

REVISTA IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTER-AMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT-AMÉRICAIN D'INSTITUTS DE DROITS HUMAINS



34-35

Edición Especial sobre Participación Política

REVISTA
I I D H

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Inter-Américain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

© 1995, IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos
Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Diagramado y montaje electrónico de artes finales: Unidad de Información del IIDH.

Impresión litográfica: Imprenta y Litografía Segura Hermanos.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un original y una copia escritos a doble espacio, dentro de un máximo de 45 cuartillas tamaño carta. El envío deberá acompañarse con disquetes de computador, indicando el sistema y el programa en que fue elaborado.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, teléf., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptará para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US\$36.00. El precio del número suelto es de US\$17,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Dirigir todas las órdenes de suscripción a la Unidad de Información del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Las Instituciones Académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones pueden escribir a la Unidad de Información del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

ÍNDICE

Presentación9

PARTICIPACIÓN POLÍTICA. ASPECTOS GENERALES

Participación política y derechos humanos15
José Enrique Molina Vega
Carmen Pérez Baralt

Participación, democracia y derechos humanos.
Un enfoque a partir de los dilemas de
América Latina79
José Thompson

Participación política en la democracia actual:
crisis de los paradigmas modernos y búsqueda
de alternativas105
Adriana Murillo Ruin

La participación política frente a los sistemas
de justicia: de lo constitucional a lo electoral149
José de Jesús Orozco

PARTICIPACIÓN POLÍTICA Y SOCIEDAD CIVIL

La problemática del ejercicio pleno de la ciudadanía en
situaciones de marginación, desempleo y pobreza.
Necesidad de una democratización de la democracia
para garantizar la efectiva participación
política de todos165
Liliana Giorgis

A concretização-efetividade dos direitos sociais,
economicos e culturais como elemento constitutivo
fundamental para a cidadania no Brasil211
Milena Petters Melo

Para empezar el siglo XXI.
Un diagnóstico sobre la participación política de la
sociedad civil en México243
Marisol López Menéndez

PARTICIPACIÓN POLÍTICA, SITUACIONES ESPECIALES Y GRUPOS MARGINADOS

Restricciones a la democracia local en
municipios con presencia de grupos alzados
en armas en Colombia279
Fredy Preciado

Derecho Internacional Humanitario:
¿teoría o realidad? Algunos resultados regionales del
ejercicio de la diplomacia humanitaria329
Tathiana Flores Acuña

El monopolio de los partidos políticos y los
derechos de los pueblos indígenas de Bolivia351
José Antonio Álvarez Melgar

El sistema axiológico de la CEDAW como
parámetro de control constitucional en la
formulación e implementación de
leyes y políticas públicas417
Guiselle Molina Subirós

Análisis de la participación política
de lesbianas y gays en Paraguay483
Rosa María Posa

**PARTIDOS POLÍTICOS, FINANCIAMIENTO Y
VERIFICACIÓN ELECTORAL**

Dinero y política: la cuadratura del círculo de la
democracia en América Latina521

Jorge Mario García Laguardia

Observación electoral, balance y perspectivas551

Rafael Roncagliolo

PRESENTACIÓN

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos se complace en presentar el número 34-35 de su Revista IIDH, tercer número especial consecutivo y especializado, en esta oportunidad, en el tema de la participación política. En este ejemplar incluimos trabajos de investigación desarrollados por participantes del XIX Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, cuyo programa giró en torno a los temas y dilemas de este conjunto de derechos en la realidad americana actual. Se incorporan, igualmente, investigaciones realizadas por consultores externos del Instituto y ponencias de algunos de los profesores del Curso.

Para el IIDH la escogencia de la participación política como uno de los ejes de derechos que constituyen la prioridad de su acción académica tiene un significado profundo. Esto no solo se debe a que uno de sus Departamentos operativos, el Centro de Asesoría y Promoción Electoral (CAPEL) tiene por mandato la promoción de la democracia y por énfasis la cercanía con los Organismos Electorales del Continente, sino porque, en la concepción de este Instituto, la participación política es una noción compleja que involucra diversas facetas, como se plasma en el concepto de ella como “toda actividad de los miembros de una comunidad derivada de su derecho a decidir sobre el sistema de gobierno, elegir representantes políticos, ser elegidos y ejercer cargos de representación, participar en la definición y elaboración de normas y políticas

públicas y controlar el ejercicio de las funciones públicas encomendadas a sus representantes”*. En este sentido, la participación política reclama el ejercicio de derechos humanos antes, durante y después de un proceso electoral específico, abarcando una diversidad de ámbitos que requieren investigación y profundización. En esta línea se orienta la publicación que ahora ve la luz.

Esta Revista se estructura en cuatro secciones. La primera, sobre aspectos generales de la participación política, reúne aportes de José Enrique Molina Vega y Carmen Pérez Baralt, consultores del IIDH, en un desarrollo sobre cuestiones fundamentales inherentes a la participación política y derechos humanos, que brinda un marco referencial vital para entender otras especificidades del tema. Por su parte, la perspectiva sobre participación, democracia y derechos humanos en relación con los dilemas de América Latina, desarrollada por José Thompson, Director Académico de ese Curso y de CAPEL, busca ahondar en las implicaciones que estas interrelaciones traen consigo. Adriana Murillo, participante del Curso, elabora un estudio concienzudo que presenta la actual crisis de los paradigmas modernos respecto de la participación política en la democracia actual, dejando planteadas algunas opciones de salida.

Como parte de una preocupación vital, la primera sección cierra con el trabajo de José de Jesús Orozco, Magistrado del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de México, quien nos ofrece una panorámica clara sobre los aspectos de protección jurídica y los mecanismos apropiados para que la participación política pueda discurrir entre lo que debería entenderse como justicia constitucional o justicia electoral, una frontera cuyos límites no siempre están claros.

* Definición acuñada por el IIDH para efectos del XIX Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos

Una de las principales preocupaciones con el tema de la participación política es la incidencia que sobre este aspecto tiene o debe tener la sociedad civil, por lo que se presenta una sección en este sentido que incluye los trabajos de las participantes Liliana Giorgis y Milena Peters Mello: “La problemática del ejercicio pleno de la ciudadanía en situaciones de marginación, desempleo y pobreza. Necesidad de una democratización de la democracia para garantizar la efectiva participación política de todos” y “A concretização - efetividade dos direitos sociais, economicos e culturais como elemento constitutivo fundamental para a cidadania no Brasil”, respectivamente. Marisol López, consultora, presenta un diagnóstico sobre la participación política de la sociedad civil en México, modelo de investigación cuyas metodologías y hallazgos son útiles para cualquiera de los países de nuestra región.

La tercera sección, *Participación Política, Situaciones Especiales y Grupos Marginados*, es una oportunidad para tratar las llamadas situaciones **especiales**, que es cuando deben buscarse acciones afirmativas y soluciones novedosas para poner a disposición de grupos en desventaja, nuevos instrumentos de participación política. La situación de las personas que se encuentran en presencia de grupos armados es tratada por el participante Fredy Preciado, quien nos hace un estudio contextual sobre la situación en Colombia. Relacionado con lo anterior, pero desde una óptica general del Derecho Internacional Humanitario, Tathiana Flores Acuña, funcionaria del Comité Internacional de la Cruz Roja Internacional, presenta algunos resultados regionales del ejercicio de la diplomacia humanitaria.

Sobre los distintos grupos marginados, José Antonio Álvarez ofrece un trabajo amplio en el que enfrenta el monopolio de los partidos políticos tradicionales *vis a vis* los derechos de los pueblos indígenas de Bolivia. La sociología de

la mujer es desarrollada por la participante Giselle Molina con su trabajo “El sistema axiológico de la CEDAW como parámetro de control constitucional en la formulación e implementación de leyes y políticas públicas”. Finalmente, la participante Rosa María Posa, hace un estudio pionero sobre los grupos discriminados sexualmente con un análisis de la situación de lesbianas y gays en Paraguay en materia de participación política.

La última sección trata de temas actuales que afectan por igual a todos nuestros países: el financiamiento de los partidos políticos y la verificación electoral. Jorge Mario García Laguardia, primer Director de CAPEL y ex Presidente de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, nos deja planteadas grandes inquietudes con su investigación “Dinero y política: la cuadratura del círculo de la democracia en América Latina”, mientras que Rafael Roncagliolo, profesor del Curso, nos pone como lectura obligatoria su ponencia “Observación electoral, balance y perspectivas”.

Esperamos que esta publicación especializada venga a llenar espacios fundamentales sobre un tema vital dentro del cambio de paradigmas que reclama la realidad americana. A la vez, la ofrecemos como un producto adicional del Curso Interdisciplinario, en la búsqueda constante por generar doctrina y compartirla de la manera más amplia posible, en cumplimiento del mandato académico de este Instituto. Confiamos en que será fuente de consulta para los interesados en esta materia y albergamos la esperanza de que inspire investigaciones adicionales para beneficio del crecimiento de la democracia y la participación en una parte del mundo que ha visto grandes luchas por lograr su recuperación y ahora requiere de constantes esfuerzos para su conservación.

Roberto Cuéllar
Director Ejecutivo

**PARTICIPACIÓN POLÍTICA,
SITUACIONES ESPECIALES Y
GRUPOS MARGINADOS**

EL SISTEMA AXIOLÓGICO DE LA CEDAW COMO PARÁMETRO DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN LA FORMULACIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE LEYES Y POLÍTICAS PÚBLICAS

*Giselle Molina Subirós**

Introducción

Vivimos en pleno auge de la democracia como la respuesta política que a nivel mundial, se ha ganado el derecho de ser el modelo que mejor garantiza el respeto e impulso de los Derechos Humanos. Independientemente del grado de eficacia y efectividad de los Estados modernos de poner en práctica dicho modelo político, los Estados se han colocado en la defensa, por lo menos ideológicamente, de la democracia, de la solidaridad social y del respeto a los Derechos Fundamentales. Esto supone para los Estados modernos una tríada de elementos inseparables: Democracia, Estado Social y Estado Constitucional. Esto supone el reconocimiento de una serie de valores y principios, que constituyen la plataforma ética de los objetivos que el Estado debe de lograr. Existe un consenso al señalar la Libertad, la Igualdad, la Seguridad y la Solidaridad como los grandes valores de la historia moderna¹ y que se constituyen en los grandes pilares sobre los que se asienta el fin primordial de la Era actual: lograr la Dignidad Humana.

* Abogada. Asesora legal de Cefemina. Participante del XIX Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos del IIDH.

¹ Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.

El Estado costarricense, al igual que la mayoría de los Estados modernos, se ha colocado en este terreno y se proclama como un Estado Social de Derecho y Democrático que se orienta a lograr dichos valores mediante la sujeción al Derecho de la Constitución. Al igual que los demás Estados, el nuestro es el producto de un proceso histórico en donde las aspiraciones sociales para lograr la dignidad de individuos e individuos, han hecho posible que las estructuras de poder pretendan dar respuesta a dicha aspiración. Es así cómo el poder político, fundándose en dichos valores, ha encontrado su legitimidad frente el pueblo costarricense.

Al proclamarse como un Estado Democrático, Social y Constitucional, el poder político se ha amparado precisamente en la ética de los Derechos Humanos. El resultado histórico que vivimos actualmente ha abierto un lenguaje ético reconocido universalmente, pero que a su vez nos enfrenta a una doble realidad y por ello a un doble discurso. El actual poder, que es la continuación del poder patriarcal asentado durante siglos, encuentra su legitimidad en la misma ética en que se fundamenta el movimiento para la equidad de género y por una vida libre de violencia. El movimiento nacional e internacional de mujeres ha impulsado sus demandas a la luz de los Derechos Humanos, promoviendo con sus movimientos, un mayor nivel de desarrollo y profundidad de los mismos, abriendo más matices a su conceptualización y alcances. En este proceso, el movimiento de mujeres se encuentra en una situación contradictoria: por un lado, debe de enfrentar y defender día a día con estructuras de poder que ignoran a las mujeres como reales destinatarias de derechos, a la vez que las mismas encuentran su legitimidad y funcionamiento en los valores que conforman la ética por la equidad de género.

Por otra parte, Convenios y Tratados Internacionales son el resultado de procesos complejos de negociaciones y de consensos mínimos entre los Estados, en donde entran en juego

diversas fuerzas políticas y sociales. Una vez aprobada, se convierte en un acuerdo formal entre Estados, conteniendo las directrices para ser desarrolladas por el ordenamiento jurídico y por las políticas públicas del aparato estatal.

Con la aprobación y ratificación de un instrumento internacional de Derechos Humanos, el Estado asume el compromiso de garantizarle a todos los habitantes de su territorio, el respeto de éstos derechos, debiendo para ello crear las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los mismos. El estado adquiere entonces la obligación de aplicar las disposiciones contenidas en dichos instrumentos, aceptando además someterse a medidas de supervisión por parte de organismos internacionales integrados por los Estados signatarios. Es por ello que al firmar y ratificar una Convención, el Estado asume un compromiso tanto con sus habitantes como con la comunidad internacional, la cual puede exigir cuentas al Estado que viole sus disposiciones.

Sin embargo, el hecho que un país apruebe y ratifique una Convención no representa un cambio automático en la aprobación e implementación de políticas públicas y normas que impulsen la equidad de género, ni mucho menos que el ordenamiento jurídico sea interpretado y aplicado conforme a las nuevas disposiciones del instrumento internacional. Aún así, el impacto generado por las demandas del movimiento de mujeres ha causado en la última década, una explosión de políticas, recursos y reformas legislativas orientadas a tutelar los derechos de las mujeres.

Esta situación plantea nuevos retos para el movimiento de mujeres. Al igual que para otros sectores sociales, se impone la necesidad de buscar mecanismos desde la ciudadanía, para ejercer la participación y fiscalización en la elaboración e implementación tanto de las políticas públicas como de las normas. El modelo político de la democracia representativa

exige para su pleno desarrollo, ser participativa e inclusiva. Esto coloca la demanda de la rendición de cuentas como uno de los ejes centrales a ser impulsado en el período actual.

En la lucha por la equidad de género, ya no es suficiente limitarse a exigir la existencia de políticas públicas y reformas legislativas. La existencia de programas, servicios o instituciones estatales, así como de leyes, no significa necesariamente que el Estado esté cumpliendo con las obligaciones contraídas con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es necesario además, detenerse a analizar en la pertinencia, eficacia y efectividad de dichos recursos, lo que representan en concreto para las vidas de las mujeres y para la sociedad en su conjunto. Como se verá más adelante, en el actual modelo político, la ciudadanía no puede conformarse con que el Estado actúe como mero administrador de recursos, ni siquiera el que lo haga en forma ordenada y eficiente.

Es necesario evaluar la validez, eficacia, efectividad e impacto del quehacer estatal. Para ello se requiere elaborar parámetros para realizar dicho control, pero desde la ética de los Derechos Humanos. En ese sentido, se impone la tarea de desentrañar y explicitar el contenido de los mandatos de los instrumentos internacionales de derechos humanos de las mujeres. Esto con el fin de visibilizar sus alcances, ubicar el lugar jurídico de sus normas dentro del ordenamiento jurídico, con el fin de impulsar mecanismos que obliguen a un efectivo acatamiento de sus disposiciones por parte del Estado.

Para este trabajo, me centraré a analizar la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, desde la óptica de los valores y principios constitucionales, con el fin de explicitar el sistema axiológico contenido en esta Convención que vincula en forma obligatoria al Estado. Este es un paso necesario en el proceso de elaboración de los nuevos parámetros con que se debe de

evaluar y fiscalizar tanto a la administración pública como al ordenamiento jurídico.

La importancia de los valores constitucionales

El Estado Constitucional es la forma que asume actualmente el Estado de Derecho, y su característica central es que todas las políticas, normas, actos de orden público o privado deben de sujetarse a los valores, principios y disposiciones del Derecho de la Constitución. Este está conformado, básicamente, por la Constitución Política, las Declaraciones y Convenios Internacionales de Derechos Humanos, y a jurisprudencia de la Sala Constitucional².

Para que pueda hablarse de una constitucionalización del Estado debe de darse una relación armoniosa “entre la norma, el valor y su concreción dentro del Estado ... lo cual hace de esa tríada constitucional una necesidad irresoluble para la existencia misma del Estado constitucional”³. En ese sentido, la regulación y legitimidad del poder político descansa en la observancia de la Constitución y las Convenciones Internacionales, pero vistas éstas como “un centro inagotable y permanente de irradiación de valores y normas, o mejor dicho, de normas con valores”⁴.

Por ello, asumir que vivimos en un Estado Constitucional tiene su importancia en el tanto podemos revestir nuestras

² Más en detalle, el Derecho de la Constitución abarca también la Ley de Jurisdicción Constitucional, los principios del Derecho Público contenidos en la Ley General de Administración Pública, la Ley de Jurisdicción Constitucional, la costumbre y tradición jurídico constitucional e incluso creencias fundamentales de la comunidad. Ver Piza Escalante, Rodolfo E., “Legitimación Democrática en la Nueva Justicia Constitucional de Costa Rica”, *La Jurisdicción Constitucional y su Influencia en el Estado de Derecho*. Tomo I. Anarella Berloni. Hubert Fernández, editores. EUNED, San José, C.R. 1998.

³ Jiménez Meza, Manrique, “Legalidad y legitimidad del Estado Constitucional”. *La Sala Constitucional. Homenaje en su X Aniversario*. Universidad Autónoma de Centroamérica. San José, Costa Rica, 1999, pág. 156.

⁴ *Ibid.*, pág. 155.

demandas con la fuerza de los valores sobre los cuales el actual poder patriarcal busca su legitimación, exigir su congruencia y su concreción. Para lo cual debemos dejar de lado el lado oscuro de ese poder y aprovechar los avances logrados, que se han convertido ya en conquistas de la humanidad.

En el ámbito de los valores jurídicos, una de las principales conquistas es el concepto de dignidad humana que se construye hoy en día, a partir de un conjunto de valores entrelazados que permiten reconocer aquellos derechos que se consideran ya como inalienables e intrínsecos a la naturaleza humana. Estos derechos, hilados en la dinámica social, se han ido tejiendo a partir de las experiencias anteriores, mejorando y profundizando su significado y alcance, con lo cual han llegado a constituirse en conquistas colectivas incuestionables.

La Dignidad Humana como el eje unificador de los valores

La historia ha puesto de relieve una gran diversidad de propuestas y opciones éticas para lograr la dignidad humana. En ese sentido, diferimos de las posiciones filosóficas, religiosas o morales que impulsan un concepto de dignidad humana válido para todas las épocas. La entendemos como el resultado de una construcción dinámica, evolutiva y tejida desde el gran telar social.

Como tal, el concepto de dignidad humana se ha ido construyendo por etapas, por lo que recoge los contenidos de una moralidad que es a veces mayoritaria y consensuada, pero que en otras ocasiones puede ser impuesta en la medida en que tiende a favorecer una determinada organización social y jugado un papel importante en la articulación de las distintas formas de poder -político, social y económico- que se han dado en la evolución de la moderna sociedad occidental.

Sin embargo, como valor propio de las sociedades modernas, también ha sido el resultado de un proceso histórico y social. Este ha tenido las características de un ideal cuya concreción la han pretendido los diversos movimientos sociales en los últimos doscientos años, en la medida en que resume las aspiraciones de libertad e igualdad propias de la sociedad moderna.

En definitiva, debemos situar el significado del concepto de dignidad humana en el ámbito de la cultura, como un producto de la elaboración del ser humano que, según cada momento histórico, pertenece a una sociedad ubicada en el tiempo y en el espacio. Modernamente, el concepto jurídico de dignidad humana resume el contenido de los Derechos Humanos tal y como están recogidos en los instrumentos internacionales y en las diversas constituciones.

Su evolución histórica es por lo tanto, aquella de los Derechos Humanos, según el papel y alcance que han tenido en las distintas formas jurídicas que ha asumido el Estado moderno: primero como Estado Liberal de Derecho y luego como Estado Social que, en tanto Estado de Derecho, alcanza su máxima expresión en el llamado Estado constitucional. Este se caracteriza porque ya no basta su sometimiento al principio de legalidad como requisito formal, sino que exige la concordancia de todo ejercicio de poder con los valores y principios constitucionales en cuyo centro está la dignidad humana como concepto jurídico unificador de aquellos.

En el Estado Liberal de Derecho, el concepto de dignidad resumía los valores de libertad e igualdad que se concretaban en un conjunto de derechos de naturaleza individual, por lo que tenía un inequívoco carácter individualista. Como se verá más adelante, toda la fuerza innovadora y transformadora que la libertad y la igualdad como valores, pero sobre todo como derechos pertenecientes a toda persona, se vio recortada y

sesgada por lo que en dicho Estado, fue tenido como un fin esencial del Derecho: la seguridad jurídica. Esta fue definida como la posibilidad de conocimiento previo por los ciudadanos de las consecuencias jurídicas de sus actos. Así, la persona debe poder saber con claridad y de antemano aquello que le está mandado, permitido o prohibido, con el fin de organizar su conducta presente y programar expectativas para su actuación jurídica bajo pautas razonables de previsibilidad⁵.

De este modo, en el Estado liberal, la necesidad central de quienes ostentaron el poder político y económico fue la de establecer seguridad y certeza como requisitos indispensables para mantener el sistema económico, hasta el punto de definir la forma en que se deberán de comprender y aplicar las libertades y derechos individuales.

En cambio, en el Estado Social de Derecho, los derechos a la Igualdad y la Libertad vieron ensanchados sus fronteras y presenciaron el surgimiento de nuevos derechos considerados también como fundamentales, gracias a una nueva aspiración que definió dicha etapa: la justicia social como valor. El concepto de dignidad humana resumió, en el contexto del Estado Social, el contenido de todos aquellos derechos humanos que se inspiraban en la justicia social como valor.

El Estado Constitucional es el resultado de un proceso que arrancó cuando el Estado moderno adquirió la forma del Estado Liberal. Como concepto, nos permite construir el ideal de Dignidad Humana a partir de la ética de los Derechos Humanos, tomando en cuenta toda la amplitud que éstos han adquirido hasta el momento presente. Sin embargo, el valor central que debe unificar y determinar el contenido del conjunto de los Derechos Humanos conquistados hasta el momento, es el respeto a la Autodeterminación y Diversidad humana.

⁵ Perez Luño, Antonio-Enrique, *La Seguridad Jurídica*, Editorial Ariel, S.A. Barcelona, 1991.

Ahora bien, para comprender la dimensión de la conquista que representa, aún para nosotras las mujeres, un modelo constitucional que hace de los valores y principios el parámetro de validez y, por lo tanto, de legitimidad de todo el orden social y económico, es importante visualizar y apuntalar el alcance asfixiante, incongruente y discriminatorio que escondió y justificó la bandera de la Dignidad en el Estado Liberal primero, y su insuficiencia en el Estado Social de Derecho.

Libertad e Igualdad condicionados a la necesidad de la certeza

Con el surgimiento del Estado Liberal de Derecho, los valores de Libertad e Igualdad emergieron como los ejes de un modelo constitucional en el cual las garantías y libertades individuales fueron concebidas como el medio para protegerse frente a la arbitrariedad y el abuso del poder del Estado. El paradigma liberal consistió en garantizar la autonomía individual frente al Estado, estableciendo límites a la acción estatal frente a la sociedad, la que se concebía como conjunto de individuos jurídica iguales. El Derecho era visto como un sistema de frenos y limitaciones cuyo fin era impedir la intervención del Estado en la sociedad, sancionando, de esta forma, la dicotomía entre Estado y sociedad civil, característica propia y específica del Estado moderno⁶.

Por otra parte, en el Estado Liberal la clase económicamente dominante necesitaba que el Estado cumpliera una función muy específica: la de garantizar y proteger la propiedad privada, la libertad de comercio y de industria. Así, al aparato estatal se le denominó Estado-policía en tanto su función básica era la protección ciudadana y el mantenimiento del

⁶ Jurado Fernández, Julio, "Acerca del Derecho Agrario Constitucional: La interpretación Constitucional y la Jurisprudencia sobre el Derecho de Propiedad", *Derecho Agrario Costarricense*, San José, C.R. ILANUD, 1992.

orden público, forma bajo la cual se garantiza la existencia de la propiedad privada y la defensa de los intereses de los propietarios.

De este modo, el Derecho como sistema de límites a la acción estatal frente a la sociedad, tuvo como objetivo mantener el sistema económico. Para ello, se requería de instrumentos jurídicos claros que permitieran y facilitaran la libertad en las relaciones económicas, así como el mantenimiento y disfrute de la propiedad privada. La seguridad jurídica, entendida como la certeza jurídica de garantizar el funcionamiento del orden económico y político del capitalismo liberal, se convierte en fin supremo del Derecho.

A partir de entonces, políticos y juristas hablarán de garantizar del **orden público**, ya que, para lograr una convivencia ordenada y libre, es necesario establecer con certeza lo que está permitido hacer y lo que está prohibido. No va a importar si esta concepción de seguridad sea justa o no. Lo que interesa es que las reglas impuestas sean cumplidas por los ciudadanos y las mujeres, quienes de paso no eran ciudadanas, y sus acciones se muevan dentro del margen previamente definido⁷.

En razón de su carácter abstencionista, y dado el carácter meramente formal de la igualdad que preconizaba el Estado Liberal, las desigualdades reales que el sistema capitalista producían, y aquellas discriminaciones anteriores que este no eliminó, impedían el pleno disfrute de los Derechos Humanos. A lo cual debe agregarse la circunstancia de que el disfrute de tales Derechos se daba en el contexto definido por la seguridad jurídica como fin supremo del Derecho.

El Derecho se construyó, entonces, como un sistema de seguridad jurídica al servicio del poder económico y político. Su estructura formal, genérica y abstracta no es casual, ya que

⁷ Pérez Luño, *La Seguridad Jurídica...*

con ella esconde la verdadera intención de sus objetivos. La pretendida universalidad de los derechos que tutela, es en realidad, la forma de ignorar las desigualdades sociales y negar la diversidad humana, problemas que no le competen al Estado.

El resultado de lo anterior es que el disfrute de la igualdad y libertad va a ser únicamente para los varones en su calidad de políticos, propietarios, industriales, comerciantes, blancos y heterosexuales. No es de extrañar entonces que bajo la bandera de la seguridad jurídica, se promulgaron y mantuvieron vigentes leyes discriminatorias.

Solidaridad y Estado Social de Derecho

Los fuertes movimientos sociales de la primer mitad del siglo XX vinieron a resquebrajar el paradigma liberal, colocando sobre la palestra social el valor de la Solidaridad, también conocido como el de Justicia Social. El Estado Social de Derecho surge como respuesta a las insuficiencias mostradas por el Estado liberal, y el paradigma de la sociedad formada por varones iguales y libres, únicamente entre los que eran propietarios, blancos y heretosexuales.

Después de la Segunda Guerra Mundial, y a raíz de las luchas y demandas de los movimientos sociales, se consolida una nueva visión del papel que el Estado debe de desempeñar frente a las grandes diferencias sociales. En su lugar, se parte de la existencia de grupos y sectores que se encuentran en situaciones de desigualdad económica, social y cultural, siendo éste el motivo que impedirá que las personas no puedan superar tales barreras con su esfuerzo aislado.

Los valores de libertad e igualdad jurídico formal, ceden su lugar protagónico para otorgárselo al valor de la Justicia Social y la Solidaridad, bajo los cuales se estructura y legitima la

nueva formulación política del Estado Social de Derecho. El Estado asume un papel de benefactor, socialmente comprometido con la justicia, la igualdad real y la solidaridad social. Para ello, ejerce la función de promover y orientar los procesos socio-económicos y culturales, con el fin de disminuir los desequilibrios y brechas entre los grupos sociales. Se reconoce, entonces, la existencia de sectores en situación de desventaja social y la necesidad de intervenir para equilibrar estas situaciones. El papel del Estado y del Derecho cambian para intervenir en áreas vedadas anteriormente. La estructura estatal varía para dar paso a la intervención y planificación del Estado en la economía, con el fin de mejorar la distribución de la riqueza.

Se inicia el reconocimiento y aprobación de un conjunto de derechos, los económicos, sociales y culturales, también conocidos como los derechos humanos de la segunda generación. Los derechos políticos y libertades individuales, se complementan con éstos nuevos derechos. De esta forma, los Derechos Fundamentales dejan de concebirse únicamente como un núcleo de derechos que garantizan la libertad del ser humano frente al poder del Estado. Se reorienta el sentido clásico de la igualdad formal hacia el concepto de la igualdad real, para lograr así una mayor equiparación entre las situaciones de desigualdad. Así, la Dignidad Humana cobra un nuevo matiz, entendida ésta como un conjunto de derechos cara al Estado, sino también como obligación de éste de promover la realización de la libertad e igualdad a partir de la remoción de los obstáculos de orden económico, social y cultural que impidan o limiten su plena concreción.

Es así cómo al Derecho se le va a dar un papel adicional: el de ajustar el carácter general y abstracto de sus normas con las especificidades y particularidades de grupos y sectores. El Derecho comienza a ser también un instrumento para promover una verdadera eficacia social de los Derechos

Fundamentales por medio del desarrollo de nuevos valores, principios y disciplinas del Derecho, que rompen la lógica y pensamiento liberal.

Tanto el poder político como el Derecho serán justos en la medida en que cumplan con los nuevos objetivos que impone la Solidaridad. Se resquebraja así el mito de la inviolabilidad de la esfera privada como principio, para dar paso a un nuevo concepto de **interés público**, que permite al Estado intervenir en áreas consideradas de exclusiva competencia privada.

El valor de Justicia Social fue tejido e impulsado por los movimientos sociales. Esto hace que su vigencia sea el resultado de un proceso social que llevó a un pacto entre los diferentes actores sociales, necesario para tender puentes en los grandes abismos provocados por el poder económico anterior. Es por ello que el valor Solidaridad está tan inmerso y sólidamente consolidado en la cultura contemporánea, a pesar de los esfuerzos por disminuir su incidencia. Se constituye, así, en una conquista histórica de la humanidad que continúa vigente como aspiración ética, a pesar de los intentos por quebrarla y a los reveses que haya podido experimentar por los movimientos de contrareforma como el llamado neoliberalismo.

Sin lugar a dudas, el Estado Social de Derecho representó un incuestionable avance en la evolución del Estado moderno, así como un significativo mejoramiento en la calidad de vida de las personas. Asimismo, el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales generó un gran impacto en todas las esferas de la vida social. Sin embargo, como todo proceso, éste ha continuado su evolución, buscando subsanar las limitaciones y deficiencias del propio Estado Social de Derecho.

El Estado Constitucional y el nuevo valor de la Autodeterminación y Diversidad Humana

A principios de la década del 90 se inició el proceso a partir del cual el Estado costarricense debe conformar todos sus actos, normativos y administrativos, a los valores y principios constitucionales. Su detonador, en el plano jurídico, fue la creación de la Sala Constitucional, la aprobación de la Ley de Jurisdicción Constitucional y las reformas a los artículos 10 y 48 de la Constitución Política.

En el período actual, las necesidades se orientan a conjugar los avances logrados con los dos modelos anteriores y lograr ajustar la actividad del Estado a los valores contenidos en la Constitución Política con el fin de fiscalizar las políticas públicas, a partir de la ética de los Derechos Fundamentales. Estos deben ser abordados como un sistema integral que abarca las libertades individuales con los derechos de tipo social, cultural y económico, respetando las especificidades y diversidades humanas. Ya no va a ser suficiente que el Estado actúe bajo la legalidad. Tampoco es suficiente el reconocimiento de los derechos sociales y económicos, ni las políticas asistencialistas o tutelares a los sectores históricamente discriminados. Derecho y Estado deben ajustarse a la legitimidad y equidad que confiere la ética de los Derechos Humanos, los cuales se articulan actualmente sobre nuevos valores y principios a los ya consolidados en las etapas anteriores.

Es así como nos encontramos en el inicio de una etapa, en donde los valores, principios y derechos conquistados hasta ahora deben ser releídos a la luz de los nuevos valores emergentes de nuestra época: el respeto a la Autodeterminación y la Diversidad Humana, tanto en su dimensión individual como colectiva. La necesidad de respetar la especificidad, diversidad y diferencia en el plano étnico,

cultural, de género, étnico, por la orientación sexual, por las limitaciones físicas, de nacionalidad, es lo que ha propiciado una incansable organización de sectores sociales que reclaman su especificidad y la necesidad de una aproximación normativa y política específica, según sus particulares condiciones. Las presiones se orientan a exigir tanto la elaboración de políticas públicas como normativas diferenciadas que respondan a la diversidad humana.

Se trata de un giro drástico frente a la evolución generada a partir de los postulados universales de la Revolución Francesa, abstractos y huecos para la mayor parte de la población. El valor a la Autodeterminación lleva a concebir al ser humano en su dimensión psicológica, social, individual y específica. Se parte, no de la abstracción y generalidad de la especie humana, sino del reconocimiento y respeto de la especificidad y diversidad por el género, la raza, la edad, su cultura, opción sexual, etnia, etc. En él se conjuga su dimensión social y colectiva sin dejar de lado su perspectiva individual como artífice de su propio proyecto de vida. La aspiración a la autodeterminación cobra nuevos matices, al extender sus alcances al derecho de cada ser persona a decidir y construir su vida sin la imposición de mandatos, funciones y patrones culturales determinados.

Surge así la necesidad de construir e impulsar el principio de la universalidad de la diferencia, que se sustenta en la necesidad de respetar la diversidad humana. Sus alcances deben de estar enmarcados en el derecho a la autodeterminación, y potenciar al máximo el principio de la especificidad. La experiencia social ha permitido comprender que las diferentes formas de control social necesitan ignorar, menoscabar o limitar el ejercicio de los Derechos Fundamentales. Aunado a esto, la aspiración actual de tener una vida libre de violencia debe de ser entendida como el derecho que tiene toda persona a no estar sometido a relaciones de poder y

control, tanto en la esfera pública como en la privada y familiar. La violencia, más que representar actos puntuales, es el instrumento que se requiere para lograr el control y sujeción tanto de una colectividad como de otro ser humano.

La Dignidad Humana, entendida ésta como el derecho de vivir el pleno desarrollo integral de las potencialidades de cada ser humano, debe ser entendida, también, como el derecho a tener una vida que pueda desarrollarse fuera del marco de relaciones de poder abusivas en el ámbito público y en el privado. Además, implica disponer de las condiciones materiales, culturales y sociales necesarias que permitan potenciar las capacidades de cada persona, en un marco de total respeto por la diversidad humana.

Es por lo dicho que el tema de los valores cobra especial importancia en el período actual. Estos establecen los objetivos y fines del Estado Constitucional, lo que abre la dimensión de su exigibilidad. Es pertinente, por lo tanto, detenernos y analizar más detalladamente la función actual que desempeñan los valores y principios.

Función de los valores y principios constitucionales

A nivel mundial, la fuerza moral de los Derechos Humanos y sus instrumentos internacionales, están cobrando una mayor legitimidad, con el fin de lograr mayor efectividad y exigibilidad de sus mandatos. Esta situación ha venido a fortalecer en la esfera nacional el papel de la jurisdicción constitucional, y de las áreas del Derecho que requieren nutrirse directamente en la ética de los Derechos Fundamentales. Esto no es producto de la casualidad, ni de una corriente dentro de la doctrina jurídica. Es el resultado de las necesidades planteadas por los diversos movimientos sociales que reclaman y presionan por la efectividad, tanto en la vida pública como en la privada, de los Derechos Humanos.

Como parte de este proceso de exigencia social, está la doctrina jurídica que se ha colocado en el terreno de la defensa de los Derechos Humanos, que ven en los valores y principios, el fundamento articulador de todo el ordenamiento jurídico. En ese sentido, representa en estos momentos la corriente jurídica más avanzada del Derecho aún cuando la misma no está exenta de prejuicios en algunas áreas o temas. Pero no se trata solamente de una escuela de razonamiento jurídico-doctrinal de orientación progresista. Son los teóricos que fundamentan un papel cada vez más protagónico del Derecho de la Constitución, para que el mismo tenga una verdadera incidencia en todos los campos de la vida nacional.

Para visualizar la función que cumplen los valores y principios dentro del Estado Constitucional, seguiremos los parámetros utilizados por la doctrina española⁸, la cual ha realizado una especial sistematización del tema a raíz de la promulgación de su nueva Constitución aprobada en 1978. Para realizar el siguiente análisis, hemos seguido los criterios utilizados por el jurista español Gregorio Peces-Barba, para analizar el lugar y función que ocupan en el sistema normativo los valores superiores que establece la Constitución Española.

Es importante señalar que al hablar de valores constitucionales nos estamos refiriendo a los contenidos tanto en la Constitución Política como en las Declaraciones y Convenios Internacionales de Derechos Humanos. Los valores y principios son el motor generador de los Derechos Fundamentales. Juntos se articulan para constituirse en el corazón del sistema normativo, que adquiere la función de irrigar con su contenido cada norma del ordenamiento jurídico.

En otras palabras, detrás de cada Derecho Humano o norma constitucional, hay un valor que lo fundamenta y lo define.

⁸ Sobre todo los criterios utilizados por el Dr. Gregorio Peces Barba, en su libro *Los Valores Superiores*, Editorial Tecnos, S.A., 1986, Madrid.

Toda ley, código o reglamento, deben ser normas que desarrollan la ética contenida en los Derechos Fundamentales, existiendo para cada uno de ellos diversos mecanismos para su exigibilidad y cumplimiento.

Los valores contenidos en la Constitución y en los instrumentos de Derechos Humanos ratificados por un Estado, representan los ideales y aspiraciones que una sociedad asume como suyos, y como tal deben ser impulsados y desarrollados por el aparato estatal y el Derecho. Estos expresan el concepto de Dignidad Humana que aspira un pueblo, y como tal, representa una ética social, legalizada por el ordenamiento jurídico.

Como producto de procesos sociales, los valores constitucionales no pueden ser tomados como abstracciones académicas ni como parte del discurso de los políticos. Condensan un acuerdo aceptado por una mayoría, formada tanto por los ciudadanos y ciudadanas, como por las diversas fuerzas sociales, grupos, sectores y organizaciones existentes. En ese sentido, los valores y principios constitucionales son la expresión del máximo pacto social logrado, en donde se decide en forma soberana los objetivos que debe de perseguir y lograr la organización social y estatal⁹.

Es así cómo valores y principios se convierten en los elementos que identifican y definen a un sistema político determinado y lo diferencian de otros. Cumplen, entonces, la función de ser el cobertor que legitima el tipo de estructura política de poder, y le confieren al ordenamiento jurídico el sentido de ser un Derecho justo. Y es esta dimensión de equidad jurídica lo que permitiría una mayor motivación de parte de la ciudadanía en el acatamiento de las disposiciones normativas¹⁰.

⁹ Peces Barba, *Los valores...*

¹⁰ *Ibidem.*

Con el Estado Constitucional surge un entretejido inseparable entre el poder, los valores y el ordenamiento jurídico. Ya no es posible aceptar como legítimo y válido que el poder se estructure solamente a partir de normas por órganos competentes y de acuerdo a los procedimientos establecidos. Tanto la estructura estatal como la jurídica, deben de responder y adecuarse al sistema de valores y principios constitucionales para encontrar legitimidad, validez y eficacia. Los valores se incorporan y materializan en normas constitucionales, y pasan a ser los fines y objetivos que deben de cumplir tanto el aparato estatal como el jurídico.

Los valores y principios que se incorporan al Derecho de la Constitución, se convierten en una ética legalizada. Dejan el plano subjetivo, filosófico, religioso o moralista, para convertirse en una ética positivizada, es decir, en disposiciones legales de acatamiento obligatorio para el conjunto de la sociedad. Es por ello que hay que abordar los valores y principios no como ideales sino como normas jurídicas, que pueden ser aprehensibles por medio de la cultura jurídica y política contemporánea. Su primer desarrollo y concreción se materializa en las disposiciones de la Constitución Política, en las Declaraciones y Convenciones internacionales de Derechos Humanos. Estos a su vez ocupan el lugar de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico, obligando a que todo el sistema normativo deba ajustar sus contenidos según las normas constitucionales. Es por ello que no pueden ser vistos como puntos específicos del Derecho, sino que deben de fundamentar cada norma particular como al conjunto del ordenamiento jurídico¹¹.

Como normas positivizadas, constituyen la faceta jurídica de una estructura y organización política que actúa por medio

¹¹ *Ibidem.*

del Derecho, el cual a su vez se encuentra legitimado por su contenido de equidad que le confiere los valores y principios constitucionales. Esta dimensión ética permite romper la concepción formalista que justifica que todo Derecho formal y regularmente creado por el órgano competente es justo. Con esto no se pretende sostener que estamos ante la superación del formalismo normativista heredados del valor Seguridad-Certeza, que concibe una norma como parte del ordenamiento jurídico si ésta cumple los requisitos formales exigidos por ley. El avance experimentado consiste en que a esta concepción, que proporciona certeza, debe de ser complementada y enriquecida por criterios axiológicos, permitiendo diferenciar lo que es válido de lo que es justo. De lo que se trata entonces, es que en la actualidad, las normas jurídicas sean a la vez válidas y justas¹².

En ese sentido, valores y principios se convierten también en la materia prima que deben de ser desarrollados tanto por el ordenamiento jurídico como por las políticas del Estado Constitucional. Son la guía y los parámetros sobre los cuales la producción normativa debe de estar orientada, reconociendo nuevos derechos o ampliando y profundizando los ya existentes. Recordemos además, que son las leyes las que enmarcan las acciones y políticas del Estado, constituyéndose en las barreras que señalan los límites que no pueden ser traspasados, o bien, señalan los derechos que deben de garantizar e impulsar tanto los operadores del Derecho como los funcionarios públicos. En ese sentido, los valores cumplen una función integradora del ordenamiento jurídico al homogenizar sus contenidos, constituyéndose en la fuente primaria para la interpretación y aplicación del Derecho. Asimismo, deben de estar contenidos en la elaboración y ejecución de las políticas estatales¹³.

¹² *Ibidem.*

¹³ *Ibidem.*

En una estructura estatal calificada de Constitucional, los primeros obligados en respetar los valores y principios constitucionales, son aquellos que tienen que producir y aplicar las normas. La obligación de desarrollar y aplicar los valores constitucionales la tienen todos los funcionarios públicos de los tres poderes de la República, según la competencia que les corresponde. En ese sentido, le compete a los legisladores, a los aplicadores del Derecho dentro del Poder Judicial, así como a los funcionarios de la Administración Pública, tanto en su labor administrativa como en la normativa referida a la aprobación de decretos y reglamentos. En lo concerniente a la sociedad civil, como generadora de costumbres, la ley otorga la posibilidad que éstas sean fuente para la interpretación y aplicación del Derecho. Pero, incluso en ese campo, las costumbres podrán tener su incidencia en el ordenamiento jurídico y en los actos administrativos, siempre y cuando éstas garanticen los valores y principios constitucionales.

Al ser una ética legalizada, los valores y principios se convierten, también, en los parámetros para fiscalizar y evaluar la función pública. Esta fiscalización debe darse para controlar el grado de sometimiento del Estado a los valores y principios, así como también para medir la efectividad de las políticas estatales, su impacto a nivel social y los resultados que logren las políticas públicas para implementar los valores y Derechos Fundamentales. Para ello se requiere de un constante proceso social, que exige una activa y constante participación de los diversos movimientos sociales. Con sus demandas, los sectores organizados que se colocan en la defensa de los Derechos Humanos, enriquecen los patrones socioculturales incidiendo también en el campo político, intelectual y jurídico. Nutren y consolidan las concepciones más humanistas y avanzadas de la cultura, presionando para convertirlos en nuevos valores y derechos, en la reformulación de las políticas públicas o la creación de nuevas disposiciones jurídicas. Y es esta ética

social que constantemente va a emerger de los sectores comprometidos con los Derechos Humanos, la que debe de traducirse en parámetros jurídicamente válidos para evaluar la función pública y el Derecho.

La función de los valores contenidos en la Cedaw y la Convención de Belem Do Pará

Los valores y principios que establecen la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, conocida como Cedaw, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como Convención Belem Do Pará, no pueden ser tomados como normas aisladas y puntuales del ordenamiento jurídico, ni como el barniz para darle una visión de género a algunas normas o políticas públicas. Al igual que lo ocurrido con los derechos económicos y sociales que modificaron la estructura del poder político, los valores, principios y derechos que emergen de dichas Convenciones deben de estar presentes en todo el ordenamiento jurídico y en cada política estatal. Su rango constitucional obligan al Estado a adecuar sus acciones a los mandatos que imponen dichos valores.

Paradójicamente, las mujeres vivimos en una situación totalmente anacrónica. Cuando exigimos el cumplimiento de los nuevos mandatos contenidos en la Cedaw y en la Convención Belem Do Pará, políticos, diputados y jueces niegan su aplicación basándose en los principios ya superados del Estado liberal. Se nos dice que la ley no puede hacer distinciones, ya que debe de ser general para todos los casos.

En plena vigencia jurídica de los principios de igualdad real y de especificidad, materializados ya en áreas como los derechos de las personas menores de edad, se niegan a legislar de acuerdo a la especificidad de nuestra realidad. Cuando se

trata de lograr la equidad de género, se desconoce la evolución y avances ocurridos en el Derecho, en especial los que han redimensionado los valores y principios constitucionales. En cambio reviven la superada y obsoleta conceptualización que se le dio al derecho de igualdad de la época liberal retoma así la falacia de la pretendida generalidad y universalidad de las normas, con el fin de mantener una situación de discriminación y poder. Otros opositores a la equidad de género, se amparan bajo la bandera de la Igualdad y del principio de no discriminación por razón de sexo bajo una restringida conceptualización para no aprobar medidas diferenciadas y específicas.

De esta forma, en aras de la igualdad se retrocede a los postulados liberales de la igualdad formal para negar la necesidad de la especificidad y de las políticas diferenciadas. Y cuando los políticos se ven obligados a echar mano del principio de la igualdad real como correlativo del valor Solidaridad, éste se traduce en políticas asistencialistas que parten de una visión de subestimación de la mujer como persona vulnerable y débil que necesita la ayuda del Estado. Como consecuencia de esto, el reconocimiento y garantía de los Derechos Humanos para las mujeres son en el mejor de los casos, concesiones que se les hace en algunas áreas, sin que esto se convierta en la potencialización de todas sus facultades como sujetas activas y protagónicas de sus vidas, con plena participación en la vida nacional.

El Estado está en el deber de cumplir con los valores, principios y derechos contenidos en la Cedaw como en la Convención Belem Do Pará, y acatar sus disposiciones que son de carácter obligatorio para un Estado Constitucional como el nuestro. De esto se desprende la responsabilidad ineludible para el movimiento de mujeres, que es la de delinear y precisar los contenidos y alcances de los mismos, pues hemos sido nosotras quienes hemos impulsado su redacción y aprobación.

La moral que impulsa el movimiento de mujeres dejó de ser las posiciones “radicales” de las feministas. Se convirtió en una ética legalizada que se transformaron en normas que sirven como parámetro de interpretación de la Constitución, por lo que deben de ser integradas al ordenamiento jurídico. En ese sentido, estos nuevos valores y principios redimensionan el contenido de los Derechos Fundamentales ya reconocidos, ampliaron las prioridades y objetivos del Estado, y se convirtieron en los parámetros para medir y evaluar la legitimidad del Estado y del Derecho. De aquí la importancia de extraer y explicitar la ética legalizada que encierra tanto la Cedaw como la Convención Belem Do Pará.

Esta nueva fuerza expansiva de los derechos fundamentales los ha convertido en el alma misma del sistema normativo costarricense. Su contenido axiológico trasciende a la norma, y se convierte en la plataforma que obliga y legitima la acción del legislador en la aprobación y ratificación de instrumentos internacionales de derechos humanos como de leyes especiales que los desarrollan. Esta es la sangre que debe de dar vida a los nuevos derechos y reformas legislativas en materia de equidad de género, y que deben de informar, orientar y guiar la mano tanto del legislador como del juez.

Los nuevos mandatos que impone la Cedaw

Desde finales de los 80, el movimiento de mujeres de Costa Rica ha impulsado las propuestas de reformas legislativas, basándose en la fuerza moral que permite la denuncia de la realidad en que viven las mujeres, como de los mandatos contenidos en los Convenios Internacionales ratificados por nuestro país.

De esta forma, la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer obtuvo su legitimidad jurídica a partir de las disposiciones de la Convención sobre la Eliminación de Todas

las Formas de Discriminación contra la Mujer, también conocida como la Convención de la Mujer. La Ley contra la Violencia Doméstica basó su fundamentación constitucional en la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres. El proyecto de Ley para la Penalización de la Violencia contra las Mujeres mayores de edad se apoya en las disposiciones de ambas Convenciones.

Sin embargo, la importancia de estas Convenciones no ha sido reconocida por la clase jurídica y política de nuestro país. En el caso concreto de la Cedaw, fue aprobada y ratificada por nuestro país en 1985. Desde entonces, su contenido ha sido y sigue siendo prácticamente desconocido, aún cuando sus normas son de carácter obligatorio. Cuando su existencia es mencionada, se le asume como una declaración que confirma el reconocimiento de la igualdad entre hombres y mujeres que en todo caso Costa Rica asumió en su Constitución Política en 1949. Poco o ningún valor jurídico se le ha conferido a esta Convención, con lo cual pocas han sido las consecuencias jurídicas que de ella se han derivado. En el mejor de los casos algunos funcionarios públicos la han asumido como un conjunto de principios utilizados ocasionalmente para sustentar o legitimar algunas políticas públicas puntuales, la aprobación de algunas normas, o la fundamentación de esporádicas resoluciones judiciales.

De aquí que debe ser el movimiento de mujeres quienes reivindiquen y reestablezcan el verdadero lugar jurídico de la Cedaw, su significado y alcance. Nos corresponde a nosotras extraer, explicitar y desarrollar el contenido que encierran dichas normas, pero sobre todo enfatizar su carácter obligatorio sobre el resto del sistema normativo. Hasta ahora, su funcionalidad se ha limitado básicamente a dos áreas: en la arena internacional, se le ha visto como el medio más débil de la ONU para denunciar el incumplimiento del Estado costarricense en materia de equidad de género. A nivel

nacional, ha sido utilizada por el movimiento de mujeres en la fundamentación de proyectos de ley para conquistar nuevos derechos. Sin embargo, todavía hay un mundo por explorar y explotar que es la utilización cotidiana de la Cedaw como norma jurídica suprema, de lo que se desprende la obligatoriedad para toda la estructura política y jurídica, de adecuar sus actuaciones y disposiciones a los valores y normas de la Cedaw.

El papel de los movimientos de mujeres

Las Convenciones que reconocen derechos para las mujeres, han sido aprobadas gracias a largos procesos de negociaciones y movilizaciones de los movimientos de mujeres nacionales, que a su vez han creado redes e instancias internacionales de organización y presión. Desde los diversos espacios sociales, políticos, académicos y culturales en donde han interactuado, el movimiento internacional de mujeres ha empujado a las Naciones Unidas y a la Organización de Estados Americanos a la apertura de espacios de discusión sobre la equidad de género, logrando la aprobación de Planes de Acción, Declaraciones y Convenios Internacionales de derechos humanos para las mujeres.

La búsqueda del respeto de la Dignidad de la Mujer se inició con la Revolución Francesa cuando mujeres como Olimpia de Gouges reclama la aplicación de los principios de Libertad, Igualdad y Fraternidad se apliquen también para las mujeres. A partir de ahí comienza una cadena ininterrumpida de demandas y presión por parte del movimiento de mujeres para conquistar el respeto y ejercicio de los más elementales derechos del ser humano. El aporte decisivo de las mujeres en el desarrollo de los Derechos Humanos, arranca desde la escogencia del propio término utilizado para denominar los derechos inalienables e intrínsecos a cualquier persona. El 10 de diciembre de 1948, la

Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, mencionando en su artículo 2 que

que cada uno es titular de todos los derechos y libertades fijadas en esta Declaración sin distinción de ningún tipo, ya sea raza, color, sexo...[Sin embargo,] cabe destacar aquí la lucha librada por Eleanor Roosevelt y las delegadas latinoamericanas para que estos derechos llamados “derechos del hombre” hasta ese entonces, aparecieran en la Declaración Universal como “derechos humanos”. Este cambio pretendió incluir bajo esta categoría, no sólo a los hombres, sino también a las mujeres sentando las bases para incorporar en el artículo 2 la palabra “sexo”¹⁴.

Desde entonces, las mujeres han exigido su presencia y participación dentro de la comunidad internacional, cuestionando y resquebrajando los paradigmas sobre los cuales deben de responder los Derechos Fundamentales, obligando con ello a nuevos planteamientos y conceptualizaciones sobre los mismos. Esto cobró mayor auge a partir de los años setenta cuando se convoca a la Conferencia Mundial del Año Internacional de la Mujer en 1975, la que fue seguida por la declaración del Decenio de Naciones Unidas de la Mujer: “Igualdad, Desarrollo y Paz”. Este decenio comprendió los años de 1976 a 1985, período dentro del cual se redactó la Cedaw, siendo aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1979.

El movimiento internacional de mujeres ha necesitado desplegar un enorme esfuerzo y constancia para lograr ser

¹⁴ Guzmán, Laura y Pacheco, Gilda, “IV Conferencia Mundial sobre la Mujer: Interrogantes, nudos y desafíos sobre el adelanto de las mujeres en un contexto de cambio”. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Estudios básicos de derechos humanos IV*, Compilado por Laura Guzmán y Gilda Pacheco Oreamuno, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, C.R. 1996, pág. 22.

escuchadas y lograr parcialmente la legitimidad de sus demandas. En este camino, se ha construido una larga trayectoria de denuncia, de análisis y elaboración de propuestas basada en las vidas de las mujeres así como de la experiencia y aprendizaje que da la historia. Emerge así una ética crítica impulsada por los movimientos de mujeres que se contraponen a la moral y cultura mayoritaria, cuestionando además los sistemas políticos, jurídicos y sociales de poder que mantienen el engranaje de la organización social.

Así, organizaciones de mujeres como las Madres y Abuelas de la Plaza de Mayo han jugado un papel clave dentro de los movimientos sociales que han cuestionado las actuales estructuras de poder. Han logrado ampliar los criterios que se han llamado como las “exigencias que se consideran imprescindibles como condiciones inexcusables de la vida digna”¹⁵. Con la aprobación de la Cedaw, entre otras, esta conciencia crítica se transformó en una moral legalizada capaz de redimensionar el significado de los valores y Derechos Humanos, para convertirlos en instrumentos capaces de incidir en el funcionamiento de la vida social, y de orientar su desarrollo bajo una nueva concepción de Dignidad.

Como moral legalizada, las disposiciones de la Cedaw salen de la esfera de la conciencia de un sector para formar parte del sistema obligatorio y coercitivo tanto del ordenamiento jurídico nacional como internacional. Sin embargo, para su interpretación y aplicación, se debe partir de que sus normas son el resultado de procesos sociales e históricos, y no de ocurrencias aisladas o académicas. Es por ello que la tarea de interpretación no puede ser monopolizada por juristas, diputados o políticos, pues fue precisamente el movimiento de mujeres el que impulsó su redacción, delineó su contenido, demandó su aprobación, y sigue exigiendo su cumplimiento.

¹⁵ Citado por Peces Barba, *Curso de Derechos Fundamentales...*, pág. 110.

El lugar jurídico que ocupa la Cedaw

Antes de 1989, la Constitución Política de Costa Rica disponía que cualquier tipo de Tratado o Convención, ya sea sobre Derechos Humanos, comercio, el ambiente, trabajo, tenían un rango jurídico superior a las leyes nacionales pero inferior a la Constitución Política. Colocados en ese nivel, las Convenciones en materia de Derechos Humanos tuvieron una pobre y escasa incidencia en el funcionamiento cotidiano del sistema judicial y político, y menos aún en el campo de su efectividad. Sin embargo esta jerarquía cambió en la última década produciendo efectos tanto en el engranaje del aparato estatal, como en el ámbito normativo y judicial.

La orientación actual de los Estados Sociales de Derecho, es consolidarse como Estados constitucionales. En el caso de Costa Rica, este proceso se inició con la creación de la Sala Constitucional, popularmente conocida como la Sala IV, ya que coloca sobre la palestra social y política un nuevo tipo de vigencia jurídica de la Constitución Política. La Carta Magna siempre ha tenido un valor jurídico superior al resto del ordenamiento. Sin embargo, su importancia nunca trascendió de la esfera formal. Esta situación cambió con la creación de la Sala Constitucional, junto con los nuevos alcances y flexibilización de procedimientos contenidos en la Ley de Jurisdicción Constitucional a los recursos de amparo y las acciones de inconstitucionalidad. Esto abrió nuevas posibilidades reales para confrontar la adecuación de las normas y los actos de funcionarios públicos, con los valores y principios constitucionales.

Estos cambios se vieron reforzados con la creación de otro órgano de vigilancia de las actuaciones de la Administración Pública, como es el caso de la Defensoría de los Habitantes, confiriéndole a los Derechos Fundamentales un ropaje protagónico y central tanto en el ordenamiento jurídico como

en la vida nacional. Más que una declaración formal, el proceso de constitucionalización de nuestro Estado se debe al impacto social que produjo la aparición de una jurisdicción constitucional y sus procedimientos de protección de los Derechos Humanos. En ese sentido, ha habido una apropiación social de la Sala IV por las y los ciudadanos como un instrumento válido para defenderse de lo que estiman como violatorio a sus derechos.

Más allá de la discusión que se pueda dar sobre las ventajas y desventajas del sistema de control constitucional instaurado en 1989, lo cierto es que la creación de la Sala Constitucional trascendió del ámbito jurídico, para cobrar vida en la esfera política y social. La Sala IV conmocionó la vida del país, al anular leyes que se creían sólidas y válidas por haber sido debidamente aprobadas por la Asamblea Legislativa, como fue el caso de la Ley contra el Narcotráfico. La aspiración de un Derecho justo dejó de ser un concepto teórico de materia exclusiva de los técnicos en Derecho, para ser utilizada por la ciudadanía, con lo cual incorporó un nuevo dinamismo a la protección de los Derechos Humanos y con ello potenció la superioridad jurídica de la Constitución. La creación de la Sala IV generó que la propuesta de la doctrina jurídica que exige la congruencia entre la norma, el valor y su concreción por parte del Estado, haya podido ser apropiada por sectores sociales más amplios. Existe una necesidad social real de contraponer la validez de las normas y actos administrativos con los postulados de la Constitución y las Convenciones de Derechos Humanos, cobrando mayor vigencia jurídica el concepto de Derecho justo en contraposición al Derecho formalmente válido. La noción de Justicia se la confiere su concordancia con los valores, principios y derechos fundamentales, convirtiéndose éstos en la legitimidad del Poder y el Derecho. Es así cómo ha habido un proceso social, poco visibilizado de constitucionalización del Estado, como proceso que emerge desde la ciudadanía.

Ahora bien, el sistema de valores y principios no se tejen ni se agotan en las normas constitucionales. Las reformas constitucionales de 1989 colocaron a los instrumentos de Derechos Humanos ratificados por nuestro país en el mismo rango normativo que la Constitución Política. En ese sentido, sus normas, valores y principios se integran con los contenidos de la Carta Magna, con lo cual la Constitución se convirtió en una sombrilla que abraza en su seno y en igualdad de jerarquía, las normas de Convenciones internacionales de Derechos Humanos, junto con las propias. Pero aún hay más. La jurisprudencia de la Sala Constitucional, la cual es vinculante y obligatoria para todos los funcionarios públicos, ha establecido desde 1992 que los Convenios internacionales son instrumentos válidos para interpretar las normas constitucionales, reconociéndole con ello un rango SUPRA constitucional cuando éstos otorguen mayores derechos o garantías a las personas de lo que lo hace la Constitución¹⁶. Esto significa que si hay dudas sobre el contenido de una norma constitucional, va a ser el articulado de la Convención la que va a determinar su significado y alcance, siempre que con su interpretación se le otorgue un mayor derecho o garantía de sus derechos a las personas.

Este nuevo escenario jurídico-constitucional le otorga a la Cedaw un lugar diferente y con ello nuevas funciones jurídicas en un modelo de Estado constitucional como es el costarricense. A partir de la década del 90, la Cedaw tiene el mismo rango jurídico que la Constitución Política, desprendiéndose de esto una rica gama de posibilidades jurídicas y políticas. Leyes, decretos, actos administrativos, políticas públicas, no pueden desconocer ni contravenir los valores, principios y normas de la Cedaw. Aunado a esto, surge el reto

¹⁶ Voto No. 3435-92 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica y su aclaración No. 5759-93.

de explorar la posibilidad que, de conformidad con la jurisprudencia de la Sala Constitucional, la Cedaw tenga además un valor SUPRA constitucional, con lo cual, las normas constitucionales deberían de interpretarse a la luz de los mandatos de la Cedaw. Para ello es necesario analizar si la Cedaw otorga mayores derechos o garantías a las mujeres. De ser así, la Cedaw vendría a calificar y definir a la totalidad de la estructura del Estado, tanto en su dimensión política como jurídica, colocándose la Cedaw como la Carta Magna de la propia Constitución Política en materia de equidad e igualdad de género. Esto podría ser así, ya que el ámbito de acción de la Cedaw cubre en realidad a la totalidad de la población. Aún cuando sus destinatarias sean las mujeres, éstas no son un sector o grupo de la sociedad. Son la mitad de la población. La Cedaw se dirige a establecer los parámetros en que deben de desarrollarse las relaciones entre hombres y mujeres, entre Estado y mujeres, entre instituciones y mujeres, entre Estado y sociedad civil, con lo cual engloba a toda la población.

Las consecuencias de esto son enormes pero aún no palpables en toda su dimensión. Estamos en las puertas del inicio de una nueva cultura jurídica que por primera vez, reconoce el valor jurídico de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y su rango jerárquico superior en la arena social, política y jurídica. Como instrumento para garantizar esto, se encuentra la Sala IV como el guardián de la supremacía de los Derechos Fundamentales y sus garantías constitucionales teniendo la potestad de anular o declarar de inconstitucional cualquier disposición jurídica o administrativa que pueda limitar, menoscabar o suprimir los valores, principios y derechos constitucionales.

El contenido axiológico y normativo de la Cedaw

Como su nombre lo indica, la Cedaw es el cuerpo normativo que establece las directrices necesarias para que los Estados signatarios eliminen todas las formas de discriminación contra la mujer. Para ello, el aparato estatal debe de garantizarle a las mujeres el reconocimiento y ejercicio de todos los Derechos Fundamentales, en igualdad de condiciones con los hombres. Su fundamento deviene del principio básico y universalmente reconocido que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”¹⁷, pudiendo cualquier persona invocar cualquier derecho sin distinción de sexo.

La motivación que impulsó la redacción y aprobación de la Cedaw es que “la discriminación contra la mujer viola los principios de igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana”¹⁸. Se asume que la discriminación constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad ya que “la máxima participación de la mujer en todas las esferas, en igualdad de condiciones con el hombre, es indispensable para el desarrollo pleno y completo de un país, el bienestar del mundo y la causa de la paz”¹⁹.

No se trata entonces de una Convención orientada hacia un área específica de la convivencia humana, de un determinado campo de acción del Estado, o de un grupo específico de derechos. Abarca todos los Derechos que hasta la fecha han sido reconocidos a los seres humanos en todas las esferas de la vida. En grandes rasgos, abarca los derechos políticos y de participación en cualquier área de la vida pública lo cual comprende entre otros el derecho a ocupar cargos públicos.

¹⁷ Declaración Universal de Derechos Humanos y Considerandos de la Cedaw.

¹⁸ Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Considerandos.

¹⁹ *Ibidem*.

Aborda los derechos civiles, ocupándose en forma específica de los derechos a la nacionalidad, al matrimonio y a la capacidad jurídica de la mujer. Comprende los derechos referidos a la educación, la cultura, el deporte, el empleo, la seguridad social y los derechos económicos como son entre otros, los derechos al crédito o a las prestaciones familiares, otorgándole además especiales derechos a las mujeres que viven en el área rural. Cubre también los derechos a la atención médica, protección a la maternidad y al embarazo para que éstos no sean motivo de discriminación.

Aún cuando en las principales Declaraciones, Tratados y Convenios de Derechos Humanos se establezca el derecho a la igualdad y el principio de la no discriminación por razones de sexo, fue necesario un recuento explícito de los Derechos Fundamentales ya reconocidos en ellos, en una Convención específica para la no discriminación contra la mujer. Es así como en los propios considerandos de la Cedaw, se reconoce que “a pesar de estos diversos instrumentos las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones”²⁰. En ese sentido, un análisis simplista y superficial podría alegar que la Cedaw viene a confirmar lo establecido en Convenciones y Declaraciones de Derechos Humanos, con lo cual no vendría a agregar mayores derechos que los ya reconocidos al género humano, salvo los referidos a la protección de la maternidad y el embarazo, los cuales son específicos para las mujeres por su capacidad reproductiva.

Sin embargo, esto no es así. La base central de la Cedaw es la exigencia hacia los Estados de su deber de garantizarle a las mujeres, el pleno goce de los Derechos Fundamentales, en igualdad de condiciones con el hombre. Tenemos entonces que el elemento diferenciador de la Cedaw con respecto a las otras Convenciones es la “igualdad de condiciones”, concepto que

²⁰ *Ibidem.*

involucra en forma preponderante en su sistema axiológico los valores y principios referidos a la Igualdad y Solidaridad. Sin embargo, va a ser el valor Igualdad el que va a jugar un papel decisivo en la Cedaw, ya que el concepto que encierra el valor a la Solidaridad va a estar en función de cómo debe darse el derecho a la Igualdad. Es así como el fundamento de la Cedaw se centra en la Igualdad. En ese contexto, el análisis de la Cedaw debe de orientarse a establecer si ésta contiene elementos adicionales y diferentes al concepto de igualdad que la doctrina jurídica de los Derechos Humanos ha utilizado en las últimas décadas.

Lo novedoso de la Cedaw

La Cedaw es en realidad la Convención especializada sobre el derecho a la Igualdad. Cada norma va a expresar la forma en que debe de traducirse la Igualdad entre los sexos en las diferentes áreas de la vida de una sociedad para ser desarrollados por las políticas públicas y el ordenamiento jurídico. Así, el artículo 1 de la Cedaw establece:

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.

Este primer artículo es el que determina y potencia los alcances de la Cedaw. En él es donde se establece el marco axiológico y normativo para interpretar y aplicar el resto del articulado de la Cedaw. En su primer aproximación, define **discriminación** con el concepto tradicionalmente utilizado por

la doctrina, entendiéndola como las acciones, políticas o normas que excluyen, hacen distinciones o restricciones, en este caso a las mujeres, que limiten o anulen sus Derechos Fundamentales. Se alude entonces al principio de no discriminación, con lo cual coloca a la Cedaw en el terreno por excelencia del derecho a la igualdad.

Así como el valor de la Solidaridad fue construido e impulsado por los sectores sociales empobrecidos, el derecho a la Igualdad contenido en la Cedaw es el resultado de un proceso histórico tejido por los movimientos de mujeres. Estas cuestionaron el concepto tradicional de igualdad tanto en su dimensión formal como en su concepción de justicia distributiva levantada por el Estado Social, entendida ésta como la necesidad de tomar medidas tutelares que redistribuyan la riqueza con el fin de disminuir los desequilibrios sociales. Como se verá más adelante, se aparta de la visión que define el derecho a la igualdad a partir de la situación particular de uno de los sexos, según las necesidades que se desprenden del tipo de modelo político y económico en que se encuentran. Rompe la tradicional posición de crear formulaciones genéricas y universales que tienen como resultado la invisibilización de las particularidades en que se encuentran los diversos sectores sociales y que permite su discriminación. Introduce así el elemento de la especificidad como factor decisivo a tomar en cuenta en la formulación de las políticas y normas. Además, va más allá de concebir la discriminación social como resultado de un sistema económico, siendo por ello insuficientes las medidas tendientes a mejorar las condiciones materiales de los sectores discriminados.

Recordemos que no todo lo que se quiso, quedó consignado como parte del articulado de la Cedaw. Como ya se dijo, su contenido recoge una nueva conciencia, basada en una elaboración más profunda sobre lo que debe de entenderse como Igualdad, necesaria para lograr la Dignidad Humana. El

propio Estado Social emergió reivindicando un sentido de la Igualdad diferente al concebido por el liberalismo. Sin embargo, fueron las mujeres quienes evidenciaron las insuficiencias y límites de la concepción de igualdad de uno y otro modelo estatal. La Cedaw recoge así la ética legalizada más completa e integral que se haya sido materializada en una convención que tutele el derecho a la Igualdad, ya que realiza una síntesis de ambas posiciones y de las insuficiencias de cada una de ellas. Se trata entonces de la Convención por excelencia de la Igualdad entre los sexos, con lo cual involucra al conjunto de la humanidad. Es por ello que su promulgación marca un hito, de la misma forma en que lo hizo la Declaración Universal de Derechos Humanos, impulsando una nueva visión sobre el trato que debe darse entre las personas en todas las esferas de la vida, profundizando y potenciando el contenido tradicional del derecho a la Igualdad.

El concepto de Igualdad en la Cedaw

a. La igualdad formal

La Cedaw tuvo que establecer de nuevo la obligación de los Estados de cumplir, con las nociones más básicas y elementales de la igualdad formal, aún cuando ésta estuviera contenida mucho tiempo atrás en otras convenciones generales de Derechos Humanos.

La igualdad formal tiene varias aristas. Su acepción más vieja dentro de la evolución del Estado moderno, es el de la igualdad formal ante la ley, principio que arranca en el Estado Liberal. Su fundamento encuentra sustento en el valor Seguridad, el cual busca crear la certeza de saber a qué atenerse. Con ello se pretende que todas las personas que se encuentran en una misma situación, sean tratadas en forma igual, obteniendo además las mismas consecuencias jurídicas. La igualdad formal comprende además la llamada igualdad

procesal, la cual exige igualdad de trato en los procedimientos administrativos o judiciales que establece la ley para exigir derechos. En ambas situaciones se tiene entonces que “...un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales...”²¹.

La igualdad ante la ley se manifiesta en el principio de la no discriminación, el cual establece la exigencia de un trato igualitario como punto de partida entre todos los seres humanos. Se parte del supuesto que hay que tratar en forma igual a quienes son iguales, en donde ciertas diferencias o desigualdades como son las diferencias físicas, de raza, de sexo, condiciones económicas, culturales, religiosas, políticas, etc., no son relevantes ni pueden tomarse como elementos válidos para aplicar un trato desigual. Desde el punto de vista normativo, se ve “como principio o directiva genérica concerniente a cómo deben ser tratados los seres humanos”²². Surge así la obligación del Estado de realizar acciones tendientes a equiparar el trato y la regulación jurídica entre las personas, por considerarse irrelevantes o ilegítimas las diferencias que existan entre ellas, como podría ser el factor del sexo. A su vez, esta misma obligación exige al poder público no realizar actos que discriminen -lo cual supone excluir, distinguir, limitar- por estas mismas diferencias²³.

En el caso de las mujeres costarricenses, la igualdad formal fue inexistente hasta 1949, negada reiteradamente por el Estado liberal. Fue el Estado Social el que vino en forma tardía a reconocer el principio básico de la igualdad formal entre hombres y mujeres. Es así como se reconocen los derechos políticos y civiles, entre los que están por ejemplo el derecho al sufragio, la igualdad ante la ley, la igualdad de derechos

²¹ Laporta F., “El principio de igualdad: introducción a su análisis”. Citado por PECES BARBA. *Curso de Derechos Fundamentales...* Pág.284.

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

entre los cónyuges, los cuales en nuestro país fueron reconocidos en el 49, mucho antes de la aprobación de esta Convención.

Aún así, el derecho a la igualdad formal es un principio que aún hoy día se continúa violentando en plena vigencia de nuestro Estado Social de Derecho. Como ya se apuntó, el ordenamiento jurídico no puede tener normas que conlleven un trato diferenciado pero injustificado entre hombre y mujer, produciendo una situación discriminatoria contra la mujer. Aún cuando nuestra Constitución Política establece desde 1949 la igualdad entre los cónyuges, podemos aún recordar la norma de nuestro Código de Familia disponiendo que en caso de divergencia y conflicto de opiniones entre los progenitores en asuntos referidos a sus hijos, prevalecía la decisión del padre sobre la madre. Esta norma fue derogada en 1990 por la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer. Asimismo, se mantienen aún disposiciones discriminatorias en el Código Penal, al establecer un trato diferente a la mujer, cuando exigen su “honestidad”, como requisito para que ésta pueda ser destinataria de la protección del sistema penal. Podemos visualizar así cómo la Igualdad formal se liga al valor Seguridad, pues como mujeres tenemos el derecho a tener la certeza que por nuestro sexo, no vamos a ser excluidas o limitadas del reconocimiento de nuestros Derechos Fundamentales.

b. La Igualdad Real o material

La Cedaw se redacta y aprueba en el contexto histórico del desarrollo del Estado Social de Derecho. Por ello gran parte del contenido de la Cedaw se vio alimentado por los avances y conquistas que significó dicho modelo estatal. Así, la Cedaw se nutre del valor Solidaridad, el cual potenció el derecho a la Igualdad hacia nuevas áreas, dando paso a un nuevo grupo de

Derechos Humanos, los económicos, sociales y culturales, redimensionando así los ideales que se tenían de Libertad e Igualdad.

En este punto, es importante señalar el trasfondo que se encuentra detrás del reconocimiento de estos nuevos derechos. Recordemos que fueron las demandas y movilizaciones de la clase trabajadora y sectores discriminados, los que pusieron de manifiesto la injusticia de un sistema económico que generó condiciones de pobreza y exclusión para ellos. Así como el modelo de estado liberal fue el instrumento para crear y garantizar los derechos de quienes tenían la propiedad de los medios de producción, con el Estado Social surgen los derechos tendientes a mejorar las condiciones de vida de los sectores que hacen posible la puesta en marcha tanto de los medios productivos como los diferentes servicios necesarios para el funcionamiento de la organización social. Es así cómo dentro de las políticas públicas, toman prioridad los derechos económicos, sociales y culturales, especialmente los concernientes a los derechos laborales, los derechos a la educación, la vivienda, la atención médica, servicios básicos de agua, luz, teléfono.

El gran avance del Estado Social fue entonces la de reconocer que las diferencias económicas y sociales son generadas por el sistema económico y por lo tanto de incumbencia al conjunto de la sociedad. Se le da entonces la obligación al Estado de intervenir en la sociedad civil, tomando las medidas correctivas necesarias para disminuir dichas diferencias, impulsando una más equitativa distribución de la riqueza para mejorar así las condiciones de vida de los sectores productivos pero empobrecidos como resultado del sistema económico.

Es así como se construye en lo jurídico el concepto de igualdad real o material, el cual parte que no hay mayor injusticia que tratar en forma igual, a quienes se encuentran en

situaciones de desigualdad. Opera aquí entonces el principio de tratar en forma desigual a quienes se encuentran en situación de desventaja o discriminación. En este caso, consideraciones económicas, sociales y culturales toman relevancia, debiendo de ser tomadas en cuenta por el ordenamiento jurídico y por las políticas públicas, creando regulaciones específicas dirigidas a dichos sectores. Estas deben de contener medidas que otorguen mayores protecciones, facilidades, recursos, atención, beneficios y derechos que permitan remediar el desequilibrio existente.

El otro matiz de la igualdad real es que se justifica tomar medidas de acción afirmativa o discriminación positiva, para lograr un real y efectivo acceso a los Derechos Humanos, tema que tocaremos con mayor profundidad más adelante.

Se construye así un nuevo ideal de igualdad concebida como "...una condición para la autonomía de los individuos"²⁴, es decir, "...la igualdad consiste en concretar los criterios materiales para llevar a cabo el valor solidaridad, en crear las condiciones materiales para una libertad posible para todos, y en contribuir a la seguridad con la satisfacción de necesidades a quien no puede hacerlo por su propio esfuerzo"²⁵.

Este es el terreno axiológico en que se sitúa la Cedaw. La igualdad debe de ser concebida como instrumento para ejercer la libertad. Desde el punto de vista moral, existe consenso que los principales valores de nuestra cultura son la Seguridad, la Igualdad, la Solidaridad y la Libertad. Sin embargo, la Libertad siempre ha tenido un peso central entre este grupo de valores y

²⁴ Veca, Salvatore, citado por Peces Barba, *Curso de Derechos Fundamentales...*, pág. 284. La cita textual es la siguiente: "...En realidad, una sociedad conceptualizada como esquema de cooperación y de conflicto para individuos y grupos diferentes, dotados de intereses y de concepciones del bien diferentes y divergentes, no puede sino considerar como un bien público y colectivo el igual valor de la libertad para los diferentes grupos. Es una condición para la autonomía de los individuos. La igualdad se interpreta, pues, a partir de la libertad o bajo su conexión..."

²⁵ *Ibid.*, pág. 283.

derechos que conforman el ideal supremo de Dignidad Humana. Vistas así las cosas, la seguridad, la solidaridad y la igualdad son los requisitos indispensables para lograr la plena libertad del ser humano, fin último para poder vivir con dignidad. Es por ello que éstos se relacionan entre sí para orientarse a completar y perfeccionar la libertad.

Es así como la Cedaw concibe la igualdad real o material como instrumento para llegar en igualdad de condiciones al ejercicio de los Derechos Humanos, y con ello al disfrute de la libertad. De esta manera el binomio que compone la igualdad se traduce en concebir la igualdad formal como punto de partida y la igualdad material el elemento necesario para llegar a lograr la libertad²⁶. Este objetivo el cual ha sido la meta para los hombres, debe ser la misma para las mujeres.

Crear las condiciones materiales para tener acceso al disfrute de los Derechos Fundamentales, no puede ser asumido entonces como una fórmula política de carácter asistencialista, que dota algunos recursos para aliviar la tensión en las condiciones de vida de los menos favorecidos. La igualdad real va mucho más allá que esto. Para las mujeres, ejercer los Derechos Fundamentales en igualdad de condiciones que los hombres, es el punto de partida y el medio para llegar a vivir en libertad, derecho que se tiene por ser humanas. No se trata entonces de otorgar concesiones, de mejorar la calidad de vida, sino una efectiva situación de goce de la libertad, entendida ésta como la posibilidad real de tener acceso y uso de todos los Derechos Fundamentales.

²⁶ *Ibidem.*

Los elementos nuevos que introduce la Cedaw

El principio de la no discriminación

La Igualdad como valor, traducida en el ámbito público y jurídico, se manifiesta en dos diferentes formatos pero que no son más que las caras de una misma moneda. Por un lado, se traduce en la obligación del Estado de realizar acciones dirigidas a nivelar el desequilibrio y la desventaja social en que se encuentra la mujer, con el fin de equiparar la situación de las mujeres al mismo nivel que la de los hombres. Esto se traduce en la Cedaw cuando emplea la fórmula que dice “en igualdad de condiciones”. La otra faceta es la que se manifiesta por medio del principio de no discriminación, que exige del poder público no tomar disposiciones que discriminen a las mujeres por su sexo. Ambas facetas tienen que ser cumplidas en forma simultánea y ser parte de toda política pública.

El artículo primero de la Cedaw se enmarca dentro de este último matiz. Tanto el artículo primero como el resto del artículo de la Cedaw que establece derechos y define obligaciones, se nutren de toda la conceptualización que sobre la Igualdad se ha hecho hasta ahora, la cual ha sido sistematizada por la doctrina jurídica, y aplicada por las diferentes jurisdicciones que velan por los Derechos Humanos. Este bagaje conceptual forma parte de los elementos indispensables para la interpretación y aplicación de la Cedaw, los cuales fueron señalados brevemente en el acápite anterior. Sin embargo, la Cedaw fue más allá de esa conceptualización, que por sí misma ha representado un avance fundamental en la lucha por los Derechos Humanos.

Además de abarcar las acciones que excluyan o realicen algún tipo de restricción o distinción por razón de sexo, la Cedaw amplía su alcance para abarcar esta vez acciones, políticas o leyes que tengan un resultado discriminatorio para las mujeres. Así, la discriminación no va a estar definida

únicamente por la forma en que va a estar expresada la disposición, teniendo por primera vez relevancia jurídica en el campo de la equidad de género, los resultados del acto o de la norma.

De esta forma, la Cedaw va a establecer dos parámetros centrales para medir si existe discriminación o no hacia la mujer. El primero está dirigido a evaluar la disposición de tipo administrativo o jurídico en su formulación y/o contenido, para lo cual no es necesario tomar en cuenta la manera en que es aplicado, por estar íntimamente ligado con el resultado. Estamos entonces en el campo por excelencia de la formalidad, con lo cual la ilicitud de la disposición va a provenir directamente del formato en que se está expresado la medida.

El segundo parámetro es la medición del resultado que produce el acto, disposición administrativa o la norma. Pasamos entonces del plano de la formalidad a la realidad, otorgándole por primera vez, relevancia jurídica la propia vida de las mujeres, como criterio de evaluación de las políticas públicas y del ordenamiento jurídico. Van a ser intrascendentes los considerandos o las motivaciones de quienes dictan, aprueban o aplican la disposición, o incluso las justificaciones que sobre las normas haya hecho la doctrina jurídica, aún cuando éstas hayan tenido como fundamento la igualdad del hombre y la mujer (art.1 Cedaw). El elemento verdaderamente decisivo que va a calificar la legitimidad y validez del acto, de la disposición o de la norma, va a ser el efecto o impacto que produzca la norma o acto en la mujer.

La Cedaw distingue dos tipos de resultados discriminatorios:

- a) Porque impiden el acceso al goce o disfrute de uno o varios Derechos Fundamentales, en cualquier esfera de la vida, e independientemente de la situación en que se encuentre el hombre en ese mismo ámbito.

- b) Que tenga como resultado no poder ejercer uno o varios Derechos Fundamentales en igualdad de condiciones con los hombres. En este caso, para realizar esta valoración se debe de realizar un análisis diferenciado de las condiciones en que se encuentran cada uno de los sexos en el acceso o disfrute del derecho en cuestión. Así, aún cuando la mujer tenga acceso a un derecho, si las condiciones para su ejercicio son más reducidas o limitadas de las que cuentan los varones, la norma o disposición que cause esto será discriminatoria.

Tenemos entonces que los parámetros establecidos por la Cedaw para valorar los resultados, son medibles, constatables y constituyen factores objetivos. La discriminación hacia la mujer no se debe a que ésta sea “débil” o sea parte de un sector “vulnerable” o “débil”. Tampoco se trata de medir si a la mujer se le inferioriza. Todos estos elementos La Cedaw rompe por completo el discurso y visión que empezando por la propia Naciones Unidas, y pasando por los gobiernos e instituciones públicas han abordado el problema de la discriminación contra la mujer. El problema de la discriminación excluye toda orientación que enfoque no se enfoca partiendo de la condición de vulnerabilidad o debilidad de las mujeres u otros sectores marginalizados, ya que de ello se desprenden políticas asistencialistas hacia estos grupos, y con ello un carácter implícito o explícito de tipo caritativo. No se trata entonces de realizar concesiones, ni de redistribución con manos caritativas, las sobras del pastel. Tampoco nos encontramos en el terreno subjetivo de tener que medir cuándo una mujer se siente inferiorizada por el trato que le dan.

El problema que plantea la Cedaw a resolver, es el reconocimiento, acceso, goce y disfrute de todos los Derechos Fundamentales por parte de la mujer, los cuales deben de poder ser ejercidos como mínimo, en igualdad de condiciones en que los varones los están ejerciendo. Se trata del pleno ejercicio de

los derechos que como seres humanas se tienen para llegar al pleno ejercicio de la Libertad en cualquier esfera de la vida política, económica, social, cultural, civil y otra.

Esta definición consolida y valida varios planteamientos:

- a) No se puede alegar la inexistencia de la discriminación contra la mujer basándose únicamente en la presencia de la igualdad formal. Esto es de vital importancia hoy en día, ya que en los sistemas políticos actuales, que se definen en su mayoría como Estados Democráticos y Sociales de Derecho, la discriminación hacia la mujer no va a estar plasmada en los ordenamientos jurídicos como ocurría antes. Aún cuando persistan algunas normas discriminatorias, la exclusión o restricción del ejercicio de los Derechos Fundamentales de las mujeres se va a dar como resultado del funcionamiento de las diferentes estructuras económicas, políticas, administrativas, jurídico-procesales y culturales, que se validan utilizando fundamentos genéricos y universales para toda la población, desconociendo la especificidad y diversidad humana, reforzando con ello las relaciones desiguales de poder y discriminación.
- b) Introduce la necesidad de incorporar la especificidad de la situación de la mujer como requisito para fiscalizar y evaluar la políticas, actos o normas. Se legitima jurídicamente la premisa impulsada por los movimientos de mujeres, de reconocer la diferente situación en que se encuentra la mujer y el hombre en todos los planos de la organización social. Se rompe así el mito de la universalidad de los conceptos como regla general de la equidad, válida solamente como punto de partida en el reconocimiento de los derechos intrínsecos a la naturaleza humana. La invisibilización de las particularidades y diversidades humanas, ha sido el medio para realizar, mantener y justificar los tratos discriminatorios. El análisis diferenciado a partir de la especificidad se convierte así en uno de los

instrumentos necesarios para evidenciar, más que un modelo estatal, un sistema que asienta su poder sobre la existencia de relaciones de poder, desiguales y discriminatorias.

De aquí la exigencia de desarrollar regulaciones y políticas a partir de la situación particular de las mujeres, utilizando para ello la experiencia obtenida sobre los efectos que han tenido la implementación de formulaciones genéricas tanto del ordenamiento jurídico como de las políticas públicas. De esta manera, se debe de asumir que la invisibilización de la especificidad a la que se debe de enfrentar las mujeres en la vida familiar, social, económica, política y cultural, se convierte en sí misma como un acto discriminatorio hacia las mujeres, y como tal violatorio de sus derechos. Los Estados deben abocarse a reconocer y desarrollar a que el eje central de la Dignidad Humana está en reconocer a todos los seres humanos como iguales, pero el trato que éste debe de darles debe de estar definido a partir de la especificidad social en que cada sector y grupo social está inmerso. En ese sentido lo primero es asumir que hombre y mujer se encuentran en situaciones sociales diferentes y de desigualdad.

c) Lo novedoso del concepto de discriminación utilizado por la Cedaw es que introduce la teoría jurídica de la responsabilidad objetiva del Estado en el campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de las mujeres. Esta concepción no es nueva en el Derecho. Surge en el Derecho Público o Administrativo y se extiende al Derecho Internacional, la cual considera que la lesión a los Derechos Humanos puede causarse por actos lícitos como ilícitos. Esta tesis se ha implementado y desarrollado en países que han acogido la teoría de la responsabilidad objetiva de los daños, pudiendo generar responsabilidades al Estado tanto por sus acciones como por sus resultados, independientemente de la ilicitud o no del acto.

En el caso de la Cedaw, la teoría jurídica de la responsabilidad objetiva del Estado permite excluir cualquier tipo de consideración que quiera fundamentarse en la buena fe del infractor, en su desconocimiento de la situación, o incluso en su limitada concienciación sobre los problemas de género. En otras palabras, un Estado no puede alegar como excusa o justificación, por no tener los recursos necesarios para concienciar a sus funcionarios públicos sobre la equidad de género, o el implementar políticas para la igualdad.

Obligación de los Estados de tomar “medidas apropiadas”

En el campo de los deberes de los Estados, la Cedaw es muy clara en establecer la obligación de los poderes públicos de tomar las “medidas apropiadas” para garantizar a las mujeres el ejercicio de sus Derechos. No basta entonces que el Estado desarrolle acciones y políticas teniendo como preocupación y/o fundamento la eliminación de la discriminación contra la mujer. La obligación de los Estados es una calificada, ya que no sólo debe de hacer, sino que además, dicha acción debe ser en forma apropiada y pertinente al problema.

Es aquí donde el artículo primero de la Cedaw inyecta dinamismo a un término que podría leerse como una fórmula hueca, insulsa, a lo sumo de mera conveniencia para el Estado signatario. Sin embargo, el término **medidas apropiadas** puede convertirse en un instrumento para impugnar la inconveniencia de los actos públicos. La validez, eficacia e impacto de las políticas públicas como del ordenamiento jurídico, deben de medirse tanto por sus acciones como por sus resultados. La Cedaw introduce así nuevas directrices con rango supra constitucional para medir, evaluar y monitorear las políticas públicas, los actos y disposiciones administrativos, las normas sustantivas y procesales del ordenamiento jurídico, los usos y prácticas de los funcionarios públicos.

Ahora bien, como ya hemos visto, la Cedaw establece los elementos obligatorios que deben de estar presentes cuando se dicta un acto o disposición pública. Estos son: la especificidad de los problemas que enfrentan las mujeres; el análisis diferenciado entre la situación en que se encuentran hombres y mujeres; la necesidad de partir de una igualdad formal entre hombres y mujeres, lo que deviene en la aprobación de normas de equiparación entre éstos; implementar la igualdad real o material mediante medidas tutelares que partan de la diferencia situacional con el fin de remediar el desequilibrio; aprobar medidas de acción afirmativa. Todos estos elementos deben de conjugarse e interactuar entre sí, sin que se pueda prescindir uno de otro. Estos parámetros deben de estar presentes en todas las etapas que dan vida al acto o disposición, desde su formulación, su interpretación, hasta su aplicación. Es este proceso dinámico de interacción de varios elementos analíticos, en donde se prioriza la igualdad formal o la igualdad material según el problema a abordar, el que debe de estar siempre presente en las medidas que pretendan ser “apropiadas” para eliminar la discriminación de la mujer. Sin embargo, aún cuando en la formulación de los actos o disposiciones se haya tomado en cuenta todos estos elementos, puede suceder que las medidas resulten ser **inapropiadas**, y sea necesario su impugnación.

Lo decisivo para determinar la propiedad y pertinencia de las medidas van a ser sus resultados. Puede incluso ocurrir, como lo plantea el artículo primero de la Cedaw, existir disposiciones tendientes a procurar la igualdad de género, pero si sus efectos produce el menoscabo o exclusión de algún Derecho fundamental, dicha disposición devendrá en discriminatoria. Esto significa que de acuerdo a las disposiciones de la Cedaw, obliga a los Estados signatarios a realizar una constante revisión y modificación de las medidas que tomen para combatir y eliminar la discriminación contra la mujer.

En ese sentido, estamos ante una materia que por excelencia debe de estar sujeta a cambios y ajustes, razón por la que no se puede anteponer o alegar el principio de la seguridad jurídica y con ello la estabilidad y continuidad de las normas. La Cedaw vino a cambiar el esquema tradicional del Derecho y el propio concepto de la certeza jurídica. La legitimidad del acto o de la norma no se asienta ya en la validez del procedimiento que la creó, ni en las conceptualizaciones de la doctrina jurídica tradicional. Esta se debe de medir en el impacto que tenga sobre el engranaje social que mantiene y fomenta la discriminación hacia la mujer, así como sus efectos en las vidas de las mujeres. Es por ello que estamos ante un nuevo reto tanto para el movimiento de mujeres como para la doctrina jurídica, pues se trata de desarrollar nuevos parámetros para determinar la legitimidad del ordenamiento jurídico y de las acciones del poder público.

Derechos Fundamentales en igualdad de condiciones

La Cedaw establece el deber a los Estados de garantizarle a las mujeres el ejercicio de sus Derechos en igualdad de condiciones con el hombre. Al hablar de igualdad de oportunidades, la Cedaw se enmarca dentro de la filosofía del Estado Social, el cual tiene como objetivo impulsar, facilitar y abrir el acceso a los Derechos. Se trata entonces de crear mayores oportunidades del ejercicio y beneficio de los mismos. De nuevo, se trata de una obligación calificada, en la que no se limita a reconocer en su formulación básica, el derecho de las mujeres al goce y ejercicio de los Derechos Fundamentales. Establece que los mismos deben de ser efectivos en las mismas condiciones en que son ejercidos por los varones.

De aquí se desprenden factores importantes. Se tiene como premisa la desigual situación entre hombres y mujeres. A partir

de eso, se exige a los Estados la obligación de tomar diversas acciones que conlleven a equiparar este desequilibrio, para que las mujeres ejerzan sus Derechos al mismo nivel alcanzado por los varones. Esto nos lleva a analizar que para los propios hombres, el goce efectivo de los Derechos Humanos es un proceso no acabado, en constante lucha para alcanzar cada vez mayores niveles de plenitud en su disfrute y ejercicio. Aún así, es un hecho que en esa dinámica, los varones han logrado consolidar una base mínima de respeto a sus derechos. Más aún, muchos y amplios sectores de varones, han logrado llegar a niveles muy superiores y aceptables en el goce y ejercicio efectivo de sus Derechos Fundamentales.

Sin embargo, esta base mínima de condiciones para el reconocimiento de derechos no se da para la gran mayoría de la población femenina. La discriminación y la subestimación social hacia la mujer existe en todas las esferas de la vida pública y privada. La mayoría de las conquistas logradas se limitan aún al campo de la igualdad formal, la cual recordemos es sólo el punto de partida, y como tal no llegan a tener mayor incidencia en sus resultados en las vidas de las mujeres. En plena vigencia del Estado Social se sigue cuestionando jurídicamente la pertinencia de las regulaciones específicas y diferenciadas a favor de la mujer, instrumentos aceptados por la doctrina como válidas y hasta esenciales para combatir la discriminación. Tenemos entonces que mientras los objetivos centrales del aparato estatal son las de garantizar las condiciones para el ejercicio de los Derechos Fundamentales, más de la mitad de la población vive sin tener acceso al mínimo alcanzado por los varones.

Esta realidad va en contra de los fundamentos básicos de la estructura política que pretenda ser un Estado Social y Democrático de Derecho. Esto nos lleva a una discusión sobre dónde deben de dirigirse en forma prioritaria los recursos del Estado y cuestiona además la teoría sobre la progresividad en

la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales, que lo sujeta a la disponibilidad de recursos estatales.

Se podría argumentar que la falta de recursos hace que aún los hombres se encuentren limitados en sus derechos. Sin embargo, tratándose de la discriminación hacia la mujer, la justificación de falta de recursos no puede ser válida ni alegada por el Estado. Debido a que el engranaje institucional y social se estructuran a partir de una relación discriminatoria y de poder del hombre hacia la mujer, cualquier acción que tome el Estado, así como los recursos que éste destine, van a caer en forma natural sobre un manto social profundamente desigual. En ese sentido, de no cambiar la política sobre la forma de destinar los recursos del Estado, éstos van a beneficiar fundamentalmente a quienes se encuentran en los relieves de este manto, en el que independientemente de la altura que pueda alcanzar o no dichos relieves, la mujer siempre va a estar en el estrato inferior. Tratándose de un Estado Constitucional, y al tener la Cedaw valor supra constitucional, obliga al Estado a revertir su política, al tener que destinar más fondos para equipar la situación de la mujer al mismo nivel alcanzado por los hombres.

Igualdad de oportunidades y las políticas de acción afirmativa

El artículo 4 de la Cedaw introduce el principio de las políticas de acción afirmativa al establecer que:

La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de

normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.

La acción afirmativa -o *affirmative action*- es una tendencia legislativa y de políticas administrativas que se originó en Estados Unidos, la cual pretendía establecer remedios positivos a la desigualdad social generada por la discriminación racial. Dentro de estas medidas, se contempló la necesidad de establecer cuotas obligatorias de inclusión de personas negras, inicialmente en las áreas de trabajo y de estudio. La acción afirmativa se inició en la década de 1960, y la Corte Suprema de los EEUU la admitió en forma restringida, cuando se lograba establecer con claridad y precisión que la legislación proponía un remedio específico a una situación discriminatoria, generalmente heredada de leyes o de actuaciones administrativas anteriores, que provocaba una desigualdad social. Esta tendencia legislativa y de políticas administrativas se extendió a casos de discriminación por razón de sexo en la década de los setenta²⁷.

²⁷ Jurado Fernández, Julio, Inédito. Sobre este mismo tema, Jurado realiza una interesante reseña histórica sobre su origen.

“Lo que se conoce como “*affirmative action*” dentro de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los EEUU, se refiere básicamente a los temas raciales y de género. Como tal, forma parte de la línea jurisprudencial nacida a propósito de la interpretación de la decimocorona enmienda (1868) a la Constitución, la “*Equal protection clause*” .

En un principio, la “*equal protection clause*” generó jurisprudencia relativa a la igualdad formal (todos somos iguales ante la ley). Hay que tomar en cuenta que dicha enmienda, la XIV, se hizo después de la Guerra Civil con el propósito de consagrar a nivel constitucional la eliminación de la esclavitud. En lo fundamental, esa enmienda dice que ningún estado (de la Unión) puede negar a persona alguna la igual protección de las leyes dentro de su jurisdicción (*No State shall...deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*). En esta etapa, la aplicación del principio del “*equal protection*” tuvo sus límites. En primer lugar, la Corte señaló que se refería únicamente a los Estados y no a los actos discriminatorios de los sujetos de derecho privado. Luego, interpretó que los Estados, esto es el poder público, son neutrales frente a las desigualdades sociales, entre estas, las raciales, por ser inherentes a la sociedad. Desde este punto de vista, si la legislación hace distinciones sobre bases raciales que no afecten el disfrute de los derechos civiles (propiedad, libertad

La Cedaw parte de este antecedente pero no se limita a él, ampliando su concepción que la concibe como la inclusión de porcentajes de participación obligatoria a sectores marginados. Establece la facultad de los Estados de tomar medidas especiales, las que pueden ser jurídicas o administrativas, con el fin de promover en forma más acelerada la igualdad de oportunidades y de trato para las mujeres. Este es el fundamento de formular políticas públicas y normas con un contenido diferenciado entre hombres y mujeres, dotando de mayores derechos y garantías a éstas últimas, o bien la de establecer cuotas de inclusión con el fin de garantizarle a las mujeres porcentajes mínimos de acceso a sus Derechos.

La propia Cedaw establece que las medidas de discriminación positiva no pueden convertirse en sistemas separados de regulación o de una desigualdad esta vez a la inversa. Se trata de nivelar un desequilibrio y una vez logrado el objetivo, dichas medidas deben de desaparecer, ya que el fin es la igualdad entre los sexos y la no discriminación por la misma razón. Es por ello que las medidas de acción afirmativa son temporales, hasta que llegue el momento en que sean innecesarias por haberse logrado el acceso en igualdad de oportunidades y condiciones entre hombres y mujeres.

contractual, defensa en juicio, expresión, etc.), no se quebranta el principio de “*equal protection*”. Es el caso, por ejemplo, de la segregación racial y de la doctrina de *iguales pero separados*, que supone que la separación escolar, en transporte, etc no implica discriminación porque tanto blancos como negros tienen derecho a la educación (pública) y a la escuela, aunque separados.

El tema racial provocó un cierto replanteamiento de los alcances de la “*equal protection clause*”. Al inicio se desechó la tesis de la neutralidad del Estado y la doctrina de *iguales pero separados*. En el caso de *Brown vrs. Board of Education* de 1954, se señaló que la segregación en sí misma violaba el principio de “*equal protection*”, o sea de igualdad ante la ley, porque provocaba en los niños un sentimiento de inferioridad racial que determinaba una condición real de desigualdad de oportunidades. Aunque este caso no es un ejemplo de la “*affirmative action*” a partir del mismo se inició una corriente jurisprudencial conocida como “*substantive equal protection*”, algo así como la igualdad sustancial, que es la base doctrinal que otorgó legitimidad constitucional a la legislación que propugnó la “*affirmative action*”.

Otro objetivo que busca las políticas de acción afirmativa es la de permitir un aprendizaje, acumular una experiencia y crear una trayectoria en la realización de actividades en las que hasta ahora han sido excluidas. A su vez, su participación en éstas áreas refuerza el resquebrajamiento de los estereotipos socio-culturales, que han subestimado el lugar y las capacidades de las mujeres en la vida social. Este proceso permite además, iniciar un proceso de apropiación de los Derechos Fundamentales por las propias mujeres, cultivándose así el empoderamiento de la autoestima colectiva de las mujeres, impulsando una mayor participación de ellas mismas.

Además de lograr la igualdad de oportunidades, la Cedaw agrega en su artículo 4, la igualdad de trato. Su formulación genérica no la restringe al trato igualitario que deben de dar los órganos públicos a las mujeres. Abarca también la igualdad del trato entre hombres y mujeres, lo cual nos lleva al problema de las relaciones de poder que se ven sometidas las mujeres, impidiendo con ello el establecimiento de relaciones de género igualitarias en la vida privada. La milenaria y arraigada cultura de discriminación hacia la mujer hace que las medidas basadas en el concepto tradicional de la igualdad real o material puedan resultar insuficientes en dichas áreas.

Para lograr acelerar la igualdad de trato entre hombre y mujer, puede ser necesario tomar medidas intensas que introduzcan fuertes cambios orientados a quebrar los cimientos mismos que mantienen la discriminación, la cual surge precisamente de las relaciones de poder. Para ello se debe de tomar en cuenta los resultados obtenidos por las normas y políticas de aplicación genérica que desconocen las diferentes relaciones de poder en que se encuentran inmersas las mujeres. Se establece así la facultad de los Estados de formular políticas públicas y aprobar normas dirigidas a tutelar en forma específica, mayores derechos y garantías con total prevalencia sobre los derechos de los varones.

Modificar los patrones socioculturales

El artículo 5 de la Cedaw es uno de los grandes aportes que hace la Cedaw al Derecho de la Constitución. Deja el terreno específico de las actuaciones públicas, para entrar en el complejo mundo de la cultura, el cual constituye el campo más basto y profundo del funcionamiento de una colectividad. Dicho artículo 5 establece que los Estados deberán tomar las medidas apropiadas para:

- a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

Los patrones socioculturales se refieren a conductas humanas que son reiterativas y son practicadas por grandes mayorías de la sociedad tanto en la esfera pública como en la privada, debiendo su vigencia a una concepción social que las justifica y legitima. No se trata entonces de conductas particulares motivadas por la moral personal del individuo. Estamos en el plano de la cultura y de la moral social que fomenta y consolida usos, costumbres y prácticas sociales, pudiendo éstas llegar a convertirse en reglas del trato social.

Los usos y costumbres, la moral, la religión, el Derecho, constituyen diferentes sistemas normativos que regulan el comportamiento humano. El Derecho se caracteriza por lograr la efectividad de sus normas mediante la coacción organizada, institucionalizada y formalizada mediante sanciones jurídicas que se imponen por un órgano especialmente creado por el ordenamiento jurídico para ese fin²⁸. De esta forma, a diferencia de otros medios de control social, el Derecho es la

²⁸ Díaz, Elíaz, *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus Ediciones, S.A., Madrid, 1980, pág. 28.

organización e institucionalización de la coacción, que se impone independientemente de criterios de equidad, los que son necesarios si se desea contar con la legitimidad necesaria para su aceptación social.

En cambio, los usos y costumbres se originan en la sociedad, distinguiéndose por su uniformidad y constancia en los comportamientos de los miembros de una colectividad, teniendo existencia y validez sin haber pasado por procesos institucionales para su formalización. Aún así cuentan con un peso importante de efectividad y cuentan con su propio sistema coactivo. Pueden llegar a constituirse en reglas del trato social y como tales son normas imperativas, en las que su violación genera como sanción diferentes reacciones de censura de la sociedad contra la persona que las quebrantó. La diferencia entre éstas últimas y el Derecho son los diferentes tipos de sanción y la forma en que éstas son aplicadas. En el caso de las reglas del trato social las sanciones de censura, que pueden ser mucho más temidas que las jurídicas, se distinguen por su informalidad, son imprecisas y ambiguas, razón por lo que pueden llegar a ser arbitrarias.

Frente a la ambigüedad de los usos y costumbres, el Derecho viene a establecer criterios de certeza con el fin de crear un sistema de seguridad por medio de la regulación jurídica. Y es precisamente la necesidad de encontrar seguridad en su cumplimiento lo que hace que ciertas costumbres insuficientemente protegidas por las reglas del trato social sean asumidas por la protección organizada e institucionalizada del Derecho²⁹. Como instrumento de control social, se asume que el Derecho es el “conjunto de los medios y de los procedimientos por medio de los cuales un grupo o una unidad social encamina sus miembros a la adopción de los comportamientos, de las normas, de las reglas de conducta , en

²⁹ *Ibid.*, págs. 33 y 34.

una palabra, de las costumbres, que el grupo considera como socialmente buenas”³⁰.

Tradicionalmente, el Derecho le ha otorgado relevancia jurídica a las costumbres como fuente generadora de leyes. Pero también les ha reconocido su peso social otorgándoles la capacidad de ser fuentes para interpretar, delimitar e integrar las normas, siempre que las mismas no resulten contrarias a la moral, al orden público o a una norma de carácter prohibitiva³¹.

Así las cosas, la Cedaw establece la obligación al Estado de analizar los valores que sustentan los usos y costumbres cristalizados en patrones socioculturales de conductas y sus efectos directos e indirectos, con el fin de contraponerlos con los valores protegidos por el Derecho de la Constitución. La importancia que tradicionalmente han tenido las costumbres para el Derecho va a cambiar pero en otro sentido. El Derecho no puede continuar con el papel de avalar las costumbres capaces de ser fuentes de interpretación y generadora de normas debido a su incidencia en la colectividad. La acción del Estado y del Derecho deben de reorientarse para analizar cuáles son las prácticas sociales generalizadas que entran en choque frontal con los valores de equidad entre los géneros que abraza la Constitución Política y el Derecho de los Derechos Humanos para promover su eliminación.

³⁰ Viroux, Alain, citado por Díaz, Elíaz, *Ibid.* pág. 14.

³¹ El Código Civil costarricense establece en su artículo 1: “...La costumbre, los usos y los principios generales de Derecho son fuentes no escritas del ordenamiento jurídico y servirán para interpretar, delimitar e integrar las buenas fuentes escritas del ordenamiento jurídico”. Asimismo, el artículo 3 dice: “El uso y la costumbre sólo regirán en defecto de ley aplicable, siempre que su existencia haya sido demostrada y no resulten contrarias a la moral o al orden público o a una norma de carácter prohibitivo”. A su vez, estas normas deben de interpretarse a la luz del artículo 10 del mismo Código cuando éste establece: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas”.

Una vez más, los parámetros para realizar esta medición debe ser mediante el análisis de los efectos que produzcan los usos y costumbres, independientemente de la motivación que tengan. Los resultados pueden ser directos o indirectos, ya sea porque produzcan directamente efectos discriminatorios o porque los fomenten por vía indirecta. Nace así una nueva obligación del Estado de desalentar toda práctica social que tenga como resultado la discriminación de la mujer, mediante estereotipos que partan de la superioridad o inferioridad de uno u otro sexo, asignándoles además roles sociales determinados, lo que constituye una violación al derecho de libertad que posee todo ser humano. De esta forma, la adecuación de los actos a la constitucionalidad y con ello a los Derechos Humanos debe darse tanto de las acciones que provengan de los funcionarios y de las instituciones públicas como de los usos y costumbres que se originan en la sociedad civil.

Otro aspecto importante que introduce la *Cedaw*, es que rompe la creencia de considerar al sistema económico como la causa que genera la discriminación. La inequidad tiene sus raíces en un sistema social que se estructura a partir de relaciones desiguales de poder entre los géneros. Los diferentes modelos económicos matizan, moldean, facilitan la discriminación contra la mujer, pero no la causan, pues ha estado presente a lo largo de la historia de la humanidad. Cuando el artículo 5 de la *Cedaw* hace referencia a prejuicios que parten de la inferioridad y superioridad de los sexos y de funciones estereotipadas, se está refiriendo precisamente a la existencia de este desbalance de poder, que coloca a la mujer en un lugar de subordinación frente al hombre y de control de éste sobre ella. Es así cómo la discriminación es sólo una manifestación de la inequidad entre los géneros, la cual se ha construido y consolidado como el modelo en el que se deben desarrollar las relaciones humanas.

Es por ello que sin este artículo, sería falaz hablar de eliminar o combatir la discriminación contra la mujer. Esta es una de las manifestaciones de las relaciones de poder que se expresa en usos, costumbres, tradiciones y reglas del trato social, los cuales son permitidos, justificados e impulsados por la cultura y la moral social. Es por ello que la noción de igualdad real o material rebasa su concepción original como remedio para equilibrar los desniveles sociales en el campo económico. Va más allá de pretender mejorar y equiparar las condiciones materiales de vida entre los diferentes sectores sociales o facilitar el acceso a los derechos políticos y civiles. Se trata de desmontar una maquinaria social que funciona a partir de la inequidad de los géneros. Se le dá entonces la obligación de los Estados signatarios de tomar medidas para desarticular, desalentar y modificar los patrones de conducta que se asientan sobre valores contrarios a los Derechos Fundamentales.

La Cedaw: Norma sobre normas

Sin duda alguna, los aportes de la Cedaw señalados anteriormente representan por sí mismos un avance decisivo para el desarrollo de los Derechos Humanos. Sin embargo, el contenido de la Cedaw nos da aún mucho más, expandiendo sus alcances hacia las entrañas mismas del poder. Veamos.

¿Quién manda?, ¿Qué se manda?, ¿Cómo se manda? Estas han sido las tres grandes preguntas que han girado alrededor del poder político como fenómeno social. Filosofía y sociología del Derecho, Teoría del Estado, las Ciencias Políticas, han intentado responder a dichas preguntas con el fin de explicar, cuestionar, justificar o proponer nuevos modelos políticos. La importancia de las respuestas que se le dé a dichas preguntas, es que las mismas van a legitimar o no el sistema político imperante. Recordemos que el Estado, como estructura

organizada del poder, es el medio para la organización y control social, distinguiéndose por su coercitividad y facultad de utilizar la fuerza. En ese sentido, legitimar su poder ante la colectividad es indispensable para la consolidación y continuidad del sistema social que pretende organizar.

La evolución política y jurídica alcanzada hasta ahora nos permite responder a tales preguntas desde la perspectiva de los Derechos Humanos y de lo que hemos denominado el Estado Constitucional como modelo político. Es así cómo a la pregunta de ¿quién manda?, se ha respondido con **la soberanía popular**, la cual se manifiesta mediante el sistema de democracia representativa. La pregunta ¿qué se manda? ha sido respondida con **los Derechos Fundamentales**, en el entendido que el poder político debe su función hacia garantizar el respeto y ejercicio de dichos derechos. El ¿cómo se manda?, íntimamente ligado a la primer pregunta, encuentra su respuesta identificando el tipo de organización de los órganos del poder político y sus procedimientos. Se trata entonces del modelo básico del Estado de Derecho, que se traduce en la división de poderes, la sujeción de los gobernantes y de la ciudadanía a la ley, el sistema de democracia representativa, y en nuestro caso, la supremacía vinculante de los valores, derechos y principios del Derecho de los Derechos Humanos sobre cualquier norma o disposición administrativa, razón por la que utilizamos la denominación de Estado Constitucional al modelo político actual.

En la estructura piramidal con la que siempre se le ha identificado al ordenamiento jurídico, la Constitución Política ocupa la punta de la que se deriva el resto del ordenamiento. Esta misma jerarquía de normas, existe dentro de la propia Constitución, al plantear la doctrina la existencia de una norma básica de la que dependen todas las demás normas constitucionales, las cuales a su vez van a ser el fundamento para la validez del resto del ordenamiento jurídico. Se plantea

entonces la necesidad de identificar esta norma básica, ya que es ella la que transmite la legitimidad y validez de todo el sistema. Peces Barba la denomina “norma sobre normas”, debido a la decisiva función que desempeña como identificadora del sistema político y jurídico, pues su modificación o derogatoria lo convertiría en otro distinto³². En otras palabras, “es la norma que razonablemente no se puede cambiar si el consenso sobre la organización del Poder y del Derecho se mantiene”³³.

Las respuestas a las preguntas sobre quién, qué y cómo se manda, han sido utilizadas para identificar esta norma básica. Hay juristas que han planteado que la norma básica es la soberanía, otros la han ubicado en la democracia, han habido quienes proponen que sea el bien común, no han faltado quienes la colocan en la paz, o incluso en la unidad nacional. Interesante es el caso de España, que con el artículo primero de su Constitución Política, permite responder las tres preguntas mencionadas, con lo cual Peces Barba la ubica como la norma básica y suprema tanto de la Constitución como de todo el ordenamiento jurídico. Así, dicho artículo coloca la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político como los valores superiores del ordenamiento jurídico constituyéndolo en un Estado social y democrático de Derecho³⁴.

Aún cuando no tengamos en nuestra Carta Magna una norma tan clara como la existente en la constitución española, podemos afirmar que existe un consenso sobre el tema, gracias al importante desarrollo ocurrido en los últimos 10 años en el Derecho de los Derechos Humanos. Así podemos contestar que en Costa Rica, la soberanía popular, los Derechos Funda-

³² Peces Barba, Gregorio, *Los Valores Superiores*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1986, págs. 92-97.

³³ *Ibid.*, pág.92.

³⁴ *Ibidem.*

mentales y el Estado constitucional como estructura organizativa del poder, son las respuestas que han sido el fundamento hasta ahora al quién, qué y cómo se manda. Sin embargo, estos tres elementos no constituyen en la actualidad, la respuesta completa para identificar los factores centrales de transmisión de la validez y legitimidad del sistema. En realidad representan el punto de partida, necesitando otros elementos para adquirir su total fisonomía y funcionalidad.

Ha sido la Sala Constitucional la que ha establecido los parámetros para identificar el engranaje y composición de la validez y legitimidad del poder y del ordenamiento jurídico. En su función de velar por la jerarquía de los Derechos Fundamentales, la Sala Constitucional otorgó valor SUPRA constitucional a los instrumentos de Derechos Humanos que otorguen mayores derechos y garantías que las establecidas en la propia Constitución Política. Y éste es precisamente el valor que tiene la Cedaw. Ya hemos visto que por los alcances de su contenido, la Cedaw otorga mayores derechos y garantías para el ejercicio de los Derechos Fundamentales de las mujeres. Pero también, en ella se encuentran los parámetros necesarios para determinar y calificar la validez y legitimidad del sistema entero.

La respuesta al quién manda utilizando la fórmula genérica de la soberanía popular, se torna hueca si no existen medidas efectivas que hagan posible la participación política de la mujer en todas sus dimensiones, invalidando el sistema y convirtiéndolo en discriminatorio. Los Derechos Fundamentales como respuesta al qué se manda, se tornan papel mojado si éstos no se pueden ejercer en igualdad de condiciones entre los sexos. La estructura jurídica y política del Estado Constitucional se tornaría en discriminatoria y como tal en ilegítima e inválida, si no impulsa las condiciones necesarias para garantizarle a las mujeres el reconocimiento, goce y disfrute de sus Derechos Humanos. Es así cómo la

Cedaw va a definir en última instancia la legitimidad y validez de las políticas públicas, del ordenamiento jurídico y de la organización del Poder y del Derecho.

Recordemos cómo la evolución de los Derechos Humanos llegaron a exigir su cumplimiento en base a los resultados, siendo insuficiente las declaraciones formales de su reconocimiento. De igual forma, en un Estado Constitucional, no bastan las formulaciones genéricas de democracia, Derechos Humanos y sujeción a la ley para fundamentar la legitimidad del poder. Más que cascarones vacíos, las manifestaciones del poder político devendrá en uno discriminador si no cumple con las disposiciones de la Cedaw.

Se podría alegar que la Cedaw no tiene el alcance genérico que posee la Constitución Política, necesaria para abarcar al conjunto de la población. Esto no es así. El ámbito de aplicación de la Cedaw no se dirige a proteger los derechos de un determinado sector, grupo o clase social. Hombres y mujeres, independientemente del lugar que ocupen en la colectividad, conforman la especie humana, constituyéndose así en la categoría básica y primaria para su identificación. En otras palabras, antes de considerar la pertenencia a algún grupo que determine su especificidad, los seres humanos son hombres y mujeres, por lo que éstas últimas representan entonces más de la mitad de la población humana. De esta forma, en cualquier acto, disposición, acción, omisión o norma que emane del poder, va a involucrar necesariamente a las mujeres, tanto por su número sin también por el hecho de que en toda relación inter-humana, intervenga o no el Estado, va a estar involucrada de alguna forma una mujer.

Es la Cedaw la que va a establecer los límites al poder para que éste no devenga en discriminatorio. Es de ella que se extraen los criterios decisivos para medir, evaluar, monitorear la efectividad de las normas y de las políticas públicas. Es la

que va a definir la validez de las normas, siendo además la fuente central para la interpretación y forma de aplicación de las normas, de las políticas públicas y de todas las actuaciones del poder público. Establece las directrices que deben ser acatadas en la elaboración de disposiciones jurídicas, políticas y administrativas, conteniendo además los principios bajo los cuales éstos deben ser aplicados e interpretados.

Es por ello que la Cedaw va más allá de ser una declaración de reconocimiento formal de los Derechos Humanos de las mujeres. La Constitución Política es la fuerza ideológica que legitima el poder, al expresar los objetivos y finalidades que el Estado debe de cumplir y desarrollar. La Cedaw establece los criterios concretos para que el poder no sea discriminatorio, con lo cual se convierte en la fuente decisiva que determina si éstas metas se están cumpliendo o no, definiendo así su verdadera legitimidad.

Por otra parte, la Cedaw se convierte en el instrumento jurídico por excelencia que desarrolla el marco más actual y avanzado en el que debe de interpretarse y aplicarse el derecho a la igualdad. En otras palabras, es el instrumento jurídico más completo sobre la Igualdad, no superado ni modificado por algún otro Convenio. En ese sentido, la Cedaw vino a ampliar el contenido de la Constitución Política. Todas sus normas y en especial el artículo 33 constitucional que establece la igualdad ante la ley, deben de interpretarse y aplicarse a la luz de los mandatos de la Cedaw. El derecho a la igualdad, abastecido hasta ahora con la fuerza del concepto de la justicia distributiva que impulsa el valor Solidaridad, rompe dichas fronteras al tener que abrazar los nuevos planteamientos axiológicos y jurídicos que sobre la Igualdad hace la Cedaw.

Por su rango constitucional, la Cedaw se convierte en la Carta Magna que enmarca la forma en que deben de aplicarse los Derechos Fundamentales al contener las directrices en que

debe de desarrollarse la normativa y políticas en general y en forma especial las que tengan como principales destinatarias a las mujeres. Contiene además los valores y principios de una nueva ética que expresa la forma en que se deben de desenvolverse las relaciones privadas y públicas hacia las mujeres. Es por ello que la Cedaw representa un hito tan decisivo como lo fue en 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

