

María Sara Rodríguez Pinto*

El principio de igualdad entre hombres y mujeres: La convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)

SUMARIO: I. Introducción; II. Contenido de la Convención: el principio de igualdad entre hombres y mujeres; III. Interpretación de la Convención: su pertenencia al sistema internacional de protección de los derechos humanos; IV. Vigencia interna de la Convención como norma subordinada a la Constitución; V Conclusiones.

I. Introducción**

En nuestro país podemos encontrar numerosos antecedentes del reconocimiento de la igualdad jurídica entre hombres y mujeres en la evolución que ha sufrido nuestro propio derecho nacional en los últimos cien años. Pero es difícil identificar precedentes significativos de lo que podríamos llamar una penetración programática de la igualdad en la legislación, y aquí radica el interés de la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* (en adelante también la *Convención* o CEDAW): es este el fenómeno provocado directa o indirectamente por esta Convención.¹

Se trata ahora de un despliegue del principio de igualdad en el Derecho que responde, no ya al devenir natural del cambio cultural de un pueblo, sino al influjo de otra corriente de valor ambivalente que actúa desde fuera y hacia adentro; o desde arriba hacia abajo: desde el derecho internacional hacia los derechos internos. Este fenómeno de impacto del Derecho internacional humanitario en los ordenamientos internos es novedoso y objeto de estudios en el mundo entero; y una manifestación más de la internacionalización –o globalización– del Derecho en general. A pesar de esto, no hay entre nosotros más que incipientes estudios sobre la influencia de CEDAW en el proce-

* Profesora de
Derecho Civil,
Universidad de
los Andes,
Santiago-Chile.

** Este trabajo es parte de un proyecto financiado por el Fondo de Ayuda a la Investigación de la Universidad de los Andes, Proyecto FAI N° DER-003-99.

1 Según veremos en otra parte de este estudio, CEDAW ha motivado más de catorce reformas legislativas en el período de diez años que va desde su incorporación al derecho interno chileno en 1989, hasta el año 1999.

so de reformulación de nuestro Derecho² y a nuestro juicio el fenómeno merece una cuidadosa atención. Este trabajo pretende ser una primera contribución a este esfuerzo.

Nos proponemos examinar en estas líneas, en primer lugar, el contenido de esta *Convención*, frecuentemente distorsionado por un esfuerzo divulgativo que destaca sólo algunos aspectos y oculta otros, lo cual sin duda ha contribuido a su relativo desprestigio en el ámbito académico.³ En segundo término, ofreceremos una interpretación del texto que tampoco es la que en estos días presentan numerosos organismos de las Naciones Unidas, pero que concuerda mejor con su pertenencia al sistema universal de derechos humanos. Para terminar, nos proponemos demostrar que esta interpretación está en armonía con el carácter de norma subordinada a la Constitución que tiene la Convención, y con la correlación de esta última con el sistema de protección de los derechos inherentes a la persona humana.

II. Contenido de la Convención: El principio de igualdad entre hombres y mujeres

La gestación de la Convención en el seno de organismos y conferencias internacionales ha sido objeto de abundante literatura.⁴ Los esfuerzos de Naciones Unidas y de sus organismos especializados por obtener un acatamiento absoluto y universal de una interpretación en muchos sentidos tergiversada de sus postulados, *por la razón o la fuerza*, han concitado, asimismo, abundante polémica en los medios de comunicación y en la opinión pública en general⁵. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución N° 34/180 de 18 de diciembre de 1979, la Convención queda abierta para su firma y ratificación por los Estados a partir de esa fecha. De conformidad a su art. 27 (1), entra en vigor internacional el 3 de septiembre de 1981.

Chile suscribe la Convención el 17 de julio de 1980; es aprobada por la Junta de Gobierno el 17 de octubre de 1989 y promulgada por Decreto Supremo N° 789 de

2 Entre los escasos estudios que abordan esta temática, si bien desde una diversa perspectiva, se encuentra el trabajo de la profesora Paulina VELOSO Valenzuela, "Nuevos principios del Derecho de familia en función, principalmente, de la normativa internacional que emana de los tratados de derechos humanos", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* XIX (Valparaíso, Chile, 1998), pp. 46-47.

3 Su prima hermana, la Convención de los Derechos del Niño (1991) no ha sufrido en cambio este desprestigio; es más conocida, frecuentemente citada y manejada entre académicos e incluso entre abogados. Una explicación de este fenómeno puede ser la instrumentalización ideológica que ha sufrido CEDAW, aspecto del cual la Convención de los Derechos del Niño se ha visto más libre.

4 La Convención se adopta en el marco del Decenio de las Naciones Unidas para el Adelanto de la Mujer proclamado en 1975, que termina en 1985 con la Conferencia Mundial para el Examen y la Evaluación de los Logros del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer. En esta Conferencia de Nairobi se adoptan las "Estrategias de Nairobi orientadas hacia el futuro para el adelanto de la mujer". Un compendio de los esfuerzos de Naciones Unidas en lo que se refiere a la situación de la mujer puede verse en *The United Nations and the Advancement of Women, 1945-1996* (publicación de las Naciones Unidas, New York, 1996).

5 Reflejan esta polémica, por ejemplo, Ricardo CASCIOU, *El complot demográfico* (Ed. Palabra, Madrid, 1998) y José Manuel CASAS Torres, *La Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer* (Rialp, Madrid, 1998).

27 de octubre de 1989. Se deposita el instrumento de ratificación el 7 de diciembre de 1989 y se publica en el Diario Oficial el 9 de diciembre del mismo año.⁶ Se trata por tanto de un tratado internacional vigente para Chile, tanto en el plano internacional, como en el plano interno a través de su promulgación y publicación.⁷

1. *Preámbulo de la Convención*

Como es corriente en este tipo de instrumentos, el texto de CEDAW se inaugura con un Preámbulo de dieciséis párrafos de extraordinaria importancia, que contienen la exposición de motivos del tratado y de los que se desprende su objeto y finalidad. El objetivo de la Convención, según se lee en esta parte, es el logro efectivo de la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, principio previsto en la *Carta de las Naciones Unidas (1945)*, en la *Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)*, en los *Pactos Internacionales de Derechos Humanos (1966)*, en convenciones, resoluciones, declaraciones y recomendaciones aprobadas por las Naciones Unidas, pero, sin embargo, aún no reconocido universalmente debido a las importantes discriminaciones de que siguen siendo objeto las mujeres en el mundo entero. Para conseguir esta plena igualdad, la Convención reconoce que “es necesario modificar el *papel tradicional* tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia” (pár. 15) y compromete a los Estados parte a tomar diversas medidas destinadas a alcanzar este objetivo, en el marco de la plena aplicación que se quiere obtener de los principios enunciados en la *Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer (1967)*.

2. *Articulado*

El cuerpo de la Convención destinado a traducir los principios contenidos en el Preámbulo en normas jurídicas se estructura en treinta artículos, divididos en cinco partes.

– El principio de igualdad y la eliminación de toda discriminación

La primera parte de CEDAW está dedicada a asegurar la eliminación de toda discriminación como principio general y contiene seis artículos. El art. 1 inaugura todo el catálogo de normas de la Convención ofreciéndonos un concepto de lo que debe

6 La Convención se adopta por Chile dentro de un conjunto de instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos que el gobierno pone en vigencia interna en un breve plazo: la *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura* (ratificada el 30 de septiembre de 1988 previa promulgación por D.S. N° 809 de 7 de octubre de 1988; es publicada en el D.O. el 26 de noviembre de 1988); la *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes* (ratificada el 30 de septiembre de 1988 previa promulgación por D.S. N° 808 de 7 de octubre de 1988; es publicada en el D.O. el 26 de noviembre de 1988); el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972, pero promulgado por D.S. N° 326 de 28 de abril de 1989 y publicado en el D.O. el 27 de mayo de 1989); el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972, fue promulgado por D.S. N° 778 de 30 de noviembre de 1976 y publicado en el D.O. el 29 de abril de 1989).

7 La vigencia y obligatoriedad de un tratado en el plano internacional está regulada por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (art. 24). Los trámites de promulgación y publicación para lo que se ha denominado vigencia interna de un tratado están requeridos actualmente por los arts. 32, N° 17° y 50, N° 1 de la Constitución Política, si bien no es pacífico el tema entre los autores ni en la jurisprudencia chilena. Ver al respecto, Santiago BENADAVA, “Las relaciones entre Derecho internacional y Derecho interno ante los Tribunales chilenos”, en A. LEÓN S., (Coord.), *Nuevos enfoques del Derecho internacional* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992).

entenderse por “discriminación contra la mujer”. Discriminación contra la mujer, nos dice este artículo, es “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”.⁸

Con el fin de eliminar toda discriminación contra la mujer, los Estados se comprometen (art. 2) a consagrar el principio de la igualdad del varón y la mujer en las constituciones y en la legislación (letra a); a adoptar medidas legislativas o de gobierno para prohibir y sancionar toda discriminación contra la mujer (letra b); a otorgar protección jurídica a la mujer contra toda forma de discriminación (letra c); a tomar medidas para eliminar la discriminación practicada por cualquier persona, organización o empresa (letra d); a modificar o derogar legislación que constituya discriminación contra la mujer (letra e); y a derogar disposiciones penales discriminatorias contra la mujer (letra g).

Se permiten las acciones de discriminación positiva para asegurar la igualdad de facto (art. 4, 1.) y para dar protección a la maternidad (art. 4, 2.). Se promueve la divulgación de la igualdad en la cultura (art. 5) a través de acciones de gobierno y disposiciones legislativas destinadas a reformar incluso hasta *patrones socioculturales de conducta* de hombres y mujeres, con el objeto de alcanzar la eliminación total de prejuicios y prácticas basadas en la idea de superioridad o inferioridad de cualquiera de los sexos, o en *funciones estereotipadas* de hombres y mujeres (cfr. art. 5, a); y garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como *función social* y de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y desarrollo de los hijos (cfr. art. 5, b).

Reiterando normas dispersas en otros instrumentos internacionales se rechaza la trata de mujeres y la prostitución en todas sus formas (art. 6). La eliminación de toda discriminación es, como se puede observar, el instrumento prioritario de la Convención para conseguir la efectiva igualdad de derechos entre el hombre y la mujer. Y, una vez asentado firmemente este principio, la Convención revisa los diversos campos de discriminación contra la mujer y explicita las aplicaciones del principio a todos los posibles aspectos en que puede una mujer padecer discriminación.

– Igualdad en el ejercicio de derechos civiles y políticos

Al descender a los diversos campos en los que debe salvaguardarse la igualdad entre hombres y mujeres, en primer lugar se asegura la eliminación de toda discriminación en el ejercicio de los derechos políticos. De esto se ocupa la segunda parte de la Convención (arts. 7 a 9). En este terreno CEDAW nuevamente reitera normas ya presentes en otros

8 Como se advierte, el concepto de discriminación que contiene esta Convención guarda estrecha relación con el que nos ofrece la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial: “[L]a expresión ‘discriminación racial’ denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.” (art. 1, 1)

instrumentos que la preceden dentro del sistema internacional de protección de los derechos humanos asegurando el derecho a votar y a ser elegida para cargos de elección popular, el derecho a participar en la gestión de los asuntos públicos, ocupar cargos públicos y ejercer funciones gubernamentales, y el derecho a participar en organizaciones no gubernamentales (art. 7). También se incluye en esta parte el derecho de las mujeres en igualdad con los hombres para representar al propio gobierno ante organizaciones internacionales y participar en ellas (art. 8); y los derechos referidos a la nacionalidad, la cual no puede perderse por matrimonio o cambio de nacionalidad del marido (art. 9).

– Igualdad en el ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales

La parte tercera de la Convención (arts. 10 a 14) explicita campos en los que debe defenderse el principio de la no discriminación en relación a los derechos económicos, sociales y culturales. Así, en materia de educación (art. 10) asegurando a las mujeres iguales oportunidades que a los varones en cuanto al acceso a todos los niveles de educación, mismos programas de educación para varones y mujeres, igual calidad de profesores y niveles de preparación; y “la *eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino* en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que tiendan a este objetivo y, en particular, mediante *la modificación de los libros y programas escolares* y la adaptación de los métodos de enseñanza” (cfr. art. 10, letra c).

En materia de empleo (art. 11) se tiende, nuevamente, a asegurar la igualdad y la eliminación de toda forma de discriminación, por ejemplo en materia de remuneraciones, de igual acceso a todo tipo de empleos, de protección de la salud “incluso la salvaguardia de la función de reproducción”. (n. 1, letra f).

Se asegura a continuación la igualdad en la esfera de la atención médica, mediante el igual acceso a servicios de atención médica, “inclusive los que se refieren a la planificación de la familia” (art. 12, 1.); y, “[s]in perjuicio de lo dispuesto en el párrafo [uno] *supra*” la protección de la maternidad mediante los servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia (cf. art. 12, 2.).

El principio de igualdad también debe alcanzar a las esferas de la vida económica y social mediante el igual derecho a prestaciones familiares, el igual derecho a obtener créditos bancarios, y el igual derecho a participar en actividades de esparcimiento, deportes y en todos los aspectos de la vida cultural. (art. 13) Termina esta tercera parte de la Convención con un artículo dedicado a la mujer rural (art. 14), a quien debe asegurarse igual acceso a todos los beneficios e igualdades que tienen las demás mujeres, “inclusive información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia” (art. 14, n. 2, letra b).

– Igualdad ante el Derecho privado y frente al Derecho matrimonial y de familia

La cuarta parte de la Convención se ocupa de materias de carácter jurídico y relacionadas con el matrimonio y la familia, en las cuales también debe asegurarse la plena hegemonía

del principio de igualdad. En primer lugar se reitera el deber de reconocer a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley y la igual capacidad que el hombre en materias civiles, de administración de bienes, de petición ante la jurisdicción, etc. (art. 15). Inclusive se declara que todo contrato “o cualquier otro instrumento privado” con efecto jurídico que tienda a limitar la capacidad jurídica de la mujer se considerará nulo (art. 15, 3).

En materia de matrimonio y familia, la Convención tiende a asegurar la igualdad entre el varón y la mujer: para contraer matrimonio (art. 16, 1., a); para elegir libremente la persona del contrayente y otorgar libremente el consentimiento (art. 16, 1., b); para gozar de los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con motivo de su disolución (art. 16, 1., c); para gozar de los mismos derechos y responsabilidades en relación con los hijos, “cualquiera sea [el] estado civil” que se tenga (art. 16, 1., d); para decidir el número de hijos y el intervalo entre nacimientos, lo que incluye el igualitario “acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos” (art. 16, 1., e); para ejercitar los mismos derechos y responsabilidades en relación al cuidado de los hijos, en relación a la guarda de incapaces, a la custodia pre-adoptiva y a la adopción (art. 16, 1., f); para gozar de los mismos derechos personales como marido y mujer, “entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación” (art. 16, 1., g); y, por último, para gozar los cónyuges de los mismos derechos en relación a sus bienes (compra, gestión, administración, goce y disposición de bienes, tanto a título gratuito como oneroso) (art. 16, 1., h). El apartado termina estableciendo una prohibición para conceder efectos jurídicos al contrato de esponsales o al matrimonio de niños; y obligando a los Estados a fijar una edad mínima para contraer matrimonio y hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un registro oficial (art. 16, 2.).

3. Mecanismos de protección: El Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer

La quinta parte de la Convención establece un mecanismo de seguimiento y control de las responsabilidades internacionales de los Estados a través de la creación del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante, el Comité), que quedará integrado por 23 expertos elegidos por los Estados partes que integrarán el Comité a título personal. Se trata de un mecanismo de control, sin poder jurisdiccional sobre los Estados encargado de recibir los informes que estos últimos se obligan a presentar sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole que hayan adoptado para hacer efectivas las disposiciones de la Convención (art. 18) y para hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en el examen de dichos informes en un informe anual que debe presentar a la Asamblea General de las Naciones Unidas por conducto del Consejo Económico y Social (art. 21).⁹

9 Este mismo sistema de control lo establecen la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (1969), arts. 35-51; la Convención de los Derechos del Niño (1989), arts. 43-45; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), art. 28; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 16-22; la Convención contra la Tortura, arts. 17-24.

La parte final de la Convención contiene diversas materias generales. En primer término una cláusula de cierre que dispone que “nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a disposición alguna que sea más conducente al logro de la igualdad entre hombres y mujeres y que pueda formar parte de: a) la legislación de un Estado parte; o b) cualquier otra convención, tratado o acuerdo internacional vigente en ese Estado.” El resto del articulado se refiere a materias generales sobre firma y ratificación por los Estados (art. 25), revisiones (art. 26), entrada en vigencia internacional (art. 27), reservas –que no pueden ser incompatibles con el objeto y propósito de la Convención– (art. 28), solución de controversias (art. 29) y textos oficiales (art. 30).

III. Interpretación de la Convención: Su pertenencia al sistema internacional de protección de los derechos humanos

Como se desprende de lo expuesto, la Convención resume y adapta a la particular situación de la mujer los catálogos tradicionales de derechos que contienen otros instrumentos internacionales, por lo que debe ser interpretada en armonía con su objeto y finalidad, y en consonancia con los demás instrumentos del sistema internacional de protección de los derechos humanos que la preceden, en una cadena que enlaza directamente con la Carta Magna de los derechos humanos: la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En esta labor es preciso acudir a los principios de interpretación de los tratados aplicables en Derecho internacional y utilizarlos en consonancia con los referentes hermenéuticos del texto que ahora nos ocupa. Estos principios generales de interpretación se encuentran establecidos en los artículos 31, 32 y 33 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.¹⁰ De las reglas contenidas en estos artículos –

10 Los tratadistas han agrupado estas reglas sistematizándolas en los siguientes principios, que, según se desprende de su doctrina, tienen entre sí la jerarquía que les asigna el rango en que los presentamos a continuación: 1º) principio del sentido ordinario y natural de los términos, que resulta ser el principio rector en materia de interpretación de los tratados; 2º) principio del contexto, que afirma que el conjunto del tratado debe interpretarse en armonía con cada una de sus partes; 3º) principio de la conformidad de la interpretación alegada con el objeto y fin del tratado, que afirma que la interpretación debe adecuarse al propósito que guió a las partes a celebrar el tratado; 4º) principio de la conducta ulterior de las partes, que naturalmente adquiere mayor relevancia en tratados bilaterales; 5º) principio del efecto útil del tratado que sostiene que un tratado debe interpretarse de modo que produzca un efecto compatible con su motivo y razón de ser; 6º) principio del recurso a los trabajos preparatorios, que sostiene que no debe recurrirse a dichos trabajos cuando el texto de una convención es suficientemente claro en sí mismo; 7º) principio *in dubio mitius*, que sostiene que cuando la redacción de un precepto no es clara se debe adoptar la interpretación menos onerosa para las partes; y 8º) principio de la igual autoridad de las diversas versiones de un tratado, entre las cuales debe buscarse un significado común cuando las palabras de distintos idiomas ofrezca un sentido diverso. Todos estos principios pueden agruparse en tres grandes métodos de interpretación que –como sucede en la interpretación del derecho interno– tendrían aplicación en el trabajo de aplicar un tratado: el método objetivo, que investiga el texto del tratado, considera su forma y el significado natural y obvio de las palabras empleadas en su redacción; el método subjetivo, que partiendo del mismo texto indaga en los trabajos preparatorios, investiga la conducta ulterior de las partes y el objeto primitivo del tratado; y el método funcional o finalista, que destaca la función general del tratado, descartando las posibles motivaciones psicológicas de sus redactores. Cf. *Infra* nota 11, pp. 197–205.

cuya obligatoriedad para los Estados es, sin embargo, cuestionada¹¹— se desprende que son dos los elementos esenciales, de carácter objetivo, que deben regir la lectura de un tratado internacional: su texto y su contexto. El texto —dispone la Convención de Viena— debe ser interpretado de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado (art. 31), o, como consagra esta regla nuestro Código Civil, según el sentido natural y obvio de las palabras (art. 20). Pero la interpretación a que se arribe según el sentido natural y ordinario de los términos del tratado no puede sacarse del contexto (cf. art. 31, 1 de la Convención de Viena). El contexto es la totalidad del tratado, incluido su preámbulo y anexos, y todo otro instrumento relativo al tratado aceptado por las partes (Cf. art. 31, 2. de la misma Convención). Ambos elementos, como se ha dicho, interactúan sobre la base de un criterio objetivo de interpretación, preferido por la Convención de Viena, y apuntan a establecer el sentido o fin de la ley, más que la voluntad del legislador. Este último criterio, que supone una interpretación subjetiva de las disposiciones de un tratado, no es utilizado más que supletoriamente, y sólo si no es posible establecer el sentido de las normas de un tratado con las reglas anteriores.

Los términos de CEDAW entendidos en su sentido natural y obvio no nos alejan de otros instrumentos internacionales sobre protección de los derechos humanos pues la Convención traslada a la situación de la mujer numerosas disposiciones contenidas en ellos. La utilización que hace CEDAW de conceptos novedosos como las “funciones estereotipadas” o los “patrones socioculturales de conducta” de hombres y mujeres, la maternidad como “función social” o la “planificación de la familia”, que responde a influencias ideológicas del feminismo contemporáneo, no puede conducir a interpretaciones contrarias a los derechos inherentes de la persona, si se examinan dentro de su contexto. Es más, sostenemos que es este contexto el que nos ofrece la clave hermenéutica de determinadas disposiciones de la Convención que no encuentran precedente dentro del sistema. Veamos entonces, cuál es este contexto y cómo se desprenden de él los principios que deben regir la interpretación de CEDAW.

1. *El contexto de CEDAW*

Según se desprende del Preámbulo de la Convención, el contexto de CEDAW está formado, además de las consideraciones que el mismo instrumento contiene en orden a explicitar su objeto y fin —el logro de la efectiva igualdad de derechos entre el hombre y la mujer (cf. con todo el Preámbulo de CEDAW)—, por la *Carta de las Naciones Unidas* (pár. 2º), por la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (pár. 3º), por los *Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos*, y de *Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (pár. 4º) y, en cuanto se refiere directamente a la situación de la mujer, por la *Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer* (en adelante también la *Declaración*) (Resolución de la

11 Cf. Hugo LLANOS Mansilla, *Derecho Internacional Público*, (1ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1977) Tomo I, p. 197. Sostiene el profesor Llanos que sólo estaría obligada por ellos la Corte Internacional de Justicia en un litigio entre dos Estados partes de la Convención de Viena, por aplicación el art. 38, 1a) de su Estatuto.

Asamblea General 2263 (XXII) de 7 de noviembre de 1967) (pár. 16º). Por esto el Preámbulo de la Convención termina diciéndonos lo siguiente:

Los Estados en la presente Convención,
[...]

Resueltos a aplicar los principios enunciados en la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer y, para ello, a adoptar las medidas necesarias a fin de suprimir esta discriminación en todas sus formas y manifestaciones,

Han convenido en lo siguiente:

Esta *Declaración* es el directo antecedente de la Convención en el sistema internacional de protección de los derechos humanos y, junto con los demás precedentes invocados en el Preámbulo, conecta CEDAW con las normas de otros instrumentos de fuerza vinculante para los Estados hasta la misma *Declaración Universal de Derechos Humanos*, para muchos hoy, regla de *ius cogens* en el ámbito internacional.¹²

Hemos dicho que el objeto y fin de la Convención es el logro de la efectiva igualdad de derechos entre el hombre y la mujer. El objetivo de la igualdad y la eliminación de toda discriminación se desprende de la totalidad del tratado, de su Preámbulo e, incluso, de su título. Por lo tanto, no se trata en esta Convención, como se ha sostenido,¹³ de la familia, ni se tiene de la familia una concepción diferente a la que tiene de ella el entero sistema de los derechos humanos. Tampoco la Convención asume como objetivo y fin una concepción de la persona diferente a la del sistema a que pertenece: el favor del individuo (o autonomía individual) no es un principio equivalente al de la dignidad y derechos inherentes a la persona humana,¹⁴ ni aparece en CEDAW elemento alguno que conduzca a deducir un principio semejante que no reconoce el sistema de derechos humanos. Otro presupuesto ideológico que se atribuye a esta Convención es aquel que ella afirmaría que la discriminación contra la mujer tiene su raíz en la familia, “no sólo como transmisora cultural, sino también en cuanto estructura y organización”.¹⁵ No hay disposición alguna en CEDAW que conduzca a deducir semejante presupuesto. Al contrario, la Convención supone la vinculación natural del hombre y de la mujer en la familia, e incluso que esta se funda en el matrimonio.

Estas y otras interpretaciones obligan a examinar esta Convención desde la perspectiva que nos ofrece el sistema de los derechos humanos. Veamos entonces algunos principios que se desprenden de una interpretación armónica de la Convención con el

12 Ver, por ejemplo, Roberto PUCEIRO Ripoll, “Las normas de *ius cogens* en el campo del Derecho internacional contemporáneo” en Eduardo JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (ed.), *Derecho Internacional Público*, t. I, pp. 303–332 (Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria, 2ª ed., 1996) y bibliografía citada por él. Realiza este autor un completo recuento del estado de la cuestión en Derecho internacional.

13 Cf. Paulina VELOSO Valenzuela, “Nuevos principios...”, *cit supra* nota 2, p. 42.

14 *Ibidem*.

15 *Ibidem*, p. 43.

sistema internacional de protección de los derechos humanos a que pertenece y, primeramente, lo que se refiere a su concepto de discriminación.

2. El concepto de discriminación y las medidas de acción positiva en la Convención

En cuanto se refiere a la eliminación de toda discriminación la Convención se hace cargo del art. 1 de la *Declaración* que considera la discriminación contra la mujer, en cuanto niega o limita su igualdad de derechos con el hombre, como fundamentalmente injusta y una ofensa a la dignidad de la persona humana. Se hace tributaria en esto la Convención de innumerables instrumentos que la preceden, desde la *Carta de las Naciones Unidas* (Preámbulo) y la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (Preámbulo, arts. 1 y 2). Es por eso que la Convención califica la discriminación, que es esencialmente cualquier distinción –de suyo sin juicio de valor–, como una práctica esencialmente injusta. Es del todo razonable este juicio negativo pues, como bien ha señalado el profesor español Javier HERVADA, en los documentos internacionales sobre derechos humanos se trata de derechos universales, que no admiten distinción entre unas personas y otras: en principio toda distinción es incongruente con la universalidad del derecho y por eso recibe un juicio negativo.¹⁶

Como la igualdad no es igualitarismo, tampoco en los documentos internacionales sobre derechos humanos, el mismo profesor señala que debido a este generalizado uso peyorativo del término discriminación son necesarias las cláusulas que permiten medidas de discriminación “positiva”. Las medidas de discriminación positiva son distinciones que, a pesar de ser indeseables, pues toda distinción es en el contexto de estos instrumentos indeseable, se justifican, bien para asegurar la universalidad de los derechos protegidos, bien para proteger a unas personas que de hecho se encuentran en situación distinta.¹⁷ Es esto lo que hace la Convención en su art. 4 cuando autoriza distinciones transitorias destinadas a acelerar la igualdad *de facto* entre hombres y mujeres (art. 4,1.), o a proteger la maternidad, de suyo un bien que justifica el establecimiento de diferencias o distinciones permanentes (art. 4, 2.). Como la misma Convención admite diferencias cuando las hay en el hecho, se comprende inmediatamente que el sentido del término “discriminación” en CEDAW es exactamente el que nuestra Constitución emplea cuando prohíbe toda diferencia “arbitraria” (cf. art. 19, N° 2 de la Constitución Política). La discriminación positiva o –como también es denominada– acción positiva es una discriminación o diferencia justa, es decir, no arbitraria. Ella tiene un fundamento en el principio de justicia distributiva de que para posiciones desiguales, el Derecho debe dar soluciones desiguales. De ahí que el concepto de discriminación del art. 1 de CEDAW

16 Cf. Javier HERVADA, “Diez postulados sobre la igualdad jurídica entre el varón y la mujer”, en *Persona y Derecho* XI (1984), p. 349.

17 *Ibidem*, p. 350.

deba interpretarse en armonía con el art. 4; la discriminación que prohíbe la Convención es toda diferencia arbitraria.¹⁸

El art. 2 de la Convención es, a su vez, perfecto reflejo del art. 2 de la *Declaración* que insta a los Estados a abolir o modificar leyes, costumbres y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer y promover el principio de igualdad jurídica entre el hombre y la mujer a través de medidas legislativas y de todo orden. Se comprende que la acción del Estado en este campo, como promotor del bien común, tiende a corregir diferencias arbitrarias en los hechos y en el Derecho para asegurar el equilibrio de la igualdad; y debe por ello limitarse a esto. El discurso feminista discurre aquí sobre la dicotomía entre lo privado –propio de la mujer– y lo público –propio del varón–; justificando la intervención del Estado en el ámbito familiar como una acción necesaria para modificar los patrones de comportamiento de sus miembros, que supone perpetuando estereotipos. Si esta fue la voluntad del legislador, no es este el sentido de la norma. Es el bien común y la autonomía de los cuerpos intermedios lo que a la vez justifica y restringe la acción del Estado en éste y en cualquier otro ámbito social.

3. “Educar” a la opinión pública en el respeto a la igualdad

Dentro de las medidas apropiadas para promover la igualdad la Convención (art. 5), en armonía con la *Declaración* (art. 3), obliga a los Estados a no limitarse a una acción reparadora o preventiva, sino a divulgar culturalmente la igualdad a través de acciones destinadas a educar a la opinión pública en el respeto a este principio. Veamos los textos comparados:

Art. 3 Declaración:

Deberán adoptarse todas las medidas apropiadas para educar a la opinión pública y orientar las aspiraciones nacionales hacia la eliminación de los prejuicios y la abolición de las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basadas en la idea de la inferioridad de la mujer.

Art. 5 Convención:

Los Estados parte tomarán 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*;

18 La profesora VELOSO en su artículo citado *supra* nota 2, pp. 45-46, no reconoce este matiz del concepto de discriminación que defiende la Convención. Ello resulta de que no hace una interpretación armónica del art. 1 con el art. 4 de CEDAW, armonización indispensable para comprender el alcance del concepto en el contexto de la Convención.

- b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de *la maternidad como función social* y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de los hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.

Se trata, pues, de una explicitación de los contenidos que deberían transmitirse a la opinión pública con el fin de eliminar costumbres discriminatorias contra la mujer. Como resulta evidente, la Convención considera los roles familiares tradicionalmente difundidos en la cultura occidental (hombre proveedor-mujer dueña de casa) como discriminatorios contra la mujer y promueve una mayor participación del varón en la generación y educación de los hijos, cuestión que es por lo demás de toda justicia si se reconoce el beneficio de la participación de las mujeres en la fuerza laboral remunerada de los países. La dedicación a la familia es tarea tanto del varón como de la mujer, pero, sin perjuicio de la particular vocación de la mujer a la maternidad, que debe ser respetada e incluso protegida en beneficio de la familia y de la sociedad, como bien explicitan tanto la *Declaración* (cf. esp. Preámbulo y art. 6), como la Convención (cf. esp. art. 4, 2).

Es interesante observar determinados giros que adopta la Convención, los cuales no están presentes en la *Declaración*: patrones socioculturales de conducta que deben ser modificados; funciones estereotipadas de hombres y mujeres. ¿Qué interpretación debemos dar a estos conceptos en armonía con el sistema de derechos humanos universales? Nuestra opinión es que estas referencias deben entenderse hechas a aquellas funciones y patrones impuestos por la cultura pero no a los que inhiere o derivan de la naturaleza, pues todo el sistema de protección de los derechos humanos –si quiere mantener su pretensión de universalidad– debería ser fiel a sus principios de reconocer la dignidad inherente al ser humano, varón y mujer, que deriva de su naturaleza personal. Parece inconcebible que un tratado internacional sobre derechos humanos pretenda sustituir unos patrones socioculturales de conducta o estereotipos, por otros. Habría en esta pretensión un intento de divulgación ideológica que desprestigiaría todo el sistema pues laceraría su carácter universal, inherente a la dignidad de la persona humana.

¿Puede una Convención internacional obligar jurídicamente a los Estados a divulgar una determinada concepción de la persona, de la familia y de la sociedad? En la línea de lo que venimos diciendo, habría que responder que sí, pero en la medida en que esas acciones tiendan a eliminar prejuicios o prácticas injustas para la igualdad esencial entre varones y mujeres; pero no, en cuanto violenten funciones naturales de la persona humana, como la paternidad y la maternidad, que aseguran la perpetuación de la especie humana en condiciones también humanas.

En relación a funciones naturales hemos destacado más arriba la insistencia de la Convención en destacar que la maternidad es una *función social*. Nuevamente, ¿cómo

interpretar esta disposición? La maternidad –mucho más que la mera reproducción– ciertamente es una función social, pero también es una función personal de la mujer y, más aún, una vocación personal de la mujer. Como la maternidad también implica paternidad del varón, estas normas deberían entenderse como una llamada al hombre a comprender y asociarse más estrechamente a su propia paternidad. Sucede que esta exigencia se ha hecho perentoria en nuestros días por el fenómeno de ingreso masivo de la mujer a la fuerza laboral remunerada. Lo que no puede olvidarse en este contexto es que maternidad-paternidad son funciones, antes que sociales, profundamente personales; y, como tales, también sociales, pues la persona humana es social. Nada personal es ajeno a su repercusión social, y menos la labor de perpetuar la especie sobre la tierra. No por esto, sin embargo, debería deshumanizarse –que es lo mismo que decir despersonalizarse– la misión de traer nuevos seres al mundo entregada por igual al hombre y a la mujer, como podría suceder si se hiciera una interpretación ideologizada de este carácter *social* de la maternidad.

4. La eliminación de estereotipos en educación

Nos volvemos a encontrar con el lenguaje de los estereotipos cuando la Convención se encarga de traducir el principio de la igualdad al ámbito de la educación. Aquí CEDAW encuentra su fuente en el art. 9 de la *Declaración*. Ambos textos apuntan a ofrecer a la mujer iguales oportunidades que al hombre en todos los aspectos relacionados con la educación. Es interesante examinar las disposiciones en comparación:

Art. 9 *Declaración*:

Deberán adoptarse todas las medidas apropiadas para asegurar a la joven y a la mujer, casada o no, derechos iguales a los del hombre *en materia de educación* en todos los niveles, y en particular:

- a) Iguales condiciones de acceso a toda clase de instituciones docentes, incluidas las universidades y las escuelas técnicas y profesionales, e iguales condiciones de estudio en dichas instituciones;
- b) La misma selección de programas de estudios, los mismos exámenes, personal docente del mismo nivel profesional, y locales y equipo de la misma calidad, ya se trate de establecimientos de enseñanza mixta o no;
- c) Iguales oportunidades en la obtención de becas y otras subvenciones de estudio;
- d) Iguales oportunidades de acceso a los programas de educación complementaria, incluidos los programas de alfabetización de adultos;
- e) Acceso a material informativo para ayudarla a asegurar la salud y bienestar de la familia.

Art. 10 *Convención:*

Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre *en la esfera de la educación* y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

- a) Las mismas condiciones de orientación en materia de carreras y capacitación profesional, acceso a los estudios y obtención de diplomas en las instituciones de enseñanza de todas las categorías, tanto en zonas rurales como urbanas; esta igualdad deberá asegurarse en la enseñanza preescolar, general, técnica, profesional y técnica superior, así como en todos los tipos de capacitación profesional;
- b) Acceso a los mismos programas de estudios, a los mismos exámenes, a personal docente del mismo nivel profesional y a locales y equipos escolares de la misma calidad;
- c) La eliminación de todo *concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino* en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, *mediante el estímulo de la educación mixta* y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la *modificación de los libros y programas escolares* y la adaptación de los métodos de enseñanza;
- d) Las mismas oportunidades para la obtención de becas y otras subvenciones para cursar estudios;
- e) Las mismas oportunidades de acceso a los programas de educación permanente, incluidos los programas de alfabetización funcional y de adultos, con miras en particular a reducir lo antes posible toda diferencia de conocimientos que exista entre hombres y mujeres;
- f) La reducción de la tasa de abandono femenino de los estudios y la organización de programas para aquellas jóvenes y mujeres que hayan dejado los estudios prematuramente;
- g) Las mismas oportunidades para participar activamente en el deporte y la educación física;
- h) Acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, *incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia*.

Nuevamente advertimos una preocupación por obligar a los Estados a promover la eliminación de conceptos *estereotipados* de los papeles masculino y femenino y valen aquí semejantes consideraciones a las formuladas anteriormente al analizar las orien-

raciones divulgativas que la Convención impone a los Estados. Deben eliminarse los conceptos estereotipados, pero no las funciones naturales, que, por lo demás, son imposibles de eliminar pues inhieren en la misma naturaleza humana, masculina o femenina. Ahora bien, es evidente que estas diversas funciones naturales no deben ser un título de discriminación en ámbitos en los cuales no son ellas relevantes, como por ejemplo en la transmisión de contenidos informativos en la educación. Sí deberían respetarse por el Estado y por los cuerpos intermedios que participan en la tarea educativa, las diferencias naturales en cuanto sean relevantes para los fines establecidos a las mismas por la naturaleza, en la tarea de educación del carácter, de desarrollo personal del individuo. De nuevo nos encontramos con un campo de legítima promoción del bien común, en el cual el Estado debe tener injerencia, unido a otro que escapa a todo control pues no obedece a poder humano alguno, cual es la naturaleza misma de la persona humana.

Observamos al final del art. 10 de la Convención una referencia, de algunas que contiene el documento, a la información y asesoramiento sobre planificación de la familia. Y nos adentramos desde este punto al polémico tema de los denominados “derechos” sexuales y reproductivos cuya fuente algunos encuentran en el art. 12 de CEDAW.

5. El concepto de planificación de la familia en la Convención

El art. 12 de la Convención obliga a los Estados a adoptar medidas tendientes a eliminar la discriminación en la esfera de la atención médica, asegurando el igualitario acceso a servicios de atención médica, “inclusive los que se refieren a la planificación de la familia”; estableciendo a continuación que “sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 *supra*” los Estados deben garantizar servicios apropiados para la atención del embarazo, el alumbramiento, la nutrición de la madre durante el mismo y la lactancia del recién nacido.

Bien vale la pena reproducir este artículo para intentar desde él una interpretación coherente con su contexto:

Artículo 12

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, *inclusive los que se refieren a la planificación de la familia*. (El destacado es nuestro.)
2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 *supra*, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.

Otras referencias tangenciales a los derechos relacionados con la planificación de la familia que contiene la Convención están en el art. 10h), ya citado, en el art. 14, 2b) sobre eliminación de la discriminación contra la mujer rural, y en el art. 16, 1e) sobre eliminación de la discriminación en los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones de familia. En todos ellos se reitera la idea del derecho de las mujeres a decidir el número de hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que le permitan ejercer estos derechos.

Es evidente que no hay aquí una mera referencia a la igualdad frente a los servicios sanitarios en general, sino una clara referencia a determinados servicios: aquellos relacionados con la planificación de la familia. ¿Qué entiende CEDAW por planificación de la familia? Si nos atenemos al texto y a la pertenencia del tratado al sistema universal de derechos humanos, comprendemos que se refiere a las decisiones de las personas sobre la frecuencia y oportunidad de los nacimientos en las familias, y a los métodos desarrollados con dicho objeto. Como este tipo de decisiones competen a la más esencial libertad personal y a la intimidad parece razonable aceptar que se trate de un derecho de las personas. Sin embargo, una interpretación del concepto congruente con la dignidad de la persona humana no es la que se ha divulgado por los organismos de las Naciones Unidas y se advierte en este tema un claro intento de penetración ideológica con unos propósitos bien concretos en el sistema internacional de protección de los derechos humanos.¹⁹

No deja de causar extrañeza en el texto de CEDAW la sentencia “sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 *supra*”. Pareciera que la disposición se refiere a que si fallan los servicios médicos del párrafo 1 y se produce el embarazo, el Estado debe cuidar de la mujer en dicho estado. ¿Significa esto un reconocimiento implícito en el texto de CEDAW de los significados ideológicos de este concepto? Es sabido que para muchos la expresión “planificación de la familia” implica la esterilización, incluso forzada, el recurso a métodos anticonceptivos incluido el aborto, que es llamado eufemísticamente “interrupción del embarazo”.²⁰ Como se advierte, CEDAW destaca el derecho al libre

19 Ver Ricardo CASCIOLI, *El complot demográfico*, cit. *supra* nota 5.

20 Si bien no se refiere explícitamente al concepto de “planificación de la familia”, tiene interés conocer cómo define la Organización Mundial de la Salud el concepto de “salud reproductiva”. “Salud reproductiva implica que las personas son capaces de tener una responsable, satisfactoria y segura vida sexual y que ellas tienen la capacidad de reproducirse y de decidir libremente cuándo y cuántas veces hacer uso de su sexualidad. Implícito en esta última condición está el *derecho* de los hombres y mujeres a estar informados y de tener acceso a seguros, efectivos, accesibles y aceptables *métodos de regulación de la fertilidad*, y el derecho a acceder a un apropiado servicio de cuidado de la salud que sea capaz de permitir a las mujeres estar salvaguardadas durante el embarazo y el parto y proveer a las parejas las mejores oportunidades de tener infantes saludables.” Por su parte, la misma organización define lo que entiende por “regulación de la fertilidad”: el proceso por el cual los individuos y las parejas regulan su fertilidad. Los métodos que pueden ser usados en él incluyen, entre otros: demorar los nacimientos, uso de anticonceptivos, apoyo de tratamientos de infertilidad, *interrupción de embarazos no deseados* y la lactancia. Cf. *Organización Mundial de la Salud*, “Definiciones Técnicas y Comentarios Preparados para la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo” (1994).

e igualitario acceso a servicios de salud en general y también a los que se refieren con la planificación de la familia, concepto este último del que se han derivado lo que algunos llaman derechos sexuales y reproductivos.

Es interesante observar que este artículo no encuentra una fuente directa en la *Declaración*, al menos en los términos expuestos. Además, parece una reiteración de innumerables referencias que contiene la Convención a este polémico tema, cuya promoción encuentra particular eco en las producciones bibliográficas de organismos dependientes de las Naciones Unidas y de determinadas organizaciones no gubernamentales.²¹ ¿Deben interpretarse estas provisiones como la fuente legal de los derechos sexuales y reproductivos? Desde luego, CEDAW jamás utiliza los términos “derechos sexuales o reproductivos” y sólo se refiere a la información relacionada con la planificación de la familia. Cualquier intento por deducir de esta norma o de otras de la Convención la existencia de estos derechos tampoco resiste el examen del contexto: la Convención no puede separarse del sistema universal de derechos humanos fundamentales que se pretende proteger, los cuales se fundamentan en la dignidad de la persona humana.

A nuestro juicio, puesto que todo el sistema se apoya en la dignidad de la persona humana, en la que inhieren derechos fundamentales que ni las convenciones internacionales ni las legislaturas pueden crear, sino sólo declarar o reconocer y proteger, estos *pseudo* derechos no podrían jamás deducirse, interpretarse ni aplicarse de una manera contraria a este parámetro: la dignidad personal de hombres y mujeres. No es esta la interpretación que están haciendo de esta norma de CEDAW el sistema de las Naciones Unidas y sus organismos dependientes.²² En esto se advierte claramente la infiltración ideológica que está sufriendo el encomiable esfuerzo iniciado en 1945 por proveer a la humanidad de un sistema de protección universal de los derechos esen-

21 Ver, por ejemplo, FNUAP, “Pobreza e Inequidad de Género: Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos en América Latina y el Caribe”, VII Conferencia Regional sobre la Integración de la Mujer en el Desarrollo Económico y Social de América Latina y el Caribe, Santiago-Chile, 19-21 de noviembre de 1997. Ver también, CEPAL, Unidad Mujer y Desarrollo, Serie Mujer y Desarrollo, “Las Mujeres en América Latina y el Caribe: Un Protagonismo posible en el tema de población”, Santiago de Chile, mayo de 1993; Teresa VALDÉS, “Mujer y derechos humanos: ‘menos tu vientre’”, Documento de Trabajo FLACSO, Serie Estudios Sociales N° 8, Santiago, 1990; Rebecca J. COOK, Jeanne M. HAWS, “United Nations Convention on the Rights of Women: Opportunity for Family Planning Providers” en *International Family Planning Perspectives*, Vol. 12, pp. 49-53 (June 1986); IPPF “Reproductive Rights”, London: International Planned Parenthood Federation, 1990: se trata de un afiche que muestra la situación de los derechos reproductivos de las mujeres en los países que han aprobado la Convención.

22 Ver documentos citados *supra* nota 21. Causa extrañeza, por una parte, y revela un claro cometido ideológico, por otra, las Principales Áreas de Preocupación y Recomendaciones (*Principal Areas of Concern and Recommendations*) que formula el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer en sus reuniones números 442 y 443, de 22 de junio de 1999, acerca de los Segundo y Tercer informes periódicos de Chile, conforme al art. 18 de la Convención: “El Comité está preocupado acerca del inadecuado reconocimiento y protección de los derechos reproductivos de las mujeres en Chile. El Comité está especialmente preocupado por las leyes que prohíben y castigan cualquier forma de aborto. [...] El Comité recomienda que el gobierno considere revisar las leyes relacionadas con el aborto con mira a su reforma, particularmente para proveer un aborto seguro y para permitir la terminación de los embarazos por motivos terapéuticos o por salud, incluyendo la salud mental, de la mujer.” (traducción de la autora) Ver documento A/54/38/Rev.1 en el sitio del Comité en internet: www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/21st_session.

ciales que emanan de la naturaleza humana. Es de esperar que fracasen los intentos de determinados grupos que pretenden difundir sus propósitos desde la plataforma de propaganda que les ofrecen los organismos internacionales. Otro campo en el que se advierte un esfuerzo ideológico importante es el que se refiere a los principios en CEDAW en cuanto a matrimonio y familia.

6. Los principios en materia de matrimonio y familia que se desprenden de CEDAW

También en el tema de matrimonio y familia la Convención tiene un marco de inspiración en la *Declaración* y en todos los instrumentos que la preceden. Las repercusiones del principio de igualdad entre hombres y mujeres en el campo del derecho civil y en lo que se refiere al matrimonio y la familia están reguladas en CEDAW en los importantes artículos 15 y 16 de la Convención. Ambas disposiciones tienen su derecho precedente en el art. 6 de la *Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer*; el art. 15 es el despliegue normativo del número 1. del art. 6, el art. 16 concentra su atención en los números 2. y 3. de la misma fuente. Nuevamente, la observación comparada de los textos ofrece luces para una adecuada interpretación de la Convención:

Art. 6 Declaración:

1. Sin perjuicio de la salvaguardia de la unidad y la armonía de la familia, que sigue siendo la unidad básica de toda sociedad, deberán adoptarse todas las medidas apropiadas, especialmente medidas legislativas, para que la mujer, casada o no, tenga iguales derechos que el hombre en el campo del derecho civil y en particular:
 - a) El derecho a adquirir, administrar y heredar bienes y a disfrutar y disponer de ellos, incluyendo los adquiridos durante el matrimonio;
 - b) La igualdad en la capacidad jurídica y en su ejercicio;
 - c) Los mismos derechos que el hombre en la legislación sobre circulación de personas.
2. Deberán adoptarse todas las medidas apropiadas para asegurar el principio de la igualdad de condición del marido y de la esposa, y en particular:
 - a) La mujer tendrá el mismo derecho que el hombre a escoger libremente cónyuge y a contraer matrimonio sólo mediante su pleno y libre consentimiento;
 - b) La mujer tendrá los mismos derechos que el hombre durante el matrimonio y a la disolución del mismo. En todos los casos el interés de los hijos debe ser la consideración primordial;

- c) El padre y la madre tendrán iguales derechos y deberes en lo tocante a sus hijos. En todos los casos el interés de los hijos debe ser la consideración primordial.
3. Deberán prohibirse el matrimonio de niños y los esponsales de los jóvenes antes de haber alcanzado la pubertad y deberán adoptarse medidas eficaces, inclusive medidas legislativas, a fin de fijar una edad mínima para contraer matrimonio y hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un registro oficial.

Art. 16 *Convención:*

- 1. Los Estados parte adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:
 - a) El mismo derecho a contraer matrimonio;
 - b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento;
 - c) Los mismos derechos durante el matrimonio y con ocasión de su disolución;
 - d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos los intereses de los hijos serán la consideración primordial;
 - e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos;
 - f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos o instituciones análogas como quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;
 - g) Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación;
 - h) Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de bienes, tanto a título gratuito como oneroso.

2. No tendrán ningún efecto jurídico los esponsales y el matrimonio de niños y se adoptarán todas las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para fijar una edad mínima para la celebración del matrimonio y hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un registro oficial.

Como se observa, en cuanto a matrimonio y familia, la Convención guarda estrecha relación con la *Declaración* y sus predecesores. La *Declaración*, en esta materia, parte diciéndonos –como hemos leído– que todas las medidas en pro de la igualdad que se adopten en este campo deberán salvar “la unidad y la armonía de la familia, que sigue siendo la unidad básica de toda la sociedad”. Este lenguaje nos es familiar en el contexto de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos pues ya la misma *Declaración Universal de Derechos Humanos* nos ofrece los conceptos esenciales. Bien vale la pena reproducir sus disposiciones:

Artículo 16

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen el derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.
2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.
3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Normas como esta se reiteran en numerosos documentos del sistema universal de derechos humanos como, por ejemplo, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 23; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 10; y en el Pacto de San José de Costa Rica, art. 17.

De lo anterior se deduce que el concepto de familia que adopta la Convención no es otro que el que utilizan los demás instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos y no pueden encontrarse en ella principios de Derecho de familia que se aparten de la opción elegida por el sistema. Ni la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, ni la Declaración sobre discriminación contra la mujer, ni ningún otro instrumento internacional sobre derechos humanos habla de matrimonio “secular” y “disoluble” o de obsolescencia del matrimonio. Muchas legislaciones en el mundo reconocen efectos civiles a un matrimonio religioso y es este un derecho que protegen los tratados internacionales sobre derechos humanos. Los documentos sobre derechos humanos sí hablan de que las personas tienen derecho a casarse y fundar una familia (cf. art. 16 de la *Declaración Universal* con el art. 16 de CEDAW); que el libre consentimiento (no un hecho o el mero afecto) de los contrayentes es el elemento

esencial del matrimonio (cf. esp. art. 16, letra b de CEDAW); que la familia merece la protección de la sociedad y del Estado (cf. art. 16 *Declaración Universal* y art. 6 de la *Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer*). A su vez, el Preámbulo de la Convención ya nos había dicho que la discriminación contra la mujer constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia (pár. 8º) y que la Convención se otorga teniendo presentes el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad, la importancia social de la maternidad y la función tanto del padre como de la madre en la familia y en la educación de los hijos (cf. Preámbulo de CEDAW, pár. 13). Como se desprende de todas estas disposiciones interpretadas en armonía unas con otras, no hay en CEDAW un nuevo concepto de familia; ni promueve la Convención otro modelo de familia diferente al que defiende el sistema de los derechos humanos universales. Lo que sucede es que la familia monogámica no es un modelo estático y las legislaciones también deben adaptarse a sus cambios, sin que ello signifique apartarse del modelo. La pretendida neutralidad valórica del Estado no cabe en materia de derechos humanos pues el sistema es una opción no neutral de defensa de los derechos inherentes a la dignidad humana.

La igualdad de los cónyuges en cuanto a sus derechos y deberes personales, en relación al régimen de bienes del matrimonio y en cuanto a los hijos, como se ha dicho antes, tampoco supone un nuevo modelo de Derecho de familia, sino simplemente el reconocimiento de un principio de Derecho natural que, por una mayor conciencia de la dignidad de la persona humana, ha adquirido mayor valor en nuestro tiempo. Lo mismo puede decirse respecto de la capacidad jurídica de los cónyuges durante el matrimonio.²³ El Derecho de familia debería reflejar la mayor conciencia que hoy se tiene de la dignidad humana, de la igualdad de los sexos y los derechos fundamentales que de estos principios emanan; no es necesario para esto sustituir el modelo de familia que protegen los tratados de derechos humanos universales. Los derechos fundamentales que reconoce, declara y difunde el sistema internacional de protección de los derechos humanos son los inherentes a la persona humana y a su dignidad, y no otros que podrían “producirse” desde una perspectiva positivista o convencionalista de los derechos humanos.

Por último, debe destacarse en esta materia el respeto que reconoce la Convención a la autonomía y libertad de los cónyuges en cuanto a las decisiones correspondientes al matrimonio y la familia, donde son soberanos para determinar si contraen o no matrimonio, el número de hijos que tienen, etc. Nadie puede imponer a los cónyuges decisiones en torno a estas materias. Se observa aquí un interesante reconocimiento de la autonomía del más fundamental de los cuerpos intermedios entre el Estado y la persona: la familia.

23 A pesar de que sobre esto hay bastante mito. Sobre la situación actual de nuestro Derecho véase: Carmen DOMÍNGUEZ Hidalgo, “La situación de la mujer casada en el régimen patrimonial chileno: mito o realidad” en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 26 N°1 (1999), pp. 87–103.

7. Otras normas de CEDAW cuya fuente es la Declaración

Muchas otras normas de CEDAW encuentran su fuente directa en la *Declaración sobre discriminación contra la mujer*. Volvemos a encontrar en la *Declaración* (art. 8) una fuente directa del art. 6 de la Convención, que insta a los Estados a suprimir la explotación de la prostitución de la mujer y la trata de blancas en todas sus formas.²⁴ Los derechos políticos que deben ser reconocidos a las mujeres, sin discriminación alguna (art. 7 y 8) tienen su fuente en la *Declaración* (art. 4). Las normas sobre adquisición y pérdida de la nacionalidad, que la Convención establece que no pueden ser discriminatorias para la mujer (art. 9), tienen su fuente en el art. 5 de la *Declaración*. La letra g) del art. 2 de la Convención se hace cargo del art. 7 de la *Declaración* sobre derogación de disposiciones penales discriminatorias contra la mujer. Y lo mismo puede decirse del art. 11 de la Convención, que tiende a asegurar la igualdad en el plano del empleo, el cual encuentra su fuente en el art. 10 de la *Declaración*.

Con lo expuesto queda en evidencia la dependencia y armonía de CEDAW con las normas del sistema de protección de los derechos humanos universales. Pero, el principio de igualdad jurídica entre hombres y mujeres que consagra la Convención debe interpretarse, además, en armonía con los preceptos constitucionales que lo establecen en el ordenamiento interno, los cuales a su vez se inspiran en el sistema internacional de protección de los derechos humanos. Esto nos conduce al problema de la jerarquía que cabe conceder a esta Convención dentro del ordenamiento jurídico nacional.

IV. Vigencia interna de la Convención como norma subordinada a la Constitución

Con lo dicho hasta ahora hemos comprendido que la tarea de interpretación del sentido de la Convención es indispensable para una adecuada ejecución de las obligaciones que dicho instrumento impone al Estado de Chile. Es en este punto donde adquiere importancia la cuestión de su jerarquía dentro del ordenamiento jurídico interno. ¿Cómo debe interpretarse en el ordenamiento interno el principio de igualdad entre varones y mujeres que promueve la Convención? ¿Es posible sostener que CEDAW tiene en el ordenamiento jurídico chileno un rango constitucional? ¿Sería

24 A pesar de que la Convención insta por la supresión de esta lamentable lacra social, situación a la que se ven empujadas algunas mujeres por ignorancia y pobreza, interrogado para que informe sobre la prostitución en Chile, sobre la violencia contra las prostitutas y sobre la incidencia del tráfico de mujeres y niñas, el gobierno responde en su informe que "En Chile no existe un registro sistemático y confiable sobre el *trabajo sexual* [...]"; y que "no se ha promulgado una ley para proteger a las *trabajadoras sexuales* de la violencia [...]". En cuanto al tráfico de mujeres y niñas destinado a la prostitución, sostiene que no se dispone de un análisis del impacto de la implementación de la ley 19.409 sobre trata de blancas. Cfr. "Informe Respuesta a los Temas y Preguntas Formulados en la Pre-Sesión 21ª (8-10 febrero 1999) del Grupo de Trabajo, sobre el Segundo y Tercer Informe Periódico del Gobierno de Chile a la CEDAW", preguntas 24., 25., 26. y 27. ¿No parece una interpretación extrema de CEDAW la que hace el gobierno cuando considera la prostitución como un trabajo?

posible afirmar que su ratificación por Chile significó un traspaso de soberanía o de competencia por parte del Estado hacia los órganos internacionales encargados de hacerla ejecutar? ¿Debe entenderse que su adopción modificó tácitamente la Constitución en lo que se refiere al principio de igualdad entre varones y mujeres?

Ya dijimos que la Convención forma parte del cuerpo de Derecho internacional sobre protección de los derechos humanos, y que nuestro país la ratificó dentro de un conjunto de otros tratados internacionales sobre protección de dichos derechos.²⁵ Forma parte, por tanto, de los tratados internacionales que contienen catálogos de derechos humanos esenciales que el Estado ha asumido el deber de respetar y promover, a partir de la reforma constitucional de 1989. ¿Tienen estos tratados rango constitucional? La cuestión se ha prestado a acalorados debates y las opiniones van en uno y otro sentido.²⁶ Sin embargo, hay argumentos textuales de peso en apoyo de la posición que sostiene que, a pesar de la reforma del art. 5º introducida en la Constitución por la ley 18.825 de 17 de agosto de 1989 sobre reforma constitucional, la Constitución mantiene su supremacía respecto de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

En primer término hay que remitirse al texto mismo del art. 5º de la Constitución, donde leemos lo siguiente:

Artículo 5

La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los *derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*. Es deber de

25 Ver *supra* nota 6.

26 Sostienen que la reforma constitucional elevó estos tratados al rango constitucional, entre otros, los siguientes autores: FRANCISCO CUMPLIDO Cereceda, "Historia de una negociación para la protección y garantía de los derechos humanos" en *Nuevas dimensiones en la protección del individuo* (Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile, Santiago, 1991), p. 193; R. DÍAZ A., "La reforma al artículo 5º de la Constitución Política" en *loc. cit.*, p. 207; Humberto NOGUEIRA Alcalá, "Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno" en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 N° 2-3, t. 1, pp. 341-380 (1996); Natacha PANATT Kyling, "La reforma del artículo 5º de la Constitución chilena de 1980 en relación con los tratados" en *Temas de Derecho* 5, N° 2 (1990); Cecilia MEDINA Quiroga, "El Derecho internacional de los derechos humanos y el ordenamiento jurídico chileno" en *Constitución, Tratados y Derechos Esenciales* (Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago, 1994), p. 46. En contra Miguel Ángel FERNÁNDEZ González, "La reforma al artículo 5º de la Constitución" en *Revista Chilena de Derecho* Vol. 16 (1989) p. 809; Cristóbal ORREGO Sánchez, "Vigencia de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y su reconocimiento en el ordenamiento jurídico chileno" en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20 N°1 (1993), pp. 59-67; Raúl BERTHELEN Repetto, "Rango jurídico de los tratados internacionales en el Derecho chileno" en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 N° 2 y 3 (1996) pp. 211-222.

los órganos del Estado respetar y promover *tales derechos*, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. (art. 5º de la Constitución Política) (la cursiva es nuestra)

Si partimos por lo que el constitucionalismo ha entendido siempre por soberanía, como aquella facultad de los Estados para dirigirse a sí mismos, y no estar sometidos a potencia extranjera alguna, el inciso segundo –que es el que nos interesa particularmente– se concentra en los límites al ejercicio de la soberanía por el Estado y sus órganos. Al respecto la Constitución establece una limitación absoluta: el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana; es decir, los derechos humanos naturales. Lo que la reforma constitucional de 1989 agregó a la norma citada fue un deber especial de respeto y promoción de tales derechos –los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana– garantizados en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Así, lo que limita el ejercicio de la soberanía continúa siendo los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana; la reforma simplemente se remitió a determinados catálogos de estos derechos desarrollados en la misma Constitución (una referencia al art. 19), así como en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Estos tratados internacionales adquieren, pues, el carácter de instrumentos complementarios de la Constitución en materia de derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana o derechos naturales.

El deber de respeto y promoción se mantiene dentro de los límites de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana: sólo estos derechos son objeto de respeto y promoción; no otros posibles derechos (no esenciales o no emanados de la naturaleza humana) consagrados en la Constitución o en tratados internacionales (si hubiera tales derechos). El límite sigue siendo la naturaleza humana misma y los derechos esenciales que de ella emanan. Se mantiene vigente, por lo tanto, la remisión de la Constitución chilena a la naturaleza humana, a los derechos humanos naturales. En definitiva, hay detrás del límite a la soberanía un fundamento en la naturaleza humana, en armonía con otros preceptos de la Constitución que hunden sus raíces en la tradición judeo-cristiana occidental. La reforma de 1989 no modifica esto.

A este argumento debe agregarse la referencia a otras disposiciones de la Constitución que aseguran su supremacía también respecto de estos tratados. En primer lugar, el art. 80 que establece que la Corte Suprema podrá declarar inaplicable todo precepto legal contrario a la Constitución, también aquel contenido en un tratado internacional. Y, en segundo lugar, el art. 82 que, incluso luego de reformado por la ley 19.825 de 1989, mantuvo la facultad del Tribunal Constitucional de resolver sobre las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de

ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso.²⁷

Por lo tanto, CEDAW debe interpretarse en armonía con los preceptos constitucionales que obligan al Estado a respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, que se encuentren consagrados en este tratado sobre derechos humanos ratificado por Chile y que se encuentra vigente, y en otros. ¿Cómo debe interpretarse, entonces, el principio de igualdad consagrado en dicha Convención?

27 Es esta la opinión del profesor BERTELSEN cuando sostiene que los tratados internacionales sobre derechos humanos, luego de la reforma constitucional de 1989, quedan por debajo de la Constitución, pero por encima de la legislación y el resto de las normas jurídicas de derecho interno. Se apoya para opinar en este sentido especialmente en el Informe de la Comisión Conjunta creada por la Junta de Gobierno para el análisis de la reforma, cuando justifica la sustitución de la referencia a “las normas internacionales que comprometen a Chile” que contenía el proyecto original de reforma constitucional. Expresa el mencionado informe: “A la autoridad le corresponde, también, la promoción de los derechos humanos: los que, emanando de la naturaleza de la persona, no son establecidos por la Constitución, sino que ésta se limita a reconocerlos y a describirlos, *puediendo las leyes y los tratados internacionales desarrollarlos sin afectar su esencia.*” (la cursiva es nuestra). Más adelante en el mismo informe se expone: “En relación con los tratados a que se refiere esta norma, cabe señalar que su vigencia no obsta a la procedencia del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad conforme a las reglas generales.” De estas dos citas desprende el profesor Bertelsen inequívocamente el carácter subordinado a la Constitución que tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos, puesto pueden ser contrastados con la Constitución y respecto de ellos cabe el recurso de inaplicabilidad. Otras normas constitucionales vienen en apoyo de esta interpretación, por ejemplo, el art. 82, Nº 2 que otorga competencia al Tribunal Constitucional para pronunciarse sobre las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso. Explica el profesor que el art. 82 de la Constitución sufrió numerosas modificaciones en la reforma de 1989, pero nunca siquiera se suscitó la cuestión de quitarle al Tribunal competencia para ejercer el control preventivo de constitucionalidad de los tratados internacionales, aun cuando en dicha reforma estaba precisamente en juego el carácter de dichos tratados internacionales frente al ordenamiento chileno. Y, por fin, apoya su opinión en otra reforma constitucional que tuvo por objeto adecuar la ley fundamental a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica para permitir el indulto de los condenados por conductas terroristas. Si dicho tratado hubiere tenido rango constitucional, habría derogado tácitamente lo dispuesto en el antiguo art. 9º de la Constitución, cuestión que realmente no sucedió y nunca se suscitó. Por ello fue necesaria la reforma constitucional. Es una prueba más de que también los tratados internacionales sobre derechos humanos están subordinados a la Constitución. Ahora bien, dichos tratados están bajo la Constitución, pero sobre la legislación común. El profesor Bertelsen opina de esta manera por una cuestión de interpretación: los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Dicho deber los obliga a dar aplicación preferente a un tratado internacional sobre derechos humanos, cuando contenga normas que están en contradicción con legislación de inferior jerarquía. Ver R. BERTELSEN R., “Rango jurídico de los tratados internacionales”, *cit supra* nota 26, pp. 218-221. Es interesante advertir que muchos años antes, cuando se trabajaba en la redacción de la misma Constitución, el profesor Alejandro SILVA BASCUNÁN expresó: “debe quedar muy en claro [...] que dentro del ordenamiento jurídico chileno los tratados constituyen una jerarquía de normas que está por debajo de la Constitución, pero antes de la ley común y de todas las demás normas jurídicas que se dicten dentro del Estado[;] de manera, entonces, que debe prevalecer, en el derecho interno, todo el contenido de los tratados que regularmente se hayan tramitado y siempre que tal contenido esté dentro de los preceptos constitucionales, *porque le parece evidente que es preciso mantener la constitucionalidad de los tratados tal como la de la ley.* [...]” *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión 47, p. 14. (la cursiva es nuestra) Recientemente en su *Tratado de Derecho Constitucional* (Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed., 1997), t. IV, p. 124, el profesor SILVA BASCUNÁN ratifica sus opiniones en el mismo sentido. Refiriéndose a las palabras citadas expresa: “Las afirmaciones anteriores conservan, a mi juicio, pleno valor, incluso respecto de los tratados sobre los derechos humanos esenciales. Revisten estos, en efecto, una fuerza jurídica superior a la de la ley, sin dejar de estar comprendidos, desde el punto de vista formal, en el nivel de ésta, en virtud de que, de acuerdo con la Carta Fundamental, toda normativa sobre derechos de los gobernados pertenece a la órbita legislativa.” Antes ya había opinado que también están sujetos al control de constitucionalidad (cfr. *op. cit supra*, p. 123).

Nuestra respuesta es: en armonía con la igual dignidad de hombres y mujeres que emana de la naturaleza humana (derecho esencial que emana de la naturaleza humana); lo cual es lo mismo que decir, en armonía con el sistema internacional de protección de los derechos humanos. No puede menos que concluirse así puesto que el artículo 5º de la Constitución reconoce, de partida, la existencia de una naturaleza humana de la cual emanan derechos esenciales para todas las personas; esta es una perspectiva fundamental desde la cual deben interpretarse normas como las que obligan a los Estados a promover la modificación de patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres y las que supuestamente auspician los denominados “derechos” sexuales y reproductivos. Demás está decir que se trata de un punto de vista esencial para interpretar los principios de la Convención en materia de matrimonio, familia y otros derechos esenciales en los que la distinción por sexo tiene una incidencia natural.

Esta igualdad esencial no repugna con las diferencias no arbitrarias o discriminaciones positivas que se establezcan o que reconozca la legislación para atender a situaciones desiguales en los hechos. La igualdad que promueve la Constitución –y también CEDAW– no es igualitarismo, como hemos visto. Estas diferencias o discriminaciones positivas serán legítimas –y justas– en todos aquellos casos en que la diferencia sexual sea relevante para establecer un tratamiento diferenciado en la legislación. Un caso paradigmático es el de las normas sobre protección de la maternidad ampliamente aceptadas en materia laboral (si bien queda mucho camino por recorrer), pero no siempre en materia civil; por ejemplo en materia de regímenes matrimoniales, donde la dedicación de la mujer a la maternidad y a la familia está siendo sancionada con una tendencia al establecimiento de normas que la obligan a salir a trabajar fuera del hogar.

De todo lo expuesto se desprende que no parece que la reforma del artículo 5º de la Constitución haya significado un traspaso de soberanía hacia organismos internacionales en materia de derechos humanos, sino una ratificación y explicitación del deber de respeto, que ahora también es de promoción, que tienen los órganos del Estado en relación a estos derechos, los cuales también se encuentran catalogados en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. En cuanto a la acción de los organismos internacionales debe destacarse el hecho de que no tienen facultades para interpretar auténticamente los textos internacionales y que su acción no vincula jurídicamente a los Estados, como lo hacen los tratados, si bien esta materia merece un tratamiento más extensivo que el que ahora pueden ofrecerle estas líneas.

V. Conclusiones

En las páginas que anteceden hemos examinado el texto de CEDAW y los referentes necesarios para su correcta interpretación, como asimismo su situación dentro del ordenamiento jurídico chileno como norma subordinada a la Constitución pero de jerarquía superior a la de la ley ordinaria. Este análisis nos ha permitido deducir un número de

principios que deberían gobernar la aplicación de esta Convención y orientar la ejecución de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado de Chile con su aprobación.

En cuanto al texto mismo de la Convención queda claro que consiste en la extensión y aplicación a la situación particular de la mujer de los catálogos tradicionales de derechos humanos que contienen ya otros instrumentos que la preceden. Si bien este tratado en particular es producto de un esfuerzo importante del sistema de Naciones Unidas en torno al problema de la discriminación contra la mujer, un tópico típicamente feminista, nada en su texto lo desentronca del principio que gobierna el entero sistema internacional de protección de los derechos humanos universales: la dignidad de la persona humana.

Si el texto no nos aparta de dicho referente, a pesar de la recepción de cierto lenguaje ambiguo que ha sido objeto de interpretaciones parciales, su contexto tampoco. CEDAW pertenece al conjunto de tratados internacionales sobre derechos humanos que, desde 1945, ha venido traduciendo en normas de Derecho positivo el universal reconocimiento de la dignidad humana. Todos estos instrumentos trasladan al derecho escrito principios que son universales porque son naturales. Por lo tanto, cualquier intento de interpretación ajeno a este contexto que se quiera hacer de esta u otra convención sobre derechos humanos universales tergiversa todo el sistema, le quita autoridad y universalidad y, en definitiva, lo desprestigia. En concreto, el fenómeno de instrumentalización ideológica de ciertos organismos del sistema de Naciones Unidas que se desprende de su acción y producción bibliográfica, constituye un lamentable retroceso en el proceso de aceptación universal de los derechos humanos. Esta instrumentalización no obliga a los Estados parte en estos tratados pues no constituye Derecho.

Por último, y esto tiene especial relevancia para el Estado de Chile, CEDAW tiene una jerarquía subordinada a la Constitución, por lo que debe interpretarse además en armonía con ella, al igual que los demás tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. La línea doctrinal que ha pretendido darle a estos instrumentos un rango constitucional ha quedado superada con las reformas constitucionales que se han efectuado para adecuar el texto constitucional a estos tratados. Si ellos tuvieran rango constitucional habrían modificado tácitamente el texto de la ley fundamental y toda reforma habría sido innecesaria, lo cual se ha desmentido con los hechos. En concreto, CEDAW motiva una emblemática reforma de los arts. 1º y 19, Nº 2 de la Carta Fundamental: en palabras del SERNAM, “uno de los hitos del siglo en el status de la mujer chilena”.²⁸ El estudio de los desarrollos legislativos que ha motivado esta Convención nos permitirá constatar, entonces, en los hechos, la interpretación que han dado nuestros legisladores a la Convención, como asimismo el problema de su situación dentro del ordenamiento.

28 Así califica el SERNAM esta reforma en su Informe al Comité. Ver documento A/54/38/Rev.1 en el sitio del Comité en internet: www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/21st.session.