

LA IGUALDAD SUBSTANTIVA UN PARADIGMA EMERGENTE EN LA CIENCIA JURÍDICA

Por Alda Facio

Con el tema de la igualdad entre los sexos pasa algo contradictorio: todo el mundo dice estar a favor de que no haya desigualdad pero no todo el mundo está a favor de la igualdad. Es más, hasta algunas feministas se pronuncian en contra de la igualdad, unas porque dicen estar a favor de la diferencia confundiendo de este modo el concepto de igualdad entre todos los seres humanos con el concepto de identidad/ semejanza de las mujeres con los hombres. Otras porque prefieren utilizar el término equidad que según ellas es más inclusivo de la diversidad humana como si el concepto de igualdad no partiera precisamente del reconocimiento de las diferencias reales e imaginarias entre los géneros.

Otras personas dicen estar a favor de la igualdad entre los sexos pero se oponen a cualquier medida que les de trato diferenciado, especialmente si es para compensar a las mujeres por los privilegios masculinos, como si hombres y mujeres ya estuviéramos en un plano de igualdad real¹ o porque confunden la igualdad con la semejanza o similitud entre los sexos.

Aunque me encantaría, por ahora no voy a analizar cada una de estas contradicciones porque quiero concentrarme en conceptualizar lo que considero es una nueva forma de entender el principio de igualdad enmarcado en la teoría de los derechos humanos. Eso sí, si logro mi cometido, espero contribuir a superar las concepciones equivocadas que aún prevalecen sobre este principio y por ende, también a erradicar esas contradicciones. Para ello he dividido esta ponencia en cinco partes.

En la primera hago una breve descripción de lo que yo entiendo como la estrecha relación entre la lucha por la igualdad entre los sexos y la de los derechos de las humanas para demostrar que ambas han sido una lucha por lograr establecer la humanidad de nosotras las mujeres. Cuando se entiende que la lucha ha sido por el reconocimiento de nuestra pertenencia a la especie humana, condición que históricamente ya habían

¹ Esto ocurre debido a lo que la venezolana Evangelina García denomina "el espejismo de la igualdad" y la mexicana Marcela Lagarde "el velo de la igualdad". Ambas se refieren al hecho de que debido, entre otros muchos factores, a que se ha logrado alguna visibilidad de las mujeres en ciertos espacios políticos y se han eliminado la gran mayoría de las normas que discriminaban directa y abiertamente a las mujeres del componente formal normativo, existe en el imaginario colectivo la idea errónea de que ya no hay patriarcado, ni discriminación contra las mujeres, ni por lo tanto, desigualdad entre los sexos.

alcanzado la mayoría de los hombres, entonces se puede entender que no ha sido una lucha por ser idénticas a los hombres sino todo lo contrario, una lucha por diversificar lo que se entendía por ser humano que en aquel momento era sinónimo de hombre blanco, adulto, heterosexual, propietario, cristiano y sin discapacidades visibles.

En los tres siguientes apartados trato de conceptualizar la igualdad a partir de los tres principios que conforman lo que el Comité de la CEDAW² llama la igualdad de resultados, a saber, el principio de no discriminación, el principio de responsabilidad estatal y el principio de igualdad ante la ley o igualdad de jure. Juntos estos tres principios constituyen la igualdad substantiva.

En el apartado final, trato de esbozar cómo este nuevo entendimiento de lo que es la igualdad es parte de un paradigma emergente que abarca una nueva manera de ver y entender al Estado/nación y sus componentes instituciones, incluido el Derecho y todo el sistema legal, así como nuestro rol en cada una de esas instituciones.

I. La lucha por la igualdad desde la perspectiva de los derechos humanos.

Hablar de la igualdad entre los sexos no es ni más ni menos que hablar de derechos humanos. ¿Por qué afirmo esto? Porque a pesar de las tergiversaciones que se han hecho con y sin alevosía, si analizamos las estrategias feministas para lograr sociedades justas donde cada ser humano pudiera desarrollarse a plenitud, veremos que las mismas no fueron principalmente para lograr ser idénticas a los hombres, sino estrategias que además de incluir la necesaria erradicación de todas las instituciones patriarcales, eran una lucha para que se reconociera que las mujeres somos igualmente humanas. Es decir, tan humanas como los hombres en nuestras diferencias mutuas y por lo tanto, con igual derecho a tener derechos.

Y ojo que digo que no fue principalmente una lucha por ser iguales/ idénticas a los hombres porque en algunos aspectos sí lo fue. Y lo fue porque el hombre se había erigido como el modelo de lo humano y por ende, para ser consideradas humanas y poder entonces gozar de los derechos que tenía el hombre, había que destacar el hecho de que las mujeres podíamos ser tan racionales, productivas e independientes como

² La CEDAW es la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y el Comité de la CEDAW es el órgano creado por ese tratado para monitorear la implementación del mismo por los Estados Parte.

ellos. Lamentablemente, en esa carrera por probar nuestras semejanzas con los hombres, también demostramos ser tan arrogantes, corruptibles y codiciosas. Pero a pesar de los vicios que tenemos en común, la búsqueda de la igualdad entre los sexos no ha estado centrada en una lucha por ser idénticas a los hombres sino que ha sido una batalla contra todo aquello que discrimine, oprima o dañe a los seres vivientes como lo demuestran las variadísimas vertientes del feminismo en todo el mundo, una de las cuales es el movimiento internacional por los derechos humanos de las mujeres.

Pero antes de poder hablar del derecho a la igualdad entre los sexos desde la perspectiva de los derechos humanos, se tenía que considerar a las mujeres capaces de tener derechos legales. Este obstáculo era muy real, ya que las leyes mismas nos los habían negado durante siglos. A través de la historia muchas personas habían defendido los derechos de las mujeres, pero no fue sino hasta el siglo dieciocho que un movimiento que abogaba por el derecho de las mujeres a tener derechos legales tomó forma. Dos mujeres prominentes entre éstas fueron Mary Wollstonecraft, quien publicó la *Vindicación de los Derechos de las Mujeres*, en 1779 y, Olympe de Gouges,³ quien escribió, en 1791, su *Declaración de los Derechos de la Mujer*, basada en los principios encontrados en la *Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano francesa*. Otra proclamación temprana sobre los derechos de las mujeres fue la *Declaración de los Sentimientos adoptada Séneca Falls*, escrita en 1848.⁴ De hecho, esta declaración establece que las mujeres y los hombres, al haber sido creados como iguales, tienen igual derecho a disfrutar del derecho a la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad.

Otro paso hacia la conceptualización actual de la igualdad entre los sexos, fue la aceptación de la idea de que las personas individuales pudieran tener derechos frente al Estado bajo leyes internacionales. Este cambio conceptual se dio en el siglo 19, por medio de tratados internacionales que otorgaban derechos a las personas contra los Estados con respecto a la esclavitud y la guerra. Una vez establecido esto, las organizaciones no

³ Por supuesto que otras mujeres que vivieron mucho antes que Mary y Olympia hablaron y lucharon contra la subordinación y explotación de las mujeres, pero no se conoce que lucharan o hablaran específicamente sobre los "derechos" de las mujeres.

⁴ Es muy revelador el hecho de que fue dentro del movimiento antiesclavista que varias mujeres, con el apoyo del elocuente ex esclavo Frederick Douglas editor de una importante revista por los derechos de las personas negras, consiguieron que 100 personas firmaran esta declaración. Y digo que es revelador porque insisto en que la lucha por la igualdad es una lucha contra cualquier forma de opresión y discriminación.

gubernamentales de mujeres pudieron cabildear a favor de otros tratados concernientes explícitamente a ellas, como fueron las Convenciones de 1904 y 1910, destinadas a combatir el tráfico de mujeres. Estas no eran aún consideradas convenciones de derechos humanos y por supuesto, no garantizaban a las mujeres la igualdad ni eran género sensitivas, ya que estos conceptos vinieron mucho después. Pero al proteger a las mujeres de una de las formas de violencia y violación de sus derechos humanos más antigua, y al establecer que apoyar la trata de mujeres como mercancías que se podían vender y comprar no era aceptable para ninguna nación, estaban sentando las bases para la posterior aceptación de que las mujeres teníamos igual derecho a ser protegidas contra violaciones a los derechos humanos aunque esas violaciones fueran diferentes de las que padecían los hombres.

Un tercer desarrollo fue la idea de que hombres y mujeres podían tener iguales derechos, al menos en algunos campos. Este concepto se desarrolló primero en las esferas civil y política por la Unión Pan Americana.⁵ Reunida en 1923 en Santiago y luego en 1928 en La Habana, las y los delegados crearon la Comisión Interamericana de la Mujer, cuyo mandato era examinar la situación de las mujeres en América Latina como un paso inicial encaminado hacia la adquisición de la igualdad de la mujer en los campos civil y político. En 1933, como producto del trabajo de esa comisión, se adoptó la Convención de la Nacionalidad de la Mujer Casada, el primer tratado internacional que proclamó la igualdad de los sexos en relación a la nacionalidad.

Consecuentes con sus exitosas experiencias en la redacción y adopción de instrumentos de derechos de las mujeres en América Latina, en 1937 un grupo de diez delegaciones latinoamericanas, pidió formalmente que un tratado sobre igualdad de derechos para las mujeres se pusiera en la agenda de la Asamblea de la Liga de Naciones. Debido a la irrupción de la II Guerra Mundial, el comité se reunió solamente en tres oportunidades antes de la disolución de la Liga, y por lo tanto el tratado nunca fue redactado. Sin embargo, la semilla de un tratado de derechos humanos sobre la igualdad entre mujeres y hombres había sido sembrada y tendría su nacimiento en 1979, cuando la Asamblea General de la ONU adoptó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW).

⁵ Antecesora de la Organización de Estados Americanos.

Un cuarto concepto que tenía que ser aceptado era la idea de un sistema universal de derechos humanos internacionales. La magnitud de los horrores de la Segunda Guerra Mundial y la necesidad de proteger a las y los individuos de abusos a tal escala, ofreció suficientes incentivos a los Estados para acordar la necesidad de un sistema internacional de protección de los derechos humanos; así se creó la Carta de las Naciones Unidas en 1945 y la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948, iniciando así un proceso de positivización y desarrollo conceptual de los Derechos Humanos que bien podría considerarse uno de los logros más importantes de la humanidad.

Dentro de ese desarrollo conceptual, dos conceptos fundantes e indivisibles son la igualdad de todos los seres humanos y la prohibición de discriminar a cualquiera de ellos. Es más, el principio de igualdad fue y sigue siendo la fuerza impulsora de los Derechos Humanos y la lucha contra la discriminación dio surgimiento en el siglo pasado a la gran mayoría de los movimientos sociales en contra del racismo, el sexismo, el etarismo, por la liberación nacional, por las personas con discapacidad, por los pueblos indígenas, etc. Todos estos movimientos contra distintas formas de discriminación, al tiempo que lucharon por la adopción de distintos instrumentos internacionales de derechos humanos, basaron sus luchas en esos mismos instrumentos una vez adoptados.

Para trascender la falsa dicotomía patriarcal entre entendernos como grupo oprimido en oposición a los hombres o mujeres pertenecientes a distintos grupos oprimidos, el feminismo se pronunció desde sus inicios en contra de todas las formas de opresión y discriminación y se dedicó a analizar la aparente contradicción entre entender a las mujeres como sometidas a una común forma de discriminación a pesar de nuestra enorme diversidad y desigualdad de poder entre nosotras. Por medio de una política dialéctica, el feminismo demostró que la comunalidad y diversidad entre mujeres en vez de ser conceptos excluyentes eran conceptos constitutivos, cada uno definiendo y transformando al otro.

Además, para que pudiera desarrollarse el concepto de igualdad substantiva dentro del sistema de derechos humanos el feminismo tenía que desarrollar metodologías y teorías que pusieran las vidas de las mujeres en primera fila borrando así la distinción artificial entre las esferas pública y privada tan importante para la teoría de los derechos humanos que establecía que el Estado sólo era responsable de las violaciones que se daban en la esfera pública.

Para que se aceptara la idea de que las mujeres teníamos derecho a que se especificaran y positivizaran nuestros derechos humanos, el sesgo androcéntrico en la teoría y práctica de los derechos humanos tenía que ser develada. Esto no se empezó a dar sino hacia el final de los años ochenta del siglo pasado, cuando las pensadoras feministas iniciamos la crítica del paradigma de los derechos humanos y a proponer uno más inclusivo, género sensitivo, que incluyera a mujeres y hombres de todos los colores, edades, capacidades, regiones, y prácticas sexuales, religiosas y culturales.⁶

Por último, para poder combatir todas las formas de dominación y opresión existentes en el patriarcado capitalista, las metodologías feministas y las teorías de género desarrolladas durante los años setenta y ochenta del siglo pasado en todo el mundo demostraron que el género no solamente se refería a las maneras en las cuales los roles, las actitudes, los valores y las relaciones con respecto a niños y niñas, mujeres y hombres se construyen en las sociedades; demostraron que el género también construye instituciones sociales como el Derecho, el control social, la religión, la familia, el imaginario, la ideología, etc., las cuales crean posiciones sociales distinguibles para una asignación desigual de derechos y responsabilidades entre los sexos pero también dentro de ellos. El desarrollo de perspectivas de género ayudó a visibilizar las relaciones desiguales de poder entre los sexos lo que a su vez llevó a entender que la igualdad entre los sexos no era un hecho consumado sino una aspiración de la humanidad. Esta realización es importantísima porque permite entender que para lograr la igualdad, hay que eliminar la discriminación y para lograr esto último, hay que sentar responsabilidades.

II. Igualdad como no discriminación.

Empezando con el artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas que establece como uno de los fines de esa organización la protección y promoción de los derechos humanos sin distinción en cuanto al sexo, todos los tratados de derechos humanos del derecho internacional no sólo establecen el derecho a la igualdad ante la ley, sino el derecho al goce sin discriminación basada en el sexo de todos los derechos humanos que ellos mismos establecen.

⁶ Aunque si bien es cierto que muchas mujeres defendieron los derechos humanos antes de la década de los 80s, no lucharon por sus derechos en tanto mujeres sino como miembros de la clase trabajadora, contra algún imperio, contra las dictaduras, etc.

Por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por las Naciones Unidas en 1948, no sólo establece que todos los seres humanos somos iguales ante la ley en su artículo 7, sino que todos los y las humanas tenemos derecho a todos los derechos y libertades proclamados en esa declaración sin distinción alguna, especificando el sexo como una de las distinciones no permitidas.

El Pacto Internacional de los Económicos, Sociales y Culturales establece en su artículo 3 que los Estados se comprometen a asegurar "a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados" en ese mismo tratado, estableciendo en el artículo 2 que los Estados se comprometen a asegurar esos derechos sin discriminación alguna por motivos, entre otros, de sexo.

Así también el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 2 que los Estados se comprometen a garantizar a todas las personas que se encuentren en su territorio y que estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en este pacto sin discriminación basada en el sexo entre otras categorías. El artículo 3 especifica aún más esta igualdad y prohibición de discriminar al establecer que los Estados están obligados a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el tratado.

Y la lista podría seguir ad cansancium pues el principio de igualdad entre hombres y mujeres y la prohibición de discriminar por razón del sexo está explícita o implícitamente establecido no sólo en los tratados internacionales de derechos humanos como ya dije, sino también en los tratados regionales y en casi todas las Constituciones Políticas del mundo.

Vemos entonces que el derecho a disfrutar de los Derechos Humanos sin discriminación alguna, no sólo es uno de los principios fundamentales de los instrumentos jurídicos internacionales en la materia, sino que la prohibición de discriminar no es sólo por las razones enunciadas, sino que se prohíbe la discriminación basada en cualquier condición social.

Este conjunto de palabras, "o cualquier otra condición social" que encontramos en casi todos los instrumentos legales, es de suma importancia porque nos señala que para el derecho internacional de los derechos humanos, esta lista de condiciones no es cerrada sino que está prohibida toda discriminación basada en cualquier condición. Así, aunque en ningún instrumento se establece la prohibición de discriminar por enfermedad, por ejemplo, es obvio que ésta también es una distinción prohibida pues entra dentro del término "cualquier otra condición social".

Desde la perspectiva de los Derechos Humanos, discriminar a una persona o a una colectividad consiste en privarle de los mismos derechos que disfrutaban otras. Aunque en el lenguaje natural el término discriminar se define como acción y efecto de separar o distinguir unas cosas de otras⁷, en el derecho internacional de los Derechos Humanos, el término hace referencia al trato de inferioridad, exclusión o estigmatización dado a una persona o grupo de personas por motivos raciales, sexuales, étnicos, religiosos, políticos, etarios, ideológicos, lingüísticos, de ubicación geográfica, de filiación, de discapacidad, de status migratorio, entre otros.

Aunque ningún instrumento internacional de derechos humanos define qué es la discriminación tout court, el Comité de Derechos Humanos sí la ha definido como:

... "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas."⁸

Por otra parte, el artículo 1º de la CEDAW define la discriminación basada en el sexo como:

"A los efectos de la presente convención, la expresión discriminación contra la mujer denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera."

Esta definición nos ayuda mucho a entender la relación estrecha entre la igualdad y la no discriminación pero además es importante porque es una definición legal que pasa a ser parte de la normativa nacional cuando el estado ratifica la convención. Esto quiere decir que legisladores, jueces y

⁷ Diccionario Ideológico de la Lengua Española, Julio Cásares, Editorial Gustavo Gili, S. A., Barcelona, 1976

⁸ Comité de Derechos Humanos, observación general 18, HRI/GEN/1Rev.2. Párrafos 7 al 13, ONU.

otros funcionarios que tienen que ver con la promulgación de leyes o la administración de justicia no deberían basar su trabajo en una concepción distinta del término y créanme que sí lo hacen. A cuántos jueces y legisladores he oído decir que no consideran discriminatorio ni violatorio del principio de igualdad el hecho de que se exijan diferentes pruebas para comprobar el adulterio dependiendo de si se es hombre o mujer o que no ven el problema con que se extinga la pena si el violador se casa con su víctima. Obviamente, estas ideas sólo se pueden mantener si no se entiende que legalmente están prohibidas.

Además, si analizamos detenidamente esta definición, veremos que hay otras razones para considerarla relevante.

Una primera es que establece que la discriminación puede revestir distintas formas: distinción, exclusión o restricción, lo que nos alerta sobre la variedad de los comportamientos discriminatorios que se nos pueden presentar a veces hasta en forma de "derechos" o "protección". Por ejemplo, según esta definición, es discriminatoria cualquier acción que afecte nuestro derecho a la salud reproductiva al restringir nuestras opciones para decidir sobre nuestros cuerpos. También es discriminación cuando se nos excluye de una determinada carrera aunque sea por medios indirectos y también lo es una acción que nos distinga como las únicas capaces de realizar ciertas tareas.

Otra razón de peso es que determina que el acto discriminatorio es aquel que tenga "por objeto" o "por resultado" la violación de los derechos humanos de las mujeres. Esto quiere decir que se prohíben no sólo aquellos actos que tienen la intención de discriminar tales como las leyes que establecen que las mujeres casadas no pueden disponer libremente de sus propiedades, etc. sino que también se prohíben los actos que sin tener la intención de discriminar, terminan discriminándonos. Ejemplos de discriminación por resultado son las leyes que supuestamente "protegen" a las mujeres prohibiéndonos la realización de trabajos peligrosos, nocturnos, etc.

Esta definición también precisa que el acto discriminatorio puede tener distintos grados, ya que puede ser parcial "menoscabar" o puede ser total "anular". Así la CEDAW no sólo prohíbe la negación total de un derecho sino que también el que se nos nieguen ciertos aspectos de un derecho. Como por ejemplo, que las mujeres podamos ser nacionales de un país pero no podamos pasar la nacionalidad a nuestros/as hijos/as.

También explicita que el acto discriminatorio puede producirse en distintas etapas de la existencia de un derecho: en el reconocimiento, el

goce o el ejercicio. La primera etapa se refiere al momento de crear las leyes que establecen derechos. La segunda a las necesidades que se satisfacen con ese derecho y la tercera, al aspecto activo del derecho, lo que implica que debe haber algún mecanismo donde la titular puede denunciar la violación a su derecho y lograr el resarcimiento por la misma. Esto quiere decir que la CEDAW obliga al Estado 1- a reconocer los derechos de las mujeres, 2- a proveer las condiciones materiales y espirituales para que podamos gozarlos y 3- a crear los mecanismos para que podamos denunciar su violación y lograr un resarcimiento.

Esta importante definición establece la discriminación como un acto violatorio del principio de igualdad y a la mujer como sujeto jurídico equivalente al hombre en dignidad humana, estableciendo una concepción de igualdad no androcéntrica sino basada en la protección de los derechos humanos de las mujeres.

Otra razón por la que considero importante esta definición del artículo primero de la CEDAW es porque prohíbe la discriminación en todas las esferas. La última frase del artículo "o en cualquier otra esfera" claramente incluye la esfera privada o familiar donde se producen tantas de las violaciones a los derechos humanos de las mujeres pero también quiere decir que se prohíbe la discriminación de cualquier mujer basadas en otras condiciones como la raza, la clase, la discapacidad, etc.

Y la última razón de peso es que precisa que la discriminación se prohíbe "independientemente del estado civil de la mujer" para hacer énfasis en que la convención pretende eliminar todas las discriminaciones que se dan contra las mujeres, incluyendo las que se dan en el matrimonio.

Además, una lectura de todos los artículos de la CEDAW nos permite comprender que la misma, al pretender eliminar la discriminación de facto y de jure que pueda sufrir cualquier mujer, pretende lograr no sólo la igualdad de jure, sino la igualdad de facto y la eliminación de todas las discriminaciones basadas en motivos de raza, etnia, capacidad, preferencias, etc. El objetivo es la transformación social, el cambio social que va más allá del cambio legislativo, aunque lo incluye.

Por su parte, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 21 de diciembre de 1965, define a la discriminación como:

"toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o

ejercicio, en condiciones de igualdad, de los Derechos Humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.”

He incluido la definición de discriminación racial en esta ponencia sobre la igualdad entre los sexos por dos razones. La primera porque en el sistema de derechos humanos de la ONU, sólo dos instrumentos legales definen lo que se debe entender por discriminación a pesar de que todos la prohíben como ya se dijo. Por eso consideré importante incluir las dos definiciones que existen pues ambas son definiciones legales que son parte de la normativa internacional y que por ende pueden ser utilizadas para prohibir discriminaciones que no estén basadas ni en el sexo ni en la raza, color, origen nacional o étnico.

La segunda razón es que si bien la desigualdad basada en la raza es diferente de la basada en el género, estas formas de discriminación no se excluyen mutuamente. De hecho, con demasiada frecuencia se entrecruzan dando lugar a una maraña de discriminaciones que es bien difícil de desenredar y que es mucho más que la suma de dos discriminaciones.

Para muchas mujeres, los factores relacionados con su identidad social, como la raza, el color, el origen étnico, lingüístico y el origen nacional se convierten en diferencias que tienen una enorme importancia. Esos factores pueden crear problemas que afectan sólo a grupos particulares de mujeres o que afectan a algunas mujeres de manera desproporcionada en comparación con otras.

Consideremos las violencias o dificultades sociales, laborales, económicas y hasta de auto estima que experimenta una mujer romaní o árabe que vive en Europa. Como miembro de la población romaní o árabe es objeto de hostilidad constante. Es marginada en su comunidad por su pertenencia a un grupo social minoritario y en el seno de su familia, por su género. Lo mismo puede decirse de una mujer aborigen que viva en Australia, de una mujer dalit que viva en la India, de una indígena o afrodescendiente o asiática en cualquiera de las Américas y así sucesivamente. Estas mujeres viven en la encrucijada de la discriminación por motivos de género y raza que como dije antes más que la suma de estas dos discriminaciones, es una maraña imposible de erradicar con sólo ponerle atención al género o a la raza.

Sin tener en cuenta la raza, las estadísticas sobre la situación de la mujer en el mundo indican que aún queda mucho por hacer para lograr la igualdad entre mujeres y hombres pero cuando al hecho de ser mujer se añade la

cuestión relativa a la raza, se hace evidente el mayor peso de la discriminación por motivo de género, aunada a la discriminación racial o por otras formas conexas de discriminación aunadas al hecho de las múltiples desventajas que encaran las mujeres pertenecientes a minorías o mayorías discriminadas.

En muchas sociedades las posibilidades de empleo de las mujeres pertenecientes a minorías raciales, las inmigrantes y las mujeres indígenas son limitadas, y esas mujeres ocupan los escalones más bajos del mercado de trabajo. Muchas de esas mujeres trabajan en zonas de libre comercio, en la economía no estructurada o en sectores irregulares. El Sr. Maurice Glegle-Ahanhango, antiguo Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, estudió la situación de las mujeres pertenecientes a minorías en el mercado de trabajo cuando visitó el Brasil en 1995. Llegó a la conclusión de que las mujeres negras recibían los salarios más bajos (cuatro veces menos que los de los hombres blancos), realizaban su labor en los lugares más insalubres, trabajaban una jornada laboral triple y encaraban una triple discriminación. Y, agregaría yo, además tienen que enfrentarse todos los días con la misoginia y el racismo en la radio, los comerciales, en los buses, en las calles y hasta en las iglesias.

En el informe presentado en 2000 a la Comisión de Derechos Humanos por la antigua Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, Sra. Radhika Coomaraswamy, se aborda otro aspecto importante de la discriminación por más de un motivo: la trata de mujeres. En el informe se señala que la explotación de migrantes por los traficantes "coloca a la mujer en situaciones en las que carecen de protección o están sólo marginalmente protegidas por la ley. Contra las mujeres que intentan ejercer su derecho a la libertad de circulación se perpetran formas manifiestas de violencia, incluidos la violación, la tortura, la ejecución arbitraria, la privación de libertad, los trabajos forzados y el matrimonio forzado, sin excluir otras formas de violencia".

Hasta hace muy poco, el cruce de la discriminación basada en el género y la racial y sus consecuencias no había sido objeto de consideración detallada por el sistema de derechos humanos de la ONU. Los problemas se clasificaban como manifestación de una de las dos formas de discriminación, pero no como de ambas. Con ese enfoque no se lograba analizar el fenómeno ni siquiera como la suma de dos discriminaciones y mucho menos en todo su alcance como mucho más que la suma de dos discriminaciones, lo que hacía que los remedios fueran ineficaces o

inadecuados. Esta situación está cambiando en la actualidad. Por un lado el Comité de la CEDAW cada vez más se preocupa de las distintas dimensiones de la discriminación de género cuando ésta se cruza con otras discriminaciones y por su lado el Comité para la eliminación de la discriminación racial también se está preocupando por saber cómo el género afecta a la discriminación racial. El objetivo de ambos es lograr una igualdad substantiva entre los sexos y para ello, ambas convenciones establecen una serie de obligaciones estatales.

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

III. Igualdad como responsabilidad estatal.

Hay muchas razones por las cuales a pesar de tantos tratados que garantizan la igualdad entre hombres y mujeres, todavía no se haya logrado eliminar la discriminación sexual. Entre éstas puedo nombrar la falta de voluntad política de quienes tienen el poder para hacerlo, las religiones patriarcales que abierta o solapadamente se oponen a la igualdad entre los sexos, las costumbres y tradiciones misóginas que entronizan la superioridad del sexo masculino, los estereotipos sexuales que mantienen la inferioridad de los roles femeninos, las políticas neoliberales que han contribuido a la feminización de la pobreza, etc. Pero yo creo que también se debe a la falta de un desarrollo doctrinario precisamente sobre lo que se debe entender por "igualdad entre hombres y mujeres" conjugada con la prohibición de la "discriminación basada en el sexo" o "discriminación contra las mujeres" desde el marco de los derechos humanos, es decir desde la óptica de que estos dos principios generan obligaciones legales para los Estados.

La adopción de la CEDAW fue un primer paso en ese necesario desarrollo de una doctrina jurídica que conjuga la igualdad entre mujeres y hombres con la no discriminación contra las mujeres con el principio de responsabilidad estatal. Por qué? Porque a diferencia de los otros

instrumentos internacionales que declaran la igualdad y prohíben la discriminación, la CEDAW no se conforma con imponer una obligación general a los Estados de reconocer a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley, así como una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad⁹, sino que detalla las obligaciones estatales en relación a una serie de derechos humanos para lograr esa igualdad. Además, no sólo prohíbe la discriminación contra la mujer, sino que la define muy detallada y extensamente como ya lo he señalado.

Entre las obligaciones que la CEDAW establece para lograr la igualdad entre hombres y mujeres está, por ejemplo, la exigencia a los Estados Parte de eliminar la discriminación contra la mujer en el matrimonio y la familia y asegurar la igualdad entre hombres y mujeres en el goce del derecho de escoger el domicilio y la residencia¹⁰. La CEDAW también obliga a los Estados Parte a asegurar a las mujeres el derecho al voto y a ser electas, a participar en la formulación de las políticas públicas y en organizaciones y asociaciones no gubernamentales¹¹. Obliga a los Estados Parte a adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, la salud, la educación, etc. y en la vida social y económica en condiciones de igualdad con los hombres¹². La CEDAW también establece que los Estados Parte no sólo deberán prohibir toda discriminación en la ley o en la práctica, sino garantizarle a la mujer la protección efectiva contra todo acto de discriminación practicada por cualesquiera persona, organización o empresa.¹³

Talvez más importante aún debido a que los roles masculinos y femeninos son socialmente construidos y mantenidos a través de la cultura patriarcal, la CEDAW establece que los Estados Parte están obligados a tomar todas las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales y los estereotipos, eliminar los prejuicios y las prácticas

⁹ Art. 15 de la CEDAW.

¹⁰ Art. 16 *idem*.

¹¹ Art. 7 *idem*.

¹² Art. 10 a 13 *idem*.

¹³ Art. 2

culturales que estén basadas en ideas sexistas.¹⁴ La CEDAW también reconoce las particularidades de las diferencias biológicas entre hombres y mujeres, estableciendo, entre otros, que todas las medidas encaminadas a proteger la maternidad no se considerarán discriminatorias. Además, reconociendo la histórica desigualdad que han sufrido las mujeres, también establece las medidas especiales de carácter temporal o acciones afirmativas para acelerar el logro de la igualdad entre mujeres y hombres.¹⁵

En su Recomendación General No. 25, el Comité de la CEDAW establece que "una lectura conjunta de los artículos 1 a 5 y 24, que constituyen el marco interpretativo general de todos los artículos sustantivos de la Convención, indica que hay tres obligaciones que son fundamentales en la labor de los Estados Partes de eliminar la discriminación contra la mujer. Estas obligaciones deben cumplirse en forma integrada y trascienden la simple obligación jurídica formal de la igualdad de trato entre la mujer y el hombre.

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

Dicho de otra manera, para lograr la igualdad substantiva en todas las esferas, la CEDAW requiere de dos tipos de acciones por parte del Estado: 1- acciones para lograr la igualdad entre hombres y mujeres y, 2- acciones para corregir las desigualdades de poder entre hombres y mujeres. La primera acción exige que todas las mujeres sin importar su raza, etnia, etc. tengan el derecho a la igualdad de oportunidades con los hombres para acceder a los recursos de un país o comunidad. Esto tiene

¹⁴ Art. 5

¹⁵ Art. 4.

que ser garantizado por medio de leyes y políticas con sus respectivos mecanismos e instituciones que aseguren que así sea.

Además, la CEDAW establece que la forma de evaluar si un Estado está dando iguales oportunidades a las mujeres que a los hombres, es en la igualdad de resultados. Así, para la CEDAW, el indicador de la igualdad no está en las políticas, las leyes, o las instituciones que hayan sido creadas para darles oportunidades a las mujeres, sino en lo que todas esas leyes y políticas hayan logrado. Por ejemplo, según la CEDAW, no se habrá logrado la igualdad substantiva aunque existan leyes y políticas especiales para avanzar o mejorar las oportunidades de las mujeres si con ellas no se ha logrado efectiva y realmente que las mujeres tengan oportunidades muy similares a las que tienen los hombres en todas las esferas de la vida.

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

Las diferencias biológicas producen desigualdad o desventajas para las mujeres porque debido al androcentrismo, la mayoría de las leyes y políticas funcionan con un estándar basado en el sexo masculino. Así, la fuerza física y el hecho de que los hombres no se embarazan, son condiciones que se nos exigen a las mujeres si queremos tener las mismas oportunidades.

Pero además, hay desigualdades de orden social debidas al género, que resultan en desventajas o desigualdad para las mujeres. Por ejemplo, las desigualdades que son generadas debido a la doble o triple jornada laboral, al hecho de que las mujeres somos más vulnerables a la violencia sexual o a que llevamos milenios de subordinación u opresión son todas condiciones generadas por la construcción social del género y no por razones biológicas. Por eso es importante que las leyes, las políticas, los mecanismos y las instituciones, que se creen para lograr la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, tomen en cuenta las formas en que las mujeres son desiguales a los hombres, es decir que tomen en

cuenta cuándo la desigualdad se debe a la biología y cuando al género, y que también tengan conciencia de que la mayoría de las políticas ya existentes no son neutrales, sino que tienen el estándar masculino.

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

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

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

La CEDAW también establece (art. 4) que el estado está obligado a adoptar medidas especiales de carácter temporal para compensar a las mujeres por los privilegios masculinos debido a las estructuras de género que han tomado el estándar masculino. Es decir, si los hombres por siglos han tenido privilegios basados en su sexo/género, el Estado debe tomar

medidas que den ventajas a las mujeres para igualar el acceso a un determinado espacio o derecho. Así, el Estado está obligado, para lograr la igualdad substantiva en el empleo, por ejemplo, a adoptar medidas correctivas o acciones afirmativas que prioricen a las mujeres para compensarnos por los privilegios que han tenido los hombres en el pasado y que todavía tienen si los estándares siguen siendo masculinos. Estas medidas deben mantenerse hasta que se logre una igualdad real o substantiva entre hombres y mujeres, siempre en el entendido de que entre mujeres también hay relaciones desiguales de poder que deben ser tomadas en cuenta.

En resumen, de acuerdo a su artículo primero, el **resultado** que los Estados están obligados a alcanzar de acuerdo a la CEDAW, es que las mujeres puedan gozar y ejercer todos los derechos humanos en las esferas política, económica, social, cultural, civil y en cualquier otra esfera. Esto requiere de un Estado intervencionista que no sólo reconozca la igualdad entre hombres y mujeres sino que tome todas las medidas necesarias para que haya igualdad en la ley, en la protección de las leyes y en los beneficios de las mismas.

Obviamente, para que un Estado pueda cumplir con sus obligaciones e intervenir con todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación y lograr la igualdad substantiva entre todas las personas, éste tiene que ser entendido como un Estado compuesto no sólo por aquellas que trabajan como funcionarias/os o representantes de los y las habitantes del mismo, sino que debe ser entendido como el conjunto de todas las personas que se hallen en su territorio¹⁶.

Esto quiere decir que cada persona también tiene la obligación de respetar, proteger y garantizarle a todas las demás, su derecho a la igualdad en el goce de sus derechos humanos. De esta manera el derecho a la igualdad no es ya sólo un derecho que tenemos todos los seres humanos frente al Estado, sino un deber de no discriminar a nadie. Y así como el Estado tiene la obligación de intervenir en la erradicación de la desigualdad se dé donde se dé, cada habitante del mismo tiene también la obligación de tomar todas las medidas personales y sociales para erradicar todas las conductas, actitudes, estructuras e instituciones basadas en creencias y valores sobre la superioridad o inferioridad de un grupo o colectividad humana. Es decir, todas las personas tenemos la obligación de tratarnos como iguales en nuestras diferencias mutuas.

¹⁶ Que podría ser el planeta Tierra.

IV. El principio de la igualdad ante la ley o igualdad de jure.

En este apartado pretendo establecer lo que entiendo por igualdad formal o de jure, especialmente en oposición a la igualdad de facto o material, porque la primera no se usa de manera uniforme. Por ejemplo, en el Comentario General No. 16 del Comité de los derechos económicos, sociales y culturales, la igualdad formal o de jure es la igualdad que se logra "si las normas jurídicas o de otra naturaleza tratan a hombres y mujeres de manera neutra." Mientras que la Recomendación General 25 del Comité de la CEDAW da a entender que por igualdad de jure está entendiendo el trato que la ley da a las mujeres comparado al que le da a los hombres cuando dice que el "enfoque jurídico o programático puramente formal, no es suficiente para lograr la igualdad de facto con el hombre. Otras/os juristas entienden la igualdad formal como trato idéntico a hombres y mujeres por parte de la ley. Por otro lado, el "Blacks Law Dictionary" establece que la igualdad de jure es la igualdad conforme a o en la ley mientras que la igualdad de facto es la que se da a pesar de la ley o fuera de la ley pero establece que ese trato sólo debe ser idéntico si las personas están en las mismas condiciones. Para los efectos de esta ponencia, quiero enfatizar que en lo que sí hay bastante acuerdo es en que la igualdad ante la ley no garantiza la igualdad de facto. También quiero dejar establecido que por igualdad formal o de jure estoy entendiendo la igualdad que se establece o declara en cualquier normativa jurídica y de la que no se puede decir a priori si está exigiendo trato idéntico, neutral o diferenciado, hasta no analizar todo el articulado de una ley o norma.

Pero antes de entrar en el desarrollo de lo que entiendo por igualdad ante la ley o igualdad de jure o formal, quiero recordar que la idea de igualdad fue concebida desde el pensamiento político clásico como un hecho y no como un valor. Desde Aristóteles a gran parte del pensamiento ilustrado, la tesis de la igualdad fue razonada con argumentos de hecho de tipo cognoscitivo: los hombres¹⁷, decía Hobbes, son iguales porque todos mueren; o porque, escribía Locke, tienen las mismas inclinaciones y facultades. Pero el principio de igualdad, combinado con el de no discriminación y responsabilidad estatal, tal como ha quedado plasmado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, no es descriptivo de la realidad, sino precisamente se presenta como un principio normativo, no en términos de ser sino de deber ser. La gran innovación introducida por la Declaración fue haber hecho del principio de igualdad una norma jurídica. Esto

¹⁷ En estos casos no hay duda de que el vocablo "hombre" se refería sólo a los varones.

quiere decir que la igualdad no es un hecho sino un valor establecido ante el reconocimiento de la diversidad.

La igualdad ante la ley se refiere precisamente a la igualdad en derechos. Es decir, la igualdad de jure no es otra cosa que la idéntica titularidad y garantía de los mismos derechos fundamentales independientemente del hecho, e incluso precisamente por el hecho, de que los y las titulares somos mutuamente diferentes.¹⁸

Es más, la igualdad de jure se concibe sólo como uno de los tres principios que juntos constituyen la realización práctica del principio de igualdad. Es importante notar que tampoco la igualdad de jure se concibe como un tratamiento exacto por parte de la legislación a hombres y mujeres. Se trata de una igualdad basada en el goce y el ejercicio de los derechos humanos que por lo tanto, permite trato distinto, aún por parte de la ley, cuando la situación es distinta.

Pero esta igualdad formal, aunque incluye el principio de que no se puede tratar a desiguales como iguales, generalmente sólo reconoce como a desiguales, a aquellos que la ley define como tales. Es por ello que la igualdad formal no elimina todas las desigualdades reales entre hombres y mujeres que existen en la sociedad y por ello requiere de la conjugación de los otros dos principios, a saber, el principio de no discriminación y el de intervención y responsabilidad estatal.

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

El problema con la igualdad ante la ley o igualdad formal o de jure entre hombres y mujeres tiene una explicación histórica. Por siglos las mujeres fuimos clasificadas como irracionales, mental y espiritualmente inferiores a los hombres y destinadas biológicamente sólo a la reproducción de nuestra especie. Desde esta concepción del sexo femenino, las mujeres éramos distintas a los hombres quienes eran los únicos titulares de derechos. Como las mujeres no calzábamos perfectamente dentro del modelo de titularidad de derechos, era lógico que no teníamos derecho a tener derechos.

¹⁸ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías, la ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 82

El éxito que tuvieron nuestras antepasadas en lograr que se reconocieran nuestras semejanzas con los hombres fue tergiversado a tal punto por el estatus quo patriarcal que se llegó a formular que si hombres y mujeres éramos iguales ante la ley, entonces no podíamos las mujeres exigir ningún trato diferenciado. Lamentablemente, esta idea perdura hasta nuestros días. Es así como el contenido que se le ha dado a la igualdad entre hombres y mujeres consiste en tratarnos idénticamente. Pero como los hombres eran sujetos de derechos muchos siglos antes que las mujeres lográramos ese status, tratarnos exactamente igual que a los hombres no resulta ni siquiera en una igualdad formal y mucho menos en una verdadera igualdad.

Por qué, porque cuando se le da un tratamiento idéntico a los dos sexos, lo que se hace es darle el mismo trato a las mujeres que ya se le daba a los hombres. Por qué, porque lo que se hace es tomar el modelo o estándar masculino en las leyes, por ejemplo, y aplicárselo a las mujeres sin tomar en cuenta nuestras desigualdades socialmente construidas ni nuestras diferencias biológicas con los hombres. Si los procesos judiciales, las penas, los horarios de trabajo, los arreglos institucionales, los requisitos laborales, estudiantiles, en deportes, etc. son exactos para hombres y mujeres, es obvio que las mujeres quedaremos en desventaja debido a que el estándar de todos ellos es masculino o androcéntrico porque cuando se diseñaron y adoptaron, las mujeres no estábamos incluidas en la categoría de seres humanos como titulares de derechos.

Por ejemplo, cuando la ley laboral definió quién era trabajador, es fácil comprobar que se trataba de una persona que no tiene la obligación del cuidado de los y las hijas, enfermas/os y ancianos/as o de realizar o administrar el trabajo doméstico. El trabajador era un proveedor para el cual se designaba un salario familiar. Pero, cuando las mujeres ingresamos al mercado de trabajo, especialmente si es en un campo previamente ocupado sólo por hombres, no se rediseñan las condiciones u horarios de trabajo sino que se nos obliga a cumplir con el estándar masculino. Esto ni siquiera es igualdad formal y mucho menos es la igualdad de la que habla la CEDAW. Y digo que ni siquiera es igualdad de jure porque ésta exige que se tome en cuenta las diferencias biológicas y sociales entre hombres y mujeres.

A continuación quiero usar un ejemplo de la legislación internacional para demostrar que la igualdad de jure no exige hoy en día trato idéntico. Para ello voy a utilizar el derecho a la salud establecido en el artículo 12 de la CEDAW que textualmente dice:

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

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia."

En este artículo encontramos los tres principios que conforman la igualdad substantiva. Cuando estipula que "los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica" está haciendo alusión al principio de responsabilidad estatal y al de no discriminación. Cuando estipula que este derecho se garantizará en "condiciones de igualdad entre hombres y mujeres" está aludiendo a una igualdad de jure pues es en la letra de esta normativa que está estipulada esta igualdad. Y lo que quiero resaltar aquí es que queda claro que esta igualdad de jure no es una igualdad que exige trato idéntico con los hombres sino todo lo contrario, "los Estados deben basar su legislación y sus planes y políticas en materia de salud de la mujer en datos fidedignos sobre la incidencia y la gravedad de las enfermedades y las condiciones que ponen en peligro la salud y la nutrición de la mujer, así como la disponibilidad y eficacia en función del costo de las medidas preventivas y curativas. Los informes que se presentan al Comité deben demostrar que la legislación, los planes y las políticas en materia de salud se basan en investigaciones y evaluaciones científicas y éticas del estado y las necesidades de salud de la mujer en el país y tienen en cuenta todas las diferencias de carácter étnico, regional o a nivel de la comunidad, o las prácticas basadas en la religión, la tradición o la cultura.

Los Estados Partes deberían informar sobre cómo interpretan la forma en que las políticas y las medidas sobre atención médica abordan los derechos de la mujer en materia de salud desde el punto de vista de las necesidades y los intereses propios de la mujer y en qué forma la atención médica tiene en cuenta características y factores privativos de la mujer en relación con el hombre, como los siguientes:

a) Factores biológicos que son diferentes para la mujer y el hombre, como la menstruación, la función reproductiva y la menopausia. Otro ejemplo es

el mayor riesgo que corre la mujer de resultar expuesta a enfermedades transmitidas por contacto sexual;

b) Factores socioeconómicos que son diferentes para la mujer en general y para algunos grupos de mujeres en particular. Por ejemplo, la desigual relación de poder entre la mujer y el hombre en el hogar y en el lugar de trabajo puede repercutir negativamente en la salud y la nutrición de la mujer. Las distintas formas de violencia de que ésta pueda ser objeto pueden afectar a su salud. Las niñas y las adolescentes con frecuencia están expuestas a abuso sexual por parte de familiares y hombres mayores; en consecuencia, corren el riesgo de sufrir daños físicos y psicológicos y embarazos indeseados o prematuros. Algunas prácticas culturales o tradicionales, como la mutilación genital de la mujer, conllevan también un elevado riesgo de muerte y discapacidad;

c) Entre los factores psicosociales que son diferentes para el hombre y la mujer figuran la depresión en general y la depresión en el período posterior al parto en particular, así como otros problemas psicológicos, como los que causan trastornos del apetito, tales como anorexia y bulimia;

d) La falta de respeto del carácter confidencial de la información afecta tanto al hombre como a la mujer, pero puede disuadir a la mujer de obtener asesoramiento y tratamiento y, por consiguiente, afectar negativamente su salud y bienestar. Por esa razón, la mujer estará menos dispuesta a obtener atención médica para tratar enfermedades de los órganos genitales, utilizar medios anticonceptivos o atender a casos de abortos incompletos, y en los casos en que haya sido víctima de violencia sexual o física.

El deber de los Estados Partes de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a los servicios de atención médica, la información y la educación, entraña la obligación de respetar y proteger los derechos de la mujer en materia de atención médica y velar por su ejercicio. Los Estados Partes han de garantizar el cumplimiento de esas tres obligaciones en su legislación, sus medidas ejecutivas y sus políticas. También deben establecer un sistema que garantice la eficacia de las medidas judiciales. El hecho de no hacerlo constituirá una violación del artículo 12.¹⁹

Vemos así que el problema no es la igualdad de jure en sí, sino el hecho de que muchas veces no se reconozca que las mujeres estamos en una situación desigual y discriminatoria con respecto a los hombres o que se

¹⁹ Recomendación General No. 24 del Comité de la CEDAW, párr. 9 a 14.

utilice el estándar masculino para la garantía de nuestros derechos. Pero si combinamos el principio de igualdad de jure con el de no discriminación y la obligatoriedad del estado en eliminarla para lograr la igualdad substantiva, veremos que la igualdad de jure es necesaria y no contradictoria con la igualdad de facto.

Otro problema con la igualdad de jure es que es entendida como el polo opuesto de la igualdad real o de facto. En mucha de la doctrina sobre igualdad se presenta una dicotomía entre la igualdad de jure y la igualdad de facto, sugiriéndose que una tendría que escoger entre una u otra cuando en realidad, como ya lo dije, la primera es necesaria aunque no suficiente para la segunda.

La razón por la que insisto que no es suficiente aunque necesaria es porque tomada independientemente de los otros dos principios, la igualdad de jure exige solamente que los iguales sean tratados como iguales y los diferentes como diferentes con lo que si en un Estado a los niños no se les reconoce el derecho a la educación gratuita, por ejemplo, no sería discriminatorio no reconocérselo tampoco a las niñas. En otras palabras, para el principio de igualdad de jure, no hay diferencia entre negarle a todas las personas un derecho que garantizárselos, mientras que todas esas personas estén en una posición semejante.

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

Es así que la igualdad enmarcada en los derechos humanos y más específicamente en la CEDAW, no es una de igualar a las mujeres con los hombres sino una igualdad en el reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos humanos de ambos. Para ello se debe lograr la igualdad de oportunidades, la igualdad en el acceso a las oportunidades y la igualdad de resultados. Esto implica que en algunas ocasiones, dependiendo del impacto de los factores biológicos y sociales, las mujeres tendrán que ser tratadas idénticamente a los hombres y en otras ocasiones se tendrá que tratar a hombres y mujeres de forma distinta, a veces, otorgando ciertas ventajas a las mujeres para corregir la histórica desigualdad que hemos padecido las mujeres por más de 5 mil años y para eliminar las ventajas masculinas basadas en el hecho de que el estándar es masculino. Otras veces, la mayoría, se tendrán que rediseñar las políticas, las leyes, las instituciones, etc. para que el estándar en todas ellas no sea el hombre

blanco, adinerado, adulto y propietario sino un estándar más inclusivo de la diversidad humana.

V. Conclusión

Como he tratado de demostrar, la igualdad de la que nos habla la CEDAW podría considerarse un rompimiento paradigmático en la ciencia y filosofía jurídica. En este paradigma emergente la igualdad no sólo es una conjugación de los tres principios de no discriminación, igualdad ante la ley y obligatoria intervención estatal, sino que estos mismos principios la sitúan en el campo del deber ser y esto tiene consecuencias enormes para el Derecho y por ende, también para el tipo de Estado que ese Derecho impone. En síntesis las consecuencias son las siguientes:

1-Las normas internacionales, constitucionales y de otra índole que establecen la igualdad de todos los seres humanos no deben ser interpretadas como la declaración de un dato fáctico sino como una obligación jurídica que tienen todos los Estados de adoptar cuantas medidas sean necesarias para eliminar todas las formas de discriminación hasta lograr una igualdad substantiva.

2-Tampoco se puede seguir dicotomizando entre la igualdad de facto y la de jure porque si la igualdad es una valor y una meta, ambas son necesarias para lograr la igualdad como resultado de varias acciones estatales.

3-Se trasciende la contradicción entre iguales o diferentes porque cuando la igualdad ya no es entendida como semejanza y se visibiliza la diversidad y especificidad de cada grupo humano, las diferencias ya no implican desigualdad.

3-Tampoco se puede ya erigir a un tipo de ser humano como al que hay que ser igual a, ni importa si las diferencias entre mujeres y hombres son construidas o innatas porque la igualdad como valor implica que en lo que somos iguales es en nuestra humanidad y no en los datos biológicos, materiales o de cualquier otra índole y por ende, la obligación estatal es tomar todas y cada una de las medidas que sean necesarias para que ninguna ley, ninguna política, ningún plan ni ninguna acción resulte en discriminación contra cualquier mujer.

Digo que esta nueva manera de entender la igualdad entre hombres y mujeres forma parte de un paradigma emergente porque en el anterior el hombre y todo lo asociado con lo masculino es central a la experiencia humana con lo que la igualdad sólo podía entenderse como semejanza a ese modelo de humanidad. En el nuevo paradigma estamos constatando la

emergencia de una visión más holística en donde no hay dicotomías entre los sexos o géneros ni entre las razas o etnias porque no hay ni un sexo ni una raza que se erige en modelo de lo humano sino muchas diversidades que tienen en común su pertenencia a la especie humana. Este nuevo paradigma exige de todo/as, en palabras de Capra, "una transformación fundamental de nuestros pensamientos, de nuestras percepciones y de nuestros valores."²⁰

BIBLIOGRAFÍA

- Andrews, Penélope: Women's Human Rights and the Conversations Across Cultures. Albany Law Review 67, 2003.
- Baron, Ava: Feminist Legal Strategies, "The Powers of Difference. En Analyzing Gender: A Handbook of Social Science Research, Newberry Park, California, 1987
- Dourado, Denise, compiladora, Igualdade E Diferença Na Justiça. Editora Sulina, Porto Alegre, 1997.
- Engle, Karen. "International Human Rights and Feminism: When Discourses Meet." Michigan Journal of International Law 13 (1991)
- Facio, Alda: La Carta Magna de Todas las Mujeres, Manual de capacitación en CEDAW, ILANUD, 1998.
- Facio, Alda: ¿De qué igualdad se trata?, Manual de capacitación en CEDAW, ILANUD, 1998
- Facio, Alda: La Evolución de los Derechos Humanos de las Mujeres en la ONU, artículo sin publicar escrito especialmente para estudiantes de la Universidad para la Paz, San José, Costa Rica, 2004.
- Iwraw Asia Pacific: From Global to Local: Supplementary Readings, Kuala Lumpur, Malaysia, 2005
- Iwraw Asia Pacific: THE STATUS OF CEDAW IMPLEMENTATION IN ASEAN COUNTRIES AND SELECTED MUSLIM COUNTRIES, Papers Series No. 1, 2004.
- Kathree, Fayeeza. "Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women." South African Journal of Human Rights, 11(3) 1995.

²⁰ Citado por Suárez, María en su tesis doctoral Mujeres: metamorfosis del efecto mariposa. Sin publicar, 2006 p.4.

Landsberg-Lewis, Ilana, ed. Bringing Equality Home: Implementing the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women. NY: United Nations Development Fund for Women (1998).

Malani, Leila Rassekh, Sara C. Albert, and Karina Purushotma (eds). "CEDAW - The Treaty for the Rights of Women." Washington: The Working Group on Ratification of the U.N. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, 2004.

Miles, Angela: Integrative Feminisms, Building Global Visions 1960's - 1990's, Routledge, New York, 1996.

Nash, Kate. "Human rights for women: an argument for 'deconstructive equality'" Economy and Society 31 (Agosto 2002).

Salamaya, Rocío: Las Naciones Unidas y el Avance de la Mujer, Asegurando los Fundamentos Legales para la Igualdad (1945-1962). En Cuaderno de género no. 7, Instituto de Investigaciones Históricas, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2006.

Suárez, María: Mujeres: metamorfosis del efecto mariposa. Tesis para optar para el Doctorado en Educación de la Universidad de La Salle en Costa Rica, 2006.

Valcárcel, Amelia: Ética para un mundo global. Ediciones Temas de Hoy, S.A., Madrid, 2002.