

8

LA CONSTRUCCIÓN DE LA IGUALDAD DE GÉNERO EN EL ÁMBITO REGIONAL AMERICANO

Yanira Zúñiga Añazco
Universidad Austral de Chile

Resumen

Este capítulo presenta un análisis de la construcción de la igualdad de género que revisa la influencia de la teoría feminista y su desarrollo a través de estándares internacionales, con especial acento en el sistema interamericano de protección de derechos humanos. Al mismo tiempo, el texto examina la normativa sobre igualdad de género contenida en las constituciones hemisféricas, a fin de evaluar los avances obrados en la materia en el constitucionalismo latinoamericano, así como sus puntos de conflicto en relación con los estándares antedichos.

1. INTRODUCCIÓN

Estamos acostumbrados a pensar que la igualdad es un pilar arquitectónico de los sistemas jurídicos a los que denominamos Estados de Derecho. Tal idea es, en parte, verdadera y, en parte, falsa. Efectivamente, desde la Ilustración la idea de una igualdad esencial humana ha sido proclamada tanto por las normas jurídicas como por los discursos políticos. La clásica sentencia de que “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos” ha pasado, casi sin mayores cambios, desde la Declaración francesa de 1789 a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a buena parte de las cartas constitucionales vigentes. Sin embargo, para las mujeres, la igualdad ilustrada ha sido más una promesa que una realidad. Primero porque, pese al lenguaje universalizador de los textos normativos sobre derechos humanos, las mujeres resultaron excluidas de la titularidad de un grupo considerable de esos derechos hasta bien entrado el siglo XX (como ocurrió, por ejemplo, con los derechos políticos o con los derechos patrimoniales, en el ámbito de la familia); y, en segundo lugar,

porque la eficacia de los derechos humanos de las mujeres ha sido y sigue siendo eminentemente precaria.

2. LA IGUALDAD EN EL PENSAMIENTO FEMINISTA. ALGUNAS CLAVES

Desde los albores de la modernidad varias pensadoras y activistas feministas han denunciado el carácter sexuado de la ciudadanía, es decir, han puesto de relieve que la construcción jurídica moderna de los derechos humanos no es neutra sino que está cruzada por la diferencia sexual. Así, la diferencia sexual ha constituido históricamente y sigue constituyendo todavía para las mujeres una verdadera marca de inferioridad, es decir, una fuente de sujeción, en la misma medida que, en contrapartida, la diferencia sexual ha transformado al varón en el paradigma del sujeto de derechos¹.

El sistema moderno de atribución de derechos encontró en la configuración del “individuo abstracto” un verdadero vehículo de reproducción de la ideología patriarcal, transformando al Estado en su principal vector. En efecto, la modernidad emancipó al individuo de los vínculos sociales adscriptivos que caracterizaron la ordenación social del antiguo régimen, pero no logró descorporeizarlo. Al contrario, el sujeto abstracto se construyó de

1 Mucho se ha escrito en torno a la manera en que la retórica igualitaria pos revolucionaria excluyó a las mujeres de su proyecto emancipador, a través de una simbolización dicotómica que en uno de sus extremos contenía a las virtudes esencialmente femeninas (la fragilidad, la emocionalidad, la sensibilidad etc.) y, en el extremo opuesto, a aquellas otras esencialmente masculinas (la fortaleza, la racionalidad, etc.). Esta simbolización supuso la identificación de lo masculino con lo racional, y su localización en el centro del proyecto ilustrado de extensión de derechos, al mismo tiempo que identificó lo femenino con lo emocional y lo situó en el espacio privado-familiar. La degradación simbólico-normativa de la mujer se vio reforzada por una serie de prácticas y expresiones culturales posteriores, como la misoginia romántica que imperó en la filosofía y la literatura del siglo XIX y parte del XX, al punto de que la incapacidad de las mujeres se volvió una evidencia indiscutible. Esto explica el hecho de que, en general, las leyes ilustradas no hayan considerado necesario declarar formalmente la incapacidad política de las mujeres, a través de exclusiones explícitas del derecho a sufragio y del derecho a presentarse como candidata. Era obvio que las referencias de las grandes declaraciones de derechos, pese a su lenguaje generalizante, no incluían a las mujeres. Sobre este tema, puede consultarse los trabajos de la filósofa francesa Geneviève Fraisse: FRAISSE. G. *Musa de la Razón*, Ediciones Cátedra-Universidad de Valencia-Instituto de la Mujer, Madrid, 1991, y FRAISSE. G. *Los dos gobiernos: la familia y la ciudad*, Ediciones Cátedra-Universidad de Valencia-Instituto de la Mujer, Madrid, 2003. También pueden consultarse los trabajos de la española Celia Amorós, en particular, AMORÓS, C. *Tiempo de feminismo. Sobre feminismo, proyecto ilustrado y postmodernidad*, Ediciones Cátedra-Universidad de Valencia, Madrid, 2000.

una manera androcéntrica, como acostumbran decir las feministas, haciendo alusión al fenómeno de suplantación de lo humano por lo masculino. Correlativamente, lo femenino (simbolizado también de manera ontologizadora), se transformó, en su negativo, al estilo de la clásica costilla de Adán.

La dificultosa extensión a las mujeres de derechos clave para su inserción social (como el derecho a la educación, la libertad de trabajo, el derecho de propiedad etc.), la localización de la subjetividad femenina en una suerte de intersticio entre la capacidad y la incapacidad jurídicas- especialmente en el marco de las relaciones familia-; la negación de la autonomía moral de las mujeres en materia de decisiones reproductivas y la escasa presencia de mujeres en los puestos de representación popular, entre otros tantos hechos, han terminado por demostrar que la igualdad esencial humana de raíz ilustrada encubre formas de comprender la razón, la moral y los derechos humanos, profundamente cruzadas por lo que, actualmente, se ha dado en llamar el sistema sexo/género.

Sin embargo, la idea de igualdad - como se si tratara de un verdadero caballo de Troya- era portadora también de un antídoto. Desde sus albores el pensamiento feminista se ha servido del mismo discurso ilustrado para demandar la radicalización del proyecto igualitario, instando por la aplicación de una igualdad verdaderamente “ciega” respecto de la diferencia sexual. Desde entonces, mucha agua ha pasado bajo el puente. Un simple repaso del lenguaje actual en materia de las controversias jurídico-políticas sobre la igualdad revela que ni las feministas ni otras vertientes del pensamiento contemporáneo se contentan ya con la sola proclamación de la igualdad ante la ley. Esto es así porque la igualdad liberal (la igualdad ante la ley) se ha mostrado insuficiente para revertir los contextos sociales de dominación/subordinación en los que se desarrolla y reproduce la discriminación. Al mismo tiempo, esto explica que la igualdad – como categoría jurídica- hoy en día no sea un concepto unívoco sino, más bien, la matriz de una verdadera familia de conceptos. Este fenómeno se refleja en los distintos matices que utilizan las normas jurídicas propias del Derecho antidiscriminatorio, particularmente en lo relativo a la forma de articular el binomio

igualdad-diferencia, y en los distintos apellidos que la igualdad ha ido adquiriendo en el marco del pensamiento jurídico².

Difícilmente en un texto como éste puede revisarse toda la evolución del concepto de igualdad, ni aun si se acotara este recorrido solo al devenir de la igualdad entre mujeres y hombres, comúnmente denominada igualdad de género. Sin embargo, sí parece necesario referirse a los puntos más sobresalientes de intersección o síntesis entre el pensamiento feminista y el lenguaje de los derechos, los que han sido catalizados, especialmente, por el proceso de internacionalización de los derechos humanos, iniciado después de la Segunda Guerra mundial.

3. LA INCORPORACIÓN DEL GÉNERO COMO CATEGORÍA DEL SISTEMA UNIVERSAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Aunque sería riesgoso identificar el derecho internacional de los derechos humanos, en sí mismo, como un ordenamiento normativo “mejor” que el ordenamiento jurídico estatal, sí puede afirmarse que, en general, los estándares fijados por las normas internacionales son más progresistas que los internos, entre otras cosas, porque los actores encargados de delinear esos estándares (Estados, órganos de supervigilancia y tribunales internacionales, fundamentalmente) no se sienten, en general, llamados a proteger un *statu quo* y están más dispuestos, en consecuencia, a hacer desarrollos progresivos. Desde el punto de vista de los Estados, lo anterior se explica por la flexibilidad de escenarios normativos, que van desde lo *hard* a lo *soft* en materia de obligatoriedad y que gracias a las reservas permiten relativizar el contenido de las obligaciones convencionales. Los órganos de supervigilancia de tratados de derechos humanos y de los tribunales internacionales, a su turno, parecen compartir la premisa de que, en general, es

² La igualdad recibe diversos apellidos que articulan varios binomios. A saber; igualdad formal/igualdad material; igualdad ante la ley/ igualdad en la ley; igualdad de oportunidades/igualdad de resultados. Por otro lado, cabe hacer notar que una misma categoría- por ejemplo, el sexo o la clase social- puede conllevar una prohibición de discriminación o una habilitación para diferenciar, según el caso. Es decir, a veces configuran una categoría sospechosa o causal odiosa de discriminación y a veces la base para una acción positiva.

más fácil armonizar estatutos nacionales diversos, desde posiciones audaces que desde posiciones conservadoras.

Este caldo de cultivo ha favorecido la aparición en el nivel internacional de diversos procesos de extensión y especificación de derechos en favor de las mujeres. Estos se iniciaron poniendo acento a la cuestión de los derechos políticos de las mujeres y, paulatinamente, han ido ampliándose hacia otras esferas temáticas, al mismo tiempo que han permitido la revisión de ciertas materias ya abordadas previamente, desde ópticas más complejas. Así por ejemplo, actualmente la ciudadanía política femenina se problematiza más en clave de elegibilidad o representatividad que en relación con el derecho al sufragio.

Cabe destacar que buena parte de la agenda internacional en materia de los derechos de las mujeres ha sido impulsada por los movimientos de mujeres que, avizorando la ventana de oportunidad proporcionada por la internacionalización de derechos, se han organizado a nivel transnacional. Puede decirse, entonces, que el estatuto internacional de protección de los derechos de las mujeres más que un *Deus ex machina*, constituye un *feminae ex machina* porque es el resultado de una política hecha *por* y *para* las mujeres.

La construcción de la subjetividad femenina en el nivel internacional ha recorrido un largo camino y vencido varias resistencias. En este sentido, conviene tener presente que se requirieron casi 60 años para que la situación jurídica de la mujer se haya hecho un lugar en las normas internacionales de protección de derechos humanos. Lo mismo que en el nivel interno, al redactarse la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948 se adoptó un enfoque de sujeto abstracto, en contraste con la aproximación normativa que venía aplicando la OIT desde la década de los 30, cuyos principios eran, para la época, bastante progresistas³. Pese a las buenas intenciones plasmadas en la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos políticos de la mujer (1952) y a la adopción de los dos

³ La OIT ha sido la primera organización internacional en utilizar la palabra discriminación en su contexto (1937) y en articular en 1944 el principio fundamental de no discriminación, ambos retomados en términos más generales por las Naciones Unidas en 1945 y 1948.

grandes Pactos en 1966- los que reconocen la igualdad de derechos de mujeres y hombres-, la protección de los derechos de las mujeres bajo estatutos específicos, tardó en desarrollarse en el ámbito del sistema universal de protección de derechos humanos. Así, durante la década de los 60 la ONU todavía vacilaba en reconocer plenamente las consecuencias de la discriminación contra las mujeres y en lugar de celebrar un tratado que evidenciara una posición de principio sobre este fenómeno, se limitó a adoptar una declaración que condenaba moralmente la discriminación contra las mujeres.

La década de los 70 trajo consigo un cambio de perspectiva. Durante la segunda mitad de este decenio las organizaciones feministas lograron introducir en los debates de la ONU la necesidad de una protección especial para las mujeres y comenzaron a apuntar a la estructura familiar como la fuente de la sujeción femenina. Los llamados estudios de mujeres- que adquirirán popularidad a partir de entonces- le darán sustrato conceptual a esta empresa al poner las bases para el desarrollo de una teoría sistemática sobre los diversos ámbitos en que las relaciones de poder entre hombres y mujeres son institucionalizadas (a saber, la propiedad, la familia, la sexualidad, el mercado de trabajo y la política), la cual tiene su eje en la crítica al binomio público/privado.

Aunque no es posible hablar del feminismo como un pensamiento homogéneo, los análisis feministas comparten una orientación hacia la politización de lo personal, es decir, se caracterizan por redefinir los contornos de lo que, tradicionalmente, se han considerado asuntos "privados" de la vida buena, tematizándolos como cuestiones "públicas" de justicia. De esta manera, han facilitado que, por ejemplo, la violencia intrafamiliar deje de ser considerada parte de la vida privada de los sujetos (y, en consecuencia, un terreno en el que el Estado no debe interferir) y sea vista, en cambio, como un grave problema de violación de derechos humanos.

Al develar el complejo entramado de relaciones sobre el que reposa la desigualdad de género, el feminismo ha favorecido la problematización de la regulación jurídica de la discriminación de las mujeres y su posterior evolución. En efecto, la caracterización de la discriminación de las mujeres como un fenómeno de desigualdad con rasgos particulares, ha afianzado la idea de que es necesario que su combate se haga a través de políticas y herramientas específicas.

Mientras que el esclarecimiento de las vinculaciones entre el patriarcado y el Estado- esto es, el hecho de que el Estado ha tenido un rol coadyuvante en el establecimiento y mantenimiento del patriarcado- ha tenido también importantes repercusiones. Por un lado, ha permitido reprochar la inactividad estatal en lo concerniente a la remoción de los obstáculos que afectan a las mujeres para acceder a las diversas esferas de la vida social en condiciones de igualdad. Por el otro, ha puesto una sombra de duda sobre la manera en que la actividad prestacional del Estado puede también vehicular y reproducir estereotipos de género. En este último sentido, los estudios de género han demostrado que las políticas de bienestar suelen considerar, de manera diferenciada, a los destinatarios según si son mujeres u hombres y que todo lo anterior refuerza roles tradicionales de género. Así, es común que las políticas dirigidas a la mujeres las consideren primordialmente en su función doméstica-familiar, suministrándoles ayudas en los casos en que no existe un varón que provea de los medios de sustento; en tanto las políticas propiamente masculinas, esto es, dirigidas, a los hombres, estén orientadas a insertarlos en el mercado de trabajo, como principal fuerza primaria laboral. Este análisis ha sido recogido, en buena medida, en el concepto de *mainstreaming* que examinaremos más adelante.

La difusión de este nuevo enfoque- que adquirirá más tarde la denominación de enfoque o perspectiva de género- facilitará la adopción de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW) en 1979 en el marco que del decenio de las Naciones Unidas para la mujer (1975-1985). Dicho tratado establece una definición pluridimensional de discriminación (art. 1), insta a los Estados a erradicarla (arts. 2 y 3) e incorpora la emergente herramienta de

las acciones positivas bajo el rótulo de “medidas especiales temporales” (art. 4). Conferencias sucesivas abordarán manifestaciones específicas de la discriminación de las mujeres (como la violencia, las desigualdades en el ámbito de los derechos a salud, la educación, la participación política etc.) mientras que en la Conferencia Mundial de Viena de 1993 se logra el reconocimiento explícito de que los derechos de las mujeres forman parte de los derechos humanos.

La Conferencia de Pekín de 1995 es el colofón de todo este proceso ya que sintetiza lo logrado en documentos e instrumentos precedentes, e incorpora, por primera vez- y no sin ciertas resistencias- la expresión *género*. Cabe mencionar que en el debate acaecido durante la misma se enfrentaron dos concepciones diversas: una en que la expresión género evocaba la visión tradicional de que existen ciertas cualidades biológicas asociadas a los sexos y otra- nacida en la órbita feminista – en la que el género se contrapone al sexo. En esta última aproximación, la voz sexo se utiliza para designar los aspectos inscritos en la biología, mientras que la expresión género se reserva para aludir a las construcciones sociales que, a lo largo de la historia, han constituido los patrones usados por las distintas sociedades para establecer los comportamientos y las actitudes atribuidas a cada uno de los sexos. Pese a que la cuestión se zanjó por la vía de una solución transaccional que permitió la inclusión del término sin ofrecer una definición expresa de su sentido, lo cierto es que, a partir de ahí, la ahora jurídica categoría del género se ha ido delineando, a través de su aplicación hermenéutica, de manera coincidente con los desarrollos teóricos feministas sirviendo para potenciar otras tantas demandas de los movimientos de mujeres en diversos terrenos.

En esta línea, merece especial mención la incorporación en la Plataforma de Acción de la idea de *mainstreaming* -que recorre todo el documento de manera horizontal- y ha sido uno de los grandes legados de esta Conferencia. El *mainstreaming* o integración de la perspectiva de género en la acción política- tal como se define en la propia Plataforma de Acción- involucra una obligación para los Estados en orden a que todas las propuestas

relativas a las políticas generales, programas, políticas sectoriales y actividades en la sociedad, deben analizarse desde un prisma de igualdad de género, esto es, considerando la especificidad de los hombres y las mujeres y su interrelación recíproca.

Puede decirse que el corpus internacional de derechos de las mujeres en el marco del sistema universal de derechos humanos, se estructura actualmente sobre los siguientes presupuestos teóricos:

- a) La superación de la división entre los derechos humanos y los derechos de las mujeres y la consideración de que estos últimos forman parte de los primeros.
- b) La asunción de que los derechos humanos de las mujeres pueden ser violados en formas diferentes a aquellos de los hombres y que determinadas violaciones tienen lugar contra las mujeres sólo por el hecho de serlo.
- c) La recepción de dos postulados centrales del iusfeminismo: i) la formulación neutral de las normas de derechos humanos permite la entrada de estereotipos de género porque vehicula una concepción androcéntrica de los derechos y ii) la discriminación de las mujeres es un fenómeno complejo que para ser subvertido requiere difuminar la frontera entre lo público y lo privado.
- d) Los Estados pueden violar los derechos humanos de las mujeres tanto por acción como por omisión y su posición de garante involucra la obligación de transversalizar la perspectiva de género.

En las siguientes secciones revisaremos algunos de estos desarrollos a propósito de la revisión de los estándares de igualdad de género perfilados en el sistema interamericano de derechos humanos y la forma en que éstos dialogan con el incipiente fenómeno hemisférico de regulación constitucional de la familia.

4. LA IGUALDAD DE GÉNERO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

El interés por la situación jurídica de las mujeres a nivel regional americano data de antes del establecimiento de la OEA y se plasmó en la creación en 1928 de la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM). Este órgano ha impulsado la adopción de diversos instrumentos internacionales (como las convenciones sobre derechos civiles y políticos de las mujeres, la convención sobre nacionalidad de la mujer y, especialmente la redacción y aprobación de la Convención de Belém do Pará) y la implementación de la perspectiva de género dentro de la misma Organización. A esta iniciativa se sumó posteriormente (1994) la

creación de una Relatoría Especial sobre la Condición de la Mujer, cuyo mandato es analizar e informar en qué medida las leyes y prácticas de los estados miembros, relacionados con los derechos de las mujeres, cumplen con las obligaciones establecidas en la Declaración Americana de los derechos y deberes del Hombre y en la Convención Americana de Derechos Humanos. Asimismo, los órganos principales del sistema- la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la CorteIDH o la Corte)- han participado activamente en la tarea de perfilar estándares normativos para la promoción y protección de los derechos humanos de las mujeres que coinciden en buena medida con los desarrollos realizados en el sistema universal, y que hemos revisado en la sección anterior.

La producción de estándares de igualdad de género se inicia con el establecimiento de la Relatoría Especial sobre la Condición de la Mujer, época en que la CIDH empieza a incluir en sus informes por países y en sus informes temáticos, secciones y capítulos específicos dedicados a la situación de los derechos de las mujeres en el ámbito regional americano. Como la propia CIDH señala en su reciente informe titulado *Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación* (OEA/Ser.L/V/II.143 Doc. 60, 3 noviembre 2011) dichos estándares comprenden decisiones de fondo, informes temáticos y por países y otros pronunciamientos jurídicos de la propia CIDH. También incluyen las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las disposiciones contenidas en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención de Belém do Pará, entre otros instrumentos interamericanos.

4.1. Los estándares de igualdad de género de la CIDH

La aproximación de la CIDH respecto de la igualdad de género se caracteriza por ser multidimensional y por poner acento en la necesidad de eliminar todas las instancias de discriminación que afectan a las mujeres. De ahí que la CIDH insista en que se

requiere del establecimiento de una efectiva igualdad en la ley, que debe, a su turno, ser complementada con la implementación de medidas especiales temporales que promuevan el avance de su situación jurídica en todos los ámbitos de la vida social, incluyendo la vida política, la vida económica y la vida familiar.

En el marco de esta preocupación general, la CIDH ha prestado especial atención a la erradicación de la violencia de género en sus diversas manifestaciones y a la necesidad de garantizar un adecuado acceso a la justicia. Así, ha reiterado en varios pronunciamientos que la violencia de género configura un atentado pluriofensivo a los derechos de las mujeres contemplados no sólo en la Convención Americana de Derechos Humanos y en la Convención de Belém do Pará sino también en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre⁴. Al mismo tiempo, ha señalado que los fenómenos de violencia doméstica pueden comprometer la responsabilidad de los Estados cuando éstos no ponen en práctica medidas razonables de prevención, no investigan debidamente los hechos o no castigan oportunamente a los responsables⁵. También ha precisado que la violación cometida por agentes del Estado es constitutiva de una forma de tortura⁶ y que la yuxtaposición de factores de discriminación pone a ciertas

⁴ En el caso de Jessica Lenahan (Gonzales) y otro vs Estados Unidos la CIDH (INFORME No. 80/11, fondo, CASO 12.626 se pronunció sobre la discriminación contra las mujeres bajo la Declaración Americana y su íntima vinculación con la violencia contra la mujer. En este caso, los peticionarios sostienen la muerte prevenible de las hijas de la señora Gonzáles y el daño que ésta sufrió, que no había sido objeto de reparación, violaban varios derechos contemplados en la Declaración. En el informe, la CIDH ha reiterado algunos estándares desarrollados a propósito de la interpretación de los otros instrumentos del sistema. A saber, que las obligaciones de los Estados bajo la declaración comprenden la prevención y la erradicación de la violencia contra la mujer como vía esencial para eliminar formas directas e indirectas de discriminación y que en ciertas circunstancias el Estado puede incurrir en responsabilidad al no proteger adecuadamente a las mujeres de actos de violencia doméstica perpetrados por particulares.

⁵ Ver *María da Penha Maia Fernandes Vs. Brasil*, Informe N2 24/01 Caso 2051, admisibilidad y fondo, de 16 de abril de 2001, en especial párr. 43.

⁶ Ver, a título de ejemplo, *María Elena Loayza Tamayo vs. Perú*, Informe No.24/94, fondo, Caso 11.154, 26 de setiembre de 1994; y *Raquel Martín de Mejía vs. Perú*, Informe No. 5/96, fondo, Caso 10.970, 1 de marzo de 1996 y *Ana Beatriz y Celia González Pérez vs. México*, Informe No. 53/01, fondo, Caso 11.565, 4 de abril de 2001

mujeres en situaciones de especial vulnerabilidad⁷, lo que debe ser tomado en cuenta por los Estados.

Por otra parte- y en lo relativo a los vínculos entre la violencia y el acceso a la justicia- ha advertido que para combatir el fenómeno de la violencia de género y evitar que éste se perpetúe bajo la forma de impunidad, es crucial garantizar el acceso de las víctimas a recursos judiciales idóneos y efectivos, junto al cumplimiento por los Estados de su obligación de prevención, investigación y sanción. Por esta razón, ha recomendado a los Estados dedicar atención prioritaria a eliminar las barreras jurídicas y fácticas que impiden el acceso de las mujeres a la justicia⁸.

Otras manifestaciones de la discriminación de las mujeres, también han sido objeto de la atención de la CIDH. Ésta se ha referido determinadamente a la discriminación de género en las esferas privada-familiar, en el acceso a la salud, en el mercado de trabajo y en la participación política.

A propósito de la primera esfera, en el caso de *María Eugenia Morales de Sierra vs Guatemala*, la CIDH consideró que las normas del Código civil guatemalteco que supeditaban el ejercicio de una profesión u empleo por parte de una mujer casada al hecho de no causar perjuicio alguno para sus funciones de madre y ama de casa, establecían distinciones de género que resultaban contrarias a la igualdad y al derecho a la protección de la familia. De esta manera, la CIDH refrendó la idea de que las normas legales pueden reforzar los estereotipos de género e institucionalizar desequilibrios en los derechos y deberes de hombres y mujeres en el seno de las familias, cuyos impactos para las mujeres son directos y continuos⁹.

A su turno, en su Informe *Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos*, (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 69, 7 de junio de 2010) este órgano apuntó a las variadas barreras que obstaculizan el acceso de las mujeres a

⁷ CIDH, Informe de Fondo N° 53/01, Caso 11.565, Ana, Beatriz, y Cecilia González Pérez (México), 2 de abril de 2001.

⁸ Véase, por ejemplo, CIDH, Informe sobre la Condición de la Mujer en las Américas

⁹ CIDH, Informe de Fondo N° 4/01*CASO 11.625 *María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala*, 19 de enero de 2001.

estos servicios en el contexto regional americano y a la necesidad de que sean eliminadas. A saber, a) barreras estructurales (elevados costos, falta de recursos o cobertura etc.), b) culturales (principalmente los estereotipos de género del personal de salud) y c) normativas (falta de implementación de las leyes, políticas, programas y protocolos que regulen la atención médica en este ámbito). En especial, aludió a la grave situación de mortalidad materna en la región, como un reflejo del nivel de pobreza y exclusión de las mujeres; y al aborto como un problema muy serio para las mujeres, no sólo desde un punto de vista de salud, sino también de sus derechos humanos a la integridad y a la privacidad.

En materia de derechos económicos y sociales, la CIDH se ha focalizado en las discriminaciones que sufren las mujeres en el acceso al empleo, en el monto y tipo remuneraciones, y en el acoso y maltratos en los lugares.

Mientras que en el ámbito de los derechos políticos, ha instado a los Estados a realizar los esfuerzos necesarios para incrementar la presencia femenina en los puestos de toma de decisiones políticas¹⁰. Cabe mencionar que esta última preocupación se alinea con lo establecido en el *Programa Interamericano sobre la promoción de los derechos humanos de la mujer y la equidad e igualdad de género* [CIM/RES. 209/98 y AG/RES. 1625 (XXIX-O/99)] promovido por la CIM, y que tiene como objetivo "la participación plena e igualitaria de la mujer en la vida política del país y en la toma de decisiones a todos los

¹⁰ Véase, por ejemplo, María Merciadri de Moroni vs. Argentina, Informe No. 103/01, solución amistosa, Caso 11.307, 11 de octubre de 2001. En este caso la peticionaria alegó que en la lista electoral Unión Cívica Radical para diputados nacionales de la Provincia de Córdoba, se colocó una mujer en cuarto lugar y a otra en el sexto puesto con lo que se violó la ley 24.012 y su decreto reglamentario N° 379/93, según los cuales debió haberse colocado a dos mujeres dentro de los cinco primeros puestos para dar cumplimiento a la cuota de 30% establecida a estos efectos. Los recursos internos - que se fundaron en que dichas normas obligaban a los partidos a conformar sus listas con arreglo a ellas y configuraban el derecho correlativo de los ciudadanos investidos de derecho a sufragio a votar por las listas de candidatos así integradas - fueron rechazados por los tribunales argentinos al estimar que la demandante carecía de legitimación activa. La Comisión Interamericana admitió a trámite la petición al considerar que los hechos denunciados podían configurar una violación a los Arts. 8 (debido proceso), 23, (derechos políticos), 24 (igualdad ante la ley) y 25 (recursos efectivos) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El asunto se zanjó a través de un acuerdo de solución amistosa en virtud del cual el Estado argentino se comprometió a establecer en su legislación interna un mandato de posición en las listas.

niveles". En él se recomienda a los Estados "la adopción, según sea el caso, de medidas de acción positiva, de carácter legislativo, administrativo y judicial dirigidas a lograr la igualdad de oportunidades para las mujeres en todas las estructuras de la sociedad".

En síntesis, los estándares elaborados por la CIDH respecto de la igualdad de entre mujeres y hombres reflejan una comprensión compleja y multidimensional de la discriminación que está fuertemente influida por la perspectiva de género y que ha favorecido una mayor protección de los derechos de las mujeres en el ámbito hemisférico. Sin embargo, como lo ha hecho notar alguna doctrina, su reticencia inicial a derivar asuntos a la CorteIDH ha ralentizado el desarrollado de estándares por parte de esta última y, en cierta medida, escamoteado la posibilidad de arribar a soluciones más robustas en los casos concretos, a través de sentencias jurídicamente obligatorias¹¹.

4.2. Los estándares de igualdad de género en la jurisprudencia de la CorteIDH

Como se señaló previamente, la jurisprudencia sobre igualdad de género de CorteIDH es bastante reciente. En efecto, el primer caso contencioso que conoció la Corte - cuyos alegatos y argumentación adoptan claramente un registro de género- es el caso del *Penal Castro Castro vs. Perú*¹². Conviene mencionar que en la decisión sobre reparaciones del *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, que antecedió a la sentencia del Penal Castro Castro ya citada, la CorteIDH aludió a la violencia sexual que afectó a las mujeres víctimas y la especificidad su sufrimiento a propósito de las reparaciones¹³, pero esta constatación no formó parte de su razonamiento en la sentencia de fondo. En contraste, en el *Caso del Penal Castro Castro v. Perú*, emitida dos años

¹¹ En este sentido, TRAMONTANA, E. «Hacia la consolidación de la perspectiva de género en el Sistema Interamericano: avances y desafíos a la luz de la reciente jurisprudencia de la Corte de San José», Revista IDH, vol. 43, año 2011, págs. 141-181.

¹² CorteIDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No.160

¹³ CorteIDH, *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, reparaciones, sentencia de 19 de noviembre de 2004, Serie C No. 116.

después, la CorteIDH consideró que las violaciones de derechos cometidas por el Estado peruano fueron dirigidas especialmente contra las mujeres y que aquello debía ser tomado en cuenta a efectos de analizar la responsabilidad internacional del mismo.

Este asunto fue sometido al conocimiento de la Corte a través de una demanda contra Perú presentada por la CIDH, en 2004, en razón de los hechos acaecidos durante el llamado “Operativo Mudanza 1”. Este operativo afectó particularmente a los pabellones 1 A y 4B del Penal Castro Castro, que eran ocupados por mujeres prisioneras, incluyendo internas embarazadas. Durante esta acción se causó la muerte a una cuarentena de personas, lesiones a más de un centenar y se sometió a tratos crueles, inhumanos y degradantes, a más de trescientas personas.

En su sentencia de fondo, la Corte estableció que tales hechos no se produjeron como resultado de un amotinamiento en rechazo a una medida de traslado de prisioneros hacia una cárcel de alta seguridad - como sostuvo el Estado durante el litigio- sino que obedecieron, en realidad, a un ataque premeditado, dirigido contra un grupo de prisioneros acusados de delitos terroristas, compuesto mayoritariamente por mujeres y que adoptó características específicas de género. Tomando como punto de partida esta constatación, la CorteIDH fundó su sentencia sobre las dos siguientes premisas: a) las mujeres padecieron, proporcionalmente, más violencia que los varones afectados y b) la violencia experimentada por unas y otros fue diferente, tanto desde el punto de vista de su vivencia particular - que resultaba cruzada por el género¹⁴- como porque ciertos actos de violencia fueron especialmente dirigidos contra las mujeres¹⁵. De ahí que la CorteIDH estableciera que, tratándose de violaciones a los arts. 4 (derechos a la vida) y 5 (derecho al trato humano) de la

¹⁴ Así la CorteIDH sostuvo que las mujeres embarazadas que vivieron el ataque experimentaron un sufrimiento psicológico adicional, ya que además de haber visto lesionada su propia identidad física, padecieron sentimientos de angustia, dese de sus hijos. Ver, sentencia *cit. nota 12*, párrafos 288 a 290.

¹⁵ En este sentido, la parte demandante aludió reiteradamente en sus alegatos a la existencia de insultos que vehiculaban un imaginario de género que censuraba especialmente a la mujer terrorista, al trato especialmente cruel respecto de las mujeres embarazadas y al uso de la violencia sexual.

Convención Americana de Derechos Humanos constitutivas de violencia de género, tales normas deben interpretarse tomando como base los estándares establecidos por la Convención de Belén do Pará. Por último, sobresale también la definición amplia que la Corte ofrece de la violencia sexual, caracterizándola como “acciones de naturaleza sexual que se cometen en una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico”.

La aproximación utilizada por la CorteIDH en el caso del *Penal Castro Castro* ofició como prelude de la decisión que, en 2009, ésta pronunció en relación con el *Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México*. Esta última es la pieza jurisprudencial más importante dictada, hasta ahora, en lo concerniente a los estándares del sistema interamericano sobre igualdad de género. La Corte había sido requerida, en 2007, por la CIDH quien presentó una demanda contra México por las desapariciones y muertes subsecuentes de tres jóvenes acaecidas en Ciudad Juárez. Según la CIDH dichas desapariciones no fueron investigadas por el Estado con la debida diligencia produciéndose, en cambio, una serie de irregularidades¹⁶. Entre otros hechos, durante el juicio se acreditó que las autoridades mexicanas minimizaron la gravedad de la desaparición de las víctimas, debido a la influencia de prejuicios de género y que las referidas desapariciones formaban parte de un contexto general de discriminación de género, instalado en esta región mexicana desde la década de los 90.

En la sentencia recaída en *Campo Algodonero*¹⁷, por primera vez, la Corte se refiere a los “homicidios de mujeres por razones de género”, advirtiendo que estos son conocidos también bajo el rótulo de *feminicidios*. De esta manera- aunque no sin cierta

¹⁶ Entre otras, la lentitud de las investigaciones o inactividad en los expedientes, negligencia e irregularidades en la recolección y realización de pruebas y en la identificación de víctimas, pérdida de información, extravío de piezas de los cuerpos bajo custodia del Ministerio Público, y la falta de contemplación de las agresiones a mujeres como parte de un fenómeno global de violencia de género.

¹⁷ CorteIDH, *Caso González y otras (Campo algodouero) vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C No. 205.

ambigüedad¹⁸- la Corte fue más allá de lo obrado por la CIDH, la que había sido renuente en calificar los hechos con esta última etiqueta.

Por otra parte, - y también por primera vez- la CorteIDH estableció su competencia para conocer las violaciones al artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, con base en lo dispuesto en el art. 12 de la misma convención. Esta última disposición fija, a su turno, la competencia de la CIDH para conocer de las peticiones individuales fundadas en el mencionado art. 7 y contiene un reenvío a las reglas de procedimiento que contempla la Convención Americana, y el Reglamento y Estatuto de la CIDH; las que regulan, entre otras materias, la facultad de aquélla para remitir asuntos a la Corte.

La ampliación, por vía interpretativa, de su marco competencial en relación con el art. 7 de la Convención de Belém do Pará, favoreció el análisis de género que recorre toda la sentencia del caso *Campo Algodonero*. Así, la CorteIDH utilizó el concepto de obligaciones reforzadas en materia de prevención e investigación, que fluye del estándar de diligencia debida instaurado por la Convención de Belém do Pará, en su art. 7, y lo combinó con la obligación de protección estatal respecto de violaciones provenientes de particulares, que ella misma había delineado previamente en el *Caso de la Masacre del Pueblo Bello vs. Colombia*. Según esta última jurisprudencia, para que se configure tal obligación se requiere: a) el conocimiento por parte de las autoridades estatales, de una situación de riesgo real e inmediato; b) para un individuo o grupo de individuos determinado, y c) la existencia de posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo¹⁹. Esta combinación permitió a la CorteIDH sugerir que el escrutinio es más estricto cuando los hechos concretos se inserten – como ocurre en *Campo Algodonero*- en contextos generalizados de violencia y desigualdad de género.

Por último, cabe mencionar que el enfoque de género que dominó el examen de fondo del caso en comento se proyectó también a su decisión sobre las reparaciones. Así, la Corte

¹⁸ La CorteIDH señala en el párrafo 141 que «no es necesario ni posible pronunciarse de manera definitiva sobre cuáles homicidios de mujeres en Ciudad Juárez constituyen homicidios de mujeres por razones de género, más allá de los homicidios de las tres víctimas del presente caso. Por esta razón, se referirá a los casos de Ciudad Juárez como homicidios de mujeres, aunque entienda que

algunos o muchos de éstos puedan haber sido cometidos por razones de género y que la mayoría han ocurrido dentro de un contexto de violencia contra la mujer. Véase, sentencia, *cit*, *nota 17*.

¹⁹ Véase CorteIDH, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, sentencia del 31 de enero de 2006, serie C, núm. 140, párr. 153.

consideró especialmente “los impactos diferenciados que la violencia causa en hombres y en mujeres” y estableció que las reparaciones deben orientarse a transformar esta situación, es decir, deben tener “un efecto no solo restitutorio sino también correctivo”. De ahí que las medidas de reparación abarcaran en este caso un amplio crisol. A saber la necesidad de que la investigaciones dirigidas a identificar y sancionar a los culpables incluyan una perspectiva de género y que se desarrollen líneas específicas en lo concerniente a la violencia sexual; que las madres de las víctimas sean especialmente indemnizadas; que se provea de tratamiento psicológico/psiquiátrico a las víctimas, cautelando que los profesionales tengan experticia en los traumas causados como consecuencia de la violencia de género; o que se construya un monumento en recuerdo de las víctimas, para dignificarlas, como medida de satisfacción.

También en 2009, la CorteIDH emitió su decisión en el caso *Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*²⁰. La demanda interpuesta por la CIDH en 2008- denunciaba la falta de debida diligencia estatal en la investigación, en el juzgamiento y en la sanción de los responsables de la matanza de 251 habitantes del Parcelamiento de Las Dos Erres, entre los cuales se contaban hombres, mujeres y niños²¹. En particular, las mujeres afectadas fueron objeto de violaciones y de violencia extrema, hasta el punto de sufrir abortos.

La Corte en su análisis del caso consideró probado que, entre los años 1962 y 1996 en Guatemala, hubo un conflicto armado interno que provocó grandes costos humanos, materiales, institucionales y morales. Asimismo, determinó que, durante el conflicto armado en Guatemala, las mujeres fueron particularmente seleccionadas como víctimas de violencia sexual y reiteró que la violación sexual ejecutada en el contexto de las masacres, tiene componentes de género porque busca destruir la

²⁰ CorteIDH, *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2009, Serie C No. 211.

²¹ Tales hechos acaecieron en 1982 y, sin embargo, su investigación se inició recién en 1994, sin que a la época de presentación de la demanda se hubiera producido ni el juzgamiento ni la sanción de los responsables.

dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual. Por otro lado, la Corte estableció que “la falta de investigación de hechos graves contra la integridad personal como torturas y violencia sexual en conflictos armados y/o dentro de patrones sistemáticos, constituyen un incumplimiento de las obligaciones del Estado frente a graves violaciones a derechos humanos, las cuales contravienen normas inderogables (jus cogens) y generan obligaciones para los Estados como la de investigar y sancionar dichas prácticas, de conformidad con la Convención Americana y en este caso a la luz de la CIPST [Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura] y de la Convención de Belém do Pará”²²

Sin embargo, en este caso- a diferencia de lo ocurrido en *Campo Algodonero*- la Corte utilizó sólo marginalmente la perspectiva de género en lo relativo a las reparaciones, limitándose a exigir al Estado que, en cumplimiento de la obligación de investigar, tomara en cuenta “los impactos diferenciados de las violaciones con motivo de la alegada violencia contra la mujer”²³. De ahí el tono de reproche que se observa en el voto razonado concurrente del juez Ad-hoc Ramón Cadena Rámila, quien advierte que la adopción de una perspectiva de género enriquece el análisis “en materia de derechos humanos [y] permite, entre otras cosas, visualizar inequidades construidas de manera artificial, socio-culturalmente y detectar mejor la especificidad en la protección que precisan quienes sufren desigualdad o discriminación”. Y que , en consecuencia, dicha óptica debiera orientar el contenido de las medidas de reparación y, más concretamente, de las medidas de no repetición, las que en casos como el examinado podrían consistir en: a) intensificar y ampliar las acciones existentes para capacitar a funcionarios, particularmente a aquéllos de la Policía Nacional Civil y del Ministerio Público con respecto a las causas, naturaleza y las consecuencias de la violencia de género; b) garantizar que el impacto y las consecuencias de los actos de

²² CorteIDH, *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2009, Serie C No. 211., párr. 140.

²³ CorteIDH, *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2009, Serie C No. 211, párr. 233.

violencia cometidos contra las mujeres durante conflicto armado interno estén contemplados adecuadamente en el Plan Nacional de Resarcimiento; c) implementar programas de capacitación sobre los derechos de las mujeres y particularmente, sobre el derecho a una vida libre de violencia, dirigidos a personal de la fuerza pública, del ejército y de las instituciones públicas; d) implementar medidas de protección y prevención, para garantizar a las mujeres una vida libre de violencia y también la de procesar y castigar adecuadamente los delitos de violencia contra las mujeres; y e) tomar todas las medidas preventivas necesarias para evitar el abuso y la violación sexual de mujeres en custodia estatal, policial o del ejército, utilizada como una forma de tortura²⁴.

En sus sentencias más recientes la CorteIDH ha profundizado su jurisprudencia sobre la especial vulnerabilidad resultante de la discriminación cruzada o yuxtapuesta; precisado los requisitos de la tortura y desarrollado estándares en materia de derechos sexuales y reproductivos.

De esta manera, en las sentencias recaídas en los casos de *Inés Fernández Ortega* y de *Valentina Rosendo Cantú*, ambos contra México, la Corte interpretó la obligación de garantía del art. 1.1 de la Convención Americana poniendo de relieve que las mujeres indígenas se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad que incrementa el riesgo de que sufran violaciones a sus derechos humanos frente al sistema de justicia y al sistema de salud²⁵. Adicionalmente, aclaró que una violación ejecutada por agentes del Estado es, en sí misma, constitutiva de tortura dado que el sufrimiento severo de la víctima, que es característico de la tortura, es inherente a la violación, independientemente que ésta “consista en un solo hecho u ocurra fuera de instalaciones estatales, como puede ser el domicilio de la víctima”²⁶.

²⁴ Véase voto razonado concurrente Juez Ad-hoc Ramón Cadena Rámila *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2009, Serie C No. 211, pp. 4 y 5.

²⁵ CorteIDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215. 44, párr. 78; CorteIDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216, párr. 185.

²⁶ Véase *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, cits, párrs. 124 y 128; y *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 114 y 118.

A propósito de la autonomía reproductiva y sus vinculaciones con otros derechos, en su fallo sobre la comunidad indígena *Kákmok Kásek Vs. Paraguay*, la CorteIDH puso de relieve que la pobreza extrema y la falta de cuidado adecuado respecto de las mujeres embarazadas y puérperas se correlacionan con altas tasas altas de mortalidad materna; y argumentó que los Estados deben adoptar políticas de salud para prevenir dicha mortalidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Convención Americana (derecho a la vida), interpretado a la luz del artículo 1.1 (obligación de garantía)²⁷. De otro lado, en el caso *Gelman Vs. Uruguay* - relativo a la desaparición forzada y a la detención arbitraria de una mujer embarazada por parte de las fuerzas de seguridad uruguayas y argentinas, y la subsecuente entrega de su hija a la familia de un policía uruguayo- la Corte sostuvo que la violencia sufrida por la víctima estuvo basada en su género. Así, razonó que el estado de embarazo en que se encontraba María Claudia García cuando fue detenida constituía una condición de particular vulnerabilidad que configuró una afectación diferenciada y advirtió, además, que los hechos del caso revelaban una concepción instrumental del cuerpo de las mujeres, contraria a la libre maternidad, dimensión que, a su vez, forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres²⁸.

En el caso *Atala Riffo y Niñas vs Chile*, la CorteIDH se pronunció sobre la relación entre la autonomía sexual de los individuos- en particular, de las mujeres- y su vinculación con la prohibición de discriminación y el principio del interés superior de niño. Karen Atala, una jueza chilena, había sido privada del cuidado personal de sus hijas menores mediante una decisión de la Corte Suprema chilena que le entregó al padre de las menores su cuidado personal, habida cuenta de que la Sra. Atala mantenía una relación de pareja estable, de carácter homosexual. En el fallo respectivo, el máximo tribunal chileno argumentó que “[la madre]

²⁷ CorteIDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párrs. 233-234.

²⁸ En particular la Corte sostuvo que se instrumentalizó el cuerpo de la víctima en función del nacimiento y el período de lactancia de su hija, quien fue entregada a otra familia luego de ser sustraída y sustituida su identidad. Véase CorteIDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, fondo y reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221, párrafo 97.

al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual, como puede hacerlo libremente toda persona en el ámbito de sus derechos personalísimos en el género sexual, sin merecer por ello reprobación o reproche jurídico alguno, ha antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que lleva a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de éstas” y que “dicha situación situará a las menores López Atala en un estado de vulnerabilidad en su medio social, pues es evidente que su entorno familiar excepcional se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colegios y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal.”²⁹ Los párrafos antes citados son ilustrativos de que la Corte Suprema de Chile condicionó el reconocimiento de los derechos de la madre a la satisfacción de un determinado modelo de maternidad que reposa, a su vez, sobre una ideología doblemente cruzada por el sistema sexo/género. En efecto, la sentencia contiene (a) un reproche a la mujer que se aparta del arquetipo de la madre abnegada, es decir, a aquélla que sobrepone sus intereses personales (en este caso, su vida de pareja) a los supuestos intereses de sus hijos/as y (b) una exigencia de que la sexualidad de los sujetos, para ser considerada un proyecto de vida legítimo, se encuadre en el paradigma de la heteronormatividad.

Karen Atala presentó una petición ante la CIDH alegando la infracción de diversos derechos de la Convención Americana de Derechos Humanos- en particular, el derecho a la igualdad y a la vida privada familiar- que originó, finalmente, el proceso ante la CorteIDH. En su sentencia, esta última descarta la tesis de la supuesta influencia negativa que tendría la orientación sexual de los padres en el desarrollo y crianza de los hijos, argumentando que “una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es

²⁹ Corte Suprema de Chile, sentencia de 31 de mayo de 2004, párrafos décimo sexto y décimo octavo.

adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño", debiendo someterse este examen a un escrutinio concreto, caso a caso³⁰. Al mismo tiempo, la Corte precisó que la protección de la vida privada y la igualdad, en el caso de personas homosexuales, no implica cantonarlas a lo privado sino que presupone, en contraste, el respecto de la exteriorización de esa condición y sobre todo una equiparación en los proyectos de vida de los sujetos.

Finalmente en la sentencia de 28 de diciembre de 2012, recaída en el asunto *Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs Costa Rica*³¹, la CorteIDH acaba de despejar las dudas sobre la correcta interpretación del art. 4.1 de la Convención Americana, en lo relativo al estatuto jurídico del embrión. El mencionado art. 4.1 establece que "toda persona tiene derecho a que se respete su vida", que "este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción", y que "nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. En dicha sentencia la Corte estableció -ratificando, de paso, la opinión de la Comisión Interamericana en el asunto "Baby Boy" (Informe 23/81)- que, de acuerdo a la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el sistema interamericano, no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión. Al respecto, la CorteIDH ha señalado que la voz "concepción" utilizada en la disposición antes referida, si bien es objeto de debate biológico, ético y religioso, no puede ser comprendida como un momento o proceso ajeno al cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no se produce. En consecuencia, según la Corte, dicha expresión debe entenderse como una referencia al momento en que ocurre la implantación, razón por la cual, antes de este evento no procedería aplicar la disposición en cuestión. Por otra parte, la fórmula "en general" que también ocupa esa norma, permite -en opinión de la Corte- inferir excepciones a la protección que la propia disposición

³⁰ Véase CorteIDH, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de febrero de 2012, párrafo 111. Serie C No. 239 .

³¹ Caso *Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, sentencia de 28 de noviembre de 2012, Serie C No. 257, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas

dispensa y que se traducen en la posibilidad de establecer un sistema gradual e incremental de tutela de la vida, en atención a su desarrollo. Sobre esta base, la Corte determinó que la decisión de la Sala Constitucional de Costa Rica, que condicionó la posibilidad de realizar la técnica de fertilización *in vitro* a que no hubiera pérdida embrionaria (condición que es imposible desde el punto de vista práctico), implicó para los demandantes una restricción desproporcionada que produjo, a su turno, la vulneración de varios de sus derechos. A saber, el derecho a la integridad personal, la libertad personal, la vida privada, la intimidad, la autonomía reproductiva, el acceso a servicios de salud reproductiva, a fundar una familia y el derecho a la igualdad.

A pesar de que el fallo antes reseñado no se refiere directamente al aborto sino a las decisiones de procrear a través de las técnicas de reproducción asistida, es evidente que elabora varios aspectos que tienen impacto sobre la comprensión regional de la autonomía procreativa³². La doble tesis de la CorteIDH -es decir, el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos y la negación de la calidad de persona al embrión- abre, sin duda, la puerta al enjuiciamiento de las leyes restrictivas del aborto en el hemisferio americano que, como se sabe, se encuentran entre las más severas del mundo.³³

Como conclusión de esta sección puede señalarse que los estándares de igualdad de género desarrollados en el marco del sistema interamericano involucran una comprensión compleja de la igualdad entre mujeres y hombres que recoge una versión de la discriminación de carácter intergrupala que no se satisface con la mera prohibición de discriminación sino que precisa la adopción de medidas positivas que garanticen la promoción efectiva de los derechos de las mujeres y que sean capaces de eliminar su posición social de subordinación.

³² La autonomía procreativa contempla las siguientes decisiones y dimensiones: a) decisiones relativas a la manera en que los sujetos ejercen su sexualidad y b) decisiones relacionadas con la reproducción. Dentro de las cuales se ubican b.1.) aquéllas relativas al control o prevención de la natalidad, como las relativas al uso de los métodos de anticoncepción y la interrupción del embarazo (vertiente negativa) y b.2. aquéllas vinculadas a la decisión de tener hijos, su número y oportunidad (vertiente positiva).

³³ Para una semblanza de las leyes sobre el aborto puede verse COOK, R., *Leyes y políticas sobre el aborto: retos y oportunidades*, en *Debate feminista*, Marzo 1991, pp. 89-129

A partir de un breve repaso de los desarrollos recientes obrados en el constitucionalismo latinoamericano³⁴, es posible realizar un diagnóstico preliminar de las políticas normativas de igualdad de género implementadas por los Estados en la región americana a fin de observar los adelantos y las resistencias o zonas críticas. La sección final de este trabajo se dedica a ello.

5. LA IGUALDAD DE GÉNERO EN EL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO.

Buena parte del desarrollo normativo de la igualdad de género en el ámbito constitucional latinoamericano se ha realizado en el contexto de un proceso que podemos denominar de “constitucionalización de la familia”, el que se ha replicado a nivel comparado, particularmente en la dimensión de judicialización de la regulación legal de la familia, ante cortes constitucionales e internacionales³⁵.

La irradiación del principio de igualdad, desde lo público a lo privado, ha permitido que la regulación de la familia se haya hecho un hueco en el marco de los debates político-jurídicos contemporáneos, visibilizando la discriminación que históricamente han sufrido las mujeres en el ámbito privado-familiar, y problematizando la exclusión del colectivo LGBTI del derecho al matrimonio.

³⁴ Los resultados aquí contenidos son parte de un trabajo más extenso. Éste puede consultarse en Zúñiga, Y. y Turner S. “Sistematización comparativa de la regulación de la familia en las constituciones latinoamericanas”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, N° 20, vol. 2, 2013 (en prensa).

³⁵ La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana que, desde el año 2007, ha extendido a personas homosexuales y transexuales derechos que eran exclusividad de familias o parejas conformadas por un hombre y una mujer; y la reciente decisión del Tribunal Constitucional chileno, en el marco de un procedimiento incidental de inaplicabilidad, a propósito del art. 102 del Código Civil (Rol 1881-10, de fecha 03/11/2011); se inscriben en esta línea. En el nivel internacional-como ya se dijo- dicha tendencia se replica. Así, por ejemplo, la Corte Europea de Derechos Humanos ha resuelto varios asuntos relacionados con la diversidad sexual y su vinculación con la vida familiar y el derecho al matrimonio. No obstante, la jurisprudencia de este órgano ha sido un tanto ambivalente. Por un lado, ha considerado que la decisión de un tribunal nacional de retirar a un padre homosexual la custodia de su hija menor de edad, con el argumento que la niña debería vivir en una familia tradicional para resguardar su interés superior, carecía de relación razonable de proporcionalidad entre la medida tomada y el fin perseguido (*Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, 1996), pero en lo concerniente a la aplicación de la igualdad a parejas homosexuales respecto del derecho al matrimonio, la Corte se ha mantenido fiel a su doctrina del margen de apreciación (p.e. *Schalk et Kopf vs. Austria*, 2010). En cambio, ha reconocido este último derecho a las personas transexuales (*Goodwin vs. Inglaterra*, 1997). La sentencia de la Corte IDH en el caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, comentada en el texto, se inscribe también en este proceso.

En lo referente a la situación de las mujeres, conviene hacer notar que, pese a que la teorización feminista ha relacionado desde sus orígenes la sujeción femenina con la familia y ha postulado que la configuración social de esta institución tiene ribetes opresores- como vimos en la primera parte de este trabajo-; las relaciones que se desarrollan en este espacio han sido, en general, ignoradas por la teoría política de raigambre ilustrada. Esta última se articula, como es sabido, sobre la distinción entre la esfera privada y la esfera pública. Esta distinción, sobre la que reposan buena parte de nuestras categorías constitucionales, ha tenido el efecto de situar a la familia en el dominio de lo privado, sustrayéndola de la aplicación de los principios que rigen las relaciones en la esfera pública. Así, ha sido común entender que mientras que esta última esfera está gobernada por la igualdad y la libertad, el ámbito privado familiar se rige, en cambio, por valores tales como el amor o la abnegación, los que justificarían la existencia de asimetrías y restricciones a la autonomía. Sobre esta base teórico-conceptual el sistema jurídico ha elaborado históricamente diversos mecanismos de subordinación femenina, funcionales al sistema sexo/género, tales como la incapacidad de la mujer casada o la dependencia económica que persiste, no obstante, la supresión formal de la autoridad marital. Y, además, ha tolerado la existencia de fenómenos como la violencia intrafamiliar o la violación conyugal.

La regulación constitucional de la familia supone un cambio de aproximación normativa. A la clásica declaración política de que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, se han ido sumando, en las últimas décadas, un cúmulo de disposiciones sustantivas que regulan, en sede constitucional, los derechos y obligaciones de sus miembros, con eje en el principio de igualdad; y las obligaciones del Estado respecto de esta institución.

Las causas de este cambio de aproximación, son variadas. Entre ellas, pueden destacarse: a) las mutaciones que ha sufrido la familia, como realidad sociológica, caracterizadas por una tendencia al desarrollo de modelos centrados en el afecto y con fuerte componente individualista, cuya resultante es una fuerte diversificación de los modelos de familia y el abandono de los tradicionales fines colectivos de la misma. Y (b) el incremento

sostenido del ingreso de las mujeres al mercado laboral, que ha erosionado fuertemente el modelo de hombres-proveedores y madres-cuidadoras, alterando tanto las relaciones familiares como las laborales e incrementado, al mismo tiempo, sus puntos de intersección. En este último sentido, por ejemplo, el aumento de la presencia de mujeres en el mercado de trabajo ha propiciado un cambio de eje en lo relativo a la gestión del cuidado o dependencia, debido a que esta última actividad, que tradicionalmente han desarrollado las mujeres en el seno de las familias y de forma gratuita, de más en más, es conceptualizada como una responsabilidad estatal. Esto último ha dado origen también a la emergencia de nuevos sujetos de derecho, como las personas discapacitadas y los ancianos, respecto de las cuales los Estados han ido asumiendo, paulatinamente, obligaciones de aseguramiento de su bienestar. Por último, merece destacarse como factor de tipo normativo, (c) la creciente eficacia interna de los derechos humanos contenidos en tratados internacionales, producto del establecimiento de dispositivos constitucionales de reenvío a normas internacionales, los que usualmente son acompañados de reglas de jerarquía reforzada.

Desde luego, todos estos factores combinados han generado una creciente tensión entre ciertos principios constitucionales- en especial, el principio de igualdad - y algunos rasgos del modelo de familia patriarcal que sobreviven aún en las leyes civiles, y que se han visto contestados por las exigencias derivadas de la subjetivación tanto de mujeres como de niños. En este marco, la noción de igualdad de género ha ganado terreno y el principio del interés superior del niño ha abandonado el reducto de la legislación civil para transformarse en estándar constitucional.

Las notables reformas constitucionales experimentadas en la región americana en los últimos decenios (incluyendo tres procesos constituyentes) han provisto un caldo de cultivo para la proliferación de variadas normas de regulación de la familia en sede constitucional. Las Constituciones latinoamericanas reflejan claramente un fortalecimiento de los procesos de individuación de los niños, a través de la constitucionalización del principio del

interés superior del niño³⁶; y un fortalecimiento de los derechos de las mujeres, mediante la presencia expresa de normas de igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito privado-familiar³⁷. Asimismo, se observa en estos textos el surgimiento de nuevos sujetos y/o destinatarios de protección, tales como los ancianos y los discapacitados; y una diversificación de la protección que distingue la infancia, la adolescencia y la juventud. Todo ello refuerza un proceso regional de desmantelamiento de la familia patriarcal. Adicionalmente, algunas Constituciones latinoamericanas contienen normas de protección respecto de la violencia de género, con especial acento en la violencia intrafamiliar,³⁸ lo que se encuentra en sintonía con la atención particular que el sistema interamericano ha prestado a este tema, según vimos en la sección precedente.

En cuanto a la protección de los derechos sexuales y reproductivos, la regulación es incipiente y variopinta. En ocasiones éstos se configuran como libertades no interferencia y, otras veces, como derechos prestacionales (derecho a acceder a información y/o medios de contracepción). Sobresale, no obstante, una especial preocupación por la protección de la maternidad, la que se

36 La incardinación de la protección internacional del niño y de la niña, de manera más o menos explícita, en las Constituciones latinoamericanas. Esto se hace a través de tres modalidades: a) *incorporación expresa de la Convención de Derechos del Niño* (Argentina, Nicaragua y Venezuela), b) *incorporación tácita a través de la referencia genérica a la protección contenida en tratados o acuerdos internacionales* (Colombia y Honduras); y c) *constitucionalización del principio de Interés Superior del Niño*. Esto último, a su vez, puede hacerse bajo la utilización expresa de esta fórmula semántica (Bolivia, Ecuador, Uruguay, República Dominicana) o sobre la base del establecimiento de una preferencia por los derechos del niño en caso de conflicto con otros derechos (Colombia, Paraguay).

³⁷ Catorce de los textos constitucionales americanos contienen disposiciones expresas de igualdad de derechos entre hombres y mujeres en el ámbito de la familia. A estos puede sumarse Argentina a través del reenvío que contiene su Carta Fundamental a la CEDAW. La igualdad de derechos entre cónyuges se expresa a través de (a) una cláusula general de igualdad de derechos aplicada al ámbito de la familia (Bolivia, Costa Rica, Honduras, México, Panamá) o mediante (b) la determinación específica de los aspectos sobre los que recae dicha igualdad. Siguen esa última aproximación Brasil, Colombia, Cuba, Ecuador, El Salvador y Nicaragua.

³⁸ En este sentido, los textos de Bolivia, Colombia, Ecuador y República Dominicana. Dentro de éstas, sólo Ecuador se refiere determinadamente a la mujer, sin excluir la protección de otros sujetos, mientras que la Constitución de la República Dominicana se refiere a la violencia intrafamiliar y a la violencia de género, determinadamente (art. 42.nº2). La Constitución de Argentina no contiene una referencia clara de protección a la mujer, pero contiene un reenvío específico a la CEDAW, tratado al que le otorga jerarquía constitucional en el art. 22 inciso 2º.

desarrolla sobre la base de dos aproximaciones o técnicas de regulación: una protección tutelar genérica y una protección en el marco más amplio de la protección laboral³⁹. Esta última técnica puede interpretarse como una fórmula embrionaria de política de conciliación entre vida familiar y vida laboral.

Con todo, esta tendencia hacia el reconocimiento constitucional de los derechos sexuales y reproductivos no parece desbloquear por sí sola las restricciones legales a la interrupción voluntaria del embarazo, que en algunos casos- como el chileno- son especialmente severa. Al contrario, la autonomía reproductiva reconocida por las Constituciones hemisféricas parece restringirse únicamente a las cuestiones relativas a la anticoncepción. Por lo mismo, es en materia de liberalización del aborto donde se detectan las mayores resistencias regionales y, eventualmente, una zona de conflicto entre normas internas y normas internacionales, dada la reciente decisión de la CorteIDH en el caso *Artavia Murillo*, que se comentó previamente.

Cabe hacer notar que las Constituciones latinoamericanas contienen numerosas normas de reenvío y/o recepción del derecho internacional. Lo anterior, combinado con la existencia de dispositivos constitucionales de jerarquía reforzada de los tratados internacionales, genera una especial resistencia de la regulación internacional de derechos humanos y, en particular, de los estándares de igualdad de género, frente a las normas legales internas, lo que permite, por extensión, su protección por la vía de acciones constitucionales.

³⁹ Así hay ejemplos de regulación tutelar general de la maternidad, sin determinación de ámbito específico (Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Panamá y República Dominicana); de protección de la maternidad en el marco de derechos reproductivos y políticas de planificación familiar (Bolivia, Nicaragua, Paraguay, Venezuela); y de protección de la maternidad en el ámbito laboral (Bolivia, Brasil, México, Nicaragua). Los textos brasileño y mexicano parecen inclinarse, en cambio, por una regulación que enfatiza la protección del empleo. Por último hay textos que contemplan la

protección de todo tipo de maternidad (República Dominicana, Uruguay, Venezuela). Dentro de éstas, las expresiones utilizadas en el caso de la Constitución uruguaya que se refiere a la maternidad, cualquiera sea la condición o estado de la mujer, y en la Constitución venezolana que advierte que la maternidad y la paternidad son protegidas integralmente, sea cual fuere el estado civil de la madre o del padre, sugieren que se busca contrarrestar un efecto de exclusión de lo que pudiéramos denominar las maternidades atípicas. Lo propio ocurre en el caso de República Dominicana que garantiza la protección de la maternidad cualquiera sea la condición social o el estado civil de la mujer. Parece ser, entonces, que estas normas tienen un propósito de igualación dirigido a supuestos de maternidad no amparados por la cobertura legal y/o la legitimidad social proveniente del matrimonio, es decir, fundamentalmente a las madres solteras.

Por último, es posible detectar en los textos constitucionales de la región americana una incipiente igualación entre diversas clases de convivencias. Dentro de esta tendencia predomina, sin embargo, la equiparación entre uniones civiles heterosexuales y uniones matrimoniales (definidas también a nivel legal como una forma de convivencia heterosexual), en detrimento de las uniones homosexuales, que aparecen expresamente excluidas o, bien, no son explícitamente mencionadas. En consecuencia, la equiparación de derechos entre personas heterosexuales, por un lado, y personas pertenecientes al colectivo LGBTI, en lo relativo a la vida familiar y el derecho al matrimonio, es claramente otro de los puntos de fricción entre el sistema interamericano y los sistemas constitucionales hemisféricos, según puede derivarse de la sentencia recaída en el caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, referida también en la sección anterior.

6. BIBLIOGRAFÍA

- AMORÓS, C. *Tiempo de feminismo. Sobre feminismo, proyecto ilustrado y postmodernidad*, Ediciones Cátedra-Universidad de Valencia, Madrid, 2000.
- COOK, R. Leyes y políticas sobre el aborto: retos y oportunidades, en *Debate feminista*, Marzo 1991, pp. 89-129
- FRAISSE, G. *Musa de la Razón*, Ediciones Cátedra-Universidad de Valencia-Instituto de la Mujer, Madrid, 1991,
- FRAISSE, G. *Los dos gobiernos: la familia y la ciudad*, Ediciones Cátedra-Universidad de Valencia-Instituto de la Mujer, Madrid, 2003.
- TRAMONTANA, E. "Hacia la consolidación de la perspectiva de género en el Sistema Interamericano: avances y desafíos a la luz de la reciente jurisprudencia de la Corte de San José", *Revista IDH*, vol. 43, año 2011, págs. 141-181.
- ZÚÑIGA, Y. y TURNER. S. "Sistematización comparativa de la regulación de la familia en las constituciones latinoamericanas", *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, N° 20, vol. 2, 2013 (en prensa)

7. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

7.1. CIDH

- María Elena Loayza Tamayo vs. Perú*, Informe No.24/94, fondo, Caso 11.154, 26 de setiembre de 1994

- Raquel Martín de Mejía vs. Perú*, Informe No. 5/96, fondo, Caso 10.970, 1 de marzo de 1996
- Jessica Lenahan (Gonzales) y otro vs Estados Unidos*, Informe No. 80/11, fondo, CASO 12.626, 21 de julio de 2011.
- Maria da Penha Maia Fernandes Vs. Brasil*, Informe N2 24/01 Caso 2051, admisibilidad y fondo, de 16 de abril de 2001.
- María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala*, Informe de Fondo N° 4/01*CASO 11.62519 de enero de 2001
- Ana, Beatriz, y Cecilia González Pérez (México)*, Informe de Fondo N° 53/01, Caso 11.565, 2 de abril de 2001
- Celia González Pérez vs. México*, Informe No. 53/01, fondo, Caso 11.565, 4 de abril de 2001
- María Merciadri de Moroni vs. Argentina*, Informe No. 103/01, solución amistosa, Caso 11.307, 11 de octubre de 2001.

7.2. CorteIDH

- Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala, reparaciones, sentencia de 19 de noviembre de 2004, Serie C No. 116.
- Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No.160
- Caso *de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, sentencia del 31 de enero de 2006, serie C, núm. 140.
- Caso *González y otras (Campo algodonero) vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C No. 205.
- Caso *de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2009, Serie C No. 211.
- Caso *Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215. 44
- Caso *Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216.
- Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214.
- Caso *Gelman vs. Uruguay*, fondo y reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221.
- Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C No. 239.
- Caso *Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") vs. Costa Rica*, sentencia de 28 de noviembre de 2012, Serie C No. 257, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

8. JURISPRUDENCIA NACIONAL

Corte Suprema de Chile, Caso Atala, sentencia de 31 de mayo de 2004, párrafos décimo sexto y décimo octavo.