

Los derechos de la mujer keniana; conflicto entre Derecho estatutario y Derecho consuetudinario*

Por MARIA ELÓSEGUI ITXASO

Zaragoza

INTRODUCCION

Ante la temática de investigación y discusión propuesta *Mujer, poder y derecho*, el presente artículo se centra en la legislación keniana correspondiente a los derechos de la mujer y en los conflictos derivados de la confrontación entre el derecho escrito de corte anglosajón y el derecho consuetudinario tribal, fuente admitida del ordenamiento jurídico vigente¹.

(*) Debo agradecer desde aquí los datos facilitados por *The Women's Bureau*, organismo del Ministerio de cultura y servicios sociales, especialmente la colaboración de Mrs. F. R. B. Oeri y Mrs Faiza Mgaria, directora y abogada respectivamente del mismo organismo. *The Women's Bureau* se estableció en 1975 con el objetivo de asegurar la igualdad de oportunidades para la mujer en el proceso de desarrollo, plan mundial de acción que se acordó en la Conferencia Mundial de Naciones Unidas en el año Internacional de la mujer en México en 1975 y en Copenhague en 1980.

En este artículo se refleja una investigación realizada en Nairobi, Kenia. Junto a las estadísticas y datos oficiales que me han sido facilitados en el *Women's Bureau*, creo que han sido igualmente enriquecedores el contacto directo y las conversaciones con mujeres del país, del ámbito rural y urbano, universitarias y agricultoras, con estudios o sin ellos, de profesiones liberales o sin empleos remunerado, del gobierno o de sectores no gubernamentales, oriundas del país o extranjeras, todas ellas empuñadas en la promoción de la mujer keniana.

1. Kenia es un país con veintidós millones de habitantes, en su mayoría africanos, siendo la mitad de esa cifra mujeres. La sociedad keniana es una sociedad en transición, en la que se observa un desarrollo vertiginoso. Kenia logró su independencia de la corona británica el 12 de diciembre de 1963. La capital Nairobi alberga tan sólo un millón de habitantes, siendo Mombasa el segundo foco urbano de importancia. Únicamente un 15% de las mujeres viven en áreas urbanas, localizándose la mayoría de ellas en las áreas rurales. Aunque la mujer keniana realiza la mayor parte del trabajo, el poder y la autoridad reside en los hombres, excepto en el caso de las madres solteras o abandonadas que asciende a un 30% de la población femenina, en el que éstas se convierten en cabezas de familia.

Kenia es un país fundamentalmente agrícola, cuyas fuentes de riqueza son sus cultivos, —algodón, sisal, caña de azúcar, café, te, cereales, maíz, verduras, hortalizas, legumbres y tubérculos— y el turismo, siendo sus recursos alimenticios suficientes.

Las etnias se dividen en tres grandes grupos; bantúes, (kikuyus, wakambas, kavirondos, luhyas, luos y dorobos), nilo-camitas (suks y turkanas en la frontera de Etiopía y Somalia, y massais), el tercer grupo lo constituyen hindúes, árabes y europeos, que suman tan sólo medio millón del total de la nación. Los kikuyus, tribu en el poder, son los más activos y representativos de los bantúes. Su participación en la independencia fue notoria. En la actualidad ocupan los puestos más importantes den

Esta problemática constituye un mero ejemplo de un tema más amplio, propio tanto del derecho comparado como de la sociología jurídica, a saber; la inserción de un derecho extranjero en un derecho indígena².

El caso que proponemos a examen, el de la legislación sobre la mujer, es paradigmático y de enorme complejidad, debido a que en ámbitos como la legislación matrimonial, el derecho keniano admite cuatro fuentes en su ordenamiento jurídico; el derecho estatutario, —herencia del colonialismo británico—, el derecho tribal africano, el derecho hindú y el derecho musulmán. La diversidad étnica, cultural y religiosa ha llevado a concepciones muy diversas de la justicia en general, y del modo de comprender los derechos de la mujer y su función en la sociedad en particular: «Existen dos niveles culturales, respectivamente representados por el derecho peculiar indígena de una parte, y de otra por los dos derechos extraños, el coránico, y el demoliberal europeo-americano»³. Por ejemplo la admisión de la legalidad de la poligamia supone ya un claro conflicto con la jurisdicción matrimonial occidental. El derecho inglés es un derecho basado en las declaraciones de derechos, y racionalizado. El derecho islámico es de carácter religioso al igual que el hindú, y por último el derecho tribal es de carácter oral, basado en un animismo regido por una razón universal⁴.

En la legislación keniana nos encontramos con cuatro tipos de situaciones;

— El mantenimiento del derecho indígena o costumbres tribales con efectos legales en algunos temas. Determinados sectores de la población,

tro de la administración y la política. El presidente Kenyatta forjador de la independencia fue kikuyu, y lo es su actual sucesor Moi.

Se da un claro contraste entre el tipo de vida de la mujer de tribus dedicadas a la agricultura y el de las tribus pastoras. La mujer kikuyu, agricultora, lleva una vida sedentaria, su media de fertilidad es de ocho hijos. Los matrimonios entre los kikuyus son normalmente monógamos. Han adoptado las formas europeas. Sin embargo como contraste, la tribu massai es un reducto del pasado; compuesta tan sólo por trescientas mil personas, han rehusado adaptarse a la nueva civilización, importada de Europa. Pueblo nómada, que se resiste a dejarse escolarizar. Admiten la poligamia. Ágiles, fuertes, orgullosos y desconfiados. Se rigen por sus propias normas y costumbres. Su territorio se extiende a los dos lados del Kilimanjaro, entre Kenia y Tanzania.

2. Cfr. FERRY, L., «Droit, coutume et histoire. Remarques sur Hegel et Savigny» en *La Coutume et la Loi. Etudes d'un conflit*. Editor CLAUDE JOURNES. Lyon Presses Universitaires. 1986. p. 20: «Para resumir este modo de ver, escribe Savigny, se dirá que todo derecho, del modo con el que el uso corriente de la lengua designa con la expresión algo inadecuada de derecho consuetudinario, es... el que está engendrado por las costumbres y las creencias populares, después por la jurisprudencia, entonces, en cualquier situación por las internas, actuando silenciosamente, y no por la voluntad arbitraria de un legislador».

GLUCKMAN, M., *Política, derecho y ritual en la sociedad tribal*. Col. manifiesto, 72. Madrid. Akal editor. 1978. 377 p.

GREEN, L. C., «'Civilized' Law and 'Primitive' Peoples». En *Law and Society. Leyden/ Dobbs Ferry*, N. Y. Sijthoff/Oceana Publications. 1977. pp. 129-132.

PAPACHRISTOS, A. C., *La réception des Droits privés étrangers comme phénomène de sociologie Juridique*. Préface de JEAN CARBONNIER. Bibl. de Droit Privé, CXLII. París. L.G.D.J. 1975. XVI. 151 p.

BURMAN, S. & HARREL-BOND, B., *The Imposition of Law. Studies on Law and Social Control*. New York. Toronto. Sidney. S. Francisco Academic Press. 1979. XIV. 324 p.

3. ELIAS DE TEJADA, F. LORCA NAVARRETE, J. BADILO O'FARRELL, P., *Estudios de derecho bantú*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. 1974, p. 19.

4. Cfr. *Idem*. p. 22-23.

especialmente las áreas rurales, se rigen sólo por este derecho. Los ingleses admitieron el derecho tribal, añadiendo una cláusula de repugnancia según la cual serían perseguidas incluso legalmente las costumbres bárbaras que fueran contra la justicia natural, como por ejemplo la circuncisión de mujeres, y admitidas las costumbres que no fueran completamente repugnantes según los conceptos ingleses de moralidad y orden público⁵.

- Implantación de criterios jurídicos europeo-americanos.
- Situación de paralelismo entre ambas fuentes jurídicas.
- Sincretismo⁶.

La situación de ambigüedad legal que crea la transposición del modelo británico y de las constituciones euro-americanas que rigen en países democráticos se observa de un modo perentorio en la constitución keniana. Cuando Kenia se independizó heredó una base constitucional multi-partidista, pero en 1982 se convirtió por una cláusula añadida a la constitución en un estado de un sólo partido, KANU, *Kenya African National Union*⁷. En el primer punto de la Constitución se proclama que Kenia es una república soberana, para establecer, a continuación, que en Kenia sólo debe haber un partido político⁸. La paradoja es que se pretende el establecimiento de una democracia, pero luego no se explicita cómo ha de entenderse ésta⁹.

Se añade una declaración legal según la cual la constitución es norma fundamental y fuente prioritaria del derecho, prevalente ante las demás fuentes de derecho; «Esta constitución es la constitución de la República de Kenia y sujeto a la sección 47, si toda otra ley es inconsistente con la constitución, esta constitución prevalecerá y la otra ley, en lo que se refiere a su inconsistencia será derogada»¹⁰.

ANTINOMIAS ENTRE EL DERECHO ESTATUTARIO Y EL DERECHO CONSUECUDINARIO

La problemática ante la que nos enfrentamos es pluridimensional¹¹. Los conflictos que se originan en la confrontación de un derecho estatutario extranjero y el derecho consuetudinario tribal adquiere diversa índole:

5. Cfr. *Law and Society*, *op. cit.*, p. 84 y p. 105.

6. Cfr. ELIAS DE TEJADA, F. LORCA NAVARRETE, J. BADILLO O'FARRELL, *op. cit.*, p. 14. Sobre el reinado de las costumbres como reinado de la ley y el derecho, cfr. ELIAS, T. O., *The Nature of African Customary Law*. Manchester University Press. 1956. pp. 160-161. DAVID R., *Les grandes systemes de Droit contemporain*. 3.ª edición. París. Dalloz. 1969.

7. Cfr., KIBWANA, K., *You and the Law. Fundamental Rights and Freedoms in Kenya*. Series coordinator Willy Mutunga. Series editor Nyoike Waiyaki. Nairobi. Oxford University Press. 1990. p. 45.

8. *The Constitution of Kenya*. Revised Edition 1987 (1983). Printed and Published by the Government Printer. Nairobi. Chapter 1, Puntos 1, y 2ª, p. 6.

9. Es sin duda discutible si una democracia multipartidista sería lo más conveniente o no, teniendo en cuenta las circunstancias de un país joven y en formación. En la práctica Kenia es, entre los países africanos descolonizados, uno de los que ha conseguido mayor estabilidad política.

10. *Idem*, punto 3, p. 6.

11. Cfr., MOUNIER, R., «Folklore juridique». APH DSJ, 7/3-4, (1937), pp 7-20.

En primer lugar se da el conflicto en la misma jurisprudencia, debido a que los tribunales a la hora de aplicar la ley deben de optar entre derechos muy divergentes¹².

En segundo lugar, aunque no exista una directa oposición, ocurre que derechos contemplados en el derecho estatutario siendo válidos no son eficaces, porque son ignorados por los ciudadanos que se rigen por el derecho consuetudinario, dándose la circunstancia de que grandes sectores de la población se rigen por este último. Nos hallaríamos ante una norma válida pero no eficaz. Con mayor razón, si admitimos el planteamiento haríamos de que no es norma válida la que no supera el test de la regla de reconocimiento por parte de los jueces. Porque en la sociedad keniana hay infracciones de leyes o delitos penales que nunca se remiten a los tribunales. Un ejemplo claro lo constituye la posibilidad legal de denuncia de malos tratos de la mujer por parte del marido. El derecho estatutario considera un delito que un marido pegue a su mujer, sin embargo en el derecho consuetudinario dicha acción es contemplada como algo a lo que el marido tiene derecho. La consecuencia inmediata será la inoperabilidad del derecho estatutario.

En tercer lugar, con respecto al valor de los derechos humanos ratificados en el derecho estatutario en lo que se refiere a la dignidad de la mujer caben dos soluciones diferentes; con respecto a los derechos fundamentales contemplados en la constitución sería deseable la prevalencia del derecho estatutario por encima del derecho consuetudinario, porque en la mayoría de los casos el primero es más respetuoso con la dignidad de la mujer. Lo analizaremos a continuación detalladamente.

No obstante existe otro tipo de legislación proveniente de Inglaterra y obsoleta ya en ese país y que sin embargo se ha mantenido vigente en la legislación keniana. Un ejemplo se contempla en la ley del acta matrimonial de 1888¹³. En ésta se considera a la mujer como dependiente económicamente del marido, y una vez casada se le niega todo derecho a solicitar créditos y a determinadas operaciones económicas sin el permiso de su marido. Además de la injusticia de esta ley en una sociedad democrática e igualitaria, se da el agravante de que no encaja en una sociedad cuya fuente principal de riqueza es agrícola y en la que la mujer realiza el 75% de esas tareas más el 95% de las tareas domésticas.

En ese transplante mimético de legislaciones foráneas inciden dos tipos de anacronismo; el de insertar una legislación propia de un modelo de

12. Cfr., DIAMOND, S., «The Rule of Law versus the Order of Custom» en *The Social Organisation of Law*, Editores BLACK, D Y MILESKI, M. Seminar Press. New York and London. 1973. pp. 318-341.

13. Cfr., OOKO-OMBAKA, O., «The Kenyan Legal System and Prospects for the Woman Question». En *Women and Law in Kenya*. Mary Adhiambo Mbeo and Oki Ooko-Ombaka editors. Published by the Public Law Institute. Nairobi 1989. p. 33. El derecho colonial inglés impuesto en Kenia corresponde a la época victoriana, en la que se consideraba a la mujer como un ser inferior.

sociedad industrial en otra que se halla en una fase anterior y el de no someterlo a revisión cuando no responde a las transformaciones sociales, tanto en el país de origen como en el colonizado.

En cuarto lugar, se opera un efecto en sentido inverso. Los mecanismos de control contra la injusticia previstos en el derecho consuetudinario resultan de mayor eficacia social que los legales.

El derecho extranjero, impuesto desde fuera, se contempla como un elemento extraño y además prevee y provee un modo de administración de la justicia inoperante e ineficaz. En Kenia los criterios jurídicos anglosajones son los que están implantados en las instituciones pero no siempre en la vida¹⁴.

Las causas son de diversa índole y su estudio correspondería en buena medida a la sociología jurídica, lo que no impide enumerar algunas de ellas; una obedece al desconocimiento de la norma jurídica escrita; otra radica en el distanciamiento de las zonas rurales con respecto a las urbanas, que lleva a *dirimir los conflictos en el ámbito familiar y de un modo gratuito, sin necesidad de acudir a profesionales del derecho; y por último se ha de añadir la desconfianza ante el tratamiento que vayan a dispensar los tribunales. De estos se conserva la imagen que corresponde a la época del colonialismo, en el que la justicia apoyaba el poder extranjero establecido y no los intereses de los naturales del país*¹⁵. Sirviéndonos del mismo ejemplo, como contrapartida del derecho otorgado al marido de maltratar físicamente a la mujer, el derecho consuetudinario preveía unas reglas de control y unos modos de defensa de la mujer para poner límites a ese *derecho*. El clan constituía uno de los tribunales de instancia al que la mujer podía acudir. Existían otros como el *consejo de mujeres* que ostentaba un poder real y podía sancionar al marido con la expulsión del clan.

El modo de afrontar los litigios en las sociedades tribales difiere de la litigación en los tribunales modernos, que son menos accesibles para el individuo. La estructura de ambos modelos de tribunales son incompatibles. La introducción de tribunales modernos en la sociedad tribal ha llevado a que los ciudadanos no acudan a los tribunales civiles. En el derecho tribal es el grupo del ofendido el que presenta la denuncia y emprende la defensa, no el

14. Cfr., DAUCHY, P., «La réception du droit anglo-saxon en terre d'Irlande». APD, vol. 26 (1981), p. 284: «Le peuple colonisateur est celui qui a imposé son droit et l'a utilisé a des fins de domination». DIAMOND, S., *The Rule of Law versus the Order of Custom*. En *The Social organization of Law*. New York. London. Seminar Press. 1973. pp. 318-343. ELIAS DE TEJADA F., «The Future of Bantu Law». ARSP, Beiheft, n.º 11 (NF), (1979), pp. 303-318. AFD, XIX, (1976-77), pp. 1-16. ELIAS DE TEJADA, F., *Estudios de derecho Bantú*. Series Derecho, n.º 18. Anales de la Universidad Hispalense. Sevilla. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. 1974. 122 p. ELIAS DE TEJADA, F., *Sociología del África Negra*. Colección; Biblioteca del pensamiento actual, n.º 62. Madrid. Rialp. 1956. 275 p.

15. Cfr., OOKO-OMBAKA, O., «The Kenyan Legal System and Prospects for the Woman Question». p. 33. Los colonizadores no piensan en los derechos de los indígenas sino en la explotación económica. Se respeta los aspectos del derecho africano que no lesionen estos intereses. De ahí que el derecho de familia y el patriarcado permanezcan intactos.

individuo. En la sociedad moderna es el individuo el que se enfrenta con la justicia, y además con un grado de tecnicismo y de estancias intermedias que dificultan la litigación a quien no es experto en asuntos legales¹⁶.

En quinto lugar se da una escisión entre el derecho estatutario y el derecho consuetudinario ante el modo de entender la legalidad de actos similares. Ej.: un matrimonio es legal cuando media un contrato según una de las cuatro formas de matrimonio admitidas en la legislación. Como contraste según derecho africano, la mujer keniana no considera que ese contrato esté cerrado hasta que la dote esté absolutamente pagada. Si el marido no completa la dote es muy probable que ésta abandone a su marido y vuelva a su familia, bien por propia iniciativa o por imposición del clan familiar, ya que el matrimonio no es un contrato entre dos personas sino entre dos clanes¹⁷.

En sexto lugar nos hallamos ante conflictos derivados de la falta de plenitud del ordenamiento jurídico, con existencia de laguna normativa en ambas fuentes de derecho, originada por la falta de flexibilidad en la evolución legislativa ante los cambios sociales prodigiosos que se suceden en un país en continua expansión, con el paso de una sociedad agrícola a una sociedad industrializada, o de la familia tribal a la familia nuclear.

LOS DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCION KENIANA

Kenia ha ratificado la Carta de las Naciones Unidas, aprobada en San Francisco el 26 de junio de 1945 y la Declaración Universal de los derechos humanos.

Bajo el capítulo 5 de la Constitución keniana se exponen los correspondientes derechos, libertades fundamentales y protecciones de cualquier ciudadano keniano; toda persona en Kenia es titular de derechos fundamentales y de la libertad del individuo, es decir del derecho cualquiera que sea su raza, tribu, lugar de origen o residencia u otras conexiones locales, opiniones políticas, color, credo o sexo, sin embargo está obligado a respetar los derechos y libertades de los otros y por el interés público a respetar cada uno y todos de entre los siguientes derechos, a saber:

a) Vida, libertad personal, protección frente a la esclavitud y al trabajo forzado; ninguna persona será reducida a esclavitud o a trabajo forzado. Hoy en día ha desaparecido todo signo de esclavitud tal como el tráfico de esclavos. Del mismo modo en Kenia se respetan las diferentes razas y no existe segregación racial. Sin embargo con respecto a la situación de la mujer cabría preguntarse si en ocasiones no está sometida a servidumbre.

16. Cfr., ABEL, RICHARD and SPITTLER, GERD, «Theories of Litigation in society. 'Modern' Dispute Institutions in 'Tribal' Society and 'Tribal' Dispute Institutions in 'modern' Society as Alternative Legal Forms». *Diskussionsvotum zum vorstehenden Beitrag*. J R R (1 980), pp. 165-194.

17. Cfr., MACHARIA, C. W., *The significance of dowry in customary African societies and its relevance in modern Kenya*. Dissertation, Nairobi. University of Nairobi, Faculty of Law. 1985.

b) Protección frente al tratamiento inhumano; «ninguna persona será sometida a tortura o a castigos inhumanos o degradantes u otro tipo de trato inhumano». «Cualquier contenido dado bajo la autoridad de otra ley anterior al 11 de diciembre de 1963 que autorizara el infringimiento de cualquier castigo que fuera entonces legal es ahora inconsistente o contra esta sección»¹⁸. Frente a la expropiación de la propiedad sin compensación; protección de la privacidad de su casa y otra propiedad; seguridad de la persona bajo la ley.

c) libertad de conciencia, de expresión, de reunión y asociación, libertad de movimiento y,

d) Protección frente a la discriminación.

Con el fin de seguir una exposición ordenada se agruparán los derechos del siguiente modo; protección frente a la expropiación de la propiedad. Derecho a la libertad personal en el matrimonio; derecho a la seguridad de la persona contra tratos inhumanos; protección frente a la discriminación y el derecho a una segura protección bajo la ley¹⁹.

DERECHO A LA PROPIEDAD. LA CONSTITUCION VERSUS DERECHO AFRICANO

El derecho a la propiedad está garantizado en la constitución de un modo negativo. No se garantiza constitucionalmente que cada ciudadano tenga derecho a la propiedad. La constitución actúa después de que un ciudadano ha adquirido propiedad garantizando que ésta no sea tomada sin compensación. Se regula la adquisición legal de la propiedad²⁰. Estas disposiciones se elaboraron a partir de la independencia, ya que durante el colonialismo la tierra que pertenecía a propietarios africanos les fue arrebatada por europeos sin ninguna compensación económica.

La mujer pasa por distintas etapas en relación con la propiedad; antes de casarse, durante el matrimonio²¹, la separación o divorcio y durante la viudez. En todas esas etapas la ley le concede plena capacidad para poseer propiedad. A su vez se le permite elegir entre cuatro sistemas de derecho privado²²; el derecho musulmán²³, el hindú²⁴, el derecho civil o estatutario (fundamentalmente inglés) y el derecho consuetudinario.

18. *The Constitution of Kenya*. p. 40, punto 70 y cfr., puntos del 71 al 82.

19. KIBWANA, K., *You and the Law. Fundamental Rights and Freedoms in Kenya*. o. c., p. 5.

20. Cfr., *Idem*, p. 19. *The Land Acquisition Act de 1968* y *The Constitution of Kenya*. Section 75.

21. Cfr., KAHN-FREUND, *Recent Legislation and Matrimonial Property*. 33. (1970), M.L.R. 601, 605. Cfr., MUIGAI, G., «Women and Property Rights in Kenya».

22. Cfr., BROMLEY, *Family Law*. 6th Edition. Butterworths. 1982.

23. Cfr., MULLA, *Principles of Mohammedan Law*. 16th Edition, Bombay, 1 968.

24. Cfr., DERRET, *Introduction to Modern Hindu Law*. Oxford University Press, 1964.

La mujer casada puede conservar un domicilio independiente del de su marido²⁵. Del domicilio depende a su vez la jurisdicción a la que le corresponde acudir para las cuestiones legales.

En todos los sistemas expuestos se reconoce el derecho a la propiedad privada. Además la mujer tiene derecho a ser mantenida hasta que se case.

Según la ley general de los contratos, una mujer, casada o no, tiene capacidad contractual. Puede realizar contratos válidos en su propio nombre sin tener en cuenta a su marido. La ley del *Contract Act*, que aplica a Kenia la *English Law Reform Act* (1935), dispone que cualquier mujer, incluida la mujer casada puede adquirir, poseer y disponer de cualquier propiedad²⁶. Del mismo modo El *Registered Lands Act* (cap 300 *Laws of Kenya*) tampoco discrimina contra la mujer en lo referente a la posesión de tierras. El derecho sobre esta propiedad se extiende al derecho de disposición testamentaria sobre la misma.

La constitución dispone en lo referente a la posesión de tierras la posibilidad de registrar la tierra según las antiguas disposiciones de las reservas africanas, que se ajustan a la ley consuetudinaria y no a la ley estatutaria. En el de la constitución, se incluye el respeto por *The African Customary Law*²⁷.

En todo el capítulo, referente a esta fuente tribal de derecho, no se hace referencia a las mujeres ni a los hombres. Tampoco se dice específicamente que la mujer no pueda tener propiedad. Se nombra la tribu, el grupo, la familia o el individuo bajo *The African Customary Law*. Pero indirectamente esto implica dar prioridad a los varones y según la constitución no sería discriminatorio²⁸.

En Kenia, en relación con el acceso a la tierra, los hombres habitualmente poseen el derecho a ser titulares en el registro civil de la misma. Cuando se estableció la conversión de la ley consuetudinaria sobre la propiedad al modelo del registro oficial de la propiedad, lo predominante fue que se registrara bajo el nombre del hombre porque él es en las leyes consuetudinarias tribales el propietario de la tierra, como representante de la familia.

Una de las consecuencias indirectas de este hecho es que, en la actual legislación keniana, las mujeres casadas no tienen derecho a la petición de créditos y préstamos sin la firma de su marido. La razón estriba en que la garantía de la concesión de créditos se respalda con la propiedad en tierras. Al estar la tierra normalmente al nombre de los varones, aunque jurídica-

25. Cfr., *The Law of Domicil Act*.

26. Cfr., *Married Women and Tort Feasors*, cap 23 Laws of Kenya y BUTEGWA, F., «Kenyan Women's Awareness of their Rights». En *Women and Law in Kenya*. p. 55.

27. *The Constitution of Kenya*. p. 82, Chapter 9, punto 115. Cfr., ALLOT, A. N., «African Law» en J. Duncan y M. Derett, eds. *An Introduction to Legal Systems*. London Sweet and Maxwell. 1968.

28. *Idem*. Tanto en ese punto como en la p. 84, punto 118 y cfr., p. 60.

mente, como ya hemos visto, no exista ningún impedimento para que la mujer sea propietaria, *de facto* no se le permite serlo en la mayoría de los casos. Como regla general las instituciones financieras no extienden ningún crédito a mujeres que no puedan avalarlo como propietarias de tierras, como posesión colateral que garantice el crédito. Esta situación crea un conflicto en la transición de una ley tribal a un derecho universal, como es el derecho a la propiedad sobre la tierra y el derecho a solicitar un crédito bancario.

Las mujeres en Kenia son de hecho más emprendedoras y son capaces de gestionar cualquier negocio, frente a la general desidia de los hombres. Así se encuentran atadas de pies y manos y más aquellas que se ven convertidas en cabeza de familia²⁹. Por la misma causa, tampoco la mujer tiene acceso al alquiler de una casa³⁰.

LEY DE LA SUCESION Y HERENCIA. IGUALDAD VERSUS DERECHO DEL VARON

El derecho de sucesión depende del régimen matriarcal o patriarcal de la familia. Se da una correlación entre los parámetros sistema de organización familiar y la legislación sobre la herencia.

Las leyes de Kenia, tanto la Constitución como la ley de Sucesión, contemplan la igualdad del hombre y la mujer; la discriminación se da en la práctica, en buena parte ocasionada por el peso de la tradición de las distintas costumbres tribales, en las que la mujer ha ocupado siempre un segundo lugar.

La ley de Sucesión keniana, que gobierna los derechos de herencia, provee un igual trato para los hijos, sean varones o mujeres, en contraste con el derecho consuetudinario que favorece al hijo varón mayor³¹.

En la ley sobre la herencia se detectan residuos del derecho consuetudinario, ya que se admite el valor del testamento oral tanto como el escrito. Las condiciones es que se efectúe en la presencia de dos o más testigos competentes y que el testador no muera antes de los tres meses de haber testado. No sería válido si va en contra de otro testamento escrito antes o después del oral. El testamento queda revocado si el testador se

29. Cfr., GUTTO, O. B. S., *Legal constraints on female participation in the economy*. Dissertation, Nairobi. University of Nairobi, Faculty of Law. 1975.

30. Cfr., *Presence. For Today's Progressive Woman*. Vol VIII, n.º 8, (1991), p. 8. Cfr., *The Civil Service Code of Regulations, Regulation L. 31 (1)*; «An officer, other than a married woman, serving on permanent and pensionable...agreement or temporary terms of service will be eligible for house allowance, in respect of a privately rented accommodation or owner-occupied house at the duty station, when not occupying a Government quarter».

31. Cfr., «A Report to the U.S. Senate by the Department of the State». En *Finance, Special Report Human Rights in Kenia*. 16-31, August (1991), pp. 1 5-24.

casa, a no ser que ese matrimonio con esa específica persona se haya tenido en cuenta al testar. Se establece que la mujer tiene propiedad y derecho a la herencia³².

Si no hay testamento o voluntad de dejar la herencia a las personas dependientes, se considera como tales a;

a) la mujer o mujeres, o última mujer o mujeres, y los hijos del difunto tanto si eran mantenidos por éste o no inmediatamente antes de la muerte;

b) padres, suegros, abuelos, nietos, hijos adoptivos, hermanos, hermanas, hermanos o hermanas de padre o madre;

c) si la que muere es la mujer, se considera como dependiente al marido si ella lo mantenía antes de su muerte³³.

Se dispone que la esposa con hijos, en caso de inexistencia de testamento, a la muerte del marido tiene derecho a la casa y propiedades del difunto, y a la pensión por viudez, que cesaría sólo si se vuelve a casar. Además la ley le concede el derecho a disponer del capital y al usufructo del resto de propiedades de su marido. Si no hay hijos tiene los mismos derechos sobre la casa y bienes muebles, pero sólo el 20% de las restantes propiedades. En caso de que al difunto no le sobrevivan mujer o hijos y en ausencia de testamento heredaría primero el padre y luego la madre³⁴.

Cuando hay testamento se sigue las disposiciones testamentarias con respecto a la viuda. Puede solicitar la propiedad real y los bienes matrimoniales, a no ser que se haya dispuesto explícitamente lo contrario en el testamento³⁵.

El acta de sucesión dispone que la mujer puede apelar ante los tribunales para la provisión si su marido no lo hizo en la medida suficiente.

En el caso de poligamia, la herencia se divide entre los distintos hijos y mujeres, contando estas últimas a la hora del reparto como un hijo más.

Esta es la ley, una adaptación del derecho anglosajón, pero no siempre esta es la vida. En Kenia el poder de las leyes y costumbres tribales se hace sentir enormemente, y son éstas en definitiva las que en la actualidad rigen en una mayoría de casos.

Así en ocasiones la familia del marido, una vez fallecido éste, se apropia de los bienes de aquel, desposeyendo a la viuda de sus derechos legales.

32. Cfr., *The Constitution of Kenya*, p. 13/19. Cfr., *The Law of Succession Act*. Revised Edition 1981. Printed and Published by the Government Printer. Nairobi. The Laws of Kenya. Chapter 160. p. 41, entró en vigor el 1 de julio de 1981.

33. Cfr., *The Constitution of Kenya*, p. 15/29.

34. Cfr., NANZUSHI, L., *The protection of women's rights under the new Law of Succession Act*. Dissertation, Nairobi. University of Nairobi, Faculty of Law. 1986.

35. Cfr., también en MUGAI, G., «Women and Property Rights in Kenya». En *Women and Law in Kenya*, p. 121.

VALIDEZ DEL MATRIMONIO. MONOGAMIA VERSUS POLIGAMIA

En Kenia se admiten cuatro formas legales de matrimonio a fin de respetar las diferencias culturales y religiosas; la africana, la islámica, la hindú y la cristiana³⁶. Cada una de ellas se rige por un procedimiento diferente; el matrimonio tribal, el musulmán y el hindú pueden ser polígamos, mientras que el matrimonio civil o el religioso de rito cristiano son monógamos³⁷.

El matrimonio cristiano está regulado en la *African Christian Marriages and Divorce Act*, que a su vez hace aplicables a estos matrimonios la mayoría de lo previsto en el *Marriage Act*³⁸.

Estas dos legislaciones disponen que para que pueda celebrarse un matrimonio válido, ninguno de los dos contrayentes esté ya casado según el derecho consuetudinario o el derecho islámico. Una vez que un matrimonio ha sido celebrado en cualquiera de las formas previstas, continúa existiendo hasta la muerte, a menos que sea disuelto por un tribunal de competente jurisdicción. Durante ese matrimonio ninguna de las partes puede contraer un segundo matrimonio según otra ley o costumbre. Sería una ofensa punible con un máximo de cinco años, que una persona casada según la ley nativa o la costumbre, intentará contraer un nuevo matrimonio, bien bajo el *Marriage Act* o *African Christian Marriages and Divorce Act*. También sería un delito el proceso inverso, acudir al derecho consuetudinario una vez casado por the *Marriage Act*.

En estas cuatro formas de matrimonio señaladas, existe algún tipo de ceremonia para solemnizar el matrimonio. Es posible sin embargo que los tribunales presuman la existencia de matrimonio si un hombre y una mujer cohabitan por un periodo prolongado de tiempo y son reconocidos por los demás como marido y mujer, incluso aunque no haya mediado ninguna ceremonia. Los hijos son considerados legítimos. Este principio no obedece a ninguna declaración formal, sino que ha sido fruto de la práctica habitual de los tribunales. Incluso la promesa de matrimonio puede dar lugar a derechos delante de un tribunal, debido a que el common law, antes de la *English Law Reform Act* de 1970, reconocía que la promesa de realizar un contrato obliga. Y por tanto se puede alegar derecho sobre la propiedad adquirida durante la cohabitación.

36. Cfr., KIBWANA, K., *You and the Law*. p.59. *The Constitution of Kenya*. p, 55, punto 4.c. Se admiten distinciones si son de acuerdo a otra ley bien por ser de derecho consuetudinario o en el caso de miembros de una raza particular o tribu o ley consuetudinaria con respecto a la adopción, matrimonio, divorcio, enterramiento, devolución de la propiedad una vez muerto el marido o la mujer.

37. Cfr., ASIYO, P. M., «Gender Issues and the Legislative Process in Kenya». En *Women and Law in Kenya*.p. 43. Special Report Human Rights in Kenya: La poligamia no es legal para la gente casada bajo el Acta de matrimonio cristiano, pero está permitida para los que se casan según el derecho consuetudinario africano.

38. Cfr., *Marriage Act*, Cap, 150, Laws of Kenya.

En 1968 y de nuevo en 1985, en el Parlamento se discutió un proyecto de ley para intentar modificar algunas de las disposiciones sobre legislación matrimonial, pero nunca llegó a aprobarse. En el espíritu del proyecto estaba el desfavorecer la poligamia, proponiéndose como una de las medidas que la mujer debía dar su consentimiento para que su marido adquiriera una nueva esposa. Por supuesto que esta propuesta fue rechazada porque se reconoció que ninguna mujer si se le consultara consentiría en esto. También se argumentó que la poligamia es parte de la tradición y que no había porque imponer modelos europeos. La mayoría de los parlamentarios eran partidarios de mantener la poligamia como parte de la identidad africana³⁹. Se rechazaron de igual modo el intento de penalizar el adulterio y de introducir una legislación especial sobre los malos tratos.

Los matrimonios nativos pueden ser válidos incluso si no han sido contraídos en formas reconocidas en Inglaterra o prescritas por la ley. Se consideró, por otra parte, que forzar a la gente a que registre el matrimonio cuando lo ha realizado según el derecho tradicional suponía ir demasiado lejos⁴⁰.

En la mayoría del los ordenamientos occidentales el mutuo consentimiento es condición *sine qua non* de validez del matrimonio. En el derecho africano la mujer es desposada, mientras que es el marido el que se casa. La mujer no puede tomar la iniciativa en el matrimonio, hasta el punto de que en determinados dialectos de Kenia no existe la voz activa referida a la mujer, tan sólo la pasiva. Su voluntad no es tenida en cuenta, tampoco la del marido cuando el matrimonio se pacta entre familias en áreas rurales. Si bien es verdad que cada vez esta situación es menos frecuente.

Tampoco la ley ofrece una protección igual o paritaria en el caso de los hombres y las mujeres, aunque figure en la letra de la Constitución.

DERECHO A LA PROPIEDAD DURANTE EL MATRIMONIO

Ante la ley, la mujer y el marido son considerados como una sola persona. Y en base a este principio no se contempla la posibilidad de una declaración legal de separación de bienes. Este hecho impide a veces delimitar la pertenencia de la propiedad. Durante la subsistencia del matrimonio se considera que la propiedad matrimonial y los ingresos familiares se ponen a disposición de los hijos o de la familia en su conjunto. Se consideran dos tipos de bienes; bienes capitales (bienes muebles e inmuebles) y los ingresos producidos por el trabajo de los dos esposos (bienes gananciales).

39. Cfr., ASIYO, P. M., «Gender Issues and the Legislative Process in Kenya». *op. cit.*, p. 45. El Parlamento en 1968 rechazó un proyecto de sanciones legales contra los malos tratos, cfr. *Republic of Kenya. Parliamentary Debates*. Nairobi. Government Printer. 1968.

40. ASIYO, P. M., «Gender Issues and the Legislative Process in Kenya». p. 43. MBUGUA, W., «Women's Employment Patterns: Emerging Aspects of Economic Marginalization». En *Women and Law in Kenya*. p 108.

1. *El Derecho consuetudinario*

En el derecho consuetudinario africano la mujer durante el matrimonio no posee propiedad, en el sentido inglés de ser titular de la propiedad. Ya que desde otra perspectiva la mujer tiene acceso a la tierra y controla la mayor parte de la producción. En algunos clanes la propiedad que la mujer tenía antes del matrimonio pasa a ser administrada y vendida por su marido. Pero esto no ocurre con la propiedad real, y cualquier tipo de propiedad que precise de registro civil, que no se regula por el derecho africano. En realidad el área de aplicación del derecho consuetudinario es cada vez más escaso, limitándose a ámbitos rurales. La situación de la mujer rural ha evolucionado notablemente aumentando sus propiedades personales y reales y formando parte como propietarias de cooperativas agrícolas.

2. *El derecho hindú*

En el derecho hindú la propiedad de la mujer va unida a la *stridhana*. *Dhana* significa propiedad y consiste en la propiedad que ella aporta al matrimonio, como una dote que su familia debe pagar para que el marido la acepte como esposa (Proceso inverso al del derecho africano). Todo lo que la mujer reciba directamente pasa a formar parte de su propiedad. El derecho de la mujer a la *stridhana* permanece intacto durante su matrimonio, teniendo derechos legales sobre él. Su mantenimiento no debe de provenir de sus bienes, sino que debe ser mantenida a expensas de la nueva familia a la que pertenece. El marido tiene la obligación de mantener económicamente a su esposa, lo que puede cumplirse pagándole periódicamente un dinero que pasa a aumentar la *stridhana*, o pagarle con regalos. La mujer hindú pierde sus derechos a la manutención si no es fiel a su marido o si se convierte a otra religión. También pierde su derecho a mantenerse con los bienes de su nueva familia si se separa o divorcia. En caso de muerte de su marido tampoco la familia de éste tiene ya ninguna obligación económica con la viuda, a no ser que exista propiedad perteneciente a su marido. En caso de divorcio el tribunal puede exigir la manutención de la parte inocente y de los hijos, a no ser que esto no sea necesario por mantenerse una cantidad suficiente como *stridhana*.

3. *El derecho musulmán*

La mujer musulmana casada no pierde su individualidad. Permanece como un miembro más de la sociedad y no se considera que sea una con su esposo. Conserva todos los derechos a la propiedad y puede administrarla y venderla directamente sin disponer del permiso de su marido. Según el

derecho islámico se puede hacer separación de bienes⁴¹. El marido no debe interferir en los asuntos económicos de su mujer; esto constituye un delito y motivo de divorcio.

Aunque legalmente la mujer no tiene derecho a los bienes matrimoniales, de hecho dispone de su uso y disfrute durante la duración del matrimonio. Incluso cuando la mujer pueda mantenerse a sí misma el marido está obligado a su mantenimiento, salvo caso de infidelidad o que renuncie a vivir con su marido. Si el marido tiene varias esposas cada una tiene derecho a una residencia para su uso exclusivo. Una mujer abandonada por su marido necesita el permiso del jefe del clan (kadhi) para disponer de su propiedad para su mantenimiento.

4. *El derecho civil.*

Una mujer casada civilmente puede adquirir y mantener propiedad a su nombre, separadamente de su marido. Su capacidad legal para poseer y administrar su bienes carece de restricciones. Tiene derecho legal a ser mantenida por su marido y a establecer una demanda legal en caso de que esto no sea así, que puede ser desestimada ante alegaciones fundadas del esposo. Sin embargo el derecho a pedir créditos debe estar avalado por su marido y orientado a cubrir las necesidades del mismo. En caso de divorcio o abandono, el marido debe velar económicamente por su mujer e hijos, pasándole una pensión mensual, directamente o a través de terceros.

DERECHOS SOBRE LA PROPIEDAD UNA VEZ DISUELTO EL MATRIMONIO

El divorcio está legalizado, siendo causa suficiente aducir irreparable ruptura del matrimonio. Con respecto a la división de la propiedad en caso de divorcio, caben dos soluciones diversas dependiendo de si;

– El registro de la propiedad está a nombre de uno de los esposos, pero la parte puede reclamar el interés proporcional.

– Cuando está a nombre de los dos, hay que decidir la parte que corresponde a cada uno. El primer caso casi siempre se refiere a propiedad registrada a nombre del marido. La mujer suele reclamar un reparto equitativo por lo menos con respecto a parte de la propiedad. En algunos casos la mujer gana un salario, y aunque quizá no haya contribuido

41. Cfr., MARSA VANCELLS, P., *La mujer en el derecho político*. Pamplona. Ediciones de la Universidad de Navarra. 1970. 494 p., MARSA VANCELLS P., *La mujer en el derecho civil*. Pamplona. Ediciones de la Universidad de Navarra. 1970. 492 p. República Árabe Unida pp. 444-447. No me resisto a no transcribir este texto del Corán: «Los hombres son superiores a las mujeres, a causa de las cualidades por medio de las cuales Dios ha elevado a éstos por encima de aquellas...» (Producciones Editoriales. Barcelona. 1979. Sura IV, 38). O en otra versión: «Los hombres (son) preeminentes sobre las mujeres, por lo que aventajaó Alá a los unos sobre los otros...» (*El Corán*. Aguilar. Barcelona. 1963. Azora IV, 38).

directamente en la compra de la propiedad, ha empleado su sueldo en los gastos familiares y en el mantenimiento de los hijos y el marido, contribuyendo así indirectamente a que éste empleara sus ganancias en la compra de dicha propiedad. Incluso en los casos en que la mujer no dispone de un salario, hay que tener en cuenta su dedicación a las tareas domésticas como un modo de producción económica, que le da derecho a disponer de parte de las propiedades de su esposo si el matrimonio se disuelve.

La situación laboral de la mujer en Kenia está progresando con gran rapidez. Por una parte se ha incorporado a la fuerza de trabajo, y por otra en el área rural se han convertido *de facto* en cabezas de familia, debido a que el hombre trabaja lejos de su domicilio o en la ciudad. El estandar de vida y la situación económica de la clase media ha ascendido notablemente, con el aumento correspondiente de la capacidad adquisitiva de bienes de consumo y de propiedades.

Para que la mujer tenga derechos legales a reclamar cualquier propiedad debe demostrar que ella ha contribuido con dinero a la compra de esa propiedad. Si uno de los esposos compra propiedad para el uso común, la casa, muebles o el coche, esto no concede *per se* derechos al otro cónyuge sobre estas posesiones. Como ya se ha señalado, el derecho inglés no contempla la comunidad de las propiedades. La parte que reclama un interés debe demostrar que, aunque la compra y el registro de la propiedad esté bajo un sólo nombre, el propietario legal representa a la otra parte que también es dueña de esa propiedad. Por ejemplo la parte cuyo nombre no figura ha podido contribuir a la mejora de la propiedad registrada con un sólo nombre; por ejemplo amueblando la casa. Este tipo de contribuciones económicas indirectas representan un conflicto legal.

El tribunal supremo de Kenia mantiene que en todo el territorio keniano debe primar la aplicación del Acta sobre la propiedad de la mujer casada de 1882. Es decir la reclamación de propiedad sólo sería legal cuando es demostrable una contribución económica directa. Sin embargo en la práctica jurisprudencial no siempre se ha utilizado este razonamiento jurídico. Hay recientemente una clara presión en la jurisprudencia de sentencias a favor del derecho a la propiedad en mujeres casadas, que han contribuido al hogar con su trabajo doméstico, equiparándolo con un ingreso proveniente de un salario o trabajo retribuido fuera del hogar. Esta solución es la más deseable y justa. Por otra parte, en Kenia no existe una seguridad social establecida. Esto agrava la situación de la mujer que es abandonada sin recursos económicos. De ahí que el problema de la división de la propiedad entre los esposos adquiera dimensiones dramáticas.

La situación que acarrea menos problemas legales es aquella en la que la propiedad figura bajo nombre de ambos esposos. La división en caso de separación o divorcio es por partes iguales y también puede ser vendida, a

no ser que se haya comprado con un propósito específico que todavía pueda ser alcanzado. En caso de falta de acuerdo, el tribunal tiene atribuciones para imponer una solución equitativa de acuerdo con las circunstancias de los demandantes.

Lo curioso es que el principio de separación de bienes se introdujo en Inglaterra en 1962 en *The Law Reform Act*. Sin embargo en Kenia aunque los aspectos referentes a la propiedad dentro del matrimonio han evolucionado considerablemente en el mismo derecho consuetudinario, los esposos reclaman el derecho a unir sus propiedades.

LA COHABITACION EXTRAMARITAL

Los abogados de familia se ven enfrentados cada vez con mayor frecuencia al problema de los efectos legales derivados de las uniones de hecho. Caben las siguientes soluciones; llamarlas fugas del domicilio paterno regidas por el derecho consuetudinario, considerarlas como matrimonio presunto bajo derecho común inglés, o asumirlo como un matrimonio civil bajo el derecho común inglés, o como una unión ilícita, no reconocida por la ley y por tanto carente de efectos civiles y legales.

Independientemente de la consideración moral de tales uniones, el derecho se enfrenta con la necesidad de establecer algún tipo de regulación sobre la distribución del derecho a la propiedad de las personas que cohabitan cuando esa relación se rompe. Básicamente, la ley considera a los cohabitantes como personas extrañas entre si. Ni el acta sobre la propiedad de la mujer casada, ni la Ley de Sucesión les otorga derechos o remedios o reclamaciones sobre la propiedad del otro, si cualquiera de ellos muere sin testar.

En relación con la propiedad real (la casa), los tribunales habían dictaminado que los derechos de propiedad de los cohabitantes que tuvieran el propósito de casarse en cuanto les fuera posible debiera ser considerada del mismo modo que los derechos de los esposos. Pero hoy en día la relevancia de la intención de las partes de casarse es cuestionable. Los tribunales aplican un razonamiento diferente, dependiendo de cada circunstancia. Por ejemplo cuando una de las partes ha contribuído económicamente a la compra de la casa, adquiere el derecho a recuperar el equivalente a su contribución.

Evidentemente una mujer que no está legalmente casada no tiene derecho a pedir el mantenimiento, pero en algunos casos puede acordar una licencia contractual para seguir ocupando su domicilio, cláusula que le serviría como protección, en caso de que el varón quisiera adueñarse de sus posesiones. La finalidad es sobretodo la de proteger a los hijos de parejas inestables.

CONFLICTOS ANTE LA CUSTODIA DE LOS HIJOS

La ley estatutaria figura en *The Guardianship of Infant Act*⁴². Existe una igualdad de derecho sobre la custodia de los hijos cuando la madre y el padre de un menor están legalmente casados y cohabitando. El acta específica que en caso de divorcio o separación o durante la cohabitación cualquiera de los padres puede solicitar ante los tribunales una orden que garantice su derecho a la custodia. Aunque *The Magistrate Courts Act* de 1967 afirma que la custodia de los menores puede ser determinada siguiendo el derecho consuetudinario africano, *The Guardianship of Infants Act* mantiene que cuando un tribunal está decidiendo sobre una solicitud de custodia de un menor de edad, el factor determinante debe ser el bienestar del menor. El acta dispone que la custodia de los hijos a la muerte del padre corresponde a la madre, bien sola o junto con un tutor designado por el padre en el testamento.

Como contraste las costumbres de los diferentes clanes de Kenia disponen en general que los hijos, en caso de separación o divorcio pasan a pertenecer al padre. Esto es así entre los Luhya y los Luo. Entre los kikuyus la madre puede hacerse cargo del hijo hasta que este cumple los seis años, a partir de ese momento la custodia pertenece al padre⁴³. Entre los kikuyus el familiar cercano al huérfano tiene derecho a la custodia del hijo frente a cualquier extraño. Se han dado casos de demanda judicial por parte del tío paterno, que ante el fallecimiento de su hermano exigía la custodia de su sobrino, que había sido adoptado legalmente por una mujer que no tenía ninguna relación de sangre con éste⁴⁴.

En la nueva sociedad tanto rural como urbana, las mujeres conocen el derecho que tienen a los hijos en caso de fallecimiento de su marido. En cuanto a la custodia en el resto de los casos, en las zonas rurales existe una mayor tendencia a seguir la costumbre, aunque esto va siendo transformado poco a poco a medida que la mujer adquiere más educación y es más consciente de sus derechos legales.

DOTE. CONSENTIMIENTO VERSUS ACUERDO DEL CLAN

El lóbolo consiste tradicionalmente en la entrega de una determinada cantidad de ganado, u objetos domésticos o utensilios de trabajo, de parte de la familia que recibe la esposa a la familia que la da, a cambio de la adquisición del derecho sobre su capacidad productiva y sus servicios domésticos. El pago del lóbolo determina la pertenencia de la prole al padre

42. Cfr., Cap 144. *Laws of Kenya*.

43. Cfr., BUTEGWA, F., «Kenyan Women's Awareness of their Rights». En *Women and Law in Kenya*, p. 57.

44. Cfr., GREEN, L. C., «'Civilized' Law and 'Primitive' Peoples». En *Law and Society*. op. cit., p. 82.

y a la línea paterna. Más en general todo ello constituye la fuente de las obligaciones familiares y es el fundamento de la estructura económica de la sociedad tradicional. El consentimiento de la mujer no es formalmente necesario, porque las exigencias de la familia-clan son consideradas como de primera importancia. Sin embargo como la estabilidad del matrimonio es vital para el mantenimiento económico, las preferencias individuales son normalmente tenidas en consideración porque el hecho de que el futuro marido sea del agrado de la mujer contribuye a la seguridad y permanencia del matrimonio⁴⁵.

Antiguamente se daban prácticas tales como la unión del levirato, según la cual la viuda cohabita conyugalmente con el hermano o familiar varón de su marido ya fallecido; la viuda como herencia, es decir una viuda sin descendencia de su marido muerto, en el momento de la muerte es heredada por un familiar del difunto como esposa; la unión de hermanas o sororato, si la mujer muere ésta es substituida por su hermana, que se convierte en mujer del viudo cuando la viuda muere sin haber tenido ningún hijo o hijo varón⁴⁶.

La dote adquiere una importancia vital para el matrimonio de la mujer; la mujer o su familia ha sido pagada o comprada. En el derecho tribal tener una hija es una fuente de riqueza y no un problema a diferencia de muchas costumbres asiáticas. Como contrapunto la mujer se ata a su marido y la separación o divorcio llevaría consigo la devolución de la dote por parte de la familia de la mujer al marido o la familia de éste. De ahí que en el derecho tribal la mujer difícilmente puede tomar la iniciativa de la separación. Lo que es más frecuente, sin embargo, es que la mujer sea abandonada, bien después del matrimonio, o después de uniones no legales ante el nacimiento de un hijo.

La dote ha sido y es todavía vista como un parte esencial del matrimonio consuetudinario. No lo es en el matrimonio civil y religioso pero de hecho en la práctica la dote se sigue pagando como prerrequisito antes de acudir a cualquiera de estas ceremonias. Para la mujer, el hecho de que se pague la dote por ella es muestra de que está siendo realmente apreciada. Los matrimonios se realizan a veces aunque no se haya finalizado el pago de la dote. Hasta que ésta no se completa el matrimonio puede sufrir una ruptura bien porque la misma mujer abandone la marido o bien porque los padres reclamen a la hija. Esto ocurre tanto en el campo como en la ciudad. Pero en el actualidad la dote es más un residuo y una actitud del pasado, que se ha transformado en un mero arre-

45. Cfr., MARTINELLO P., «Il Diritto di famiglia in Zimbabwe». *Sociologia del diritto*. XII, 2 (1985), p. 75. Cfr., MAY, *Zimbabwean Women in Customary and Colonial Law*. Mambo Press. Gweru. 1983. PHILLIPS, *Marriage Laws in Africa*. Oxford University Press. 1971.

46. OOKO-OMBAKA, O., «The Kenyan Legal System and Prospects for the Woman Question». *op. cit.*, p. 33. p. 38.

glo económico entre la pareja, como pudiera ocurrir en cualquier país europeo en el que se reparten los gastos de la boda o se arregla la contribución a la compra de la futura vivienda entre las familias de quienes van a casarse. En la versión modernizada de la dote es a veces el propio hijo el que trabaja para pagarla, e incluso la propia novia la que contribuye a ésta con su propio salario⁴⁷.

VIOLENCIA Y MALOS TRATOS CONTRA LAS MUJERES. LA PENALIZACION LEGAL VERSUS. EL DERECHO DE LOS MARIDOS A DISCIPLINAR A SUS MUJERES

La constitución protege a los individuos contra la tortura, o tratamientos inhumanos, degradantes o similarmente inaceptables. El individuo tiene derecho a la integridad física.

Hay instancias de la vida doméstica y familiar donde los tratamientos inhumanos son práctica habitual sin que las personas que los practican sean plenamente conscientes de que su conducta sea delictuosa. Eso ocurre por ejemplo en el caso de padres que castigan a sus hijos de tal manera que les causan daños físicos y psicológicos serios. El abuso de los niños es contrario a la ley y quienes infringen esas conductas pueden ser perseguidos bajo ley penal.

La otra práctica muy difundida y contraria a la ley es la de los malos tratos por parte de los maridos a sus mujeres, el pegarles o tratamientos degradantes que son contrarios a la ley constitucional y a la ley africana.

Por falta de información legal a muchos hombres les puede resultar extraño que estas conductas sean perseguibles y penales.

A este respecto uno de los parlamentarios, Mr. Arap Soi afirmó que en su opinión el castigo corporal era una necesidad para disciplinar a la mujer. Y lo recomendó con el fin de enseñar a las mujeres las buenas maneras porque esto no sólo era muy propio y normal en Africa, sino también necesario⁴⁹.

En la actualidad las leyes sobre el matrimonio y otras leyes penales prohíben pegar a la mujer y proporcionan cauces legales para que ésta pueda acudir a los tribunales. El uso de la violencia constituye una de las cau-

47. Cfr., BUTEGWA, F., «Kenyan Women's Awareness of their Rights. Dwory and Marriage». En *Women and Law in Kenya*. p. 63. Estadística sobre la dote. CHIFWEDERE, *Lobola. The Pros and Cons*. Books for Africa. Harare. 1982.

48. Cfr., OOKO-OMBAKA, O., «The Kenyan Legal System and Prospects for the Woman Question». *op. cit.*, p. 32.

49. Cfr., ASIYO, P. M., «Gender Issues and the Legislative Process in Kenya». *op. cit.*, p.43.

sas legales para solicitar el divorcio. Cada vez que un hombre castiga a su mujer debe saber que está infringiendo la ley⁵⁰.

Pegar a una persona es un crimen y una ofensa a no ser que se haga en defensa propia y con una violencia razonable. El código penal contempla ofensas como la agresión común, la agresión causando daño o daño grave. Se entiende por agresión la amenaza de usar violencia física contra una persona. La actualización de la agresión recibe el nombre de agresión o violencia⁵¹. En el Código Penal se establecen expresamente los tres siguien-

50. Querría resaltar que el problema de la violencia contra las mujeres, lesiones y agresiones sexuales, es universal. Sería falso e injusto que el lector europeo concluyera, al señalar la problemática en Kenia, que ésta es propia de países en vías de desarrollo. Por ese motivo me extendiendo intencionalmente en la bibliografía que he recogido recientemente en el Instituto de la Mujer de Toronto (Canadá), gracias a una beca que me ha concedido el Gobierno canadiense. Sorprendentemente estos delitos son frecuentes en Canadá y USA y se cometen en sectores de población con alta formación cultural y buena situación económica, y habitualmente por agresores conocidos, tales como compañeros de universidad, de trabajo, familiares, amigos o maridos. Los aspectos legales relativos a estas situaciones están siendo por mi parte objeto de otro estudio de próxima publicación.

BAIN, J., «Spousal Assault: The Criminal Justice System and the Role of the Physician». *Ontario Medical Review*. Jan. (1989), pp. 20-28.

Community Legal Education Ontario. *Assaulted Women: A Manual for Advocates*. Toronto. 1990.

Canadian Council on Social Development. «Wife Assault and the Criminal Justice System», *Vis-à-Vis*, 8 n.º 1-2, Summer (1990). JAFFE, P., «Emotional and Physical Health of Battered Women». *Canadian Journal of Psychiatry*, 31, October (1986), 625.

Education *Wife Assault, Fact Sheet on Wife Assaulted in Canada*. Toronto. 1985. STARK, E., *Wife Abuse in the Medical Setting: An Introduction for Health Personnel*, Domestic Violence Monograph Series n.º 7, April (1981).

NUTTAL, S., GREAVES, L. and LENT, B., «Wife Battering: An Emerging in Public Health». *Canadian Journal Of Public Health*, 76, n.º 5, September (1985), 138.

Ontario Medical Association Committee on Wife Assault. Toronto Medical Association. 1991.

Conjugal Violence: Nursing Intervention with the Women. Montreal Ordre des infirmieres et infirmiers du Quebec. 1988.

SWANSON, R., «The Battered Wife Syndrome». *Canadian Association Journal*, 130 (1984, 709-712).

MACLEOD, L., «Battered But Not Beaten: Preventing Wife Battering in Canada. Ottawa». *The Canadian Advisory Council on the Status of Women*. 1987, 32.

51. Confróntese la similitud del Código Penal keniano con el Código Penal español en el capítulo de lesiones donde establece en su artículo 425; «El que habitualmente, y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviere unido por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho, será castigado con la pena de arresto mayor». Y cfr., Artículo 418, 419, 420, 421 y 424 y Título IX, De los delitos contra la libertad sexual, Cap 1, De la violación y de las agresiones sexuales.

Cfr., HANNER J., «Violence and the social control of women». In *Power of the State*, edited by Littlejohn G. and at London: Croom Helm.

KAMANGU, D., *Statutory Rape, who does the law protect?*. Dissertation, Nairobi. University of Nairobi, Faculty of Law. 1986.

KAGONDU, G., *Violence Against Women; An Evaluation Report of the First Phase of the Women's Rights Awareness Project*. Nairobi; Women's Bureau, Ministry of Culture and social Services, and Public Law Institute. 1986.

KIMANI, K. M. H., *Rape; a crime of passion or violence?* Dissertation, Nairobi. University of Nairobi, Faculty of Law. 1986.

L'ORANGE, H., *Forms of Crisis intervention and Types of Immediate and Structural Measures to Render Assistance to Women Assaulted in the Family: The State of New South Wales, Australia*. Branch for the Advancement of Women. United Nations. WAMALWA, B., «Violence against women». In *Wajibu*, vol 1, n.º 4. 1986. *Evidence from expert Group Meeting on Violence Against Women in the Family*. Vienna. Austria. dec. 8-12. For the Branch for the Advancement of Women, United Nations. 1986.

WAMALWA, B., «Violence Against Wives in Kenya». En *Women and Law in Kenya*. p. 75.

tes artículos: Primero, «Cualquier persona que contra la ley causa un grave daño a otro es culpable de felonía o delito mayor y merece prisión por toda su vida, con o sin castigo corporal» (Section 234): Segundo, «Cualquier persona que contra la ley agrede a otra es culpable de delito menor y, si la agresión no ha sido cometida en circunstancias para las que esté previsto un castigo mayor, será condenado a un año de prisión»(S. 250): Y tercero, «Cualquier persona que cometa una agresión ocasionando daño corporal es merecedor de delito y recibirá pena de encarcelamiento por cinco años, con o sin castigo corporal»(S. 251).

En el código penal se entiende por daño una herida corporal, enfermedad o trastorno permanente o temporal. El daño grave significa; un daño que equivalga a un daño importante y peligroso o que seriamente o de un modo permanente dañe la salud, o algún órgano corporal externo o interno, o algún miembro o sentido. Los maridos pueden ser objeto de persecución legal y ser acusados por vía penal de *infringimiento de daños físicos* contra sus esposas. Existen sentencias condenatorias de maridos acusados de homicidio, debido a que sus mujeres murieron como consecuencia de repetidos malos tratos.

El derecho penal presenta en su globalidad una peculiaridad heredada del derecho inglés. La *common law*, una de las bases del sistema judicial keniano, creó una ficción legal según la cual quienes son legalmente marido y mujer son considerados ante la ley como una misma persona. Aunque este concepto ha perdido su vigencia en otros aspectos legales, tales como la propiedad o los contratos, sigue vigente en el derecho penal. La consecuencia es que una mujer no puede emprender una acción legal directa contra su marido y viceversa, según el principio de que uno no puede acusarse a sí mismo. Es lo que se ha denominado el principio de inmunidad matrimonial. Las razones alegadas son que la persecución legal destruye la armonía familiar y que pueden testimoniar fraudulentamente de mutuo acuerdo para adquirir determinados beneficios. Durante procesos penales, a la mujer no se le permite testificar contra su marido, y sólo puede testificar en su favor si se le requiere expresamente hacerlo, pero no por propia iniciativa.

Pero a pesar de ello, el derecho penal contempla una excepción y es el caso de agresión o malos tratos recibidos por la mujer. En este caso las mujeres tienen derecho a denunciar las agresiones que reciben y llevar el caso ante los tribunales. Así la esposa es un actor competente, puede testificar contra su marido sin su consentimiento e incluso si se niega a hacerlo el estado puede obligarle a prestar declaración.

La denuncia debe ser hecha en la estación de policía con la mayor rapidez posible. En el hospital debe pedir al médico un informe en un impreso policial para usarlo como prueba en su demanda ante la policía⁵². Aun-

52. *Idem*. p. 77.

que estas son las disposiciones legales, la policía no suele prestar excesiva atención a las denuncias de malos tratos por considerarlas asuntos domésticos sin mayor trascendencia⁵³.

En la actualidad se propone que la legislación introduzca cambios para resolver estos conflictos fuera de la legislación penal. Existen continuas peticiones para crear tribunales especiales donde se diriman los delitos surgidos en el ámbito familiar, que respeten la intimidad de la familia y se lleven a cabo a puerta cerrada. Esto facilitaría el aumento del número de denuncias y una mayor protección legal de la mujer. El hecho de que una esposa sepa que, según la actual legislación, su denuncia será la causa de que su marido sea encarcelado como un preso común y que incluso el pago de la fianza saldrá de su propio bolsillo, con el consiguiente impacto que esto tendrá en los hijos etc, hace que se silencie su situación y que no acuda los tribunales⁵⁴. Junto a esto, se teme la vuelta a casa de un marido a quien una misma ha denunciado. Además que esa vuelta puede ser inmediata bajo fianza, debido a que el delito de violencia en el ámbito familiar admite automáticamente la libertad bajo fianza; lo que contribuye a agravar la inseguridad física de la mujer.

Hay quienes opinan que en el antiguo sistema, el tradicional, la condición de la mujer era incluso mejor que la actual. El clan de la mujer, su antigua familia, velaba de cerca para que el marido tratara a ésta debidamente. Contaba con la posterior protección de su familia de procedencia y del nuevo clan al que pasaba a pertenecer. En el sistema del clan, la mujer pertenece a su marido pero no se ha desvinculado totalmente de sus vínculos familiares anteriores. En caso de conflicto la familia de la mujer tiene derecho a intervenir reclamando los derechos que pertenecen a ésta y el buen trato por parte del marido⁵⁵. Debido al carácter colectivista comunitario del Derecho africano en general, el hombre se considera antes miembro del grupo al que pertenece que persona individualmente considerada. El derecho europeo se presenta como individualista frente al derecho comunitario africano⁵⁶.

De hecho el problema de los malos tratos ha aumentado con la nueva legislación, con la pérdida del sistema socio-cultural africano y con la desa-

53. Para el tratamiento de las denuncias en los puestos policiales cfr., JAFFE, P., «A Research study to Evaluate the Impact and Effectiveness of the Policy Directive That Police Lay Charges in All Domestic Violence Incidents Where Reasonable and Probable Grounds Exist». *Toronto Provincial Secretariat for Justice*. 1985, 28. JAFFE, P., «Wife Abuse as a Crime: The Impact of Police Laying Charges». *Canadian Journal of Criminology*, 25, n.º 3 (1983).

54. Cfr., WALMALWA, B., «Violence Against Wives in Kenya». p. 75.

55. Cfr., ELIAS DE TEJADA, F. LORCA NAVARRETE, J. BADILO O'FARRELL P., *Estudios de derecho bantú*, p. 15.

56. Cfr., *Idem*. p. 145.

parición del control comunal africano. Por supuesto que el fenómeno obedece a otros motivos de cambio social no menos influyentes, como por ejemplo la transición paulatina de una sociedad agrícola a una sociedad urbana, que coloca a la mujer en una situación de aislamiento y de desprotección en los núcleos urbanos. En ese contexto su desvinculación del clan y el desconocimiento del entorno vecinal le retrae de pedir ayuda en caso de problemas conyugales. En la nueva sociedad, monocelular e individualista, la mujer se encuentra más desamparada. La industrialización y la concentración de la población en ámbitos urbanos ha llevado a la desaparición del régimen familiar propio del clan para dar lugar a la familia monocelular⁵⁷. En el ámbito urbano, la creación de una nueva familia supone en gran medida la ruptura con los vínculos anteriores; en el caso de la mujer ésta rompe sus conexiones familiares, con mayor motivo si su área de procedencia es de carácter rural, desde donde los desplazamientos y comunicaciones son dificultosas.

A su vez desconoce la ley y sus derechos legales o no se atreven a exigirlos ante instancias legales por temor a la autoridad ejercida por el varón⁵⁸. Algunas mujeres justifican o excusan los malos tratos al considerar que sus maridos tienen derecho a «meterles en cintura». Se conforman pasivamente con su suerte, o bien sufren en silencio en el caso de agresiones sexuales porque el denunciar tales hechos les llevaría a sufrir los estigmas sociales que van unidos a ser víctima de una violación.

En ocasiones la denuncia legal sería la última instancia a la que acudiría, para evitar el confrontamiento con policías, doctores, abogados y jueces. Es un problema hoy frecuente en todos los países el hecho de que las denuncias de agresiones sexuales o malos tratos acarreen a la denunciante más males que bienes⁵⁹. No se resarce el daño y se causan nuevas humillaciones y vejaciones en las declaraciones ante los tribunales, y más cuando en buena medida estos están integrados por hombres⁶⁰.

57. Cfr., *Idem*. p. 15.

58. Cfr., *Presence*, Vol VIII, n.º 8, (1991), *Why I won't get married?*. p. 5. Relata la experiencia de una mujer que no quiere casarse al ser testigo de los malos tratos que recibe su madre, su hermana casada y otras personas próximas, que recibieron heridas graves y se ven hospitalizadas como consecuencia de las palizas que reciben de sus maridos.

LUPRI, E., «Male Violence in the Home». *Canadian Social Trends. Autumn*, 20, (1989). Solicitor General of Ontario. *Law Enforcement Activity to Spousal Assault in Ontario for the Years 1986 and 1987*. Toronto: Solicitor General of Ontario. 1989, 15.

59. La bibliografía en la actualidad es abundante. Cfr., BINDER, R. L., «Why Women Don't Report Sexual Assault», in *Journal of Clinical Psychiatry*, 42 (11), November, 1981, pp. 437-438.

60. Sobre el tratamiento de las mujeres en los tribunales cfr., SMART, C., *Feminism and the Power of Law*. 1989. cap. 2. Rape; Law and the disqualification of women's sexuality, cap. 4. The quest for a feminist jurisprudence, 5. Law, power and women's bodies etc. En América movimientos de abogados feministas fuerzan para que estos casos sean defendidos ante abogados mujeres y no ante tribunales integrados sólo por varones.

El gobierno condena duramente la violencia extrema contra las mujeres, especialmente el asesinato, la circuncisión femenina, la violación y el incesto⁶¹. En muchos casos los violadores, particularmente de menores, son sentenciados a más de 14 años de prisión. La violencia doméstica, particularmente el pegar a las esposas, es un problema, pero existe muy poca información sobre las dimensiones y extensión del mismo. El gobierno no se hace eco de este tema, y los medios de comunicación apenas informan sobre los malos tratos a las mujeres, aunque han aparecido noticias en los medios de información sobre maridos acusados de asesinar a sus esposas. En la práctica, la mayoría de los casos de violencia doméstica se tratan al margen de los tribunales. La máxima pena legal es cinco años de prisión. Las mujeres pueden también presentar denuncia por daños civiles. Las asociaciones de mujeres se están ocupando del problema de la violencia doméstica. La Federación Internacional de las mujeres abogadas de Kenia ha publicado un folleto gratuito en inglés y Swahili sobre los derechos legales de las mujeres, explicando que las mujeres pueden presentar denuncias criminales contra un marido que les maltrate⁶².

La circuncisión femenina es ilegal, pero se practica todavía en algunos de los grupos étnicos kenianos. El gobierno oficialmente desaconseja esa práctica y en agosto de 1991 condenó a cuatro mujeres por asesinato ante la muerte de una niña que circuncidaron. Hubo también reportajes en la prensa sobre el hecho de que estén aumentando las presiones de ciertas comunidades para la circuncisión de mujeres casadas.

Otra posibilidad es la acusación de violación dentro del matrimonio. Está previsto que «Cuando el acusado es acusado de violación y alega

61. Cfr., MERCER, S., «Not a Pretty Picture: An Exploratory Study of Violence Against Women in High School Dating Relationships?» *Resources for feminist Research*. June. 1988. RUSSELL, D., *The Secret Trauma: Incest in the Lives of Girls and Women*. New York: Basic Books. 1986. HERBERT, C., *Talking of Silence: The Sexual Harassment of Schoolgirl*. London. The Falmer Press. 1989. WILLIAMS, L., «The Classic Rape: When Do Victims Report?». *Social Problems*, 31 (4), April 1984, pp. 459-467. Se denuncian las violaciones hechas por desconocidos, pero no aquellas en las que el violador es un familiar o un amigo, por temor a las consecuencias posteriores.

62. Cfr., *Women's Bureau*. Newsletter. Issue n.º 8, May, 1991. p. 7. Una guía para las mujeres de Kenia sobre la violación y el proceso legal. Incluye información sobre la ley sobre violaciones, los pasos a seguir en caso de violación, la investigación policial, el juicio, las circunstancias en las que una víctima de la violación puede lograr ayuda. Editado por el *Women's Bureau* junto con el Instituto de Derecho Público, como parte de su proyecto sobre la concienciación sobre los derechos de las mujeres. También está recomendado a los hombres, ya que ellos tienen madres, hermanas y amigos. Y Idem. p. 6. Una guía para las mujeres de Kenia sobre el derecho. Con la idea de que la mayoría de las mujeres no son conscientes de sus derechos legales, FIDA (*Federation of International Women Lawyers*) ha publicado este libro informativo porque piensa que ayudará a las mujeres a mejorar su status tanto económico como social contribuyendo a su desarrollo. Los aspectos legales desarrollados son matrimonio, divorcio, muerte y herencia, violencia contra las mujeres, cuidado y status de los hijos, y educación y empleo.

que está casado con la denunciante debe probar que existe un matrimonio válido»⁶³.

Aquí no nos hallamos ante un problema de conflicto de derechos sino ante un problema de laguna jurídica en casi todos los ordenamientos, incluidos los occidentales. Tan sólo recientemente ha crecido la sensibilidad legal para lo que se ha llamado agresión sexual dentro del mismo matrimonio. Hasta ahora la legislación respondía al presupuesto de que el marido era dueño absoluto de su mujer⁶⁴.

PROTECCION FRENTE A LA DISCRIMINACION

En la constitución se dice expresamente que ninguna ley debe discriminar por sí misma o en sus efectos. Ninguna persona debe ser tratada de un modo discriminatorio por ninguna persona actuando en virtud de una ley escrita o en el desarrollo de funciones públicas. Se especifica en esta sección que la expresión discriminatorio significa proporcionar un trato diferente a personas diferentes atribuible plenamente o en parte a la raza, la tribu, lugar de origen o residencia u otras conexiones locales, opiniones políticas, color o credo⁶⁴. Se define la discriminación como un trato diferente y desigual entre partes similarmente situadas. Según esto, si se tomara como punto de partida la tesis de que hombre y mujer no son iguales, nunca se admitirá la posible existencia de discriminación.

Llama poderosamente la atención que entre los motivos de discriminación se omita la referencia al sexo. Omisión que no parece casual en un país en el que tan sólo existen dos mujeres en el parlamento⁶⁵. En 1963 se concedió a la mujer la facultad de votar, gozando en la actualidad el sexo femenino de todos los derechos electorales, activos y pasivos, con un absoluta equiparación con el masculino. La mitad del censo lo constitu-

63. Cfr., KIBWANA, K., *You and the Law. Fundamental Rights and Freedoms in Kenya*. op. cit., p. 56. SINCLAIR, D., *Understanding Wife Assault: A Training Manual for Concillors and Advocates*. Toronto. 1985, 172.

RUSSELL, D., *Rape in Marriage*. New York: Collier Books. 1982.

VANDERVORT, L., «Enforcing the Sexual Assault Laws: An Agenda for Action». *Resources for feminist Research*, 14 (4). 1985.

CAMPBELL, J. & ALFORD, P., «The Dark Consequences of Marital Rape». *American Journal of Nursing*, 89, July, (1989), 946.

FINKLEHOR, D & YLLO, K., *Licence to Rape: Sexual Assault of Wives*. New York: Holt. Reinhart and Winston. 1985.

WARSHAW, R., *I Never Called it Rape: The Ms. Report on Recognizing, Fighting and Surviving Date and Acquaintance Rape*. Harper and Row Publishers. New York. 1988.

Ministry of the Solicitor General, *Law Enforcement Activity in Relation to Spousal Assault in Ontario for the Years 1987 & 1988*. Toronto. 1988, 11.

64. *The Constitution of Kenya*. p. 55. punto 82. ANG'AWA, M., «Women and the Judicial Process». p. 79. La convención para la eliminación de todas las formas de discriminación entró en vigor el 3 de septiembre de 1981.

65. Cfr., OOKO-OMBAKA, O. «The Kenyan Legal System and Prospects for the Woman Question». op. cit., p. 39.

yen votos femeninos, sin embargo el resultado es la ausencia de representación femenina en los ámbitos de gestión política. De hecho la Asamblea Nacional está compuesta por hombres⁶⁶, al igual que las administraciones provinciales en las que los hombres mandan sobre ciudadanos que son en su mayoría mujeres. Evidentemente, se impone un sistema patriarcal⁶⁷.

Todas las personas pueden registrarse como votantes en la elección de la Asamblea Nacional. No se hace discriminación de sexo, también las mujeres son elegibles como presidentes de la república, y en general para cualquier cargo público⁶⁸. Al tratar de la elección del presidente, entre las condiciones no se hace ninguna referencia al sexo. Pero según la costumbre siendo Kenia un país de tradición patriarcal parece bastante improbable que fuera elegida una mujer.

Todas las mujeres tienen derecho a la ciudadanía keniana, bien por ser nacidas en el país, bien al casarse con un keniano, bien todo el que después del 11 de diciembre de 1963 era ciudadano de Reino Unido o las colonias británicas o Irlanda y reside en Kenia y se registra como ciudadano keniano⁶⁹. Después de los 21 años no se admite la doble ciudadanía. Quien se casa con una keniana adquiere el derecho de ciudadanía.

A pesar de todo ello, el silencio constitucional contribuye a que las mujeres kenianas se vean desamparadas legalmente al no poder alegar discriminación basada en el sexo, se ven imposibilitadas de solicitar protección legal frente a la discriminación sexual; siendo esta un hecho frecuente en la realidad cotidiana⁷⁰.

EL DERECHO Y ACCESO DE LA MUJER A LA EDUCACION Y AL TRABAJO

En el momento de la independencia, el acceso a la educación por parte de la población del país era escaso en general y prácticamente nulo en el caso de las mujeres. Desde entonces y con el impulso del primer presidente de la República de Kenia, Kenyatta, el gobierno aún sus fuerzas para escolarizar a su población. En la actualidad los datos son altamente significativos, el 60% del total de la población es menor de 18 años.

66. Cfr., *Idem.* p. 35.

67. Cfr. *Idem.* p. 37, the Chief's Authority Act.

68. Cfr., *The Constitution of Kenya.* p. 27, punto 43 y p. 6.

69. Cfr., *The Constitution of Kenya.* p. 65. Ciudadanos de la Commonwealth.

70. Cfr., KIBWANA, K., *You and the Law. Fundamental Rights and Freedoms in Kenya.* p. 58. «Es por todos sabido que las mujeres están discriminadas en todas las esferas de la vida no sólo en este país sino en todo el mundo incluidos países desarrollados. Por ejemplo en Estados Unidos no ha sido admitida una enmienda constitucional dirigida a al reconocimiento de la igualdad de las mujeres. Esta es la enmienda denominada de la igualdad de derechos (ERA)».

Según el censo de población en 1969, el 80% de las mujeres y el 66% de los hombres no tenían ninguna educación formal⁷¹.

Como contraste, para 1982, el 92% de la población recibía educación general básica gratuita⁷². En 1963 las niñas formaban el 34% de los alumnos escolarizados. En 1984 pasaron a formar el 50'1%⁷³. Los puestos universitarios en todo el país ascienden a una cifra de 40.000, de los que un tercio están ocupados por mujeres.

El acceso a la educación no está limitado por la legislación pero sí por la desigualdad de oportunidades, costumbres, actitudes sociales y problemas económicos⁷⁴.

Según el Informe de la Comisión de Derechos Humanos: «No hay discriminación legal contra las mujeres, pero la cultura tradicional y las actitudes han obligado desde hace mucho tiempo papeles de subordinación para las mujeres... Las funciones de las mujeres están particularmente restringidas en las áreas rurales... Las familias rurales se muestran más reticentes en invertir en la educación de las hijas que en educar a los chicos, sobretudo en niveles más elevados. El número de niñas y niños en los colegios es prácticamente el mismo en la enseñanza primaria, pero los hombres doblan en número a las mujeres en el bachillerato superior»⁷⁵.

La dificultad para acceder a la educación secundaria estriba en que a cada veinte colegios de educación primaria les corresponda dos colegios de secundaria⁷⁶. En 1989 se matricularon en secundaria 257.600 chicas y 383.135 chicos⁷⁷. Entre las chicas que acceden al bachillerato superior muchas abandonan sus estudios por embarazos prematuros o porque se casan entre los quince y dieciocho años. Desde el gobierno y el Women's Bureau se está realizando un gran campaña para retardar el matrimonio de la mujer y facilitarle más años de educación. Así el lema elegido para el día internacional de la mujer en 1991 fue *when you educate a woman you educate the whole nation*, cuando se educa a una mujer se está educando a toda la nación. La clave de la igualdad de derechos está en la educación; «La educación influye en la participación de la mujer en la economía y en

71. Cfr., MAAS, M., *Women Groups in Kiambu, Kenya*. Research Report n.º 26. Leiden, The Netherlands. African Studies Centre. p. 24.

72. Cfr., *Republic of Kenya. Development Plan 1984-1988*. Nairobi. Government Printer. 1983. p. 25

73. Cfr., *Women's Bureau*. Newsletter. Issue n.º 8, May, 1991.

74. Cfr., KARANI, F. A., «Education Policies and Women's Education». En *Women and Law in Kenya*. p. 27.

75. A Report to the U.S. Senate by the Department of the State Special Report Human Rights in Kenya. *Finance*, 16-31, August (1991), pp. 15-24.

76. Cfr., *Kiambu. District Development plan, 1989-1993. Ministry of planning and National Development*. Edited by the Government. Nairobi. 209 pp.

77. Cfr., *Women's Bureau*. Newsletter. Issue n.º 8, May, 1991. p.11.

su capacidad de lograr ingresos. También esto le motiva y anima a alcanzar metas altas en su estilo de vida y profesión y a utilizar las oportunidades para lograr que las diferentes formas de discriminación sean eliminadas, a lograr la igualdad de empleo, igualdad de salario por igual trabajo, igualdad de derechos políticos, derechos en el matrimonio y derecho a la propiedad»⁷⁸.

Con respecto al derecho al trabajo, en la Declaración de Derechos del Trabajador Africano, se dice, «a trabajo igual, salario igual, sin distinción de raza, sexo, color o creencia»⁷⁹. Pero esto no es real. Las mujeres son crecientemente activas en la economía moderna. Sin embargo, el número de mujeres en puestos profesionales es todavía limitado y no figuran entre las posiciones de dirección. El número de mujeres en paro es doble que el de los hombres. Las mujeres a veces reciben salarios más bajos que los hombres cuando realizan el mismo trabajo, también se dan desigualdades en los beneficios, por ejemplo, algunas empresas conceden préstamos para vivienda a hombres pero no a las mujeres casadas⁸⁰.

La mujer africana es todavía la que trabaja más duramente y la peor recompensada de entre los ciudadanos africanos. Saca adelante el 75% del trabajo agrícola, que es la mayor fuente de ingresos y de subsistencia, y el 95% del trabajo doméstico⁸¹.

PROPUESTA DE SOLUCIONES A LAS LAGUNAS JURIDICAS, A LAS ANTINOMIAS Y AL CONFLICTO ENTRE FUENTES DE DERECHO

En primer lugar; «La igualdad de hombre y mujer debería ser claramente articulada en la constitución. En la actualidad no lo está, y como resultado la discriminación contra la mujer se puede decir que está sancionada por el silencio constitucional»⁸². También debería ser introducida en la constitución declaraciones sobre la igualdad de derechos y responsabilidades de los esposos para decidir sobre el matrimonio, durante el matrimonio y durante la disolución de éste⁸³. Un aspecto fundamental es que la validez del matrimonio debería re-

78. KARANI, F., «Education Policies and Women's Education». En *Women and Law in Kenya*. p. 27.

79. MARSA VANCELLS, P., *La mujer en el derecho político*. Acce, 19 de enero de 1957, Declaraciones 2,4, y 5. p. 89-90 y p. 220.

80. Cfr., *A Report to the U. S. Senate by the Department of the State Special Report Human Rights in Kenya. Finance*, 16-31, August (1991), pp. 15-24.

81. Cfr., *Presence*. Edited by Evelyn Mungai. July, 1991. Cfr., AHAWO, D., «Women and Occupation Classification». Cfr., MBUGUA, W., «Women's Employment Patterns: Emerging Aspects of Economic Marginalization».

82. KIBWANA, K., *You and the Law. Fundamental Rights and Freedoms in Kenya*. p. 76.

83. Cfr., *Idem*. Cfr., p. 78.

querir el deber de consentimiento de ambos esposos⁸⁴. La legislación debería formular con mayor claridad los dos artículos correspondientes a esta temática recogidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos:

«1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen 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»⁸⁵.

A esto se añade el convenio suplementario relativo a la abolición de la esclavitud, tráfico de esclavos y prácticas análogas a la esclavitud, en el que se dice expresamente que se prohíbe; «Toda institución o práctica en virtud de las cuales: 1. Una mujer es, sin derecho de recusación, prometida o dada en casamiento mediante la entrega de dinero o géneros, hecha en contrapartida a sus padres, su tutor o su familia, o a cualquier otra persona o cualquier otro grupo de personas»⁸⁶.

La libertad personal y el derecho a la autodeterminación de la mujer es fundamental en ámbitos como el matrimonial, económico, político, laboral etc. La autonomía de la persona es un derecho humano fundamental, que lleva consigo la libertad en las propias decisiones para no ser una esclava⁸⁷. Y en general, el derecho a no estar sometida al poder del marido en cuestiones económicas, tales como la solicitud de créditos.

84. Cfr., *Idem*. p. 75. Cfr., *Women of Kenya. A Statistical Data Sheet*. Copyright Women's Bureau. Ministry of Culture & Social Services. Nairobi. 1985. La mayor parte de la información demográfica proviene de los datos del censo de 1979 o de estadísticas provistas por *The Central Bureau of Statistics*.

Cfr., *Women of Kenya. Review and Evaluation of Progress*. Nairobi. 1985. Official document produced for the United Nations Decade for Women Conference, July 15-26, 1985.

85. DURAN, P., *Los derechos humanos: ¿ Una nueva filosofía ?*. Ed. Nau Llibres. Valencia. 1988. p. 216. Artículo 16. *Carta de las Naciones Unidas*. Es el primer documento en el que se hace una mención expresa de la *Igualdad de derechos de hombres y mujeres*. (S. Francisco, 25 de junio de 1945). Posteriormente la Asamblea general de las Naciones Unidas aprobó el 10 de diciembre de 1948 la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, en la que se hace referencia expresa a la igualdad de los sexos; «Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión, política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición» (*Idem*, pp. 213-214). Agradezco al profesor Dr. D. Leandro Rubio el llamar mi atención sobre estas precisiones.

86. MARSA VANCELLS, P., *La mujer en el derecho político. Convenio suplementario relativo a la Abolición de la Esclavitud, Tráfico de Esclavos y Prácticas Análogas a la Esclavitud*, p. 219. Ginebra 4 de septiembre de 1956.

87. KIBWANA, K., *You and the Law. Fundamental Rights and Freedoms in Kenya*. p. 81, *self-determination*. Cfr., MARKOVIC, M., «The Principle of Equal Self-determination as a Basis for Jurisprudence». *ARSP*, (N.F), Beiheft 13, (1980), pp. 181-192.

El derecho estatutario debería prevalecer sobre el consuetudinario en las leyes de posesión de tierras⁸⁸. También sería conveniente que terminara de adoptarse *The Bill of Marriage and Divorce*, con su espíritu de apoyo a la monogamia frente a la poligamia, ya que en esta última la dignidad e igualdad de la mujer no quedan salvaguardadas.

Al hacer referencia a la discriminación se debería añadir la cláusula que de discriminación en base al sexo, tal como figura en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: «El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación»⁸⁹.

En segundo lugar, existen derechos recogidos en la Constitución que no son respetados en la práctica y que deberían alcanzar mayor eficacia social, e incluso imponerse con más fuerza hasta abolir el derecho consuetudinario. Este es el caso de costumbres como el pago de la dote, o la benignidad frente a la violencia en el ámbito doméstico. El gobierno tendría que tomar medidas de información más efectivas, para que se viera como un delito penal y no como una cuestión de índole puramente doméstica⁹⁰. La protección legal en estas materias debería ser más eficaz; «Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley»⁹¹.

Para finalizar restaría insistir en tres aspectos fundamentales como son la igualdad de oportunidades en el acceso a la educación, al trabajo y a la política. En Kenia no existen diferencia de clases sociales, con educación se puede llegar lejos. A su vez es un país joven, en crecimiento, que cuenta con una conciencia cierta de la necesidad de una mayor educación de la mujer; objetivo que se va cubriendo a paso rápido en los últimos años, con planes de educación, alfabetización, escola-

88. *Carta de las Naciones Unidas*, *Idem.* p. 217. Artículo 17 «Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente».

89. *Cfr.*, *Idem.* pp. 228-229, Artículo 14; Firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, entró en vigor el 3 de septiembre de 1953.

90. *Idem.* p. 222. Artículo 3; «Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratamientos inhumanos o degradantes». *Cfr.*, OTEGA, M. A., *Law and the Status of Women in Kenya, a Report for the End of the United Nations Decade for Women Conference*. Mimeo, Nairobi. Women's Bureau, ministry of Culture and Social Services. 1985.

91. *Cfr.*, *Idem.* p. 215, Artículo 8.

rización de la mujer en niveles más altos de educación, de integración en la vida económica del país, y proyectos de concienciación de los derechos legales de la mujer; planes todos ellos que van alcanzando resultados altamente positivos⁹².

92. *Idem.* p. 214, Artículo 7; «Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación». *Idem.* p. 217, Artículo 21; «Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país». *Idem.* p. 218, Artículo 23, punto 2, «Toda persona, tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual». *Idem.* p. 219, Artículo 26; «Toda persona tiene derecho a la educación. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos». *Idem.* pp. 219-220. Artículo 27; «Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten». *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.* Firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. Para una confrontación legal con la realidad española véase el Plan para la igualdad de oportunidades de las mujeres. Acordado en la reunión del Consejo de Ministros, del 25 de septiembre de 1987. Publicado en DURAN, P., «Debate sobre el género. A propósito del Plan para la igualdad de las mujeres». Edita Ayuntamiento de Castellón. 1991. pp. 141-206.