

PROPUESTA MODELO DE INCORPORACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LAS SENTENCIAS



**Comisión Permanente de Género y Acceso a la Justicia
Cumbre Judicial Iberoamericana**

El presente Modelo de Incorporación de la Perspectiva de Género en las Sentencias ha sido elaborado tomando como base el excelente trabajo realizado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Mexicana, que en el año 2013 publicó el *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, Haciendo Realidad el Derecho a la Igualdad*. La Comisión Permanente de Género y Acceso a la Justicia de la Cumbre Judicial Iberoamericana considera que el aporte realizado por la Suprema Corte de Justicia de México es un punto de partida para el desarrollo de un Modelo como el que se presenta, que permitirá a las personas juzgadoras de Iberoamérica, seguir unos pasos concretos que le orienten sobre las necesidades de identificar normativa, conceptos, pruebas y hechos, así como sus propios procesos de construcción de su identidad, que puedan generar una decisión judicial permeada por la discriminación, generando consecuencias negativas para el derecho a la igualdad de los seres humanos.

Protocolo que “surge del trabajo y experiencia de quienes integran y han integrado el Programa Equidad de Género en la Suprema Corte de la Nación – ahora denominado Unidad de igualdad de Género- desde su instauración, en 2008, a la fecha”¹.

Introducción

Esta herramienta le permitirá, de forma puntal, reconocer la necesidad de incorporar la perspectiva de género en el quehacer judicial, responder a las obligaciones adquiridas a nivel internacional con la ratificación de diversos instrumentos, convenciones y tratados, y realizar un autoexamen sobre los roles, prejuicios y estereotipos que se pueden tener frente a un caso determinado y que puedan perpetuar la discriminación y la violencia contra la mujer.

En vista de que el *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, Haciendo Realidad el Derecho a la Igualdad* es un documento completo y extenso, la Comisión Permanente ha querido simplificar en este documento los pasos a seguir para conseguir sentencias regionales que incorporen la perspectiva de género y los derechos humanos.

Es importante mencionar que también se usó como referencias otros documentos e análisis realizados por otros Poderes Judiciales de la Región e instituciones y organizaciones dedicados a esta tarea, que serán correctamente mencionados cuando así corresponda.

Para la Comisión Permanente de Género y Acceso a la Justicia es un privilegio poner esta herramienta al servicio de los operadores de justicia de Iberoamérica, como uno de los primeros productos que dan fruto desde su confirmación en noviembre del año 2014.

Introducción

MARCO JURÍDICO

El progresivo desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, que se dio como resultado de las atrocidades acontecidas en la segunda guerra mundial, produjo la promulgación de declaraciones, convenciones y tratados que vinieron a normativizar los derechos humanos, y que hoy se conoce como el Sistema de Protección de los Derechos Humanos. A su vez, se inician esfuerzos para el establecimiento de mecanismo judiciales efectivos para alcanzar la vigencia de estos derechos.

En el ámbito del derecho internacional los Estados, al ratificar tratados y convenciones, se encuentran jurídicamente obligados a cumplirlos y a responder ante la comunidad internacional por su incumplimiento. Para ello, a nivel nacional se ha requerido que las constituciones establezcan esa exigibilidad, el valor que tendrán dentro de la normativa nacional, y la forma como deberá armonizarse esa legislación internacional con la doméstica.

Dicha característica del derecho internacional crea una relación dialéctica con el derecho interno. Este último debe aplicar los compromisos internacionales adquiridos por los Estados a través de medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole que sean necesarias y eficaces para garantizar su cumplimiento. Por su parte, el derecho internacional, a través de distintas técnicas fiscaliza el accionar estatal con relación a las obligaciones internacionales. Si esta premisa es cierta con el derecho internacional en general, lo es especialmente en materia de protección de derechos humanos, donde los tratados no sólo incluyen un catálogo de derechos y garantías, sino que implican para el Estado obligaciones concretas acerca del modo en que se ejercen todas las atribuciones del poder.²

El sistema internacional de protección de los derechos humanos está dividido en dos: El Sistema Universal, que contempla todos los tratados y órganos creados en el marco de la Organización de Naciones Unidas (ONU), y el Sistema Regional, que se encuentra dividido en tres: el Sistema Interamericano, en el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA), el Sistema Europeo, en el marco del Consejo de Europa, y el Sistema Africano, en el marco de la Organización de la Unidad Africana.

Para las cuestiones que ocupan este modelo, se hará referencia al Sistema Universal y al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos:

1. Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) se constituye como la primera norma sustantiva que recoge, en 30 artículos, los derechos humanos y libertades fundamentales. A partir de este documento, se han desarrollado y precisado los principios básicos aquí concretados, a través de convenciones y tratados específicos para algunas poblaciones, así como para precisar el alcance de ciertos delitos, como lo son la trata de personas y genocidio, entre otros.

Para supervisar el cumplimiento de estas normas internacionales, la Organización de las Naciones Unidas creó el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, con el fin de vigilar el cumplimiento por parte de los Estados parte.

El Sistema Universal cuenta con dos mecanismos de protección: el mecanismo convencional y el mecanismo extraconvencional. El convencional es el que encuentra su fundamento en los tratados internacionales de derechos humanos, quienes tienen establecido como se llevará a cabo la protección de los derechos que consagran.

Estos órganos convencionales tienen su competencia y alcance establecido dentro de los tratados, y dentro de ellos se encuentra:

- Comité de Derechos Humanos
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- Comité contra la Tortura
- Comité de Derechos del Niño
- Comité para la Eliminación Racial
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer
- Comité para la Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares

Por su parte, los mecanismos extraconvencionales son los que tienen relación directa con la protección de los derechos humanos consagrados dentro del Sistema Universal, pero que no se crearon en virtud de un determinado tratado. Entre estos se encuentra:

- Consejo de Derechos Humanos
- Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos
- Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
- Relatores especiales y grupos de trabajo

Los principales tratados y convenios internacionales en el marco del Sistema Universal son:

- Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966): El contenido de este tratado coincide con la mayoría de derechos consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, pero con carácter vinculante para los estados.

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966): Este tratado estipula la obligación, por parte de los Estados, de proteger los derechos sociales, reconociendo, entre otros, el derecho al trabajo, el derecho de asociación, el derecho a la seguridad social, protección a la familia, nivel de vida adecuado, salud, educación, entre otros.
- Convención para la Prevención y la Sanción del Genocidio (1948): Esta convención define y tipifica el delito del genocidio, cuando se cometa en tiempos de guerra o de paz.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965). Condena la segregación racial y el apartheid, obligando a los Estados a eliminar toda forma de discriminación racial.
- Convención sobre la eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer – CEDAW (1979). Adoptada con el fin de promover la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, llamando a los Estados a asegurar el desarrollo pleno de la mujer y promoviendo la adopción de las medidas especiales de carácter temporal para contribuir al alcance de la igualdad real.
- Convención sobre los Derechos del Niño (1989): Fue aprobada y ratificada por los Estados significando un cambio de paradigma en como se visualizaba a las personas menores de edad, pasando de ser objetos de intervención a sujetos de derecho.
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984): Establece la definición de tortura y comprende una serie de obligaciones para los Estados (legislativas, administrativas y judiciales), con el fin de impedir todo acto de tortura.
- Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias (1990): Se aprueba como consecuencia del fenómeno mundial de la migración, y el especial estado de vulnerabilidad de las personas migrantes cuando son trabajadoras.
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006): Cambia toda la visión del paradigma médico rehabilitador de las personas con discapacidad, pasando al paradigma social y de derechos humanos. Plantea una serie de apoyos y ayudas técnicas que los Estados deben cumplir a las personas con discapacidad para garantizar su igualdad.

2. Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

Con la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como el “Pacto de San José”, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en 1969 se da vida al sistema interamericano para proteger los derechos humanos del continente americano. Para ello, la Organización de Estados Americanos (OEA) instauró dos órganos especializados: a) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1959), quien tiene a su cargo la promoción y protección de los derechos, y su función principal es “promover la observancia y defensa de los derechos humanos en las Américas y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia”³; b) La Corte Interamericana de Derechos Humanos, es el órgano judicial del sistema, y tiene como objetivo aplicar e interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Puede conocer casos sobre violaciones individuales a los derechos humanos, y tienen también la potestad de dar opiniones consultivas sobre el alcance y contenido de los instrumentos del sistema interamericano.

Los principales tratados y convenios internacionales en el marco del Sistema Interamericano son:

- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969): Reconoce derechos básicos para todo ser humano, referidos a la vida, integridad física, salud, libertad de conciencia, religión y pensamiento, derechos relativos a la nacionalidad y el libre tránsito, derechos políticos, el derecho a la igualdad, entre otros.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” (1988): Reconoce derechos económicos sociales y culturales y obliga a los Estados parte a adoptar todas las medidas requeridas para progresivamente, lograr la efectividad de los mismos.
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985): Establece la obligación para los Estados de tipificar a nivel interno el delito de tortura, y permitir, en la legislación nacional, que el delito se encuentre dentro de aquellos en los que está permitida la tortura.

- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1944): Define la desaparición forzada y le da competencia tanto a la Comisión como a la Corte Interamericana para conocer estos delitos.
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Belém do Pará” (1994). Es el primer y único instrumento a nivel mundial en la materia. Establece que la violencia contra las mujeres constituye una violación a sus derechos humanos, como resultado de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres.
- Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999): Fue aprobada con el propósito de visibilizar y prevenir la discriminación contra esta población, y permitir la plena integración a la sociedad de las personas con discapacidad.

3. Obligaciones adquiridas en materia de derechos humanos de las mujeres

Las obligaciones adquiridas en el Sistema Universal en materia de derechos de las mujeres, se pueden ver priorizadas en la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). Fue adoptada por la Organización de las Naciones Unidas mediante la resolución 34/180 del 18 de diciembre de 1979, y entró en vigencia en septiembre de 1981.

Esta convención es el primer instrumento internacional que recoge el compromiso mundial para erradicar la discriminación contra la mujer, que confiere derechos a las mujeres frente al Estado, implicando obligaciones de éstos frente a las ciudadanas. Específicamente, las obligaciones se refieren a tomar medidas concretas que permitan enfrentar la discriminación, a través de la aprobación de leyes, políticas y proyectos que avancen en el ejercicio real de los derechos por parte de las mujeres.

La CEDAW establece la definición de la igualdad sustantiva y de la discriminación. Determina que la discriminación puede presentarse por cualquier distinción, exclusión o restricción y prohíbe los actos que tienen la intención de discriminar así como aquellos que, aunque no tuvieran la intención, el resultado de los mismos genera una discriminación⁴. Respecto a la igualdad sustantiva, la Recomendación General 25 del Comité de la CEDAW ha establecido que:

“Un enfoque jurídico o pragmático puramente formal, no es suficiente para lograr la igualdad de facto con el hombre, que el Comité interpreta como igualdad sustantiva. Además, la Convención requiere que la mujer tenga las mismas oportunidades desde un primer momento y que disponga de un entorno que le permita conseguir la igualdad de resultados. No es suficiente garantizar a la mujer un trato idéntico al del hombre. También debe tenerse en cuenta las diferencias biológicas que hay entre la mujer y el hombre y las diferencias que la sociedad y la cultura han creado. En ciertas circunstancias será necesario que hay un trato no idéntico de mujeres y hombres par equilibrar esas diferencias. El logro del objetivo de la igualdad sustantiva también exige una estrategia eficaz encaminada a corregir la representación insuficiente de la mujer y una redistribución de los recursos y el poder entre el hombre y la mujer.⁵”

Otro de los grandes aportes de la CEDAW es el establecimiento de las “medidas especiales de carácter temporal”, que deben ser utilizadas con el objetivo de superar situaciones de desigualdad, y que están consagradas en el artículo 4.⁶

Por su parte, en el sistema interamericano, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Belém do Pará” establece que la violencia contra las mujeres es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres. La convención también consagra que:

- La violencia contra las mujeres constituye una violación a sus derechos humanos y libertades fundamentales⁷;
- Define violencia contra la mujer: cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como privado (art. 1)
- Amplía la protección del estado al ámbito privado: violencia en la familia o unidad doméstica (entre otras manifestaciones, violación, maltrato, abuso sexual); sin dejar de reconocer la violencia que viven las mujeres en la comunidad (entre otras, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro, acoso sexual en centro de trabajo o educativo o establecimiento salud); perpetrada o tolerada por el **Estado** o sus agentes (art. 2)
- Interrelación entre discriminación y violencia de género: el derecho a una vida libre de violencia incluye el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación (art. 6)

Al ratificar la Convención CEDAW y la Convención Belem do Pará, los Estados se comprometieron a:

- “Velar por que las autoridades e instituciones se comporten de conformidad con las obligaciones de prevención, sanción y erradicación;
- Tomar las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;
- Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;
- Establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces;
- Asegurar, a través de los medios apropiados, la realización práctica del principio de igualdad del hombre y la de la mujer y garantizar, por conducto de los tribunales, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación; e

- Implementar de forma progresiva, medidas específicas e inclusive programas para:
 - Fomentar el conocimiento y la observancia de los derechos de las mujeres;
 - Promover la educación y capacitación de quienes aplican la ley, y,
 - Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres a fin de contrarrestar y eliminar prejuicios, costumbres y todo tipo de prácticas que se basen en premisas de inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitiman o exacerban la violencia”⁸.

4. Obligatoriedad de cumplir con el Control de Convencionalidad

Todas las obligaciones adquiridas con la Convención Americana, relativas a respetar y hacer respetar las normas de protección y asegurar la efectividad de los derechos, tienen carácter *erga omnes*⁹. Al respecto, las Corte Interamericana estableció que “[D]e estas obligaciones generales derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto del derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre”¹⁰.

Como se mencionaba al inicio de este capítulo, los Estados tienen como consecuencia de la adopción de los tratados y las convenciones, la obligación de tomar las medidas necesarias que permitan aplicar estas normas internacionales ratificadas. Es en esta obligación que toma cabal importancia el control de convencionalidad, mencionado por primera vez en el voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez, en el caso *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*, estableciendo que:

No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio —sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto— y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte Internacional.¹¹

Este punto de vista siguió siendo desarrollado por el juez García Ramírez en otros votos, y es hasta el sentencia Trabajadores Cesados del Congreso, Caso Aguado Alfaro y otros Vs. Perú, donde La Corte Interamericana desarrolla como tal el control de convencionalidad, al indicar:

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio*, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones.¹²

MARCO CONCEPTUAL

En este apartado, se reproducen los conceptos de igualdad y no discriminación planteados en el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género. 13.

Igualdad y no discriminación

“La noción de igualdad [...] es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerar inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se le reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad.”¹⁴

- **Igualdad**

Tiene connotación positiva en tanto trata de garantizar que todas las personas sean iguales en el goce y ejercicio de los derechos



- **No discriminación**

Tiene un sentido negativo debido a que supone la necesidad de que las personas no sean sujetas a distinciones arbitrarias e injustas

Corte IDH ha vinculado estos dos conceptos a un principio que tiene valor jurídico de ius cogens

La igualdad concentra las luchas reivindicatorias por la titularidad universal de los derechos y el acceso real a los bienes considerados indispensables para el diseño y ejecución del proyecto de vida de las personas. La igualdad puede entenderse en dos dimensiones: como *principio* y como *derecho*.

Como *principio*, fundamenta y da sentido a todo el andamiaje jurídico –de origen nacional e internacional –y a los actos que derivan de él, ya sean formal o materialmente administrativos, legislativos o judiciales. Esta dimensión implica que la igualdad debe utilizarse como una guía hermenéutica en la elaboración y aplicación del derecho.

Respecto al principio de igualdad, la Opinión Consultiva 18 de la Corte IDH, solicitada por México¹³, señala que:



El principio de igualdad tienen carácter de *ius cogens*, por lo que no admite acuerdo en contrario. Ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental puede ser admitido.

El principio de igualdad es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional.

Implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede contrariar el principio de igualdad y no discriminación.

Genera efectos inclusive a particulares.

En consecuencia, seña la Corte IDH, los Estados solo podrán establecer distinciones objetivas y razonables cuando estas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de aplicación de la norma que mejor proteja los derechos de la persona.

Como **derecho**, la igualdad constituye una herramienta subjetiva para acceder a la justicia; es decir, otorga titularidad a las personas para reclamar, por diversas vías, la realización efectiva de la igualdad en el ejercicio del resto de los derechos.

Como **principio** y como **derecho**, la igualdad implica una obligación a cargo del Estado, derivada de un mandato constitucional y convencional que condiciona y sustenta todo su quehacer.

Para comprender los requerimientos de la igualdad, es preciso aproximarse a ella a partir de una mirada integral desde su concepción formal, material y estructural.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer considera que:

*“un enfoque jurídico o programático puramente formal, no es suficiente para lograr la igualdad de facto con el hombre, que el Comité interpreta como **igualdad sustantiva**. Además, la Convención requiere que la mujer tenga las mismas oportunidades desde un primer momento y que disponga de un entorno que le permita conseguir la **igualdad de resultados**. No es suficiente garantizar a la mujer un trato idéntico al hombre. También **deben tenerse en cuenta las diferencias biológicas que hay entre la mujer y el hombre y las diferencias que la sociedad y la cultura han creado**. En ciertas circunstancias será necesario que haya un trato no idéntico de mujeres y hombres para equilibrar las diferencias”¹⁴.*

Relación entre igualdad y no discriminación

“[...] parece claro que los conceptos de igualdad y no discriminación se corresponden mutuamente, como las dos caras de una misma institución: la igualdad es la cara positiva de la no discriminación, la discriminación es la cara negativa de la igualdad, y ambas la expresión de un valor jurídico de igualdad que está implícito en el concepto mismo del Derecho como orden de justicia para el bien común”.

Corte IDH. Voto separado del Juez Rodolfo E. Piza Escalante.
Opinión Consultiva 4/84, párr. 10.

Esta visión integral de la igualdad demanda, entre otras cosas, el establecimiento de tratos diferenciados que se hagan cargo de los factores de hecho y estructurales que determinan a ciertas personas o grupos acceder a sus derechos reconocidos formalmente. El trato diferenciado deberá ser objetivo y razonable, tomar en cuenta las categorías sospechosas y no afectar desproporcionadamente el ejercicio o goce de un derecho; de lo contrario, se estaría vulnerando el derecho a la igualdad o incurriendo en un acto discriminatorio.

Un trato diferenciado que no sea objetivo y razonable, constituye discriminación, que puede definirse como:



Toda distinción, exclusión, restricción, limitación o preferencia, basa en cualquier condición de una persona, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales, en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.¹⁵

Importancia de la definición de Discriminación



La discriminación es *directa* cuando tiene por objeto dar un trato diferenciado ilegítimo, en tanto que la *indirecta* es la que se genera como resultado de leyes, políticas o prácticas que en apariencia son neutrales, pero que impactarán adversamente en el ejercicio de los derechos de ciertas personas o grupos.

La Corte IDH conceptualiza las *distinciones* como “diferencias compatibles con la Convención Americana por ser razonables y objetivas” y las *discriminaciones* como “diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los derechos humanos”. El vínculo entre la “acción” y el “punto de referencia” es fundamental para establecer la existencia de discriminaciones o distinciones.¹⁶

| ACCIÓN | PUNTO DE REFERENCIA | RESULTADO |
|--|--|---|
| Trato igual | Entre iguales | Presunción de legitimidad de la acción |
| Trato igual | Entre desiguales | Presunción de <i>discriminación</i> en el resultado del trato |
| Trato desigual | Entre iguales | Presunción de <i>discriminación</i> en el trato |
| Trato desigual | Entre desiguales | Presunción de <i>distinción</i> y por tanto de legitimidad de la acción |
| ¿Cómo valorar la legitimidad de la acción? A partir de su objetividad y razonabilidad | ¿Cómo valorar quienes son iguales y quienes no lo son? Detectando, con un enfoque de derechos humanos y de autonomía de la persona, el papel que juegan las categorías sospechosas a partir de cuestiones estructurales y de contexto | ¿Qué determina si existe o no discriminación? La afectación injustificada y desproporcionada en el ejercicio de los derechos |

Elementos necesarios para determinar la existencia de una *distinción* o una *discriminación*

Objetividad y razonabilidad

- La objetividad de una distinción, exclusión, restricción o preferencia la determina el hecho de que haya sido tomada de acuerdo a criterios libres de estereotipos y basados en los derechos humanos.
- La razonabilidad está en la proporcionalidad entre la finalidad y la medida tomada.

Categorías sospechosas

- Los diversos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, prohíben la discriminación por una serie de causas específicamente mencionadas, entre ellas: sexo, raza, origen, condición económica, religión, opinión, idioma, etc. Este inventario de causas, es conocido como "categorías sospechosas de discriminación", pues se trata de supuestos que históricamente han sido motivo de discriminación y que aún hoy en día constituyen expresiones que atentan contra la dignidad de las personas.

Afectación al ejercicio de un derecho

- Para ser discriminatorio, el trato deberá tener por objeto y/ o por resultado, impedir, anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales dentro de cualquier esfera.

Estereotipos, roles y prejuicios 17

Los estereotipos todas aquellas características, actitudes y roles que estructuralmente en una sociedad son atribuidas a las personas en razón de alguna de las condiciones enumeradas como “categorías sospechosas”. Asignar estereotipos responde a un proceso de simplificación para entendimiento y aproximación del mundo. Están profundamente arraigados y aceptados por la sociedad que los crea, reproduce y transmite. Lo problemático surge cuando a dichas características, actitudes y roles se les adjudica consecuencias jurídicas – como limitar el acceso a los derechos- y sociales, así como una baja jerarquización respecto a lo que se considera como el paradigma único del “sujeto neutral universal”.

Los **estereotipos de género** están relacionados con las características sociales y culturalmente asignadas a hombre y mujeres a partir de las diferencias físicas basadas principalmente en su sexo. Si bien los estereotipos afectan a hombres como a mujeres, tienen un mayor efecto negativo en las segundas, pues históricamente la sociedad les ha asignado roles invisibilizados, en cuanto a su relevancia y aportación y, jerárquicamente considerados inferiores a los de los hombres.

Rol de cuidado. Basándose en un estereotipo que parte de la idea de que al ser las mujeres quienes gestan y paren, son naturalmente más aptas para hacerse cargo del cuidado de las y los hijos, es común que este tipo de roles sean socialmente asignados a las mujeres y que, además, el valor económico y social de dicha labor sea invisibilizado y no remunerado.

Otro estereotipo consiste en suponer que las mujeres son “naturalmente” más comprensivas, compasivas y pacientes, y, en consecuencia, dar por hecho que son ellas quienes deben hacerse cargo de las personas adultas mayores o de aquellas que requieren una atención específica como las personas enfermas o las personas con discapacidad.

En cambio, a los hombres se les da la función de ser proveedores; es decir, su papel –según las asignaciones de género- consiste en hacerse cargo de la manutención total de las y los hijos, excluyéndoseles, en algunos casos, de la posibilidad de ejercer otro tipo de actividad de cuidado.

La naturalización y aceptación de los estereotipos a los que deben adecuarse hombres y mujeres legitiman, perpetúan e invisibilizan tratos diferenciados ilegítimos. La discriminación por estereotipos genera consecuencias en el reconocimiento de la dignidad de las personas y/o en la distribución justa de los bienes públicos.

Estas concepciones resultan problemáticas en el ámbito público y privado de las personas cuando obstruyen su plena realización, encasillan el proyecto de vida y general que el cuestionamiento o trasgresión de aquellas características, actitudes y roles que se atribuyen al ser humano por su sexo, sea motivo de exclusión y marginación en distintos ámbitos – familiar, laboral, social y jurídico.

Cuando las leyes, políticas y decisiones judiciales que –muchas veces incluso, buscando ser neutrales- avalan, reproducen, consolidan y perpetúan estereotipos, generan discriminación y violentan el mandato constitucional y convencional de actuar conforme a la igualdad.

Por ello, quienes imparten justicia deben ser capaces de detectarlos para decidir si subyacen a un trato diferenciado y, por tanto le imprime a dicho trato la característica de *no objetivo*. El quehacer jurisdiccional no podrá combatir estos estereotipos si no cuenta con las herramientas necesarias para reconocerlos.

Perspectiva de género18

El punto de partida para comprender lo que propone la perspectiva de género es distinguir entre los conceptos de sexo y género.

El sexo es lo biológicamente dado. Designa características biológicas de los cuerpos. El género es lo culturalmente construido, conjunto de características, actitudes y roles social, cultural e históricamente asignados a las personas en virtud de su sexo.

Esta distinción ha permitido revelar como la sociedad y su infraestructura jurídica atribuye consecuencias a partir de los cuerpos de las personas.

La perspectiva de género deconstruye la falsa dicotomía basada en los cuerpos de las personas, así como las consecuencias que se le han atribuido. Es una categoría de análisis que:

- Permite visibilizar la asignación social diferenciada de roles y tareas en virtud del sexo, género o preferencia-orientación sexual;
- Revela las diferencias en oportunidades y derechos que siguen a esta asignación.
- Evidencia las relaciones de poder originadas en estas diferencias;
- Se hace cargo de la vinculación que existe entre las cuestiones de género, raza, religión, edad, creencias políticas, etc.;
- Pregunta por los impactos diferenciados de las leyes y políticas públicas basadas en estas asignaciones, diferencias y relaciones de poder; y
- Determina en qué casos un trato diferenciado es arbitrario y en qué casos es necesario.

La perspectiva de género cuestiona el paradigma del único “ser humano neutral y universal”, basado en el **hombre blanco, heterosexual, adulto sin discapacidad, no indígena**, y en los roles que se le atribuyen a ese paradigma. Por eso es que no se trata de un método enfocado únicamente a las mujeres, sino de una estrategia que permite ver a las personas en su diversidad de contextos, necesidades y autonomía.

RAZONES PARA INCORPORAR
LA PERSPECTIVA DE GÉNERO
EN UNA SENTENCIA¹⁹

Incorporar la perspectiva de género en la función judicial Implica hacer realidad el derecho a la igualdad. Responde a una obligación constitucional y convencional de combatir la discriminación por medio del quehacer jurisdiccional para garantizar el acceso a la justicia y remediar, en un caso concreto, situaciones asimétricas de poder.

El Sistema de Administración de Justicia se constituye entonces en herramientas emancipadoras que hacen posible que las personas diseñen y ejecuten un proyecto de vida digna en condiciones de autonomía e igualdad.

Una sociedad democrática demanda impartidores e impartidoras de justicia comprometidas con el derecho a la igualdad y, por tanto, investigaciones, acusaciones, defensas y sentencias apegadas a la constitución, a los derechos humanos y a los tratados internacionales que los consagran. Al aplicar la perspectiva de género quienes juzgan generan precedentes que coadyuvan a la construcción de un Estado respetuoso de los derechos humanos.

En este apartado se podrá revisar:

A. ¿Porqué incorporar la perspectiva de género en el Sistema de Administración de Justicia?

B. ¿Cuándo y quiénes deben incorporarla?

C. ¿Cómo juzgar con perspectiva de género?

D. ¿Para qué incorporarla?

A. ¿Porqué incorporar la perspectiva de género en la Administración de Justicia?

- Porque el logro efectivo de la igualdad es un mandato constitucional y convencional dirigido a quienes imparten justicia.
- Por mandato de las Convenciones Internacionales ratificadas por los Estados de la Región.

La CEDAW establece el deber de eliminar la diferencias arbitraria, injustas o desproporcionadas entre mujeres y hombres en razón de su sexo o género, tanto en el acceso a la justicia como en los procesos y resoluciones judiciales.

La Convención Belem do Pará obliga a las autoridades judiciales a establecer procedimientos legales justos y eficaces en los casos de violencia contra las mujeres, entre los cuales, según su artículo 6, se encuentra la discriminación.

- Por lo establecido en resoluciones de las Cortes Internacionales, cumpliendo con el control de convencionalidad.

En la sentencia de “Campo Algodonero” la Corte IDH considera que en los casos de violencia contra las mujeres, el art. 7.b. de Belem do Pará impone “obligaciones reforzadas” en cuanto al deber de debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres.

- Quienes imparten justicia tienen la posibilidad de traducir los tratados internacionales en realidades para las personas (no quedarnos en el mero formalismo mágico).
- Evidencia el compromiso del Estado con la justicia.
- Evita la revictimización.
- Generar que las demandas por la justicia se hagan efectivas a nivel nacional y evitar que se trasladen a instancias internacionales

B. ¿Cuándo y quienes deben incorporar la perspectiva de género en la Administración de Justicia?

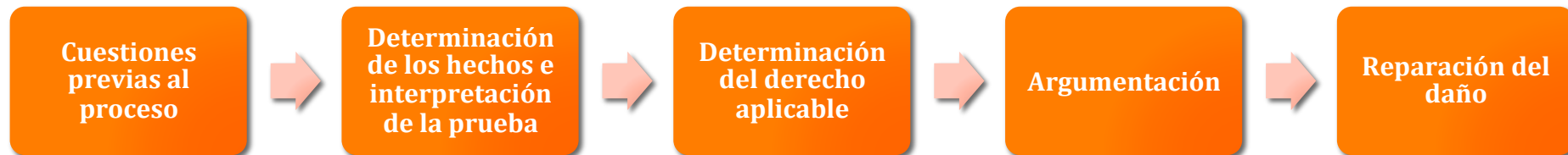
- Por mandato de las Constituciones de la Región y los Tratados Internacionales que atañe a toda persona que aplica derecho. Por ello todos y todas las impartidoras de justicia tienen el deber de incorporar la perspectiva de género dentro del desarrollo de sus funciones.
- Debe ser aplicado aún cuando las partes involucradas en el caso no lo contemplen en sus alegaciones.
- No solo es pertinente en casos relacionados con mujeres. Lo que determina si en un proceso se debe aplicar o no la perspectiva de género es la **existencia de situaciones asimétricas de poder o bien contextos de desigualdad estructural basados en el sexo, el género o las preferencias u orientaciones sexuales de las personas.**
- La materia del asunto e instancia en la que se resuelve no determina si se aplica o no la perspectiva de género. Desigualdades, asimetrías de poder, violencia y discriminación se pueden encontrar en casos que se estudian en cualquier etapa del proceso, ya sea este civil, penal, administrativo, constitucional, laboral, agrario o mercantil. Se debe realizar un análisis orientado a detectar estas situaciones, y si los resultados perfilan ese tipo de relaciones, la perspectiva de género ofrece un método para encontrar la solución apegada al derecho.
- Por ello, en cada caso se debe hacer un análisis que permita detectar relaciones asimétricas de poder y situaciones estructurales de desigualdad.

C. ¿Cómo juzgar con perspectiva de género?

Debe tenerse en cuenta:

1. Uno de los fines del Derecho es combatir las relaciones asimétricas de poder y los esquemas de desigualdad que determinan el diseño y ejecución del proyecto de vida de las personas.
2. El quehacer jurisdiccional tiene un invaluable potencial para la transformación de la desigualdad formal, material y estructural. Quienes juzgan son agentes de cambio en el diseño y ejecución del proyecto de vida de las personas.
3. El mandato de igualdad requiere eventualmente de quienes imparten justicia un ejercicio de deconstrucción de la forma en que se ha interpretado y aplicado el Derecho.

Método resumido para incorporar facilitar la aplicación de la perspectiva de género en el juzgar



C. ¿Cómo juzgar con perspectiva de género?

Cuestiones previas al proceso

- ¿El caso requiere que se dicten órdenes de protección?
- ¿La admisibilidad del asunto requiere un análisis de género?

Determinación de los hechos e interpretación de la prueba

- ¿Cuál es el contexto en que se desarrollan los hechos?
- ¿Alguna de las personas involucradas se encuentra en situación de pobreza, marginación, vulnerabilidad o discriminación basada en el sexo, género o preferencia/orientación sexual?
- ¿Entre las personas vinculadas al caso subyace una relación asimétrica de poder? ¿Cómo influye esto en la solicitud y valoración de las pruebas?
- ¿Están involucradas personas que han sido tradicionalmente discriminadas en virtud de las llamadas “categorías sospechosas”?
- ¿La persona pertenece a un grupo históricamente desventajado?
- ¿La persona presenta características que la exponen a una doble discriminación por tratarse de un caso de interseccionalidad? Por ejemplo, en un proceso de divorcio, ser una mujer indígena, o solicitar empleo siendo lesbiana y estando embarazada.
- ¿El comportamiento que se espera de las personas involucradas o de las víctimas e el caso obedece a estereotipos o a una de las manifestaciones del sexismo?
- ¿La reacción esperada de la víctima cambiaría si se suplantara, por ejemplo, por un varón o una persona heterosexual? ¿Qué cambiaría en la expectativa de comportamiento de la persona si se asignara un rol estereotípicamente considerado como femenino? Por ejemplo, si fuera hombre quien solicita permisos laborales para ejercer su paternidad.

C. ¿Cómo juzgar con perspectiva de género?

Determinación del derecho aplicable

- ¿Cuál es el marco jurídico de origen interno e internacional aplicable al caso?
- ¿Existen resoluciones o sentencias de organismos internacionales que brinden argumentos para resolver el asunto en cuestión?
- ¿Existen sentencias internacionales contra el país en el que usted desempeña su cargo, que deban ser atendidas en la solución del caso?
- ¿Las observaciones generales de los Comités de Naciones Unidas y los Criterios de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aportan elementos valiosos para la resolución del caso?
- ¿Cuál es el concepto de sujeto que subyace al marco normativo aplicable?
- ¿La norma responde a una visión estereotípica o sexista del sujeto?
- ¿La aplicación de la norma genera un impacto diferenciado para la persona y el contexto en que se encuentra?
- ¿Cuál es la norma que garantiza mejor el derecho a la igualdad de las víctimas o personas involucradas en el caso?
- ¿Cuáles son las estrategias jurídicas con las que se cuenta para contrarrestar la norma discriminatoria por objeto o por resultado?
- ¿El caso demanda la deconstrucción de un paradigma, concepto o institución jurídica? ¿En que medida la sentencia puede hacerse cargo de ello?
- ¿Cuáles son las herramientas que el marco normativo aplicable brinda para resolver las asimetrías en relación así como la desigualdad estructural de la que derivó el caso? ¿El caso amerita un trato diferenciado?

C. ¿Cómo juzgar con perspectiva de género?

Argumentación

- Aplicar los principios constitucionales de igualdad, universalidad, interdependencia, invisibilidad y progresividad.
- Justificar el uso de la normativa que sea más protectora de la personas que se encuentra en una situación asimétrica de poder o de desigualdad estructural. Esto implica el no solo la cita de, por ejemplo, tratados internacionales, sino la expresión de las razones por las cuales hay que traerlos a cuenta al caso en concreto y la resolución del caso con base en ellos.
- Interpretar de acuerdo a los nuevos paradigmas constitucionales que dejan en desuso los criterios hermenéuticos como la literalidad, jerarquía y especialidad.
- Detectar lo problemático que puede resultar la aplicación de criterios de integradores del derecho como la analogía, cuando se toma en cuenta la igualdad formal, material y estructural.
- Acudir a los análisis de género contenidos en sentencia de otros países.
- Esgrimir las razones por las que la aplicación del a norma al caso en cuestión deviene en un impacto diferenciado o discriminador.
- Evidenciar los estereotipos y sexismos detectados en los hechos, en la valoración de las pruebas, en los alegatos y pretensiones de las partes.
- Exponer las razones por las cuales en el caso subyace una relación desequilibrada de poder y/o un contexto de desigualdad estructural.
- Determinar la estrategia jurídica adecuada para aminorar el impacto de la desigualdad estructural en el caso específico.
- Reconocer y evidenciar en la resolución de la sentencia los sesgos de género encontrados a lo largo del proceso.
- Eliminar la posibilidad de revictimizar y estereotipar a la víctima a través de los argumentos o la resolución de la sentencia.

C. ¿Cómo juzgar con perspectiva de género?

Reparación del daño

- ¿El daño causado genera un impacto diferenciado a partir del sexo, género, preferencia u orientación sexual de la persona involucrada?
- ¿Qué tipo de medidas de reparación pueden hacerse cargo de este impacto diferenciado?
- Si fueron detectadas relaciones asimétricas de poder y condiciones de desigualdad estructural ¿cuáles son las medidas que las sentencia puede adoptar para revertir dichas asimetrías y desigualdades?
- ¿La medida de reparación se basa en una concepción estereotipada o sexista de la persona en cuestión?
- A partir del daño causado, el sexo, el género y las preferencias/orientación sexual de la víctima ¿Cuáles son las medidas más adecuadas para reparar el daño?
- En la definición del as medidas de reparación ¿Se tomó en cuenta el parecer de la víctima?
- ¿Cuál fue el impacto del daño en los roles y responsabilidades familiares, laborales y comunitarios de la víctima? ¿Cómo puede subsanarse este impacto?
- ¿Existió un “daño colectivo”? ¿Es posible repararlo?
- ¿Se trata de un caso en donde el daño se produjo por pertenecer a un determinado grupo?
- ¿La reparación se hace cargo de todos los daños detectados?

D. ¿Para qué juzgar con perspectiva de género?

El resultado de juzgar con perspectiva de género es el acceso a la justicia de quienes, por sus condiciones biológicas, físicas, sexuales, de género o de contexto ven en peligro el reconocimiento de sus derechos. Así, se reivindican los derechos de las víctimas y se evita la revictimización.

Estas sentencias serán también un combate a la impunidad, la discriminación y la desigualdad, y sientan un precedente de que las violaciones de derechos humanos se previenen, reconocen y reparan.

De esta manera el quehacer judicial asume un papel activo en las transformaciones necesarias para la consecución de una sociedad en donde todas las personas estén en condiciones de diseñar y ejecutar un proyecto de vida digna.

Notas

1. Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2013.
2. Dulitzky, A. (2004). Alcance de las obligaciones internacionales de los derechos humanos. En C. Martin, D. Ordríguez-Pinzón, J.A. Guevara, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (pp.79-117). México: Doctrina Jurídica Contemporánea.
3. Artículo 106 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos. 1985.

4. Artículo 1.

A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión a restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

5. Recomendación General 25. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer, párr. 8. Esta Recomendación fue citada en el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, México 2013. p. 35.

6. Artículo 4.

1. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.

2. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria.

7. Preámbulo Convención Belem do Pará.

8. Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, Haciendo realidad el derecho a la igualdad*. 2013. P. 25.

9. Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2013. p.23.

10. Corte IDH. *Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de abril de 2006. Párrs. 80 y 81. Esta sentencia fue citada en el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, México 2013. p. 23.

11. Voto concurrente razonado del juez Sergio Garcia Ramirez a la sentencia del *caso Mack Chang vs. Guatemala*, del 25 de noviembre de 2003. Párr. 27.

12. Corte IDH. *Caso Baldeón García Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de 24 de noviembre de 2006 . Párr. 128. Los pies de página del original fueron omitidos.

13. Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2013.
14. Corte IDH. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A. Párr. 55. Esta OC fue citada en el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, México 2013. p. 29.
13. Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A. No. 18. Esta OC fue citada en el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, México 2013. p. 30.
14. Recomendación General 25. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Párrafo 8. Esta Recomendación General fue citada en el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, México 2013. p. 35.
15. Basada en las definiciones de discriminación de varias Convenciones de Naciones Unidas.
16. Corte IDH. Caso Artavia Murillo y Otros (“fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. párr. 285.
17. Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, México 2013. p. 49.
18. Idem. Pág. 62.
19. Desarrollado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México en el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, México 2013. p. 71.