechos otorgados deben ser gozados sin discriminación por sexo.⁷⁴ Muchos de estos casos han tenido éxito, aunque han habido algunos que sorpresivamente han fracasado. Varios de los más importantes ejemplos están brevemente descritos en esta sección.

Discriminación en el área de inmigración y nacionalidad

El caso *Aumeeruddy-Cziffra*⁷⁵ involucró cambios a las leyes de inmigración de Mauricio, los cuales tuvieron el efecto de cambiar las reglas que gobernaban el status de residencia de los maridos de mujeres mauricias que los ponía en una posición menos ventajosa que aquella de las esposas extranjeras de los hombres mauricios (la situación de esposas y esposos extranjeros había previamente sido igual). Los esposos extranjeros eran ahora obligados a solicitar permiso de residencia y podían ser deportados en el ejercicio de un poder ministerial que no estaba sujeto a revisión judicial. Varias mujeres de Mauricio, algunas de las cuales estaban casadas con extranjeros, interpusieron una denuncia ante el Comité de Derechos Humanos, argumentando que la legislación violaba su derecho a no ser sujetas de interferencia ilegal o arbitraria con su familia, bajo el Artículo 17(1), su derecho a protección de la familia (Artículo 23(1)), tanto independientemente así como en conjunción con el Artículo 2(1) del Pacto, así como también una violación al Artículo 26.

El Comité de Derechos Humanos falló a favor de las denunciadas casadas, fundamentalmente con base en la discriminación en el disfrute de sus derechos bajo los Artículos 17(1), 23 y 26. Aunque señalaba que «la residencia común de esposa y esposo debe considerarse el comportamiento normal de una familia»,⁷⁶ el Comité evadió el asunto de si la legislación ascendía a una violación arbitraria del Artículo 17(1). Se conformó con fallar que la diferencia en el trato ascendía a discriminación y era, por lo

⁷⁴ Una importante contribución a esto es el comentario general 18(37) del Comité de Derechos Humanos, sobre la igualdad y la no discriminación, así como también su comentario general 19(39) en relación a la garantía de iguales derechos para cónyuges.

⁷⁵ *Aumeeruddy-Cziffra v Mauritius*, Comité de Derechos Humanos, Comunicado No35/1978, Selected Decisions under the Optional Protocol (Second to sixteenth sessions), Vol 1. Naciones Unidas, Nueva York, 1985, pág. 67, 67 ILR 285, 2 HRLJ 139 (1985).

⁷⁶ *Aumeeruddy-Cziffra v Mauritius*, op. cit., párrs. 9.2(b)2(i)2.

tanto, incongruente con el Pacto. Tomó igual posición con relación al artículo 23(1), concluyendo que la «protección a la familia no puede variar con el sexo de una u otro cónyuge.»⁷⁷

En Abdulaziz⁷⁸, la Corte Europea de Derechos Humanos falló que la diferencia de tratamiento, bajo las leyes del Reino Unido, entre mujeres que deseaban traer a sus maridos a Gran Bretaña, y hombres que querían hacer lo mismo con sus esposas, era discriminatoria; por lo tanto, el Artículo 14 en conjunción con el 8 de la Convención, fue violado. La Corte (y la Comisión) analizaron detenidamente el alegado impacto económico que significaría permitir a maridos y prometidos no nacionales ingresar al país de la misma manera que esposas y prometidas, y consideró que no era una razón lo suficientemente fuerte como para que tuviera poder sobre el principio de trato igual.

En este fallo es importante señalar la respuesta que dan la Comisión y la Corte a la justificación del gobierno de que la ley reflejaba su compromiso político de años con la reunificación familiar. Al objetar el argumento, ambos organismos rechazaron la legitimidad del supuesto de que el lugar de residencia del marido debería ser el presunto hogar común, y que es más importante garantizar que los hombres puedan traer a su esposa y prole a vivir con ellos, que para las mujeres hacer lo mismo. Es más, el caso niega el supuesto de que «los hombres son el sexo económicamente activo» y que «las mujeres, por otro lado, se supone tienen como papel principal la crianza de la prole y la administración del hogar, y dependen económicamente de los hombres».⁷⁹

El principal caso internacional sobre discriminación en las leyes de nacionalidad⁸⁰ es una opinión consultiva de la Corte Interamericana de Dere-

⁷⁷ Idem., párr. 9.2(b)2(ii)3. Ver también comentario general 4(13), ONU Doc. HRI/GEN/1. 3, en los cuales el Comité alude a la discriminación en el tratamiento de ciudadanas y ciudadanos en relación a las leyes sobre inmigración.

⁷⁸ Abdulaziz, Balkandali and Cabales v Reino Unido, Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia del 28 de mayo de 1985, Serie A, No 94, 81 ILR. 139, 7 EHRR 471.

⁷⁹ Mullen, Tom. "Nationality and Immigration", en McLean, Sheila y Burrows, Noreen, Eds. *The Legal Relevance of Gender*. Humanities Press International, Atlantic Highlands, NJ, 1988, pág. 153. Sin embargo, Abdulaziz resultó ser una victoria demasiado costosa, ya que el gobierno del Reino Unido enmendó la ley para garantizar que hubiera igualdad entre hombres y mujeres - reduciendo los derechos de los hombres de traer sus esposas y prometidas a su mínimo nivel. Ver Byrnes, Andrew. *60 Australian Law Journal* 182, págs. 185-86 (1986).

⁸⁰ Para una excelente revisión de la legislación internacional y los casos pertinentes en relación con las mujeres y la legislación de nacionalidad, ver International Law Association Committee on Feminism and International Law. *Women's Equality and Nationality in International Law*, Preliminary Report. International Law Association, Conferencia en Taipei, mayo de 1998. Para una discusión en el contexto del Pacífico Asiático, ver Goonesekere, Savitri. *Nationality and Women's Human Rights: The Asia/Pacific Experience*, en Hong Kong Colloquium, op. cit., pág. 86.

chos Humanos dictada en 1984.⁸¹ El caso involucraba propuestas de cambio a las leyes de naturalización de Costa Rica. El gobierno costarricense refirió a la Corte las enmiendas propuestas a la Constitución, las cuales daban a las mujeres que se casaban con hombres costarricenses, estatus preferencial para obtener la nacionalidad costarricense. La Corte falló que las enmiendas propuestas eran incongruentes con la garantía de igualdad de cónyuges en el matrimonio (Artículo 17(4) de la Convención Americana de Derechos Humanos) y el derecho de igual protección de la ley (Artículo 24).

Al hacer esto, la Corte identificó y rechazó dos supuestos subyacentes en el acercamiento tradicional a la nacionalidad de las mujeres:⁸²

Este abordaje o sistema se basaba en el llamado principio de unidad familiar, y es atribuible a dos supuestos. Uno de ellos tiene que ver con la propuesta de que todos los miembros de una familia deberían tener la misma nacionalidad. El otro deriva de nociones de autoridad paterna y el hecho de que la autoridad sobre los menores era, como regla, investida en el padre, y que era al marido a quien la ley otorga un status privilegiado de poder, dándole autoridad, por ejemplo, para fijar el domicilio y administrar la propiedad conyugal. Visto en esta luz, el derecho concedido a las mujeres de adquirir la nacionalidad de sus maridos era resultado de la desigualdad conyugal.

Bajo el Pacto, el Comité de Derechos Humanos enfrentó el asunto en su comentario general 19(39) en relación a la garantía de igualdad de derechos entre cónyuges.⁸³

En su recomendación general No 21, el CEDAW consideró el Artículo 9 de la Convención - el cual dispone para las mujeres iguales derechos que para los hombres en relación con la adquisición y pérdida de la propia nacionalidad y la de los hijos de ambos - y comentó:

La nacionalidad es crítica para la participación plena en la sociedad. En general, los Estados otorgan la nacionalidad a aquellas personas que nacen en ese país. La nacionalidad también se puede adquirir por razones de domicilio,

⁸¹ Enmiendas Propuestas a las Disposiciones sobre Naturalización de la Constitución Política de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A, No 4, 79 ILR 282, 5 HRLJ 161.

⁸² *Idem.*, párr. 36; 79 ILR, pág. 303.

⁸³ "Con respecto a la igualdad en el matrimonio, el Comité desea anotar en particular que ninguna discriminación basada en el sexo debería darse en lo tocante a la adquisición o pérdida de la nacionalidad por motivo del matrimonio." Comentario general 19(39), párr. 6. Este aporte del comentario general está claramente dirigido contra todas las formas de discriminación mencionadas arriba. Sin embargo, ni bajo esta disposición ni en otros comentarios generales, comenta el Comité sobre el igual derecho de la mujer de transmitir su nacionalidad a su prole, aunque ésto parecería desprenderse de la garantía general de igualdad.

u otorgarse por razones humanitarias, como cuando una persona no tiene ciudadanía en ningún Estado. Sin un status de ciudadanas o de súbditas, las mujeres se ven privadas del derecho al voto, o de presentarse como candidatas para cargos públicos, y se les puede negar el acceso a beneficios públicos y la elección de residencia. La nacionalidad debe ser cambiante por una mujer adulta, y no debe ser retirada arbitrariamente por un matrimonio o disolución de él, o porque su marido o su padre cambien de nacionalidad.

Esto fundamentalmente reitera la posición bajo los instrumentos generales de derechos humanos. Lo sorprendente es que el CEDAW haya omitido aquí una referencia a la garantía en el Artículo 9(2) de que las mujeres deben gozar de iguales derechos que los hombres en relación a la nacionalidad de sus descendientes; esa es una área en la cual muchas leyes nacionales todavía hacen distinciones basadas en el sexo, y es un asunto que ha surgido frecuentemente en el Comité, durante los análisis de los informes de los Estados Partes. Se hizo referencia al asunto en el borrador de la recomendación general,⁸⁴ pero fue omitida en la versión revisada, presuntamente porque se pasó por alto.

La discriminación en relación a los beneficios de la seguridad social

Ha habido varios casos, traídos ante el Comité de Derechos Humanos bajo el Artículo 26 del Pacto (que garantiza la igualdad ante la ley e igual protección de la ley) que han cuestionado exitosamente el tratamiento diferente a mujeres y hombres bajo las leyes de seguridad social. Los dos principales casos son *Broeks v Países Bajos*⁸⁵ y *Zwaan de Vries v Países Bajos*.⁸⁶ La materia de la recusación fueron leyes holandesas que obligaban a una mujer, que de otra manera era elegible para algunos beneficios de seguridad social, a demostrar que ella se ganaba la vida, mientras que éste no era requisito para los hombres. El Comité de Derechos Humanos falló que ésta era una violación al derecho de la peticionaria a igual protección bajo la ley.

⁸⁴ En el borrador de la recomendación (que el Comité decidió editar considerablemente por su extensión), el Comité señaló el tratamiento discriminatorio de mujeres y hombres en lo que concierne a su capacidad de transmitir su nacionalidad, y recomendó que «los Estados Partes deberían poner en vigencia legislación... para dar a las mujeres el derecho de otorgar su nacionalidad a su descendencia, nacida dentro o fuera del matrimonio, bajo las mismas condiciones que el padre.»

⁸⁵ *Broeks v Netherlands*, Comunicación No 172/1984, Selected Decisions of the Human Rights Committee under the Optional Protocol. Vol. 2. 1990, pág. 196.

⁸⁶ *Zwaan de Vries v Netherlands*, Comité de Derechos Humanos, Comunicación 182/1984, Selected Decisions of the Human Rights Committee under the Optional Protocol. Vol. 2. 1990, pág. 209.

Capacidad legal

En *Ato del Avellanal v Perú*,⁸⁷ el Comité de Derechos Humanos falló que una esposa tenía el mismo derecho que el marido a representar propiedades matrimoniales en procedimientos ante las cortes (capacidad que las leyes peruanas le negaban).

4. Conclusión

Los casos antes mencionados son una selección de aquellos fallados bajo los varios instrumentos internacionales relacionados con los derechos humanos de las mujeres. Aunque la mayoría de los descritos han resultado en favor de la igualdad, hay otros en los cuales los organismos interesados parecen no haber dado efecto al espíritu de igualdad contenido en el instrumento.⁸⁸

IV. Decisiones nacionales: Invocando la Convención en los litigios

En las jurisdicciones nacionales se ha aumentado el uso de las normas internacionales de derechos humanos, aún cuando esas normas no hayan sido directamente incorporadas como parte de la legislación nacional. Esta sección se refiere brevemente a varios casos, predominantemente de jurisdicciones del «Commonwealth», en las cuales la Convención de la CEDAW ha sido invocada en litigios internos. Varios de los casos involucran disposiciones constitucionales, y otros, interpretación de estatutos.

En varios casos se ha usado la Convención, junto con otros instrumentos de derechos humanos, para interpretar garantías constitucionales de igualdad.⁸⁹ Un ejemplo bien conocido es el del caso de Botswana, *Dow v Attorney General of Botswana*, en el cual Unity Dow, una ciudadana de Botswana, con

⁸⁷ Comunicación No. 202/1986, Informe del Comité de Derechos Humanos 1989, ONU Doc A/44/40, Anexo X.C, pág. 196.

⁸⁸ Para otras discusiones, ver Nowak, Manfred. *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*. N.P. Engel, 1993; Consejo de Europa. *Equality between the sexes and the European Convention on Human Rights: A Survey of Strasbourg Case -Law. 1995; The Master's House and the Master's Tools: Feminist Critiques of International Human Rights Law*. Tesis doctoral, Columbia University, 1995.

⁸⁹ Para una discusión de varios de los casos africanos, ver Freeman, Marsha. "Law and Land at the Local Level: Claiming Women's Human Rights in Domestic Legal Systems". *16 Human Rights Quarterly* 559 (1994).

éxito cuestionó las disposiciones de la legislación sobre nacionalidad de Botswana, que no permitían a una mujer de Botswana casada con un extranjero, traspasar su ciudadanía a hijas e hijos de su matrimonio.⁹⁰

En *Ephraim v Pastory*,⁹¹ el Tribunal Superior de Tanzania se apoyó en la Convención (así como también en el Pacto y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos) para interpretar la declaración de derechos contenida en la Constitución de Tanzania. La Corte falló que la garantía de igualdad contenida en la declaración de derechos tenía más fuerza que las reglas de derecho consuetudinario, las cuales impedían a las mujeres vender tierras del clan, mientras que sí lo permitían a los hombres (sujeto a la condición de que cualquier otro miembro del clan las podía comprar de nuevo al comprador).

En el caso de *Dhungana and another v Government of Nepal*,⁹² el cual también se relacionaba con derechos de propiedad y de herencia, se cuestionó la legislación Nepalí que disponía que, mientras que un hijo tenía derecho a una parte de la propiedad de su padre al nacer, una hija sólo tenía derecho a obtener una parte cuando alcanzara los 35 años de edad y todavía estuviera soltera. Bajo la legislación Nepalí, los tratados ratificados forman parte de las leyes de Nepal, y se presentó una acción contra esa ley, basándose en que violaba tanto la garantía de igualdad en la Constitución, como el Artículo 15 de la Convención de la CEDAW.⁹³ La Corte Suprema de Nepal parecía considerar que había violación a esas garantías, pero estaba renuente a declarar la ley inconstitucional con efecto inmediato. La corte eventualmente le ordenó al gobierno «introducir una ley adecuada al Parlamento dentro del plazo de un año... haciendo las consultas necesarias sobre este asunto con las organizaciones de mujeres reconocidas, sociólogas/os, las organizaciones sociales interesadas y abogadas/os... y estudiando y considerando también las disposiciones legales hechas en otros países al respecto.»⁹⁴ Esta es una

⁹⁰ (1992) LRC (Const) 623 (CA), apelación de (1991) LRC (Const) 574 (HCT).

⁹¹ (1990) LRC (Const) 757 (Tribunal Superior de Tanzania).

⁹² *Dhungana and another v Government of Nepal*, Corte Suprema de Nepal, Decisión No. 3392 de 1993, 2 de agosto, 1995. Agradezco a la Sa. Sapana Pradhan Malla, de Development Law Associates, Katmandu, asesora en el caso, por darme una traducción al inglés de la sentencia e información sobre otros casos.

⁹³ El Artículo 15 estipula, en parte:

1. Los Estados Parte reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley.
2. Los Estados Parte reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En particular, le reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes y le dispensarán un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales.
3. Los Estados Parte convienen en que todo contrato o cualquier otro instrumento privado con efecto jurídico que tienda a limitar la capacidad jurídica de la mujer se considerará nulo.

⁹⁴ *Dhungana and another v Government of Nepal*, op. cit., pág. 17.

de varias recusaciones llevadas en Nepal, en la cual la Corte Suprema ha dictado que se introduzcan reformas a la legislación por la legislatura.

En la India se ha hecho un uso aún más imaginativo de la Convención, en un intento por lograr que el gobierno ponga en vigor el espíritu de la Convención en el área de leyes personales. Cuando India ratificó la Convención en 1993, introdujo una declaración en estos términos:

Con respecto a los Artículos 5 (a) y 16(1) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Mujeres, el Gobierno de la República de la India declara que obrará de acuerdo con y garantizará estas disposiciones, de conformidad con su política de no interferencia en los asuntos personales de ninguna comunidad sin su iniciativa y consentimiento.

Como mucha de la desigualdad en la India es el resultado directo de sistemas de leyes personales que gobiernan los asuntos de status y derechos familiares, esta declaración fue considerada por activistas del país esencialmente como una reserva que minaba la seriedad del compromiso ante los principios de la Convención. El gobierno aparentemente no hizo nada para determinar qué opiniones tenían las comunidades involucradas sobre este asunto o para revocar leyes personales discriminatorias. Por lo tanto, el *Women's Action Research and Legal Action for Women* («WARLAW») entabló una acción ante la Corte Suprema de la India. En ella, conducida en la jurisdicción de litigación de interés público de la corte, las demandantes solicitaron una orden de la corte, para que el gobierno demostrara qué pasos había dado para determinar las opiniones de la comunidad hindú, sobre si era adecuado derogar las leyes personales discriminatorias con el propósito de garantizar la igualdad para las mujeres.⁹⁵ Hasta donde yo sé, el caso todavía está pendiente.⁹⁶

La Corte Suprema de la India se ha remitido a la Convención en varios casos de los últimos años.⁹⁷ Un caso reciente en el cual aquella se ha apoyado en, y puesto en vigor la Convención de una forma directa, ha sido Vishaka v

⁹⁵ Ver Jethmalani, Rani. "WARLAW's Petition in the Supreme Court of India at New Delhi (Civil Original Jurisdiction) Writ Petition (Civil)" No. 684 de 1994. en Jethmalani, Rani, Ed. *Kali's Yag: Empowerment, Law and Dowry Deaths*. Har-Anand Publications, Nueva Delhi, 1995, págs. 107-19. Ver, en general, Jethmalani, Rani. *Social Action Litigation in India*, en idem., págs. 21-35.

⁹⁶ Agradezco a la Sa. Rani Jethmalani, de WARLAW, por la información sobre él.

⁹⁷ Ver, por ejemplo, *Madhu Kishwar v State of Bihar*, AIR 1996 SC 1864. Se cuestionaban en el caso derechos de herencia discriminatorios por sexo, bajo la ley consuetudinaria. La corte citó extensamente la Convención, y señaló que «el Artículo 2(e) de la CEDAW impone a esta Corte dar un soplo de vida al esqueleto seco de la Constitución... para prevenir la discriminación de género y para ejecutar el derecho a la vida, incluyendo el empoderamiento de los derechos económicos, sociales y culturales». Ver también *Gaurav Jain v Union of India*, AIR 1997 SC 3021 (citando, entre otros instrumentos internacionales, la CEDAW y la Convención de los Derechos del Niño).

State of Rajasthan.⁹⁸ El caso surgió de una supuesta violación en banda (*gang rape*) y la omisión de los funcionarios de investigar la demanda (las mujeres violadas eran empleadas del Estado). Se introdujo un escrito ante la Corte Suprema, solicitándole exigir al Estado la formación de un Comité para fijar pautas para la prevención del hostigamiento y el abuso sexual de mujeres. Los términos propuestos a la corte por las solicitantes fueron en parte directamente sacados de algunas partes de la recomendación general 19 de la CEDAW, que trata de la violencia contra las mujeres.

Aunque la decisión de la corte estaba basada en varias garantías de derechos fundamentales bajo la Constitución de la India⁹⁹ y la jurisdicción de la corte bajo el Artículo 32 de la Constitución, de hacer cumplir los derechos fundamentales, la corte también se refirió al Artículo 11 de la Convención y a la recomendación general 19. Comentó:¹⁰⁰

En ausencia de leyes internas que cubran el campo, para formular medidas efectivas para poner freno al mal del hostigamiento sexual de las mujeres en sus lugares de trabajo, el contenido y normas de las convenciones internacionales son importantes para propósitos de interpretación de la garantía de igualdad de género, el derecho a trabajar con dignidad humana en los Artículos 14, 15, 19 (1) (g) y 21 de la Constitución y los resguardos contra el hostigamiento sexual implícitos ahí. Cualquier convención internacional que no sea incongruente con los derechos fundamentales y esté en armonía con su espíritu, debe leerse dentro de estas disposiciones, para ampliar su significado y contenido, para promover el objeto de la garantía constitucional.

La Corte prosiguió a hacer citas de la Convención y de la recomendación general para sustentar su interpretación de las garantías constitucionales; las pautas y normas dictadas por la Corte también salían directamente de esos instrumentos.¹⁰¹

La Convención también ha servido de apoyo, generalmente en conjunción con garantías constitucionales de igualdad, en varios casos de América Latina, en donde en muchos países, los tratados ratificados y debidamente promulgados forman parte de la legislación interna.

La Corte Constitucional de Guatemala también se apoyó en la Convención para el análisis de una petición solicitando la derogación de varias dispo-

⁹⁸ AIR 1997 SC 3011, (1998) 3 BHRC 261.

⁹⁹ La corte puso el énfasis principal en las garantías de los derechos a la igualdad, a la vida y a la libertad; sin embargo, también señaló la importancia del derecho a practicar cualquier profesión o a ejercer una ocupación, y a condiciones de trabajo justas y humanas.

¹⁰⁰ AIR, págs. 3013-14, 3 BHRC, pág. 264.

¹⁰¹ AIR, págs. 3015-16, BHRC, págs. 267-68.

siciones del Código Penal, relacionadas con el adulterio y concubinato, las cuales trataban de manera diferente a hombres y mujeres.¹⁰² Las solicitantes invocaron tanto las garantías de igualdad de la Constitución de Guatemala, como tratados internacionales de los cuales Guatemala es parte (incluyendo la Convención de la CEDAW, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Interamericana sobre la Violencia Contra la Mujer). La corte falló que los artículos eran inconstitucionales, razonando que darlos por válidos no sólo volvería ineficaz el mandato constitucional de erradicar la desigualdad, sino que también representaría un fallo de Guatemala en el cumplimiento de sus obligaciones bajo las convenciones mencionadas, las cuales, de acuerdo con el Artículo 46 de la Constitución de Guatemala, prevalecen sobre las disposiciones del Código Penal.¹⁰³

En un caso de particular importancia, la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica apoyó una recusación a la omisión del gobierno ejecutivo de incluir mujeres en la lista de candidatos mandada al legislativo para el nombramiento de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos, organismo que monitorea el funcionamiento del gobierno en relación a los servicios públicos, como transporte, hospitales, escuelas, agua y otros.¹⁰⁴ La corte opinó que tanto las garantías de igualdad bajo la legislación nacional y la obligación comprendida en el Artículo 7 de la Convención, de tomar las medidas adecuadas para garantizar que las mujeres gocen de igualdad en la vida pública, significaba que el gobierno tenía que tomar medidas activas para alcanzar esta meta - y esto incluía nominar un número parecido de hombres y mujeres en puestos públicos (asumiendo que hubiera suficientes candidatos y candidatas calificadas). La corte ordenó al gobierno garantizar que las futuras nominaciones incluyeran un número representativo de mujeres.

La Convención también ha sido invocada en varios casos Australianos. Por ejemplo, el Comisionado de Discriminación Sexual federal ha intervenido

¹⁰² Caso No 936-95, Corte Constitucional de Guatemala, Sentencia del 6 de marzo de 1996. Agradezco a la Sa. Elizabeth Abi-Mershed por proporcionarme copia de este fallo.

¹⁰³ Idem., pág. 7. Ver también la decisión de la Corte Constitucional de Colombia, en la cual analizó el Artículo 11 de la Convención en relación a una demanda de discriminación laboral ilegal e inconstitucional contra una mujer pilota, quien estaba incapacitada para asumir deberes de vuelo debido a un tratamiento por problemas de salud reproductiva. Caso No T-341/94, julio 27 de 1994. Agradezco a la Sa. Adriana de la Espriella por proporcionarme copia de esta sentencia.

¹⁰⁴ 6 de febrero de 1998, Boletín de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 59, 10 de abril, 1998. Agradezco a la Sa. Alda Facio por proporcionarme la información sobre este caso.

en casos ante cortes industriales para presentar argumentos basados en la Convención de la CEDAW y su normativa sobre implementación.¹⁰⁵ También ha sido usada la Convención como apoyo para la negativa de revelar documentos de una demanda de hostigamiento sexual, lo cual hubiera permitido al demandado identificar a las personas que la habían interpuesto.¹⁰⁶ En un caso sobre la disputa de un padre y una madre divorciadas sobre el apellido por el cual su niño debería ser conocido¹⁰⁷ la corte se refirió a las disposiciones del Artículo 16 (1) (g), el cual dispone que los Estados Partes deben tomar todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra las mujeres en todos los asuntos pertinentes a las relaciones matrimoniales y familiares, y en particular, deberán garantizar, con base en la igualdad entre hombres y mujeres «(g) Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación.» La corte señaló que, hasta donde esta garantía (tal como fue incorporada a la legislación nacional por la Ley sobre Discriminación Sexual 1984) aplicaba:¹⁰⁸

La legislación federal ha demostrado un compromiso con la igualdad de derechos entre esposa y esposo en la elección del apellido, al menos para ellos mismos.

No puedo pensar que el Decreto podría chocar con mi proceso de toma de decisiones, el cual debe sopesar aquellos factores que se refieren a los intere-

¹⁰⁵ Ver, por ejemplo, Bryce, Quentin. "The Convention at Work: Submission to the Industrial Relations Commission in Support of the ACTU Test Case on Parental Leave", en *Ten Years of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, Occasional Paper from the Sex Discrimination Commissioner, No.4. Human Rights and Equal Opportunity Commission, Sydney, 1990.

¹⁰⁶ Re Robert Southern and Department of Education, Employment and Training, Australian Administrative Appeals Tribunal, No. A92/87 AAT, No. 8533, 17 de febrero de 1993. El Tribunal sentenció: 27. No es tan solo asunto de importancia e interés público el mantener un sistema factible de demandas y eliminación de hostigamiento sexual, es un cumplimiento de las responsabilidades legales de cualquier entidad bajo el Decreto. El Decreto en sí es un cumplimiento de las obligaciones de Australia bajo la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, como aparece en sección 3(a) del Decreto sobre Discriminación Sexual. Hay importantes consideraciones de interés público. Es importante, en mi opinión, que las demandantes o las potenciales demandantes tengan la confidencialidad asegurada cuando invocan el mecanismo establecido por la entidad en que trabajan para demandar el hostigamiento sexual. Deben sentirse libres de retirar las demandas formales sin proceder a una audiencia formal (en la cual por supuesto, algunos de los asuntos alegados se deben dar a conocer al supuesto ofensor) sin miedo de que su identidad o la esencia de su demanda se hiciera pública. Es de interés público, no sólo que las demandas justificadas se traten con sensibilidad y en confidencialidad, sino que también otras demandas, que pueden o no estar justificadas, se puedan retirar sin miedo a recriminaciones. Facilitar un resultado diferente sería causar un sustancial efecto adverso en el personal administrativo.

¹⁰⁷ In the Marriage of Mahony and McKenzie (1993) FLC 92-408 (Corte de Familia de Australia)

¹⁰⁸ (1993) FLC 92-408, págs. 80, 185 (Warnick, J.).

ses del o la niña, a excepción de hasta donde el Decreto me pueda exigir no dar preferencia a la posición de una parte contra la otra, con base en que una tiene un derecho paternal/maternal exclusivo o más importante en relación a la elección del apellido del o la niña, que el/la otra/o.

Dos casos australianos contradictorios en el campo de la legislación industrial demuestran claramente la diferencia que puede significar el tomar en cuenta las normas internacionales pertinentes para la resolución de un caso. Ambos trataban de disposiciones en el reglamento sindical, cuyo fin era garantizar que hubiera algunas mujeres en los organismos ejecutivos de los gremios o sus ramas. En *Re Australian Journalists Association*¹⁰⁹ la Comisión rehusó permitir un cambio de las reglas de dicha asociación, diseñadas para garantizar que hubiera al menos un tercio de representación femenina en el organismo gobernante de ella. Boulton, J. falló que la disposición era discriminatoria y no caía dentro de la sección 33 de la Ley sobre Discriminación Sexual, la cual permitía que se tomaran medidas con el objetivo de garantizar la igualdad de oportunidades.¹¹⁰ Boulton, J. decidió que las mujeres tenían la misma oportunidad de presentarse formalmente a elección y que, por lo tanto, la sección no aplicaba. Si el juez se hubiera fijado en el Artículo 4 de la Convención de la CEDAW (el cual la sección 33 intentaba reflejar), sería difícil ver como podría él haber llegado a ninguna otra conclusión que no sostuviera que la medida era especial temporal permisible y, por lo tanto, no ilegal. El sindicato posteriormente solicitó, y se le concedió, una dispensa bajo la legislación. En su decisión que otorgaba la dispensa, la Comisión de Derechos Humanos e Igualdad de Oportunidades afirmó que no necesariamente estaba de acuerdo con la interpretación de Boulton, J.¹¹¹

En una decisión posterior de la Comisión Australiana Industrial, se analizó un asunto similar y, después de tomar en cuenta el Artículo 4 de la Convención y otros casos internacionales que tratan del concepto de discriminación, tomaron la opinión —aunque de manera tentativa— que una regla sindical que estipula que cada rama del sindicato tiene que tener al menos una vice presidenta, estaba protegida por la sección 33 de la Ley sobre Discriminación Sexual.¹¹² En *Van Gorkom v Attorney General*¹¹³, Cooke, J. consideró una recusación a la

¹⁰⁹ (1998) EOC 92-224.

¹¹⁰ La sección 33 estipula: Nada en la división 1 o 2 hace ilegal el hacer un acto cuyo propósito es garantizar que personas de un sexo o estado civil particular, o personas embarazadas, tengan iguales oportunidades con otras personas en circunstancias estipuladas en esta Ley.

¹¹¹ *Re Application for an Exemption by the Australian Journalists' Association* (1998) EOC 92-236, págs. 77, 209.

¹¹² *Re Municipal Officer's Association of Australia: Approval of Submission of Amalgamation to Ballot* (1991) EOC 92-344, 12 *International Labour Law Reports* 57.

¹¹³ (1977) 1 NZLR, págs. 542-43.

fijación de condiciones que hacía distinción entre el pago de mesadas por mudanza a un docente casado y a una docente casada, bajo la discrecionalidad de fijar dichas condiciones otorgada a el o la ministra pertinente por las Regulaciones de Educación (Salarios y Personal) 1957. Al sostener que la adopción de la distinción entre docentes hombres y mujeres casadas estaba más allá del poder conferido por el reglamento habilitador (y era por lo tanto inválido), la corte se remitió a los Artículos 2 y 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y al Artículo 10(1) de la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. El juez falló que, aunque estos instrumentos no eran parte de la legislación interna de Nueva Zelanda, representaban metas internacionales deseables y sería peligroso concluir que la regulación habilitadora estaba hecha con la intención de permitir acciones que fueran incoherentes con aquellas normas.¹¹⁴

La Ley Australiana sobre la Discriminación Sexual 1984 y la protección contra el hostigamiento sexual en el trabajo

Bajo la Constitución Federal de Australia, en este respecto modelada al estilo de la de los Estados Unidos, el Parlamento federal tiene poderes legislativos limitados. Estos son menos extensos que los poderes de que goza el Congreso de los Estados Unidos y, cuando Australia ratificó la Convención de la CEDAW en 1984, el gobierno federal enfrentó la necesidad de legislar contra la discriminación en muchas áreas que, como tales, no entraban explícitamente bajo sus poderes legislativos enumerados. Antes de la ratificación de la Convención, el Parlamento no podía, por ejemplo, promulgar una ley a nivel nacional para prohibir el hostigamiento sexual en el empleo.

Sin embargo, con la ratificación de la Convención, el Parlamento entonces pudo utilizar su poder para legislar con respecto a «asuntos externos», poder que se ha mantenido lo suficientemente amplio para permitir que la legislatura federal implemente obligaciones de Australia con el tratado.¹¹⁵ El Parlamento promulgó la Ley sobre Discriminación Sexual 1984, la cual contenía una estipulación que prohibía explícitamente el hostigamiento sexual en el trabajo; hasta donde incumbía al hostigamiento sexual de mujeres, la disposi-

¹¹⁴ Idem.

¹¹⁵ Commonwealth v Tasmania (el caso Tasmanian Dams) (1983) 158 CLR 1 (Alta Corte de Australia) (que dicta que el poder del Parlamento del Commonwealth para legislar con respecto a...»asuntos externos» permitió al Parlamento promulgar legislación para implementar las obligaciones de Australia con el tratado).

ción era aplicable en toda la nación. La validez constitucional de la sección en este respecto, estaba basada en la perspectiva de que la discriminación sexual contra las mujeres era una forma de discriminación como la define la Convención y, que por lo tanto, la legislación estaba claramente dentro del poder federal legislativo.

En *Adridge v Booth*¹¹⁶ la disposición fue objetada por estar más allá del poder del Commonwealth, con base en que el hostigamiento sexual no era una forma de discriminación contra las mujeres, según la definición de la Convención. La Corte rechazó la recusación, dictando que el Artículo 11 de la Convención imponía una muy clara obligación a Australia de eliminar la discriminación sexual en el trabajo, y que el hostigamiento sexual era una forma de discriminación sexual dentro del significado de la Convención.¹¹⁷ Por lo tanto, el ejercicio del poder legislativo estaba basado firmemente en la Convención y la disposición era constitucionalmente válida.¹¹⁸

Aunque cada invocación a la Convención u otro tratado de derechos humanos en una corte interna no conlleva una victoria,¹¹⁹ sí parece que la invocación de la Convención, en conjunción con otros instrumentos de derechos humanos y garantías estatutorias o constitucionales de igualdad, puede ayudar a adelantar un caso ante las cortes internas, al menos en los países del sistema del *common law*.

El uso de los instrumentos generales de derechos humanos

Existen muchos casos en los cuales los instrumentos generales de derechos humanos han sido utilizados por las cortes internas para adelantar los derechos humanos de las mujeres - nos hemos referido a varios de estos ante-

¹¹⁶ (1998) EOC 92-222, 80 ALR 1.

¹¹⁷ Que la decisión de la corte era correcta en términos de la Convención, se puede ver por la opinión que expresa la CEDAW en su recomendación general 19 (1992), párrs. 17-18, en los cuales el Comité señala claramente que el hostigamiento sexual es una violación al Artículo 11 de la Convención y es una forma de violencia específica de género.

¹¹⁸ (1988) EOC 92-222, págs. 77, 093-77, 095. La corte también rechazó un argumento de que la legislación que se aplicaba solamente al hostigamiento sexual contra las mujeres era incongruente con el Artículo 15(1) de la Convención, el cual estipula que «los Estados Partes reconocerán a la mujer igualdad con el hombre ante la ley». (1988) EOC 92-222, págs. 77, 095-77, 096.

¹¹⁹ Ver Iwasawa, Yuji. "The Impact of International Human Rights Law on Japanese Law—The Third Reformation for Japanese Women". *Japanese Annual of International Law* 21, 1991, págs. 56-61, quien describe varios casos en los cuales las cortes japonesas parecen haberse salido de su camino para no aplicar el claro lenguaje de la Convención.

riormente.¹²⁰ Se debe hacer mención, sin embargo, del caso *The State v Kule*.¹²¹ En este caso, Doherty, J. dictó que la costumbre de dar una hija en compensación y reparación por asesinato a la familia de la víctima, no era ejecutable, ya que ésta era una práctica o institución similar a la esclavitud, y por lo tanto, contraria a la sección 253 de la Constitución de Papua Nueva Guinea, la cual prohíbe «la esclavitud y el tráfico de esclavos en todas sus formas, y todas las instituciones o prácticas similares». Para llegar a esta conclusión, el juez interpretó la palabra «esclavitud» en la Constitución en referencia a la Convención sobre la Esclavitud¹²² y su Protocolo de enmienda,¹²³ y la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos, y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud,¹²⁴ de las cuales Papúa Nueva Guinea es parte.

V. Conclusión

La discusión anterior ha, espero, demostrado que hay tanto justificación, como necesidad, de que las cortes nacionales hagan mayores esfuerzos por estar conscientes de los desarrollos internacionales en derechos humanos en general, y en particular en los relacionados con los de las mujeres. Aunque los sistemas nacionales frecuentemente ofrecerán protección más extensa y más sofisticada de los derechos fundamentales, ese no es de ninguna manera siempre el caso, y las metas conjuntas de garantizar la mejor protección de los derechos de aquellas personas bajo la jurisdicción de uno y garantizar que el Estado funcione de acuerdo a sus compromisos internacionales, justifica la más extensa referencia a y el uso de las normas internacionales para ayudar «a dar un soplo de vida a los (a veces) esqueletos secos»¹²⁵ de nuestras constituciones.

¹²⁰ Ver, por ejemplo, los casos citados, *supra* nota 19

¹²¹ (1991) PNGLR 404 (Corte Nacional de Justicia de Papua Nueva Guinea)

¹²² 60 LNTS 253 (1926).

¹²³ 182 UNTS 51 (1953).

¹²⁴ 266 UNTS 3 (1956).

¹²⁵ *Madhu Kishwar v State of Bihar* AIR 1996 SC 1864, pág. 1871, per K Ramaswamy, J.