

---

# El género del *jus cogens*<sup>1</sup>

Hilary Charlesworth y Christine Chinkin †

## I. Introducción: la doctrina del *jus cogens*

La doctrina moderna del derecho internacional denominada *jus cogens* establece la existencia de normas jurídicas fundamentales que no admiten acuerdos en contrario.<sup>2</sup> Esta doctrina introduce el concepto de normas de aplicación universal al proceso jurídico internacional. Según Onuf y Birney, el estatus de las normas *jus cogens* como normas del derecho internacional general “no es una necesidad lógica sino que responde a la asociación psicológica convincente entre la superioridad normativa y la universalidad”.<sup>3</sup> La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados define en su artículo 53 el concepto de *jus cogens*:<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Originalmente publicado en Hilary Charlesworth y Christine Chinkin, “The Gender of *jus cogens*” 15 *Human Rights Quarterly* 63 (1993).

<sup>†</sup> Hilary Charlesworth es Profesora laureada en Melbourne Law School y Profesora distinguida en la Australian National University. Christine Chinkin es Profesora emérita de Derecho Internacional Público y Directora del Centro sobre Mujeres, Paz y Seguridad en la London School of Economics and Political Science.

<sup>2</sup> Las normas *jus cogens* también han sido reconocidas en varios sistemas jurídicos internos. Ver Eric Suy, *The Concept of Jus Cogens in Public International Law*, en 2 *The Concept of Jus Cogens in International Law* 17, 18-22 (Carnegie Endowment for International Peace, 1967); J. Sztucki, *Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties* 6-11 (1972). Sobre la existencia de la doctrina *jus cogens* en derecho internacional antes de la Convención de Viena de 1969, ver Alfred von Verdross, *Forbidden Treaties in International Law*, 31 *Am. J. Int'l L.* 571 (1937); Egon Schwelb, *Some Aspects of International Jus Cogens as Formulated by the International Law Commission*, 61 *Am. J. Int'l L.* 946, 948-60 (1967); *International Law Commission Report* 1982, en 132, U.N. Doc A/37/10 (1982); Lauri Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law* caps. 1, 2 (1988).

<sup>3</sup> N.G. Onuf y Richard K. Birney, *Peremptory Norms of International Law: Their Source, Function and Future*, 4 *Denver J. Int'l L. & Pol'y* 187, 190 (1974).

<sup>4</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1155 U.N.T.S. 331, 63 *Am. J. Int'l L.* 875, 891 (1969).

“Una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter”.<sup>5</sup>

Dicha categoría de principios ha tenido una existencia difícil en el derecho internacional dado que las normas “imperativas” no se ajustan a la visión tradicional del derecho internacional como un ordenamiento consensuado. Si la base del derecho internacional, ya sea de naturaleza consuetudinaria o convencional, es el acuerdo entre Estados ¿cómo es que los Estados se encuentran obligados por una categoría de principios a los que pueden no haber consentido libremente? ¿Con qué criterio pueden distinguirse las normas imperativas de otras normas del derecho internacional? Prosper Weil criticó la teoría *jus cogens* por forzar a los Estados “a aceptar la supernormatividad de reglas que quizás los Estados ni siquiera estaban preparados para admitir como normas generales”<sup>6</sup> y por debilitar, en general, la unidad del sistema jurídico internacional al introducir nociones de normatividad relativa.<sup>7</sup> Sin embargo, como señala Martti Koskenniemi, los términos del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados contienen dos criterios diferentes: uno no consensualista (“descendente”) y otro consensualista (“ascendente”). El autor dice: “la doctrina *jus cogens* se muestra a sí misma como un acuerdo... [L]as normas imperativas obligan independientemente del consentimiento... pero es este último lo que determina su naturaleza.”<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> El Artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados pretende definir la noción de *jus cogens* solamente para el derecho de los tratados dentro de la misma Convención de Viena. Sin embargo, en general se considera que posee un significado más amplio. Ver también, *Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations* 1986, art. 53, 25 I.L.M. 572 (1986). Además de estas disposiciones, las referencias explícitas a *jus cogens* en otros tratados son escasas. Ver también Comisión de Derecho Internacional, *Draft Articles on State Responsibility*, arts. 18(2), 29(1), 33(2), 2 Y.B. Com. Der. Int. 30 (1980).

<sup>6</sup> Prosper Weil, *Towards Relative Normativity in International Law*, 77 Am. J. Int'l L. 413, 427 (1983). Ver también, Georg Schwarzenberger, *International Jus Cogens*, 43 Texas L. Rev. 455 (1965).

<sup>7</sup> Weil, nota 5 *supra*, en 423-30. Comparar W. Riphagen, *From Soft Law to Jus Cogens and Back*, 17 Victoria U. Wellington L. Rev. 81, 92 (1987) (sosteniendo que la relación entre el derecho internacional “blando”, el derecho internacional “duro” y los principios *jus cogens* no es jerárquica, y que el derecho “blando” y los principios *jus cogens* son considerados de manera más acertada como “puntos de partida” del sistema jurídico).

<sup>8</sup> Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia* 283 (1989). Un ejemplo del funcionamiento del “compromiso” de la doctrina *jus cogens* es la prohibición del *apartheid*. Aunque el principal practicante del *apartheid*, Sudáfrica, nunca “consintió” su prohibición, el principio es ampliamente aceptado como universalmente vinculante como *jus cogens*. Ver Ted L. Stein, *The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law*, 26 Harv. Int'l L. J.

El artículo 53, junto con el artículo 64 de la convención que establece que los tratados que contradigan nuevas normas imperativas de derecho internacional se tornarán nulos, fueron dos de las disposiciones más polémicas de la Conferencia de Viena. En gran medida, el apoyo a la inclusión del concepto jus cogens en la Convención de Viena provino del socialismo y de Estados en vías de desarrollo, quienes lo vislumbraron como una protección contra la aplicación absoluta del principio de *pacta sunt servanda*.<sup>9</sup> Algunas naciones de Occidente fueron particularmente críticas de la inclusión de dicha cláusula sobre la base de que desafiaría el principio de soberanía de los Estados, de su vaguedad, del problema de la identificación de las normas jus cogens y de la falta de práctica estatal para sostenerla.<sup>10</sup>

Los defensores del concepto jus cogens con frecuencia indican que su fundamento, en vez de responder al bien individual nacional, se basa en el bien común global.<sup>11</sup> Según ellos, los principios jus cogens juegan en el sistema internacional un rol similar al que las garantías constitucionales juegan en los sistemas jurídicos nacionales. De esta forma, los Estados, como mayorías políticas nacionales, aceptan limitar su libertad de elección “para obtener los beneficios de actuar estando protegidos contra las presiones del momento.”<sup>12</sup> Sin embargo, incluso entre los juristas que aceptan la categoría jus cogens, continúa la controversia sobre cuáles son las normas que califican como principios jus cogens.

Nuestra preocupación en este artículo no son los debates sobre la validez de la doctrina jus cogens en el derecho internacional, ni tampoco las normas candidatas a ser caracterizadas como jus cogens. En cambio, estamos interesadas en la estructura del concepto definido por los

---

457, 482 (1985).

<sup>9</sup> John H. Spencer, *Review of the Tenth and Eleventh Sessions of the Asian-African Legal Consultative Committee* celebrado en 1969 y 1970, 67 Am. J. Int'l L. 180, 181 (1973); Richard D. Kearney, *The Future Law of Treaties*, 4 Int'l Lawyer 823, 830 (1970); Robert Rosenstock, *Peremptory Norms - Maybe Even Less Metaphysical and Worrisome*, 5 Denver J. Int'l L. & Pol'y 167, 169 (1975).

<sup>10</sup> Hannikainen, nota 1 *supra*, en 172-73; Richard D. Kearney y Robert E. Dalton, *The Treaty on Treaties*, 64 Am. J. Int'l L. 495, 535-38 (1970); I.M. Sinclair, *Vienna Conference on the Law of Treaties*, 19 Int'l & Comp. L.Q. 47, 66-69 (1970).

<sup>11</sup> P. ej. Hannikainen, nota 1 *supra*, en 1-2. Hannikainen afirma que “la comunidad internacional de Estados en su totalidad (...) tiene facultades para asumir, en casos de extrema urgencia, la protección de intereses y valores superiores de toda la comunidad y asegurar el funcionamiento del orden jurídico internacional; como también la autoridad para requerir a uno o más Estados disidentes el cumplimiento de una norma consuetudinaria de derecho internacional general como una norma imperativa consuetudinaria.” *Id.* En 241.

<sup>12</sup> Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law* 10 (1978). Ver Jonathan I. Charney, *The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law*, 56 Brit Y.B. Int'l L. 1, 19-20 (19).

juristas internacionales. Sostenemos que el concepto de *jus cogens* no es exactamente un principio universal, ya que su desarrollo ha privilegiado las experiencias de los hombres sobre las de las mujeres y ha provisto a los hombres de una protección que no ha otorgado a estas últimas.

## II. La función del *jus cogens* en el derecho internacional

El impacto más claro de la doctrina *jus cogens* en el derecho internacional lo establece la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: “Un tratado es nulo si al momento de su celebración el mismo está en conflicto con una norma imperativa de Derecho Internacional general.”<sup>13</sup> De esta manera, la libertad de los Estados de celebrar tratados está limitada por valores fundamentales de la comunidad internacional. A pesar del temor de que la inclusión de esta disposición tendría en el principio de *pacta sunt servanda* y desestabilizaría la certeza proporcionada por los compromisos asumidos mediante tratados, rara vez se ha invocado la doctrina de *jus cogens* en este contexto.<sup>14</sup> Por ello, la misma ha tenido poco impacto práctico en la aplicación de los tratados, aunque posiblemente ejerza cierta influencia moderadora en la celebración de estos.

Los principios inconsistentes del derecho consuetudinario internacional no pueden coexistir con los de *jus cogens*.<sup>15</sup> Algunos juristas han sostenido que todos los Estados poseen un interés jurídico y, por consiguiente, capacidad jurídica para demandar en foros internacionales por violaciones de normas *jus cogens* por parte de otro

---

<sup>13</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, nota 3 *supra*, art. 53. Ver también *id.* art. 64 (estipulando que si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional, cualquier tratado vigente que esté en conflicto con ella se torna nulo y opera su terminación); art. 66 (permite la presentación de controversias relativas a la aplicación o interpretación de los arts. 53 o 64 a la Corte Internacional de Justicia); art. 71 (estipula las consecuencias de la nulidad basada en *jus cogens*).

<sup>14</sup> Se ha sostenido que el Tratado de Garantía del 16 de agosto de 1960 entre Chipre, por una parte, y Grecia, Turquía y el Reino Unido, por la otra, violaba las normas *jus cogens* al prohibir la amenaza o el uso de la fuerza al reservar el derecho conforme las facultades de la Garantía de actuar a fin de reestablecer la situación creada por el Tratado, y que las resoluciones de las Naciones Unidas sobre el tema lo reconocen implícitamente. Schwelb, nota 1 *supra*, en 952-53. Sobre las afirmaciones de invalidez de los acuerdos de Camp David de 1979 en base a conflicto con normas *jus cogens*, ver Giorgio Gaja, *Jus Cogens Beyond the Vienna Convention*, 172 *Recueil Des Cours* 271, 282 (1981). Para otros ejemplos ver Gordon Christenson, *Jus Cogens: Guarding Interests Fundamental to International Society*, 28 *Va. J. Int'l L.* 585, 607 (1988). La demanda de Portugal contra Australia en la Corte Internacional de Justicia (Demanda presentada en el Registro de la Corte el 22 de febrero de 1991) plantea de forma indirecta temas de *jus cogens* en el marco del Tratado Bilateral de la Franja de Timor entre Indonesia y Australia. 29 *I.L.M.* 469 (1990).

<sup>15</sup> Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* 514-15 (4a ed. 1990). Ver también Jordan Paust, *The Reality of Jus Cogens*, 7 *Conn. J. Int'l L.* 81, 84 (1991).

Estado.<sup>16</sup> Sin embargo, las referencias a las normas de carácter jus cogens y a sus implicancias procesales y sustantivas han sido esporádicas y ambiguas en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia.<sup>17</sup>

La importancia de la doctrina jus cogens no reside en su aplicación práctica sino en su significación simbólica en el proceso jurídico internacional. Esta asume que es posible tomar decisiones respecto de las prioridades normativas y considerar que ciertas normas son de importancia fundamental. De este modo, la doctrina incorpora nociones de universalidad y superioridad al derecho internacional.<sup>18</sup> Estos atributos se enfatizan con el lenguaje utilizado al describir la doctrina de jus cogens, que se presenta como “protectora de los intereses más fundamentales y valorados de la sociedad internacional”;<sup>19</sup> como la “expresión de una convicción, aceptada por todos los miembros de la comunidad internacional, que conmueve la conciencia más profunda de todas las naciones”<sup>20</sup>; como satisfaciendo “el más alto interés de toda la comunidad internacional”<sup>21</sup>. En este sentido, Suy describe el jus cogens como el fundamento de la sociedad internacional sin el cual todo el edificio se desmoronaría.<sup>22</sup>

En la literatura jurídica internacional sobre el jus cogens, el uso del lenguaje simbólico para expresar conceptos fundamentales se combina con la abstracción. En general, los autores son reacios a ir más allá de la afirmación abstracta del principio para determinar el funcionamiento e impacto de tales normas. Por ello, existe una tensión entre el fuerte simbolismo lingüístico, empleado para explicar la indispensable naturaleza de las normas jus cogens, y la naturaleza sumamente abstracta e inconclusa de su formulación. Algunos autores han sostenido

---

<sup>16</sup> P. ej., Hannikainen, nota 1 *supra*, en 725-26; Oscar Schachter, *General Course in International Law*, 178 Recueil Des Cours 182-84 (1982).

<sup>17</sup> Ver *Barcelona Traction*, 1970 C.I.J. 321, 325 (op. sep. del Juez Ammoun); *Namibia* (Opinión Consultiva), 1971 C.I.J. 72-75 (op. sep. del Juez Ammoun); *US Diplomatic and Consular Staff in Tehran* 1980 C.I.J. 30-31, 40-41, 44-45; *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*, 1986 C.I.J. 14, 100-01. (Comentados en Hannikainen, nota 1 *supra*, en 192-94).

<sup>18</sup> Ver Onuf y Birney, nota 2 *supra*.

<sup>19</sup> Christenson, nota 13 *supra*, en 587.

<sup>20</sup> Ulrich Scheuner, *Conflict of Treaty Provisions with a Peremptory Norm of General International Law and its Consequences*, 27 Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht 520, 524 (1967).

<sup>21</sup> Alfred Verdross, *Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law*, 60 Am. J. Int'l L. 55, 58 (1966).

<sup>22</sup> Suy, nota 1 *supra*, en 18. De manera similar, la Corte Constitucional Federal de Alemania Occidental se refirió a *jus cogens* como “indispensable para la existencia del derecho de las naciones como un orden jurídico internacional”. Citado en Christenson, nota 13 *supra*, en 592.

que la discusión doctrinaria de las normas *jus cogens* no tiene repercusión en la práctica estatal.<sup>23</sup>

La búsqueda de estándares universales, abstractos y jerárquicos se asocia, en general, con modos masculinos de pensar. Por ejemplo, Carol Gilligan ha sostenido que se inculcan modos de pensar diferentes a niñas y a niños desde una temprana edad. Las niñas tienden a razonar de una manera contextual y concreta; mientras que los niños lo hacen de una manera más formal y abstracta.<sup>24</sup> La mayoría de los sistemas de conocimiento premian las formas “masculinas” de razonar. El desarrollo altamente formal y abstracto de la doctrina *jus cogens* muestra su origen basado en el género. Sin embargo, lo más importante es que el estatus privilegiado de sus normas está reservado a una categoría muy limitada y centrada en lo masculino. Las normas *jus cogens* reflejan una perspectiva masculina de lo que es fundamental en la sociedad internacional, que posiblemente no sea compartida por las mujeres ni se base en su experiencia de vida. En consecuencia, las aspiraciones fundamentales atribuidas a las comunidades son masculinas. Por lo tanto, los presupuestos del esquema del orden mundial asumidos por la noción de *jus cogens* también lo son. Las mujeres son relegadas a la periferia de los valores comunitarios.

Nuestro objetivo en este artículo no es cuestionar el poderoso significado simbólico del *jus cogens* sino sostener que el simbolismo es en sí mismo completamente sesgado y sexista. Para ello proponemos un contenido del concepto *jus cogens* mucho más enriquecedor: si las vidas de las mujeres contribuyeran al diseño de valores internacionales fundamentales, la categoría se transformaría de una manera radical. Nos enfocaremos en la categoría de los derechos humanos generalmente denominadas normas *jus cogens*.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> Ver, por ej., Sztucki, nota 1, *supra*, en 93-94 (“(A) la luz de la práctica internacional, la pregunta sobre si el concepto de *jus cogens* se ha “codificado” o “se ha desarrollado progresivamente” en la Convención [de Viena], sólo puede responderse en el sentido de que no ha habido nada que codificar.”; David Kennedy, *The Sources of International Law*, 2 Am. U. J. Int'l L. & Pol'y 1, 18 (1987).

<sup>24</sup> Carol Gilligan, *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development* 25-51 (1982). Para comentarios de estas características en el contexto de la teoría de las relaciones internacionales tradicionales, ver J. Ann Tickner, *Hans Morgenthau's Principles of Political Realism: A Feminist Reformulation*, 17 Millenium: J. Int'l Stud. 429, 433 (1988).

<sup>25</sup> Aunque muchas de las normas de *jus cogens* que se invocan provienen del derecho internacional de derechos humanos, en general se define a las normas de *jus cogens* de una manera más amplia. Así, el Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional, Sir Humphrey Waldock, propuso tres categorías de normas *jus cogens*: aquellas que prohíben la amenaza o uso de la fuerza en contravención con los principios de la Carta de las Naciones Unidas; los crímenes internacionales así caracterizados por el derecho internacional; y los actos u omisiones cuya supresión es requerida

### III. Los Derechos Humanos como normas jus cogens

Los derechos humanos “más esenciales” se consideran jus cogens.<sup>26</sup> Ejemplo de esto puede ser lo explicado por el Revised Restatement of Foreign Relations Law del American Law Institute que enumera como violaciones del jus cogens a la práctica o condonación del genocidio, el comercio esclavo, los asesinatos/desapariciones, la tortura y la detención arbitraria prolongada o la discriminación racial sistemática.<sup>27</sup> Esta lista ha sido descrita como “una instancia particularmente sorprendente de asumir que los valores norteamericanos son equivalentes a aquellos reflejados en el Derecho Internacional”.<sup>28</sup> En un nivel más profundo, Simma y Alston sostienen que “deberíamos preguntarnos si toda teoría de derecho internacional de los derechos humanos que denuncie la discriminación racial pero no la de género, que condene la prisión arbitraria pero no la muerte por inanición, y en la que no haya lugar para el derecho de acceso a la atención médica primaria no es defectuosa tanto como teoría de los derechos humanos como doctrina de las Naciones Unidas.”<sup>29</sup>

El desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos ha puesto en tela de juicio la primacía del Estado en el derecho internacional y ha dado a los individuos un importante estatus jurídico. Sin embargo, se ha desarrollado de manera parcial y desequilibrada, y promete mucho más a los hombres que a las mujeres. En parte, este fenómeno se debe a la dominación masculina de todos los foros internacionales de derechos humanos,<sup>30</sup> que, a su vez, moldea la esencia del derecho internacional de los derechos humanos de conformidad con valores masculinos. En un nivel más profundo, este proceso replica el desarrollo del derecho internacional en general.

---

por el derecho internacional. Sir Humphrey Waldock, *Second Report on the Law of Treaties*, 2 Y. B. Int'l L. Comm'n 56-59, U.N. Doc. A/CN.4/156 y Add. 1-3 (1963). Ver, también, Roberto Ago, *Recueil Des Cours* 320, 324 (1971); Scheuner, nota 19 *supra*, en 526-67.

<sup>26</sup> Scheuner, nota 19 *supra*, en 526.

<sup>27</sup> *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, § 702 (1987). Comparar Marjorie M. Whiteman, *Jus Cogens in International Law, With a Projected List*, 7 Ga. J. *jus cogens* Int'l & Comp. L. 609, 625-26 (1977).

<sup>28</sup> Bruno Simma y Philip Alston, *The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens & General Principles*, 12 Aust. Y.B. Int'l L. 82, 94 (1992).

<sup>29</sup> *Id.* en 95.

<sup>30</sup> Por ejemplo, dentro de las Naciones Unidas, aparte del Comité para la Eliminación de toda Forma de Discriminación Contra las Mujeres (cuyos 18 miembros son mujeres), hay un total de 13 mujeres entre 90 “expertos independientes” en comités especialistas en derechos humanos. Ver Hilary Charlesworth, Christine Chinkin y Shelley Wright, *Feminist Approaches to International Law*, 85 Am. J. Int'l L. 613, 624 n.67 (1991).

#### **IV. Los prejuicios de género del derecho internacional de derechos humanos**

El derecho internacional asume, y consolida, una serie de dicotomías entre ámbitos de acción públicos y privados.<sup>31</sup> Una de ellas es la distinción planteada entre las cuestiones internacionales (“públicas”) y las que se encuentran dentro de la jurisdicción interna (“privada”) de los Estados. A su vez, dentro de la categoría de cuestiones internacionales se realiza una distinción adicional entre lo público y lo privado. El derecho internacional se concentra casi exclusivamente en actividades públicas u oficiales de los Estados, a quienes no se responsabiliza por las actividades “privadas” de sus ciudadanos o de quienes están dentro de su territorio. El concepto de atribución utilizado en materia de responsabilidad del Estado es un artilugio para diferenciar actos “privados” de actos “públicos”. Esta dicotomía tan básica tiene implicancias trascendentales para las mujeres. La vida de las mujeres, en general, se desarrolla fuera de la esfera del derecho internacional, incluso fuera del ámbito del derecho “privado” (doméstico).<sup>32</sup>

Aun cuando el derecho internacional de los derechos humanos es generalmente considerado como un desarrollo radical en materia de derecho internacional, debido a su cuestionamiento de la dicotomía tradicional público/privada entre Estados e individuos, este ha conservado una sexista y más profunda distinción público/privada. En los tratados de derechos humanos más importantes, los derechos son definidos según lo que los hombres temen que puede ocurrirles a ellos. Es decir, según aquellos daños contra los cuales buscan obtener garantías. La primacía tradicionalmente otorgada a los derechos civiles y políticos por los abogados y filósofos internacionales occidentales está orientada a la protección de los hombres dentro de su vida pública; a su relación con el gobierno. En general, no se ha otorgado la misma importancia a los derechos económicos y sociales que afectan la vida en la esfera privada, el mundo de las mujeres, a pesar de que tales derechos obligan a los Estados. Esto no implica afirmar que cuando las mujeres son víctimas de atentados contra sus derechos civiles y políticos no se les brinda la misma protección que a los hombres,<sup>33</sup> si no que estos no son

---

<sup>31</sup> Para un análisis más completo, ver *id.* en 625-28.

<sup>32</sup> Sin embargo, tal como señala la Profesora O'Donovan, la esfera “privada” asociada con las mujeres está en realidad a menudo fuertemente controlada por las disposiciones legales sobre tributación, salud, educación y asistencia social. Katherine O'Donovan, *Sexual Divisions in Law* 7-8 (1985).

<sup>33</sup> En efecto, el Artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que se les

los perjuicios contra los cuales las mujeres necesitan mayor protección.

Todas las violaciones a los derechos humanos que habitualmente se incluyen en la categoría de normas jus cogens son de una gravedad indudable; genocidio, esclavitud, asesinato, desapariciones, tortura, detención arbitraria prolongada y discriminación racial sistemática. Sin embargo, los silencios de la lista indican que las experiencias de las mujeres no han contribuido a ella de manera directa. Por ejemplo, aunque la discriminación racial aparece sistemáticamente en los inventarios de jus cogens, no ocurre lo mismo con la discriminación basada en el sexo.<sup>34</sup> Y ese trata de una injusticia más generalizada que afecta la vida de más de la mitad de la población mundial. A pesar de que la prohibición de la discriminación sexual y la de la discriminación racial es incluida en toda convención de derechos humanos y objeto de un instrumento especializado jurídicamente vinculante, no se ha otorgado a la igualdad de sexo el estatus de principio básico y fundamental de un orden mundial comunitario.

Es indudable que tanto las mujeres como los hombres sufren la violación de las normas que componen el canon tradicional de jus cogens. Sin embargo, la manera en que estas normas han sido construidas empaña los daños más generalizados infligidos a las mujeres. Ejemplo de esto podría ser el derecho a la vida, que es el “más importante de todos los derechos humanos”.<sup>35</sup> Está consagrado en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>36</sup>, que integra el derecho internacional consuetudinario.<sup>37</sup> El derecho se preocupa por la privación arbitraria de la vida o de la libertad mediante la intervención pública.<sup>38</sup> A

otorgará igual tratamiento que a los hombres. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado el 16 de diciembre de 1966, vigente desde el 23 de marzo de 1976, G. A. Res. 2200 (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (Nº 16), en 52, U.N. Doc. A/6316, 999 U.N.T.S. 171 (1966).

<sup>34</sup> Comparar Brownlie, nota 14 *supra*, en 513 n.29 (expresando que el principio de no discriminación basada en el sexo “debe tener el mismo estatus jurídico [*jus cogens*]” que el principio de no discriminación racial). Ver también Hannikainen, nota 1 *supra*, en 482.

<sup>35</sup> Yoram Dinstein, *The Right to Life, Physical Integrity and Liberty*, en *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights* 114 (L. Henkin ed., 1981).

<sup>36</sup> Ver también Declaración Universal de Derechos Humanos firmada el 10 de Dic. de 1948, G. A. Res. 217A (III), art. 3, U.N. Doc. A/810, en 71 (1948); Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 213 U.N.T.S. 221, art. 2 (1950).

<sup>37</sup> Dinstein, nota 34 *supra*, en 115.

<sup>38</sup> Existe un debate entre varios comentaristas sobre qué tan estrictamente debe interpretarse el derecho. Fawcett sugiere que el derecho a la vida implica protección únicamente desde los actos de los funcionarios públicos. J.E.S. Fawcett, *The Application of the European Convention on Human Rights* 30-31 (1969). Dinstein señala que según el Artículo 6 debería sostenerse que “el Estado debe al menos ejercer la debida diligencia para prevenir la privación intencional de la vida de un individuo por otro.” Sin embargo, parece circunscribirse a la obligación de tomar precauciones

pesar de su importancia, la protección contra la privación arbitraria de la vida como de la libertad mediante la intervención pública no abarca las maneras en las que el hecho de ser mujer constituye en sí mismo una amenaza para la propia vida, ni las formas especiales en que las mujeres necesitan protección jurídica para poder gozar de su derecho a la vida. El profesor Brownlie ha señalado la necesidad de realizar estudios empíricos, y no puramente abstractos, en los cuales se pueda basar la existencia de derechos.<sup>39</sup> Dicho planteo pone de relieve la insuficiencia de la formulación del derecho a la vida del sistema jurídico internacional.

Algunos estudios recientes demuestran que ser mujer puede ser peligroso incluso desde antes del nacimiento debido a la práctica, en algunas regiones, del aborto de fetos femeninos por las fuertes presiones sociales y económicas que existen para tener hijos varones.<sup>40</sup> Inmediatamente después del nacimiento, la femineidad es también peligrosa en algunas sociedades debido a la alta incidencia de infanticidios femeninos. En muchas comunidades durante la infancia, las niñas son amamantadas por períodos más cortos y luego son sub-alimentadas, de forma tal que sufren los efectos físicos y mentales de la desnutrición en mayor medida que los varones.<sup>41</sup> De hecho, en la mayor parte de Asia y África del Norte las mujeres sufren una gran discriminación en cuanto a la nutrición básica y el cuidado de la salud, lo que causa una cantidad desproporcionada de muertes.<sup>42</sup> El fenómeno excelentemente denominado “feminización” de la pobreza, tanto en el mundo en vías de desarrollo como en el mundo desarrollado, es la causa que lleva a que mujeres tengan una calidad de vida muy inferior a la de los hombres.<sup>43</sup>

---

activas contra la pérdida de la vida solamente en caso de disturbios, tumulto o incitación contra grupos minoritarios. Dinstein, nota 34 *supra*, en 119. Ramcharan aboga por una interpretación aún más amplia del derecho a la vida, “oblig[ando] a cada gobierno a aplicar políticas diseñadas para garantizar el acceso a medios de subsistencia a cada individuo dentro su país.” B. G. Ramcharan, *The Concept and Dimensions of the Rights to Life*, en *The Rights to Life in International Law* 1, 6 (B. G. Ramcharan ed, 1985). Los ejemplos de amenazas más serias al derecho a la vida ofrecidas por Ramcharan, sin embargo, no incluyen la violencia fuera de la esfera “pública”. *Id.* en 7-8.

<sup>39</sup> Ian Brownlie, *The Rights of Peoples in Modern International Law*, en *The Rights of Peoples* 1, 16 (J. Crawford ed., 1988).

<sup>40</sup> Naciones Unidas, *The World's Women, 1970-1990: Trends and Statistics* 1 n.2 (1991); Charlotte Bunch, *Women's Rights as Human Rights: Towards a Re-Vision of Human Rights*, 12 Hum. Rts. Q. 486, 488-89 n.3 (1990).

<sup>41</sup> Bunch, nota 39 *supra*, en 489; Naciones Unidas, nota 39 *supra*, en 59.

<sup>42</sup> Amartya Sen, *More than 100 Million Women Are Missing*, N.Y. Rev. Books, 30 de diciembre de 1990, en 61.

<sup>43</sup> Ver, p. ej., *Women are Poorer*, 27 (3) U.N. Chronicle 47 (1990).

La violencia contra las mujeres es endémica en todos los Estados. De hecho, los abogados internacionales han podido observar que esta es una de las áreas excepcionales en la que la práctica estatal es verdaderamente coherente y uniforme. Un Tribunal Internacional sobre Crímenes contra las Mujeres, establecido en Bruselas en 1976, escuchó testimonios de mujeres de todo el mundo sobre la permanente opresión hacia ellas y la perpetración de actos de violencia en su contra.<sup>44</sup> La violencia es la mayor causa de lesiones a mujeres adultas en los Estados Unidos, donde hay una violación cada seis minutos.<sup>45</sup> En Perú, el 70% de la totalidad de delitos denunciados a la policía tiene a mujeres como víctimas.<sup>46</sup> En India, el 80% de las esposas son víctimas de violencia, abusos domésticos, abusos relacionados con la dote o asesinatos.<sup>47</sup> En 1985, en el país austríaco, la violencia doméstica contra la mujer fue el factor de ruptura del matrimonio en el 59% de 1500 casos de divorcio.<sup>48</sup> En Australia, un estudio reciente mostró que uno de cada cinco hombres considera aceptable que los hombres golpeen a sus esposas.<sup>49</sup> Por último, estudios realizados por la Comisión de Reforma de la Ley de Papúa Nueva Guinea concluyeron que el 67% de las esposas habían sufrido violencia conyugal.<sup>50</sup>

El sistema de las Naciones Unidas no ha ignorado la cuestión de violencia contra las mujeres. Por ejemplo, la Comisión sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer de las Naciones Unidas ha manifestado su gran preocupación sobre este tema, y el Consejo Económico y Social ha adoptado resoluciones que la condenan.<sup>51</sup> La propia Asamblea General ha apoyado acciones multidisciplinarias y concertadas dentro y fuera de las Naciones Unidas para combatir la violencia contra estas, y ha promovido medidas especiales para asegurarse que los sistemas nacionales de

---

<sup>44</sup> *Crimes Against Women: The Proceedings of the International Tribunal* (D. Russell ed., 1984). Richard Falk ha señalado la importancia de tales iniciativas de la población para contribuir al orden normativo a nivel internacional (sin acudir a dicho Tribunal). Richard Falk, *The Rights of Peoples (in Particular Indigenous Peoples)*, en *The Rights of Peoples* 17, 27-29 (J. Crawford ed., 1988). Comparar Crawford, *The Rights of Peoples: Some Conclusions*, en *id.* En 159, 174-75.

<sup>45</sup> Bunch, nota 39 *supra*, en 490.

<sup>46</sup> *Id.*

<sup>47</sup> *Id.*

<sup>48</sup> Naciones Unidas, nota 39 *supra*, en 19.

<sup>49</sup> Gobierno de Australia, Oficina de Condición Jurídica y Social de la Mujer, *Community Attitudes Towards Domestic Violence in Australia* 2 (1988).

<sup>50</sup> Naciones Unidas, *Violence Against Women in the Family* 20 (1989).

<sup>51</sup> U.N. E.S.C. Res. 1982/22, 1984/14.

justicia den una respuesta a tales acciones.<sup>52</sup> Un informe sobre violencia contra las mujeres de las Naciones Unidas observa que “[l]a violencia contra las mujeres en la familia... ha sido reconocida como un área prioritaria de acción nacional e internacional... Toda la evidencia de investigación disponible sugiere que la violencia contra la mujer en el hogar es un problema universal, que atraviesa todas las culturas y todos los países.”<sup>53</sup> Sin embargo, aunque la evidencia empírica de la violencia contra la mujer es sólida, esto no se ha reflejado en el desarrollo del derecho internacional. La doctrina de jus cogens, que pretende reflejar las aspiraciones centrales y fundamentales de la comunidad internacional, de ningún modo ha respondido a las masivas evidencias de injusticia y agresión contra las mujeres.

El alto grado de violencia contra la mujer documentado en todo el mundo no ha sido abordado por la noción jurídica internacional del derecho a la vida, dado que dicho sistema jurídico se centra en las acciones “públicas” por parte del Estado. Una miopía similar se detecta también en la prohibición internacional de la tortura.<sup>54</sup> Una característica central de esta última, es decir, de la tortura, es que ésta se produce en el ámbito público: debe ser “infligida o instigada por, o con el consentimiento o aquiescencia de, un funcionario público u otra persona que actúe a título oficial.”<sup>55</sup> Aunque muchas mujeres son víctimas de tortura en este sentido “público”,<sup>56</sup> generalmente los casos de mayor violencia contra ellas ocurren en la esfera “privada”, no gubernamental.

La violencia contra la mujer no solo se ha extendido internacionalmente, sino que en gran medida ocurre dentro de la esfera privada del hogar y la familia.<sup>57</sup> Ante tal evidencia, muchos investigadores han pasado de hacer un análisis de la violencia doméstica basado en sus causas externas a intentar una explicación estructural de la subordinación universal de la mujer: “Golpear a la esposa no es

---

<sup>52</sup> G.A. Res. 40/36 (1985), citada en Naciones Unidas, nota 49 *supra*, en 4.

<sup>53</sup> Naciones Unidas, nota 49 *supra*, en 4.

<sup>54</sup> Para un análisis más detallado de la prohibición de la tortura en el derecho internacional desde una perspectiva feminista ver Charlesworth, Chinkin y Wright, nota 29 *supra*, en 628-29.

<sup>55</sup> Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Castigos Crueles, Inhumanos o Degradantes, G.A. Res. 39/46 (10 de diciembre de 1984), art. 1(1), proyecto reimpresso en 23 I.L.M. 1027 (1984), modificaciones sustanciales mencionadas en 24 I.L.M. 535 (1985), también reimpresso en *Human Rights: A Compilation of International Instruments*, en 212, U.N. Doc. ST/HR/1/Rev.3 (1988).

<sup>56</sup> Ver, por ej., Amnesty International, *Women in the Front Line: Human Rights Violations Against Women* (1991).

<sup>57</sup> Naciones Unidas, nota 49 *supra*, en 18-20.

solamente una aberración personal, sino que tiene sus orígenes en la estructura misma de la sociedad y de la familia, como también en las normas culturales y en la organización sexista de la sociedad.”<sup>58</sup>

Así, pues, la violencia contra la mujer y su opresión nunca son asuntos puramente “privados”. Tal como señaló Charlotte Bunch, estas son causadas por “las relaciones estructurales de poder, la dominación y el privilegio del hombre sobre la mujer en la sociedad.” El mantenimiento de tales relaciones políticas en el hogar, en el trabajo y en todas las esferas públicas son una pieza fundamental para el ejercicio de la violencia contra la mujer.<sup>59</sup> Estas estructuras son respaldadas por la jerarquía patriarcal del Estado nacional. Responsabilizar a los Estados por los actos “privados” de violencia u opresión contra las mujeres, sin embargo, cuestiona las reglas tradicionales de la responsabilidad del Estado.<sup>60</sup> El concepto de atribución propuesto por la Comisión de Derecho Internacional en su proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado no incluye el sostenimiento de un sistema jurídico y social en el cual la violencia o la discriminación contra la mujer son endémicas y donde tales acciones son trivializadas o descartadas.<sup>61</sup> Podría sostenerse que, dada la magnitud de la evidencia de violencia contra la mujer, el fracaso en la mejora de la protección jurídica de esta y la imposición de sanciones contra los perpetradores de dicha violencia deberían comprometer la responsabilidad del Estado.<sup>62</sup>

La problemática estructural de las normas jus cogens sostenidas tradicionalmente también se manifiesta en el más controvertido derecho “colectivo” a la libre determinación.<sup>63</sup> Este derecho otorga a “todos los pueblos” la “libre determinación” de establecer “su condición política” y de perseguir “su desarrollo económico, social y cultural”.<sup>64</sup> Sin embargo, nunca se ha considerado relevante la opresión de la mujer dentro de grupos que reclaman el derecho de autodeterminación, ya sea en cuanto

---

<sup>58</sup> Citado en *id.* en 30.

<sup>59</sup> Bunch, nota 39 *supra*, en 491.

<sup>60</sup> Ver Gordon Christenson, *Attributing Acts of Omission to the State*, 12 Mich. J. Int'l L. 312 (1991).

<sup>61</sup> La controvertida definición de crimen internacional de la Comisión de Derecho Internacional en el Proyecto de Artículo 19(3)(c), nota 4 *supra*, también tiene un alcance considerablemente limitado: se refiere a un “grave incumplimiento a gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la protección del ser humano, tal como las que prohíben la esclavitud, el genocidio, el apartheid.”

<sup>62</sup> Ver Americas Watch, *Criminal Injustice: Violence Against Women in Brazil* (1991).

<sup>63</sup> Esta norma no es considerada como integrante de *jus cogens* por todos los analistas, pero cuenta con apoyos considerables debido a su condición. Ver Brownlie, nota 14 *supra*, en 513.

<sup>64</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, nota 32 *supra*, en 1.

a la validez de su reclamo o a qué forma debería tener dicho derecho.<sup>65</sup> Un ejemplo de esto es el fuerte respaldo que dio Estados Unidos al movimiento de resistencia afgano luego de la invasión soviética de 1979, sin manifestar ninguna preocupación por el estatus excesivamente bajo de la mujer dentro de la sociedad afgana tradicional.<sup>66</sup> Otro ejemplo es la inmediata y potente respuesta de las Naciones Unidas luego de la invasión de Irak a Kuwait en 1990. Ninguno de los planes para la liberación o reconstrucción de Kuwait abordó la denegación por parte del Estado de los derechos políticos de las mujeres. Aun cuando se ejerció cierta presión internacional sobre el gobierno kuwaití durante la invasión, y luego de ella, para instituir un sistema más democrático, la atención no se enfocó en la represión policial a las mujeres, y fue abandonado rápidamente.

La distinción público/privada en el sistema de derechos humanos internacionales opera en detrimento de la mujer. En cierto modo, la doctrina jus cogens agrega una dimensión público/privada adicional al derecho internacional, ya que, las normas jus cogens son aquellas centrales para el funcionamiento de toda la comunidad internacional. Por lo tanto, son “públicas”, a diferencia del “privado” o menos fundamental canon de los derechos humanos. Así, la vida de las mujeres es reducida a una esfera doblemente privada, lejos de las preocupaciones del orden jurídico internacional.

### **V. Una manera feminista de replantear jus cogens**

¿Cuál podría ser una contribución feminista a la teoría jurídica del jus cogens, en el contexto de los derechos humanos? ¿Deberíamos, por ejemplo, intentar definir una “cuarta generación” de derechos humanos de la mujer? Tal desarrollo podría llevar a una segregación y marginación de los derechos humanos exclusivos de la mujer y sería poco probable que fueran aceptados como derechos jus cogens. Se ha sostenido que la tarea principal de la teoría feminista en las relaciones internacionales es la comprensión del mundo desde la perspectiva de las personas socialmente sometidas.<sup>67</sup> Una forma de hacer esto en el derecho internacional es cuestionando la dicotomía de género que existe entre los

---

<sup>65</sup> Ver Christine Chinkin, *A Gendered Perspective to the Use of Force in International Law*, 12 Aust. Y.B. Int'l L. 279 (1992); Charlesworth, Chinkin y Wright, nota 29 *supra*, en 642-43.

<sup>66</sup> Ver Charlesworth, Chinkin y Wright, nota 29 *supra*, en 642-43.

<sup>67</sup> Sarah Brown, *Feminism, International Theory, and International Relations of Gender Inequality*, 17 Millenium: J. Int'l Stud. 461, 472 (1988).

mundos público y privado, y reformulando las doctrinas basadas en esa distinción. Por ejemplo, el sistema jurídico de derechos humanos existente puede redefinirse para trascender la distinción entre las esferas pública y privada, y preocuparse verdaderamente tanto por la vida de las mujeres como la de los hombres.<sup>68</sup> Las preocupaciones de género deberían ser fundamentales para realizar un análisis de la legislación internacional de derechos humanos.<sup>69</sup>

Un replanteamiento feminista de las normas jus cogens permitiría darle preeminencia a otra serie de derechos humanos: el derecho a la igualdad sexual, a la alimentación, a la libertad reproductiva, a la libertad relacionada con el temor a la violencia y la opresión y, finalmente, el derecho a la paz. Es importante que estas propuestas incluyan ejemplos de lo que se ha descrito como la tercera generación de derechos humanos, que abarquen derechos que han sido atacados por considerarse que no están suficientemente o rigurosamente probados, confundiendo así objetivos políticos con procedimientos normativos requeridos para demostrar el derecho internacional existente.<sup>70</sup> Esta categorización de derechos que daría a la mujer un valor especial podría ser criticada alegando que reduce la calidad y la coherencia del sistema de derecho internacional en su totalidad.<sup>71</sup> Esta crítica subraya la disonancia entre las experiencias de las mujeres y la operación de los principios jurídicos internacionales en general. Sin embargo, en el contexto particular del concepto de jus cogens, que tiene un carácter explícitamente promocional y aspiracional, sería posible incluso para la teoría jurídica internacional incluir derechos fundamentales para asegurar la existencia y la dignidad de la mitad de la población mundial. El análisis no jerárquico que realiza el Profesor Riphagen<sup>72</sup> de la doctrina de jus cogens permite la inclusión de estos derechos de una manera más

---

<sup>68</sup> Por ejemplo, con respecto al derecho a la vida, los términos generales del Comentario General del Comité Internacional de Derechos Humanos sobre el Artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos podrían explotarse para debatir la prevención de la violencia doméstica como uno de los aspectos de este derecho. Ver U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1 (1989) en 4-6 (1989). Ver también Recomendación General N° 19 del Comité de Eliminación de la Discriminación Contra las Mujeres, U.N. Doc. CEDAW/C/1992/L.1/Add. 15 (1992), que describe la violencia de género como una forma de discriminación contra las mujeres.

<sup>69</sup> Existen interesantes trabajos en esta área. Por ejemplo, sobre la prohibición del *apartheid*, ver Cheryl L. Poinsette, *Black Women under Apartheid: An Introduction*, 8 Harv. Women's L.J. 93 (1985); Penny Andrews, *The Legal Underpinnings of Gender Oppression in Apartheid South Africa*, 3 Aust. J.L. & Soc'y 92 (1986).

<sup>70</sup> Ver, por ej., Brownlie, nota 38 *supra*, en 16.

<sup>71</sup> *Id.* en 15.

<sup>72</sup> Ver nota 6 *supra*.

sencilla.

## **VI. Conclusión**

Las normas fundamentales diseñadas para la protección de los individuos deberían ser verdaderamente universales, tanto en su aplicación como en su retórica, y regir tanto para la protección de hombres y mujeres contra los daños que pueden sufrir. Estas normas deberían constituir derechos humanos genuinos, no derechos masculinos. Los principios de derechos humanos que más frecuentemente se designan como jus cogens en realidad no protegen de la misma manera a hombres y mujeres. Ello tiene que ver con el género y, por lo tanto, no son de validez universal. Además, las decisiones que típicamente se toman sobre cuáles son las normas relevantes y la interpretación sobre qué daños están diseñadas para prevenir reflejan elecciones masculinas que generalmente no tienen importancia en la vida de las mujeres. Por otra parte, las violaciones contra las cuales las mujeres necesitan garantías no reciben la misma protección o clasificación simbólica. Las prioridades que se esgrimen están orientadas hacia lo masculino y, por ende, tienen una interpretación masculina. Tener en cuenta las experiencias de las mujeres en el desarrollo de las normas jus cogens requerirá un replanteamiento fundamental de todos los aspectos de la doctrina.

Se ha sostenido que el “Nuevo Orden Mundial”, augurado como un desarrollo positivo y progresivo desde el realineamiento de las superpotencias, y el aparente renacimiento de las Naciones Unidas en realidad reflejan las mismas prioridades que el viejo orden mundial.<sup>73</sup> Los sesgos de género del ordenamiento jurídico internacional no se encuentran aún en la agenda de las discusiones de ningún orden mundial verdaderamente nuevo. Si no se realiza un análisis completo de los valores incorporados en las normas jus cogens o del impacto de su aplicación, el trabajo posterior para hacerlas efectivas en un nuevo ordenamiento jurídico internacional continuará teniendo la orientación masculina que tiene el derecho internacional.

---

<sup>73</sup> Ver, por ej., Philip Alston, *Human Rights in the New World Order: Discouraging Conclusions from the Gulf Crisis*, en *Whose New World Order: What Role for the United Nations?* 85 (M. Bustelo y P. Alston eds., 1991).