

REVISTA PERUANA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL

MUJER Y CONSTITUCIÓN

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Contenido

CARLOS RAMOS NÚÑEZ <i>Presentación</i>	15
Mujer y Constitución	
MARCELA HUAITA ALEGRE <i>La CEDAW como marco de referencia de las sentencias del Tribunal Constitucional peruano</i>	23
BEATRIZ RAMÍREZ HUAROTO <i>La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de igualdad y no discriminación: los casos de la Policía Nacional del Perú y las Fuerzas Armadas</i>	55
MOSI MARCELA MEZA FIGUEROA <i>Protección constitucional de la madre en el ámbito laboral</i>	77
CARLOS RAMOS NÚÑEZ <i>El sufragio femenino: dudas, convicción y oportunismo</i>	101
MARÍA SOLEDAD BELLIDO ÁNGULO <i>Del silencio a la razón: argumentación sobre el sufragio femenino en la Constituyente de 1931</i>	111
SUSANA MOSQUERA <i>Mujer y género en el derecho internacional de los derechos humanos</i>	147
GLÓRIA POYATOS I. MATAS <i>Sentencia pionera en España que define jurídicamente y aplica la técnica de «juzgar con perspectiva de género»</i>	171
MARÍA CONCEPCIÓN TORRES DÍAZ <i>El sustento constitucional de la impartición de justicia desde la perspectiva de género</i>	181

Miscelánea

EDWIN FIGUEROA GUTARRA

El matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿mito o realidad?

Enseñanzas del caso Obergefell..... 215

LUIS R. SÁENZ DÁVALOS

La doctrina jurisprudencial vinculante

y su desarrollo por el Tribunal Constitucional 239

FRANCISCO CELIS MENDOZA AYMA

Constitucionalización del proceso inmediato. Principio de proporcionalidad 279

ÓSCAR DÍAZ MUÑOZ

Laicidad e igualdad religiosa en la Constitución peruana 299

BERLY LÓPEZ FLORES

El amparo contra laudos arbitrales 311

JORGE LUIS LEÓN VÁSQUEZ

El examen de tres niveles de los derechos fundamentales (drei-schritt-prüfung) 341

RORIC LEÓN PILCO

El valor de la cosa juzgada constitucional

en los procesos constitucionales de tutela de derechos..... 347

Jurisprudencia comentada

ALVARO R. CÓRDOVA FLORES

Caso Edwards vs. Canadá (1929):

cuando las mujeres fueron consideradas personas 375

NADIA IRIARTE PAMO

Mujer y derecho a la educación.

Comentario a la STC 00853-2015-PA/TC..... 381

SUSANA TÁVARA ESPINOZA

La situación de los migrantes irregulares.

Comentario a la STC 02744-2015-PA/TC..... 385

Reseñas

OMAR CAIRO ROLDÁN

Exposición de motivos del Anteproyecto de Constitución del

Estado de 1931..... 395

JERJES LOAYZA JAVIER	
<i>Género y justicia. Estudios e investigaciones en el Perú e Iberoamérica</i>	401
MARÍA CANDELARIA QUISPE PONCE	
<i>Trinidad María Enríquez. Una abogada en los Andes.....</i>	405
ROGER VILCA APAZA	
<i>Las constituciones del Perú.....</i>	409

Mujer y género en el derecho internacional de los derechos humanos

 SUSANA MOSQUERA*

Sumario

I. Introducción. **II.** Los estudios de género en las ciencias sociales. **III.** Género en la jurisprudencia internacional de derechos humanos. **IV.** Reflexiones finales.

Resumen

En los tratados de derechos humanos es frecuente encontrar referencias a la igualdad y no discriminación por razón de sexo en una línea clásica de protección contra la desigualdad, que inició la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948. En las últimas décadas los estudios académicos parecen haber reemplazado «sexo» por «género», con la pretensión de ampliar el enfoque protector que la perspectiva de género ofrecería a la hora de erradicar la discriminación en los roles que la sociedad asigna a la mujer. No obstante, la falta de consenso académico en relación al término «género» y las dificultades para su aplicación transversal de la sociología al derecho, parecen haber provocado un efecto distorsionador del bien jurídico al que estaban destinados esos tratados de derechos humanos. Para constatar esta hipótesis la autora considera la práctica de los tribunales y comités que controlan los tratados para determinar si la variable de género produce algún cambio a la hora en que realizan su trabajo.

Palabras clave

Derecho a la igualdad, no discriminación, sexo, igualdad de género, derecho internacional, derechos humanos.

Abstract

In human rights treaties, it is common to find references to equality and non-discrimination based on sex, in a classic line of protection against inequality, initiated by the Universal Declaration of Human Rights in 1948. In recent decades, academic studies seem to have replaced the term "sex" with "gender", with the intention of expanding the protective approach that the gender perspective would offer to eradicate discrimination regarding roles

* Doctora en derecho con mención de doctorado europeo por la Universidad de La Coruña. Profesora ordinaria de Derecho internacional público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Directora del Máster en Derecho público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Investigadora calificada del CONCYTEC.

assigned to women by society. However, the lack of academic consensus to define the term "gender" and difficulties for its transversal application from sociology to law seem to have caused a distorting effect to the juridical objectives of those treaties. To verify this hypothesis, the author considers the practice of courts and committees that control these treaties, in order to determine whether the gender variable produces any change when these entities do their work.

Keywords

Right to equality, non-discrimination, sex, gender equality, international law, human rights.

I. Introducción

La agenda internacional a partir de la segunda mitad del siglo XX está marcada por el trabajo de las distintas agencias y organizaciones que promueven el reconocimiento y protección de los derechos humanos en sede internacional. Las declaraciones Americana y Universal de los Derechos Humanos, la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, los pactos internacionales de derechos y la Convención Americana de Derechos Humanos, marcan el camino en los años iniciales y, desde escenarios supraestatales, ofrecen protección complementaria a la estatal para los derechos de la persona.

148

En todos esos documentos internacionales es posible encontrar un concepto claro y constante de igualdad, que se traduce en la lucha contra la discriminación entre hombres y mujeres. Se trata de una línea clásica de defensa de los derechos humanos. De ahí que ya desde 1946 es posible seguir los pasos a los trabajos de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, creada como Comisión orgánica dentro del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, que además tuvo un papel importante en la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Hoy en día esta Comisión se presenta como el principal órgano intergubernamental dedicado exclusivamente a la promoción de la igualdad de género y el empoderamiento de la mujer¹. Pero lo cierto es que el género no estaba como concepto de análisis en los trabajos iniciales de esta Comisión, se incorpora en fecha relativamente reciente, y sin embargo, en la actualidad es casi imposible en-

¹ COMISIÓN DE LA CONDICIÓN JURÍDICA Y SOCIAL DE LA MUJER. Disponible en: <goo.gl/JYuzNC>.

contrar informe que no utilice ese concepto como variable para medir el trato en igualdad entre hombres y mujeres en una sociedad.

El objetivo de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer era lograr la aprobación de un tratado que prohibiese la discriminación de trato contra la mujer. Para lograrlo fue necesario ver el papel de la mujer en temas de desarrollo socioeconómico, y en ese punto Naciones Unidas colaboró muy eficazmente proclamando 1975 como el «Año Internacional de la Mujer», y celebrando en México la primera Conferencia Mundial de la Mujer de la que surgirá la deseada Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW 1979). Los años siguientes fueron la Década de Naciones Unidas para la Mujer trabajando con el objetivo «Igualdad, Desarrollo y Paz».

Para dar seguimiento a los objetivos de esa década se convocó una nueva Conferencia Mundial en Copenhague hacia 1980, y otra de cierre en Nairobi hacia 1985, donde se comprobó que los avances no habían sido todo lo significativos que se esperaban, pero que se incorporó en el debate a un nuevo actor que demostraría ser especialmente importante en el futuro para el tema de género: las organizaciones no gubernamentales (en adelante, ONG)². Ciertamente, la participación de la sociedad civil dentro de las Naciones Unidas no era en sí una novedad³, desde sus inicios el ECOSOC había trabajado de cerca con las ONG para tomar en consideración la opinión de estas organizaciones internacionales no gubernamentales en los proyectos que la ONU realizaba en distintos lugares por ser ellas las mejor preparadas para dar información práctica, y en principio imparcial e independiente, desde el terreno⁴. Pero a partir de los años 90 del siglo XX se asiste a un cambio

² Participaron en la Conferencia de Nairobi mil novecientos delegadas/os de 157 Estados miembros pero en el foro paralelo de ONG trabajaron más de doce mil participantes. Para más detalle sobre la conferencia puede verse: <goo.gl/sFNjjz>.

³ Ya el art. 71 de la Carta de Naciones Unidas establecía que: «El Consejo Económico y Social podrá hacer arreglos adecuados para celebrar consultas con organizaciones no gubernamentales que se ocupen en asuntos de la competencia del Consejo. Podrán hacerse dichos arreglos con organizaciones internacionales y, si a ello hubiere lugar, con organizaciones nacionales, previa consulta con el respectivo Miembro de las Naciones Unidas». Y así lo hizo el ECOSOC desde sus inicios, pero no será hasta 1996 cuando esa relación quede bien delimitada gracias a la aprobación de la Resolución 1996/31 relativa a los arreglos y principios que deben guiar esas consultas entre las ONG y el ECOSOC.

⁴ Dianne OTTO, «Nongovernmental Organizations in the United Nations System: The Emerging Role of International Civil Society», en *Human Rights Quarterly*, 18(1), pp. 107-141.

importante, se aprecia un significativo aumento de la participación de las ONG en los procesos de creación de normas internacionales. Su número en foros y conferencias internacionales supera a veces la cifra de representantes oficiales, pero la delimitación geográfica o temática de sus intereses hace muy evidente el sesgo que tienen sus esfuerzos⁵.

En 1995 la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer tuvo lugar en Beijing y aunque en las negociaciones participaron más de seis mil delegados gubernamentales y cuatro mil representantes de las ONG, estas criticaron las dificultades para participar en la preparación de los documentos finales de la Conferencia, reclamando un mecanismo distinto al de simple observador⁶. De hecho, las actividades organizadas por las propias ONG en forma paralela a la Conferencia oficial, reunieron a casi treinta mil participantes. Demostraron la eficacia de su estrategia logrando posicionar el concepto género en la agenda oficial⁷, aunque no lograron que la Conferencia asumiera como propio el concepto de género como herramienta de construcción social radicalmente diferente del concepto clásico «sexo» como proponían los estudios de género más conocidos⁸. La intensidad de ese conflicto en relación a la definición del género se comprende en su totalidad cuando se llega al anexo IV del informe final de la Conferencia de Beijing y se lee que el grupo de contacto⁹ concluyó que: «1) el término ‘género’ se había utilizado e interpretado comúnmente en su acepción ordinaria y generalmente aceptada en muchos otros foros y conferencias de las Naciones Unidas; 2) no había indicación alguna de que en la Plataforma de Acción pretendiera asignarse al vocablo otro significado o connotación, distintos de los que tenía hasta entonces»¹⁰.

⁵ Carlos TEIJO GARCÍA, *Organizaciones internacionales no gubernamentales y derecho internacional*, Madrid, Dilex, 2005, pp. 45 y ss.

⁶ Carmen Rocío GARCÍA RUIZ, *ONGs y derecho internacional: su influencia en la elaboración de normas internacionales*, Madrid, lustel, 2007, p. 251.

⁷ Aparece más de doscientas veces escrito en el informe final de la IV Conferencia de Beijing.

⁸ Judith BUTLER, *Gender Trouble, Feminism and the Subversion of Identity*, New York, Routledge, 1990.

⁹ Durante la 19ª sesión de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, reunida en su calidad de órgano preparatorio de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, se planteó la cuestión relativa al significado del término «género» en el contexto de la Plataforma de Acción de la Conferencia. A fin de examinar la cuestión, la Comisión decidió establecer un grupo de contacto en Nueva York, que estaría presidido por la Relatora de la Comisión, Sra. Selma Ashipala (Namibia). La Comisión encargó al grupo de contacto oficioso que llegara a un acuerdo sobre la interpretación más común del término «género» en el contexto de la Plataforma de Acción y que informara directamente a la Conferencia de Beijing.

¹⁰ Para más detalles sobre los discursos de género durante la Conferencia de Beijing véase, S. BADEN & A.M. GOETZ, «Who Needs [Sex] When You Can Have [Gender]?», en *Feminist Review*, núm. 56, 1997, pp. 3-25.

Es decir que antes de la IV Conferencia de Beijing *sexo* y *género* eran sinónimos, y después de Beijing, para la versión oficial de la Conferencia, *sexo* y *género* siguen siendo sinónimos, consecuencia que deriva entre otras razones del hecho de que el inglés sea el idioma oficial de trabajo en los organismos internacionales y que en esta lengua ambas palabras tienen ese nivel de sinonimia¹¹. Pero lo cierto es que hay una polémica intensa que ha crecido exponencialmente, para sacar al *género* de su sinonimia con *sexo*¹² y llevarlo a decir mucho más. Es en ese punto en donde debemos detenernos un momento para plantearnos una correcta formulación de esta polémica y poder valorar si el derecho puede tener un papel en esta discusión.

II. Los estudios de género en las ciencias sociales

Está generalmente aceptado que el concepto de género surgió para «designar todo aquello que es construido por las sociedades para estructurar, ordenar, las relaciones sociales entre mujeres y hombres»¹³, entendiéndose que la socialización desempeñaba un papel importante en esos roles sociales. Hoy en día, las ciencias sociales estudian el «género» desde muy variadas disciplinas, todo el mundo quiere insertar un «enfoque de género» en su trabajo, lo que dificulta dar unidad a la categoría «género». Así, hay quienes lo toman como sinónimo de mujer, y quienes lo interpretan como estudio de las relaciones sociales de los sexos, convirtiendo entonces «género» en la clave para la construcción y deconstrucción cultural¹⁴. Quede pues como concepto de partida que, desde los primeros estudios de género en las ciencias sociales, podemos comprobar que el término se ha empleado con significados muy diferentes y que hay una nutrida polémica respecto al género como categoría de análisis social.

Considerando los distintos papeles o dimensiones que se asignan al género como categoría analítica desde la perspectiva biológica, económica, psicológica, social o política –por mencionar algunas de las más frecuentes–,

¹¹ Así, la web de Naciones Unidas habla de los derechos humanos de las mujeres y de la igualdad de género, con la clara intención de vincularlo con la protección contra la discriminación por razón de sexo. Véase: <goo.gl/xuHLfC>.

¹² Las ONG de defensa de los derechos humanos han logrado colocar en la agenda el tema a través de casos con alto impacto mediático ante los sistemas de protección de los derechos humanos, como veremos en el caso Atala ante el SIDH.

¹³ Yuliuva HERNÁNDEZ GARCÍA, «Acerca del género como categoría analítica», en *Nómaditas*. Vol. 13, núm 1, 2006.

¹⁴ Marta LAMAS, «Usos, dificultades y posibilidades de la categoría de género», en *Papeles de población*, núm. 21, 1999, p. 151.

se llega a comprender la ardua tarea que supone unificar su significado. Lograr que los principios y técnicas de estudio de cada una de esas disciplinas compartan un mismo significado de género es, sin duda, una dificultosa labor. Como señala Hawkesworth en su trabajo «Confounding gender», hay que marcar los peligros que se esconden en ciertos usos del género utilizado como un modo de explicación, y no como una verdadera categoría analítica¹⁵. Así, podemos comprobar lo siguiente: «En las últimas décadas las posiciones se han llevado hasta el extremo, en un intento por anular cualquier presupuesto objetivo en la identidad sexual humana. Actualmente, dichas líneas argumentales defienden, incluso, la absoluta irrelevancia e indiferencia, no solo del sexo biológico, sino también del género, sosteniendo una noción de identidad sexual ‘deconstruible’ y ‘reconstruible’ social e individualmente. Por esta vía se llega a la denominada *queer theory* (...)»¹⁶.

Dado que no corresponde a este trabajo resolver la polémica sobre los conceptos y enfoques de género en otras ciencias sociales, sino solo quedarse con uno que sirva a los efectos de su posible uso en el campo del derecho, se ha considerado oportuno utilizar un concepto de género que haya suscitado un cierto consenso. Este concepto puede ser el que nos ofrece la ONU en su estudio mundial sobre el papel de la mujer en el desarrollo, donde «género» se define como:

Los significados sociales que se confieren a las diferencias biológicas entre los sexos. Es un producto ideológico y cultural aunque también se reproduce en el ámbito de las prácticas físicas; a su vez, influye en los resultados de tales prácticas. Afecta la distribución de los recursos, la riqueza, el trabajo, la adopción de decisiones y el poder político, y el disfrute de los derechos dentro de la familia y en la vida pública. Pese a las variantes que existen según las culturas y la época, las relaciones de género en todo el mundo entrañan una asimetría de poder entre el hombre y la mujer como característica profunda. Así pues, el género produce estratos sociales y, en ese sentido, se asemeja a otras fuentes de estratos como la raza, la clase, la etnicidad, la sexualidad y la edad. Nos ayuda a comprender la estructura social de la identidad de las

¹⁵ Mary HAWKESWORTH, «Confounding gender», en *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, Vol. 22, núm. 3, 1997, (pp. 649-685), p. 653.

¹⁶ Ángela APARISI MIRALLES, «Modelos de relación sexo-género: de la ideología de género al modelo de la complementariedad», en *Dikaion*, Vol. 21, núm. 2, 2012, (pp. 357-384), p. 363.

personas según su género y la estructura desigual del poder vinculada a la relación entre los sexos¹⁷.

Sin embargo, a pesar de esa visión de consenso que sobre los estudios de género se promueve desde Naciones Unidas y desde sectores académicos serios, centrados en estudiar los factores que impactan en la diferencia social entre hombres y mujeres, los esfuerzos por llevar el término género más allá de la realidad biológica basada en la naturaleza humana para hacerle partícipe de una nueva lógica de la construcción (deconstrucción) social son numerosos. Lo que sucede es que, desde el derecho, la perspectiva de género debe coincidir con el interés por la protección que la persona humana por su esencial dignidad a través de una efectiva protección de sus derechos humanos. Así, la regla de interpretación de género para el derecho aparece claramente expresada en el art. 7.3. del Estatuto de Roma: «A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término ‘género’ se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término ‘género’ no tendrá más acepción que la que antecede»¹⁸.

¿Cómo surgen entonces esas normas internas que proponen visiones de género no compatibles con la distinción binaria de los sexos?, ¿cómo se produce en el plano jurídico la evolución de la discriminación por razón de sexo a la equidad de género?, ¿resulta útil esa evolución conceptual?, y lo más importante, ¿esa evolución que extiende la protección por razón de género, respeta el bien jurídico protegido en los tratados de derechos humanos que buscan erradicar la discriminación contra la mujer?

Muchos son los recursos académicos, económicos, procesales y psicológicos reservados al «enfoque de género» que podrían estar destinados a la protección de la igualdad y no discriminación. Volcar la acción protectora de los tratados internacionales que nacen para erradicar la discriminación de trato contra la mujer hacia otros colectivos que luchan por anular las diferencias naturales entre sexos para dejarlas reducidas al relativismo de la elección

¹⁷ «Estudio Mundial sobre el papel de la mujer en el desarrollo» en *Informe: Mundialización, género y trabajo*, Nueva York, 1999, p. 8.

¹⁸ Para más detalle sobre el enfoque de género dentro del Estatuto de Roma puede verse en. V. OOSTERVELD, «The Definition of “Gender” in the Rome Statute of the International Criminal Court: A Step Forward or Back for International Criminal Justice?», en *Harvard Human Rights Journal*. Vol. 18, 2005, pp. 55-84.

de identidad de género no parece ser una opción correcta en términos jurídicos¹⁹. Sobre todo cuando, como se ha visto, sigue siendo difícil alcanzar consenso académico sobre el concepto de género que puede utilizarse como criterio de análisis en ciencias sociales²⁰. No olvidemos que estamos ante un concepto que nace como construcción histórica²¹ –y como tal está sujeto a cambios de enfoque e interpretación–, resultado de la confluencia de una visión nueva del feminismo a la que se apuntan grupos y colectivos minoritarios que desean remover otras formas de discriminación. El término parece ser muy útil pues sustituye al feminismo, al tiempo que incluye también al hombre, sirve así para poner en evidencia el papel que desempeñan hombres y mujeres en las construcciones sociales, en lo que parece ser un estudio puramente descriptivo de la sociedad.

Pero en su aplicación más extrema, los estudios de género han llegado a la conclusión de que sin un cambio radical no se podrán purgar los errores que arrastra el modelo de convivencia social que tenemos. Por eso, para reparar el sistema han optado por deconstruirlo, desmontando el concepto género en tantas piezas como sea posible, dando así entrada a un juego casi infinito de combinaciones posibles entre sexo biológico, sexo asignado, sexo elegido, orientación sexual e identidad sexual, en las que la persona puede variar sin límite esas piezas hasta llegar a combinar de forma perfecta «para ella» –por tanto relativa– su identidad de género.

154

Pero, ¿pueden esos juegos de género tener una traducción jurídica?, ¿puede el derecho dar respuesta protectora adecuada a variables de identidad y roles que representan tan elevada carga de subjetividad y relativismo?, ¿no será que la única vía para proteger la igualdad por razón

¹⁹ Las reglas de interpretación de los tratados establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados son claras a la hora de vincular la aplicación del tratado al efecto útil con el que dicha norma internacional haya sido elaborada, sin que haya opción para variar el objeto de protección. O como señala la Corte Internacional de Justicia: «Según el Derecho Internacional consuetudinario, que ha encontrado su expresión en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, un tratado debe ser interpretado de buena fe conforme al sentido ordinario que haya de atribuir a sus términos en su contexto y a la luz de su objeto y fin». CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, «Asunto sobre la diferencia territorial entre Libia y Chad», 1994, p. 22.

²⁰ Joan Wallach SCOTT, «Gender: A Useful Category of Historical Analysis», en *The American Historical Review*. Vol. 91, núm. 5, 1986 (pp. 1053-1075), p. 1054.

²¹ Género empieza a usarse en los años 50 como alternativa a las connotaciones negativas que generaba el término feminismo. A la radicalidad del feminismo se la calma con la aparente neutralidad del género.

de género es luchando contra la discriminación con las técnicas de la argumentación jurídica? No olvidemos que el derecho tiene como vocación proteger bienes comunes que resulten beneficiosos para toda la sociedad. Como magistralmente lo expresaba Santo Tomás:

Todo aquello que existe como medio ordenado a un fin debe ser proporcionado a ese fin. Mas el fin de la ley es el bien común, puesto que, como dice San Isidoro en II *Etymol.*4, *la ley se escribe no para provecho privado, sino para la común utilidad de los ciudadanos.* Luego las leyes humanas deben ser proporcionadas al bien común. Pero el bien común implica una multiplicidad, y la ley tiene que referirse a esta multiplicidad, que puede ser tal en razón de las personas, de las actividades y de los tiempos. Porque la comunidad del Estado consta de muchas personas: su bien se alcanza por medio de muchos actos, y no se instituye para que dure solamente un poco de tiempo, sino para que se conserve siempre mediante la sucesión de los ciudadanos, según dice San Agustín en XXII *De civ. Dei* 5a²².

De ahí que surja la pregunta de si es posible trasladar las conclusiones de los estudios sociales de género al terreno jurídico, dada la variedad de enfoques que ahí se encuentran, y considerando el necesario grado de generalidad que debería tener la norma. Y en segundo lugar, asumiendo que fuese posible trasladar al derecho —ya sea por medio de norma particular o por medio de argumentación en el caso concreto—, esas consideraciones que el género tiene para las ciencias sociales, surge la duda de si al hacerlo lograríamos dotar de mayor grado de eficacia a esos tratados de derechos humanos que nacieron para luchar contra la desigualdad de trato entre hombres y mujeres²³. Más bien parece que la estrategia pasa por expandir el objeto de protección de esos tratados para que la discriminación por razón de sexo llegue también a proteger la discriminación por razón de orientación sexual o la identidad de género. Para constatar esta hipótesis se tomará como base de estudio la práctica de los tribunales y comités que controlan los tratados,

²² SANTO TOMÁS DE AQUINO, «Cuestión 96. Artículo I. Del poder de la ley humana», en *Suma Teológica*.

²³ Acaso haya quien proponga la necesidad de incentivar la regulación específica de derechos humanos para minorías cada vez más reducidas, pero la idea de la comisión encargada de redactar la Declaración Universal de los Derechos Humanos no era la de desarrollar de manera independiente cada uno de los derechos listados en ese famoso documento, sino la de ofrecer herramientas de control supraestatales frente a regímenes constitucionales en descontrol, como había sido el modelo nazi.

y se tratará de verificar si la variable de género ha producido algún cambio a la hora de realizar su trabajo.

III. Género en la jurisprudencia internacional de derechos humanos

Sin lugar a dudas el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), es hasta la fecha el órgano jurisdiccional supranacional que ha desarrollado el análisis más completo de las diferentes dimensiones del derecho a la igualdad, gracias a la gran cantidad de casos que afectando a este derecho, han sido presentados ante la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos o ya, desde 1998 directamente ante la Corte. A pesar de contar con una amplia base casuística, el Tribunal de Estrasburgo no siempre ha mantenido una línea uniforme y constante en el tratamiento jurisprudencial que ha dispensado al derecho a la igualdad. Aunque gracias al carácter autónomo, como derecho reconocido de forma expresa e individual²⁴, ha podido el TEDH conceder protección con base en el artículo 14²⁵.

Los supuestos de vulneración del derecho a la igualdad que ha examinado hasta el momento el TEDH son variados incluyendo vulneraciones por razón de sexo, tanto las desigualdades injustificadas de trato entre hombre y mujer (uno de los aspectos más prolijos de la jurisprudencia de Estrasburgo), discriminación por razón de nacimiento que afectan a derechos sucesorios o al derecho de familia, en cuestiones de filiación o de guarda y custodia de los hijos; discriminación por razón de raza, color, lengua, origen nacional o social, y en general, por pertenencia a una minoría nacional; discriminación por razón de religión u opiniones políticas y discriminación por razón de fortuna. Cubriendo prácticamente todas las dimensiones del contenido del derecho a la igualdad en la formulación que le ha dado el Convenio.

Pero en lo que atañe al tema de estudio en este trabajo, lo que interesa es mencionar el enfoque del TEDH en los casos de desigualdad entre

²⁴ Convención Europea de Derechos Humanos:

Art. 14: «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».

²⁵ Es esa dimensión relacional de la igualdad que la lleva de la mano de otros derechos, lo que genera una inevitable fragmentación de la jurisprudencia a este derecho de igualdad. Para más detalles sobre el trabajo del TEDH sobre el derecho a la igualdad puede verse: Iñaki LASAGABASTER HERRARTE (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Pamplona, Civitas & Thomson Reuters, 2009, pp. 526 a 548.

hombres y mujeres, y comprobar el peso que tiene la variable género en su jurisprudencia. En ese sentido, Estrasburgo ofrece para el estudio casos de todo tipo que pueden sistematizarse del siguiente modo:

- a) Discriminación en combinación con vulneración de la protección de la vida privada y familiar: que incluye temas como los derechos sucesorios de los hijos extramatrimoniales²⁶, la conciliación familiar²⁷, discriminación por razón de sexo en ámbito laboral²⁸, conservación del apellido para la mujer casada²⁹, discriminación por razón de sexo en las fuerzas armadas³⁰, derechos de nacionalidad por vía materna³¹, discriminación en casos de matrimonios de nacionalidad mixta³², violencia doméstica³³, discriminación en la adopción³⁴, confidencialidad sobre los datos de los padres biológicos³⁵, pensiones de viudedad³⁶, discriminación entre hombre y mujeres en acceso a beneficios sociales varios³⁷, reconocimiento de hijos extramatrimoniales³⁸.
- b) Discriminación en combinación con la prohibición de tratos inhumanos o degradantes: que incluye temas de violencia doméstica³⁹, discriminación y prostitución⁴⁰.

²⁶ TEDH, *Caso «Mitzinger» vs. Alemania*, Sentencia de 9 de febrero de 2017.

²⁷ TEDH, *Caso «Di Trizio» vs. Suiza*, Sentencia de 2 de febrero de 2016.

²⁸ TEDH, *Caso «Emel Boyzar» vs. Turquía*, Sentencia de 2 de diciembre de 2014.

²⁹ TEDH, *Caso «Unal Tekeli» vs. Turquía*, Sentencia de 16 de noviembre de 2004, y *Caso «Tuncer Gümes» vs. Turquía*, Sentencia de 3 de septiembre de 2013.

³⁰ TEDH, *Caso «Konstantin Markin» vs. Rusia*, Sentencia de 7 de octubre de 2010, y *Caso Hulea v. Rumanía*, Sentencia de 2 de octubre de 2012.

³¹ TEDH, *Caso «Genovese» vs. Malta*, Sentencia de 11 de octubre de 2011.

³² TEDH, *Caso «Burgahartz» vs. Suiza*, Sentencia de 22 de febrero de 1994, y *Caso «Lesonci Rose and Rose» vs. Suiza*, Sentencia de 9 de noviembre de 2010.

³³ TEDH, *Caso «V.» vs. Suiza*, Sentencia de 14 de octubre de 2010.

³⁴ TEDH, *Caso «Wagner y J. M.» vs. Luxemburgo*, Sentencia de 28 de junio de 2007, y *Caso Schewizbegel v. Suiza*, Sentencia de 10 de junio de 2010.

³⁵ TEDH, *Caso «Odièvre» vs. Francia*, Sentencia de 13 de febrero de 2003.

³⁶ TEDH, *Caso «Leary» vs. Reino Unido*, Sentencia de 25 de abril de 2000, *Caso «Sawden» vs. Reino Unido*, Sentencia de 26 de marzo de 2002, *Caso «Rice» vs. Reino Unido*, Sentencia de 10 de octubre de 2002, *Caso «Atkinson» vs. Reino Unido*, Sentencia de 8 de abril de 2003, *Caso «Owens» vs. Reino Unido*, Sentencia de 13 de enero de 2004.

³⁷ TEDH, *Caso «Petrovic» vs. Austria*, Sentencia de 27 de marzo de 1998.

³⁸ TEDH, *Caso «Marckx» vs. Bélgica*, Sentencia de 13 de junio de 1979.

³⁹ TEDH, *Caso «Opuz» vs. Turquía*, Sentencia de 9 de junio de 2009 y TEDH, *Caso «Eremia y otros» vs. República de Moldavia*, Sentencia de 28 de mayo de 2013, TEDH, *Caso «Rumer» vs. Italia*, Sentencia de 27 de mayo de 2014, y TEDH, *Caso «M. G.» vs. Turquía*, Sentencia de 22 de marzo de 2016.

⁴⁰ TEDH, *Caso «B. S.» vs. España*, Sentencia de 24 de julio de 2012.

- c) Discriminación en combinación con la prohibición de esclavitud y trabajos forzados: con temas como la participación en jurados⁴¹ o los servicios de bomberos voluntarios⁴².
- d) Discriminación en el acceso a un juicio justo: con temas de conciliación laboral⁴³, impugnación de paternidad⁴⁴, trámites pensionarios⁴⁵ o de impugnación de paternidad⁴⁶.
- e) Discriminación y derecho a un recurso efectivo: con casos de permiso de residencia para matrimonios de nacionalidad mixta⁴⁷.
- f) Discriminación y derecho a la libertad y seguridad, en el ámbito penitenciario⁴⁸.
- g) Discriminación en relación al derecho a la propiedad: con temas referidos a derechos pensionarios que discriminan a los hombres en relación a las mujeres⁴⁹, pagos sociales que discriminan a las mujeres⁵⁰, pensiones de viudez⁵¹, destacando en este apartado el caso J. M. v. Reino Unido primero de los que incluye la cuestión de la identidad sexual⁵².

De estos casos se recibe desde Estrasburgo la visión de un tribunal con una lectura conservadora del derecho a la igualdad, que mantiene una visión paternalista respecto a los problemas que la discriminación por razón de sexo plantean en los sistemas jurídicos de los países miembros del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La doctrina crítica que la jurisprudencia del Tribunal ha tenido poco impacto para luchar contra la

⁴¹ TEDH, *Caso «Zard Adami» vs. Malta*, Sentencia de 20 de junio de 2006.

⁴² TEDH, *Caso «Karlheinz Schmidt» vs. Alemania*, Sentencia de 18 de julio de 1994.

⁴³ TEDH, *Caso «García Mateos» vs. España*, Sentencia de 19 de febrero de 2013.

⁴⁴ TEDH, *Caso «Mizzi» vs. Malta*, Sentencia de 12 de enero de 2012.

⁴⁵ TEDH, *Caso «Schuler-Zgraggen» vs. Suiza*, Sentencia de 24 de junio de 1993.

⁴⁶ TEDH, *Caso «Rasmussen» vs. Dinamarca*, Sentencia de 28 de noviembre de 1984.

⁴⁷ TEDH, *Caso «Abdulasiz, Cabales y Balkandali» vs. Reino Unido*, Sentencia de 28 de mayo de 1985.

⁴⁸ TEDH, *Caso «Khamtoklin y Aksenchik» vs. Rusia*, Sentencia de 24 de enero de 2017.

⁴⁹ TEDH, *Caso «Andrle» vs. República Checa*, Sentencia de 17 de febrero de 2011, *Caso Pearson v. Reino Unido*, Sentencia de 22 de agosto de 2006, *Caso «Zeman» vs. Austria*, Sentencia de 29 de junio de 2006, o *Caso Michael «Matthews» vs. Reino Unido*, Sentencia de 15 de julio de 2002.

⁵⁰ TEDH, *Caso «Stec y otros» vs. Reino Unido*, Sentencia de 12 de abril de 2006, *Caso «Muñoz Díaz» vs. España*, Sentencia de 8 de diciembre de 2009.

⁵¹ TEDH, *Caso «Willis» vs. Reino Unido*, Sentencia de 11 de junio de 2002, *Caso Wesels-Bergervoet vs. Holanda*, Sentencia de 4 de junio de 2002, TEDH, *Caso «Downie» vs. Reino Unido*, Sentencia de 21 de mayo de 2002.

⁵² TEDH, *Caso «J. M.» vs. Reino Unido*, Sentencia de 28 de septiembre de 2010.

discriminación en los estados miembros⁵³. La jurisprudencia del TEDH no parece haber cambiado su enfoque respecto a la protección de la igualdad, así parece oportuno recordar que la palabra género no aparece en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y en ese contexto regional tampoco hubo intención de incluirla en el más reciente Proyecto de Constitución para Europa de 2004, en donde se mantienen las referencias a la «igualdad entre hombres y mujeres», «igual tratamiento entre mujeres y hombres», «no discriminación por razón de sexo»⁵⁴. En ese sentido debe resultar de relevancia el caso *J. M. vs. Reino Unido* referido a una madre divorciada que después de iniciar convivencia extramatrimonial con otra mujer se encuentra con que debe mantener los pagos económicos para los hijos fruto de su matrimonio, porque las leyes británicas no eximen de ese pago cuando se inicia convivencia del mismo sexo. El TEDH atiende la petición pero la sustenta en la protección del Protocolo 1 al CEDH, «protección del derecho de propiedad», pero se abstiene de incluir referencia alguna al art. 8 del Convenio que protege la vida familiar. Sabe que si lo hace entraría en un terreno que la jurisprudencia constante del TEDH ha colocado bajo la protección del margen de apreciación del Estado.

De manera que en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres, podemos llegar a la conclusión de que para el alto tribunal de Estrasburgo los problemas de igualdad de género en 2017 conservan una esencial coincidencia con los problemas de igualdad de género de los años ochenta y noventa; atendiendo a esa línea constante de su propia jurisprudencia, género y sexo resultan sinónimos, y no se percibe que la perspectiva de género tal y como la reivindican los estudios desde las ciencias sociales, haya impactado en el tipo de casos que llegan al tribunal con sustento en reclamaciones de igualdad de trato.

Veamos a continuación si esa misma línea de trabajo se puede constatar en los otros dos órganos de control de tratados que tienen directa relación con la discriminación y la protección de la igualdad de trato entre hombres y mujeres: el Comité de Derechos Humanos que controla el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y el Comité de la CEDAW que controla la aplicación de la Convención para la eliminación de todo tipo de discriminación contra

⁵³ Ivana RADACIC, «Gender Equality Jurisprudence of the European Court of Human Rights», en *The European Journal of International Law*. Vol. 19. No. 4, 2008, pp. 841-857.

⁵⁴ Para más detalle puede verse, Susan MILLNS, «Gender Equality, Citizenship and the EU's Constitutional Future», en *European Law Journal*. Vol. 13. No. 2, 2008, pp. 218-237.

la mujer. El Comité de Derechos Humanos ha estudiado derecho a la igualdad desde una gran variedad y tipología de casos: problemas lingüísticos⁵⁵, a conflictos territoriales que afectan a comunidades indígenas⁵⁶, o minoritarias en un territorio⁵⁷, o a un individuo en concreto violentado en el ejercicio de sus derechos fundamentales⁵⁸, o discriminaciones en los derechos de guarda y custodia de los hijos en caso de divorcio⁵⁹, casos todos ellos en los que el Comité con cierta timidez avanza hacia una concepción del derecho a la igualdad como principio inspirador y orientador del sistema jurídico.

Los casos referidos a discriminación por razón de sexo estudiados por el Comité de Derechos Humanos, a diferencia de los casos que llegan al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, presentan una tipología más reducida y guardan relación con fases tempranas o incipientes de desarrollo del principio de igualdad en las normas de los países parte. No olvidemos que llegan al Comité de Derechos Humanos muchos casos contra estados que no forman parte de un sistema regional de protección de los derechos humanos, de ahí que aparezcan numerosos casos referidos a la desigualdad en la ley⁶⁰, y también a casos referidos a la vida privada y familiar⁶¹. En el trabajo del

⁵⁵ Como el de quienes se sienten discriminados en territorio francés por causa de no poder hacer uso del bretón como idioma válido para los trámites oficiales ante los tribunales o la administración en Francia. COMITÉ DH, Comunicación núm. 220/1987 de 8 de noviembre de 1989, y también sobre este tema la COMITÉ DH, Comunicación núm. 219/1986 de 25 de julio de 1990.

⁵⁶ COMITÉ DH, Comunicación núm. 318/1988 de 25 de julio de 1990 referida a la presunta denegación de la libre determinación de un grupo étnico de habla inglesa pero residentes en un archipiélago bajo soberanía colombiana. O también COMITÉ DH, Comunicación núm. 197/1985 que estudió el derecho de un antiguo miembro de la comunidad sami a reintegrarse a su comunidad y dedicarse a la cría de renos en Laponia, práctica limitada por las autoridades suecas.

⁵⁷ COMITÉ DH, Comunicación núm. 208/1986 de 9 de noviembre de 1990 relativa a los derechos de libertad religiosa de un miembro de la comunidad sij que desea hacer uso de su tradicional turbante contraviniendo con ello las normas canadienses de seguridad e higiene en el trabajo.

⁵⁸ COMITÉ DH, Comunicación núm. 195/1985 de 12 de julio de 1990 referido a un profesor de religión de Bogotá que fue depuesto de su cargo y terminó solicitando asilo político en Francia.

⁵⁹ COMITÉ DH, Comunicación núm. 201/1985 de 27 de julio de 1983 en la que se admite un trato discriminatorio al asignarle la custodia del hijo común a la madre en caso de divorcio. TEDH, Caso «J. M.» vs. Reino Unido, Sentencia de 28 de septiembre de 2010.

⁶⁰ Ver: COMITÉ DH, Caso «Zwaan-de Vries» vs. Holanda, 182/1994, COMITÉ DH, Caso «Broeks» vs. Holanda, 172/1984, o COMITÉ DH, Caso «Jacobs» vs. Bélgica, 943/2000.

⁶¹ Ver: COMITÉ DH, Caso «Aumezuddy-Cziffra y otras» vs. Islas Mauricio, 35/1978, COMITÉ DH, Caso «Pepls v. Holanda», 484/1991, COMITÉ DH, Caso «Müller y Engelhard» vs. Namibia, 919/2000, COMITÉ DH, Caso «Joslin y otras» vs. Nueva Zelanda, 902/1999, entre otros.

Comité de Derechos Humanos los términos de búsqueda reenvían por tanto a la discriminación por razón de sexo, aunque también es posible encontrar algunos casos en los que este órgano de control aplica el tratado para atender casos de discriminación por razón de identidad sexual⁶², o casos de discriminación por causa de orientación sexual⁶³ siempre controvertidos puesto que no es pacífica la doctrina a la hora de aceptar que dentro de las causales abiertas de discriminación que menciona el art. 26 del Pacto se deba incluir la discriminación por razón de orientación sexual⁶⁴.

En ese sentido, dada la controversia que puede derivar de la interpretación del tratado, es importante destacar las aportaciones que el Comité de Derechos Humanos ha dado a los estados en la Observación General núm. 28⁶⁵ y que en su apartado 5 les recuerda la importancia de atender al objeto del tratado y garantizar su efecto útil:

La desigualdad que padecen las mujeres en el mundo en el disfrute de sus derechos está profundamente arraigada en la tradición, la historia y la cultura, incluso en las actitudes religiosas. El papel subordinado que tiene la mujer en algunos países queda de manifiesto por la elevada incidencia de selección prenatal por el sexo del feto y el aborto de fetos de sexo femenino. Los Estados Partes deben cerciorarse de que no

⁶² COMITÉ DH, Caso «Joslin y otros» vs. Nueva Zelanda, 902/1999, y COMITÉ DH, Caso «Fedotova» vs. Rusia, 1932/2010.

⁶³ Uno de los más antiguos y curiosos es el caso (COMITÉ DH, Caso «Fuenzalida» vs. Ecuador 480/1991), que trae sus hechos de la acusación y juicio por violación de un joven peluquero homosexual que no encontró en el sistema jurídico interno herramientas legales de protección, por lo que parece que más bien el caso llega al Comité de Derechos Humanos para atender las lagunas y carencias del sistema jurídico ecuatoriano de aquellos años, y no como anticipo de los casos que reivindican derechos de la comunidad LGBTI. Junto a él encontramos en fecha más reciente: COMITÉ DH, Caso «Toonen» vs. Australia, 488/1992, y el controvertido caso (COMITÉ DH, Caso «X» vs. Colombia, 1361/2005), que analiza si de una convivencia homosexual pueden derivar derechos pensionarios.

⁶⁴ Y lo cierto es que muchos de los casos de discriminación por razón de identidad de género terminan reconducidos a temas de prohibición de trato inhumano o degradante, derecho a la vida privada o familiar, propiedad privada y en general, no discriminación como causal abierta, “cualquier otra condición social”, tal y como se recoge en el art. 26 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos.

⁶⁵ COMITÉ DH, Comentarios Generales, Artículo 3.- La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 68º período de sesiones, Naciones Unidas, HRI/GEN/1/Rev.7 at 207, 2000. El valor doctrinal que tienen las Observaciones generales es enorme, pues muchas veces guían el paso para el futuro desarrollo legislativo en sede nacional respecto al contenido que debe darse a un concreto derecho recogido en el Convenio o Pacto, de ahí que siempre sea conveniente saber en qué términos promociona el Comité de control al tratado del cual es promotor y garante.

se utilicen las actitudes tradicionales, históricas, religiosas o culturales como pretexto para justificar la vulneración del derecho de la mujer a la igualdad ante la ley y al disfrute en condiciones de igualdad de todos los derechos previstos en el Pacto. Los Estados Partes deberán presentar información adecuada acerca de aquellos aspectos de la tradición, la historia, las prácticas culturales y las actitudes religiosas que comprometan o puedan comprometer el cumplimiento del artículo 3 e indicar qué medidas han adoptado o se proponen adoptar para rectificar la situación.

El género solo aparece mencionado una vez en ese documento en su versión oficial en español, y lo hace en referencia al concepto de violencia de género⁶⁶.

Pero sin lugar a dudas, si debemos analizar la jurisprudencia de un órgano de control de tratados de derechos humanos que analice la igualdad entre hombre y mujer, ese es el Comité que controla el cumplimiento de la Convención para la eliminación de la discriminación contra la mujer. Este Comité está operativo desde una fecha más bien reciente, ya que la CEDAW inicialmente no establecía ningún mecanismo de control y sanción para los países incumplidores de sus disposiciones cuando entró en vigor⁶⁷. Será en 1999 cuando se prepare un Protocolo Facultativo que completando las disposiciones convencionales establece la posibilidad de que las víctimas, que no han recibido efectiva protección en el ordenamiento interno de un estado miembro de la CEDAW, puedan presentar una queja individual ante este sistema de control internacional que forma parte de los sistemas convencionales de protección administrados por Naciones Unidas⁶⁸.

⁶⁶ COMITÉ DH, «Observación General núm. 28», Comentarios Generales:

Apartado 8: «La mujer está en situación particularmente vulnerable en tiempos de conflicto armado interno o internacional. Los Estados Partes deberán informar al Comité de todas las medidas adoptadas en situaciones de esa índole para proteger a la mujer de la violación, el secuestro u otras formas de violencia basada en el género».

⁶⁷ Algo muy frecuente en el derecho internacional donde la capacidad de control y supervisión internacional debe estar en sintonía y equilibrio con el principio de soberanía del estado, de modo que solo por razones de máxima importancia o urgencia pueda acudir de modo subsidiario al sistema internacional ante la ausencia de protección en el orden interno.

⁶⁸ Desde entonces 107 estados de los 187 que son parte de la Convención han ratificado el Protocolo facultativo (Perú lo ha hecho en 2001), de modo tal que pueden ser denunciados ante el sistema. Consecuencia de esa denuncia será una investigación y un proceso desde el Comité sobre el ordenamiento interno y su sistema de protección a los derechos recogidos en la Convención, y cuando se verifique una incoherencia entre la norma interna y los estándares internacionales se recomendará al estado subsanarla de modo más adecuado y efectivo.

Los temas de trabajo de la CEDAW han sido esencialmente los relativos a la situación de la mujer: violencia doméstica, discriminación laboral, familia y matrimonio, estado civil, rapto, violación, derechos reproductivos, discriminación por razón de sexo y género, abuso sexual, orientación sexual y violencia sexual. Así en el caso «Dung Thi Thuy Nguyen» vs. Holanda, la víctima argumenta haber sido discriminada porque los beneficios o compensación económica que ha recibido durante su licencia por maternidad, no han llegado al nivel regular de ingresos que la demandante tiene⁶⁹. En el caso «Cristina Muñoz-Vargas y Sainz de Vicuña» vs. España la víctima denuncia haber sufrido una discriminación por razón de sexo dado que el estado le ha denegado el derecho a suceder el título nobiliario de su padre como hijo primogénito bajo el argumento de que es una mujer⁷⁰. Y en caso «Constance R. Salgado» vs. Reino Unido la víctima alega haber sufrido discriminación por razón de sexo al no haber podido pasar su nacionalidad británica a su hijo, nacido en Colombia, porque las leyes disponen que la nacionalidad se transmita por vía paterna y no materna⁷¹.

La CEDAW es un tratado destinado a la erradicación de la discriminación contra la mujer, centrado por tanto en la discriminación por motivos de sexo, lo que no impide que esas causales de discriminación contra la mujer puedan recibir del enfoque de género una valiosa aportación siempre sea entendido como parámetro que ayuda a entender las causas sociales, culturales, históricas o religiosas que están detrás de la desigualdad de trato a las mujeres. Porque la CEDAW no utiliza el concepto deconstructivista de género como se puede concluir de la lectura de su Recomendación N° 28 donde expresamente define el término género para señalar que: «Se refiere a

⁶⁹ La Sra. Nguyen argumenta que con base en la CEDAW surge el deber para el Estado de asegurar a las mujeres que no se encontrarán en situación de desventaja por causa del embarazo. El comité consideró admisible la petición pues los beneficios sociales por maternidad fueron recibidos después de que el protocolo facultativo entrase en vigor y los recursos en el orden interno fueron agotados. No obstante, no se encontró violación de la Convención. El Comité señaló que la CEDAW no protege a las mujeres embarazadas de su pérdida relativa de ingresos porque queda en el margen de discrecionalidad del estado establecer el sistema de beneficios por maternidad. COMITÉ CEDAW/C/36/D/3/2004. Disponible en: <goo.gl/VEPiQy>.

⁷⁰ El Comité señaló la inadmisibilidad de esta denuncia. Primero porque la violación se produjo antes de que el Estado ratificase la Convención, y segundo porque es una opinión de los miembros del comité que no hay en los títulos nobiliarios una cuestión de derechos humanos dado su naturaleza puramente simbólica. COMITÉ CEDAW/C/39/D/7/2005. Disponible en: <goo.gl/NsLU27>.

⁷¹ La petición fue declarada inadmisibile porque los hechos son anteriores a la entrada en vigor del Protocolo opcional y además, la Sra. Salgado no agotó los recursos que brinda el ordenamiento interno. COMITÉ CEDAW /C/37/D/11/2006. Disponible en: <goo.gl/kWwkQa>.

las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que la sociedad atribuye a esas diferencias biológicas, lo que da lugar a relaciones jerárquicas entre hombres y mujeres y a la distribución de facultades y derechos en favor del hombre y en detrimento de la mujer. El lugar que la mujer y el hombre ocupan en la sociedad depende de factores políticos, económicos, culturales, sociales, religiosos, ideológicos y ambientales que la cultura, la sociedad y la comunidad pueden cambiar. La aplicación de la Convención a la discriminación por motivos de género se pone de manifiesto en la definición de discriminación contenida en el artículo 1. Esta definición señala que cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga por objeto o por resultado reducir o anular el reconocimiento, el disfrute o el ejercicio por las mujeres de sus derechos humanos y libertades fundamentales constituye discriminación, incluso cuando no sea en forma intencional». Es decir, que nuevamente también para la CEDAW género puede ser leído como sinónimo de sexo.

164

El periplo por los principales sistemas de protección de derechos humanos no podía culminar sin revisar la postura del sistema interamericano de protección de los derechos humanos (en adelante, SIDH) sobre esta cuestión. Una de las grandes virtudes del sistema americano y que lo distingue de forma clara frente al sistema europeo, deriva de la función consultiva, recogida en el artículo 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que permite a la Corte, siempre a petición de un Estado parte, ofrecer una interpretación auténtica de la Convención o de otros instrumentos internacionales, o bien, ofrecer una opinión sobre la adecuación o no de algún aspecto de la legislación nacional con lo dispuesto en los instrumentos internacionales⁷². Y de entre todas las opiniones consultivas que la Corte IDH ha aprobado hasta la fecha, interesan especialmente dos por lo que ofrecen herramientas de interpretación del derecho a la igualdad dentro del SIDH.

En la Opinión Consultiva (OC-4/84) la Corte IDH estudia si la reforma constitucional propuesta en Costa Rica violenta el contenido del art. 24 de la Convención Americana o no, y ello en varios puntos, siendo el más

⁷² Héctor FAÚNDEZ LEDESMA, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, San José, Instituto Interamericano de los Derechos Humanos, 2004, pp. 989 y ss.; José Carlos REMOTTI CARBONELL, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estructura, funcionamiento y jurisprudencia*, Barcelona, Instituto Europeo de Derecho, 2003, p. 26.

interesante el que afecta a la estipulación de condiciones preferentes para la naturalización por causa de matrimonio a favor de uno solo de los cónyuges. La diferencia de trato que recibe la mujer en este supuesto enlaza con la tradicional consideración masculina de la *potestas* familiar y con las discriminaciones que por razón de sexo se han mantenido en la legislación interna de los Estados hasta fechas recientes. La opinión de la Corte Interamericana, en este caso, coincide con la tendencia jurisprudencial y doctrinal del momento muy a favor de reconocer la capacidad de la mujer y promover la igualdad de sexos, al mismo tiempo que deriva el concepto de igualdad de la dignidad esencial de la persona humana justificando la diferencia de trato cuando existan razones fundadas para ello, siempre centrando su análisis en el caso sin pretender mayores consecuencias jurídicas.

La siguiente vez que la Corte IDH tuvo a la igualdad sometida al escrutinio de una opinión consultiva que debía emanar lecciones de interpretación de la Convención para todos los estados miembros no perdió la oportunidad, así en el párrafo 83 de la Opinión Consultiva (OC-18/03) dice la Corte que: «La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos». De modo que llega así a concluirse el carácter fundamental del principio de igualdad y no discriminación convertido en norma de *ius cogens*.

La jurisprudencia de la Corte IDH, más que la de ningún otro órgano de control de tratados de los antes mencionados, demuestra la naturaleza múltiple de las lesiones que genera la discriminación por razón de sexo. Y en ese sentido la jurisprudencia que emana de la Corte IDH trabaja con un concepto de género que cruza información desde la perspectiva social, política, cultural, etc, que sufre la mujer⁷³. Y así las sentencias de la Corte IDH aparecen nutridas de referencias a otros derechos que activan la protección combinada de la igualdad junto a la integridad física en

⁷³ Eso que parece una virtud del Sistema Interamericano de Derechos Humanos es en realidad una consecuencia práctica de su precario sistema de trabajo, siempre falto de recursos económicos que le obliga a priorizar los casos para atender a los de mayor gravedad y en ellos colocar todos los niveles de protección de derechos que sea posible. De ese modo maximiza sus recursos y saca mayor beneficio a las Sentencias que no solo reparan la lesión en el caso concreto sino que también desempeñan una función de promoción y pedagogía de los derechos humanos en la región.

casos de violencia sexual⁷⁴, a la integridad física⁷⁵, a la condición indígena⁷⁶, demostrando de ese modo que insertar una lectura de género, entendido como factor social que ayuda a entender las diferencias entre los dos géneros, resultar eficaz como medio de protección contra la discriminación por razón de sexo.

Pero también la perspectiva de género en su visión de deconstrucción social ha ingresado a la jurisprudencia del SIDH de la mano del controvertido caso «Atala Riffo y niñas» vs. Chile, relacionado con el proceso de custodia o tuición que fue interpuesto ante los tribunales chilenos por el padre de las niñas en contra de la señora Karen Atala Riffo por considerar que su orientación sexual y su convivencia con una pareja del mismo sexo producirían un daño a las tres niñas. La Corte IDH tuvo que resolver la responsabilidad internacional del Estado por el alegado trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría sufrido la señora Atala debido a su orientación sexual en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas⁷⁷.

⁷⁴ Ver: CORTE IDH, Caso «Fernández Ortega y otros» vs. México, (*Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*), Sentencia de 30 de agosto de 2010 y CORTE IDH, Caso «Rosendo Cantú y otra» vs. México, (*Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*), Sentencia de 31 de agosto de 2010.

⁷⁵ CORTE IDH, Caso «Veliz Franco y otros» vs. Guatemala, (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*), Sentencia de 19 de mayo de 2014.

⁷⁶ CORTE IDH, Caso «Masacre Plan de Sánchez» vs. Guatemala, (*Reparaciones*), Sentencia 19 de noviembre de 2004 y CORTE IDH, Caso «González y otras (Campo Algodonero)» vs. México, (*Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*), Sentencia de 16 de noviembre de 2009. La CORTE IDH recuerda, que la violencia contra la mujer no solo constituye una violación de los derechos humanos, sino que es «una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres», que «trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases»; que en los casos de violación sexual contra mujeres indígenas, el dolor y la humillación se agrava por su condición de indígenas debido al desconocimiento del idioma de sus agresores y de las demás autoridades intervinientes y por el repudio de su comunidad como consecuencia de los hechos.

⁷⁷ La CORTE IDH concluyó que si bien la Sentencia de la Corte Suprema y la decisión de tuición provisoria pretendían la protección del interés superior de las niñas, no se probó que la motivación esgrimida en las decisiones fuera adecuada para alcanzar dicho fin, dado que la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarrica no comprobaron en el caso concreto que la convivencia de la señora Atala con su pareja afectó de manera negativa el interés superior de las menores de edad y, por el contrario, utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión, por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio en contra de la señora Atala que viola la Convención Americana. Además, el trato discriminatorio en contra de la madre tuvo repercusión en las niñas, pues fue el fundamento para decidir que ellas no continuarían viviendo con ella. De manera que dicha decisión irradió sus efectos al ser ellas separadas de su madre como consecuencia

El caso Atala alcanzó un gran impacto mediático como no podía ser de otro modo, por lo que puede resultar de interés detenernos brevemente en el itinerario procesal que lo llevó hasta la Corte IDH. La señora Karen Atala Riffo designó como sus representantes ante el SIDH a Macarena Sáez de la organización «Libertades Públicas A.G.», a Helena Olea de la «Corporación Humanas, Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género», y a Jorge Contesse del «Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales». El Tribunal recibió 32 escritos en calidad de *amicus curiae*, entre ellos de Natalia Gherardi, Directora Ejecutiva del Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, de Suzanne B. Goldberg y Michael Kavey, Abogados de la «Sexuality & Gender Law Clinic» de la Universidad de Columbia, y del Área de Derechos Sexuales y Reproductivos del Programa de Derecho a la Salud de la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas entre otros. Ya dentro del proceso, Allison Jernow, perito propuesta por la Comisión, Abogada de la Comisión Internacional de Juristas y encargada del proyecto sobre orientación sexual e identidad de género, rindió dictamen sobre el uso de la orientación sexual como un factor en las decisiones judiciales de custodia, a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos en materia de igualdad, no discriminación y vida privada y familiar, y la relación entre los estándares del derecho internacional de los derechos humanos y los temas de custodia en el caso Atala.

IV. Reflexiones finales

El objeto de este trabajo era comprobar si podía tener consecuencias en el plano jurídico la sustitución que desde las ciencias sociales se había hecho de los términos sexo por género. El método de estudio se ha sustentado en una hipótesis, la de suponer la existencia de dificultades técnicas para trasladar los efectos del estudio social al campo del derecho, dadas las características propias que el derecho tiene como ciencia: especialmente la necesidad de atender a criterios de argumentación que resuelvan los problemas de la aplicación de la norma en el caso concreto. Para validar la hipótesis de trabajo se iba a utilizar el sistema de tratados de derechos humanos, por su grado de generalidad y porque cuentan con una nutrida base jurisprudencial sobre la que hacer el estudio. La pregunta era si, a nivel de los órganos de control de

de la orientación sexual de la misma CORTE IDH, Caso «Atala Riffo y niñas» vs. Chile, (*Fondo, reparaciones y costas*), Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C. N° 239.

esos tratados se podía detectar algún cambio en la respuesta protectora del derecho a la igualdad al introducir la variable «perspectiva de género» en su trabajo de solución de casos concretos.

Como partida quedó establecido que dos eran los posibles conceptos de género, un concepto de consenso que enlaza con los significados sociales que se confieren a las diferencias biológicas entre los sexos y con concepto radical que habla de la construcción de un nuevo de identidad de género. Los tratados de derechos humanos con relevancia en la materia nacieron todos ellos en un tiempo en que la segunda versión de género no había hecho acto de presencia en la escena académica, por lo que su objeto de protección era el género entendido como sexo. De ahí que cuando el género ha comenzado a producir nuevos enfoques y perspectivas, los órganos de control de esos tratados han salido a dar alcances sobre el significado de género que se utiliza en esa sede internacional. Así encontramos la aclaración en el documento final de Beijing, las observaciones y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos y del Comité de la CEDAW, las aclaraciones sobre el concepto género en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, entre otros, y en todos ellos género aparece como sinónimo de sexo y el enfoque de género enlaza a la versión de consenso.

168

Pero también hemos visto en estas últimas décadas, como aumentaba el número de casos que, con base en la pretensión de protección del derecho a la igualdad planteaban casos sobre discriminación por razón de orientación sexual o casos de identidad de género ante los órganos de control de tratados que habían surgido fundamentalmente para luchar contra la discriminación hacia la mujer. En ese sentido puede resultar sumamente ilustrativa la lectura de los principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. Un documento de intenciones aprobado en 2006 que contiene una guía de acción para lograr activar ante los estados una adecuada protección de los derechos humanos del colectivo LGBTI. Pero una cuestión debería quedar clara a la hora de activar la aplicación de tratados de derechos humanos para defensa de derechos de este colectivo, y es que con ello no se desvirtúe el objeto de protección del tratado. Hemos de recordar que un tratado nace con un objeto que debe ser concretado en su vida útil, siendo la interpretación afín con dicho objeto de protección. Cuando se cambia el objeto de protección caemos en el riesgo de desatender a los sujetos destinatarios principales de dicho instrumento internacional.

El objeto de protección de las normas internacionales que luchan contra la discriminación por razón de género es la mujer. Ampliar el objeto de protección de tratados como la CEDAW o la Convención de Belém do Pará no solo significa tergiversar el objeto del tratado incumpliendo con ello las reglas del derecho internacional, sino que tiene como consecuencia dar la impresión de que se haya culminado la tarea para la que el tratado fue dado, siendo descuidados entonces los graves casos de desigualdad contra la mujer que todavía se viven en muchas partes del mundo.

Un segundo nivel de conclusiones llegan de la mano del concepto género y su controvertida derivación, la ideología de género. Si se pudo concluir la dificultad de establecer una definición de consenso y las luchas que dentro de las ciencias sociales produce el concepto, se puede comprender la importancia de rechazar desde el plano jurídico la inclusión de un concepto con tanta carga subjetiva. El género entendido como factor de construcción social se presenta casi como un ideal, como un valor cargado de elementos subjetivos y por tanto relativos. Es decir, se presenta casi como un elemento de la moral social y no podemos caer en el error de reinsertar la moral dentro de la construcción normativa. La perspectiva de género ha alcanzado el nivel de «retórica» y con ello se ha convertido en un elemento de propaganda de una nueva fe. Como tal debe aceptar el ejercicio libre de sus fieles, la conversión, la indiferencia hacia ella y por supuesto, no debe imponerse a quienes decidan libremente tener otras ideas.