



Los estereotipos de género como una vulneración a los derechos humanos.

Análisis comparado de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho, mención Derecho Público

María Paz Ríos Ríos
Santiago, 2018.

“Es imposible hablar sobre la historia única sin hablar del poder. Hay una palabra del idioma Igbo, que recuerdo cada vez que pienso sobre las estructuras de poder en el mundo y es "nkali", es un sustantivo cuya traducción es "ser más grande que el otro". Al igual que nuestros mundos económicos y políticos, las historias también se definen por el principio de nkali: Cómo se cuentan, quién las cuenta cuándo se cuentan, cuántas historias son contadas, en verdad, depende del poder. El poder es la capacidad no sólo de contar la historia del otro, sino de hacer que esa sea la historia definitiva”.

Chimamanda Ngozie Adichie

“El peligro de una sola historia”

Introducción	7
1.-Objeto de estudio	7
La presente tesis tiene por objeto analizar los estereotipos de género, su impacto en los derechos humanos, y su análisis comparado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CoIDH).	7
2.- Orden a seguir en este trabajo	8
3.-Estado del arte	9
4.-Marco metodológico	10
5.- Marco teórico	11
6.- Problema de Investigación	23
7.- Hipótesis	24
Capítulo I: Género. Orígenes y desarrollo del concepto, como categoría analítica de las ciencias sociales.	25
1.- El feminismo como antecedente histórico del concepto género.	26
2.- Incorporación y desarrollo del concepto de género a las ciencias sociales	37
3.- Sexo y Género en la nebulosa	52
4.- Perspectiva y transversalización de género	54
Capítulo II: Estereotipos	61
1.- Concepto de estereotipo: Distintos aportes.	62
2.- Características de los estereotipos	71
3.- Formas en las que se manifiestan los estereotipos: Clases de estereotipos.	79
Capítulo III: Estereotipos de género	82
1.- Definición de estereotipos de género, y breve reseña histórica	83
2.- Características de los estereotipos de género.	87

3.- Formas en que se manifiestan los estereotipos de género: Distintas clases de estereotipos de género.	94
4. Definición y reconocimiento de “estereotipo de género” en Tratados y Declaraciones Internacionales.	100
5.- Breve reseña histórica de la incorporación de los estereotipos en los cuerpos legales nacionales e internacional, y del surgimiento jurisprudencial del principio antiestereotipación.	117
6.- Importancia de reconocer y nombrar los estereotipos: estereotipación judicial y criterio antiestereotipación	122
Capítulo IV.- Breve explicación del mecanismo de protección de derechos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	131
1.- Funcionamiento del mecanismo de protección de derechos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.	132
2.- Funcionamiento del mecanismo de protección de derechos el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.	133
Capítulo V.- Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, referida a los estereotipos de género.	136
1.- Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	137
a) Asunto Marckx contra Bélgica (Demanda N° 6833/74, 13 de junio de 1979)	137
I.- Hechos del caso	137
II.- Razonamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	139
III.- Comentarios acerca del razonamiento del TEDH sobre los estereotipos aplicados en este caso	142
b) Asunto E.B. contra Francia (Demanda N° 43546/02; 22 de enero de 2008).	147
I.- Hechos del caso	147
II.- Razonamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	151
III.- Comentarios acerca del razonamiento del TEDH sobre los estereotipos aplicados en este caso.	156

c) Asunto Opuz contra Turquía (Demanda no. 33401/02; 9 de junio de 2009).	159
I.- Hechos del caso	159
II.- Razonamiento del Tribunal	167
III.- Comentarios acerca del razonamiento del TEDH sobre los estereotipos aplicados en este caso	173
d) Asunto V.C. contra Eslovaquia (Demanda N° 18968/07; 8 de noviembre de 2011).	177
I.- Hechos del caso	177
II.- Razonamiento del Tribunal	183
III.- Comentarios acerca del razonamiento del TEDH sobre los estereotipos aplicados en este caso	189
e) Asunto Konstantin Markin contra Rusia (Demanda N° 30078/06; 22 de marzo de 2012).	196
I.- Hechos del caso	196
II.- Razonamiento del Tribunal	200
III.- Comentarios acerca del razonamiento del TEDH sobre los estereotipos aplicados en este caso	208
2.- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos referida a los estereotipos de género.	210
a) Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México (Sentencia de 16 de noviembre de 2009).	210
I.- Hechos del caso	210
II.- Razonamiento del Tribunal	214
III.- Comentarios acerca del razonamiento de la CIDH sobre los estereotipos aplicados en este caso	227
b) Caso Atala Riffo contra Chile (sentencia del 24 de febrero de 2012)	232
I.- Hechos del caso	232
II.- Razonamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	237

III.- Comentarios acerca del razonamiento de la CoIDH sobre los estereotipos aplicados en este caso	251
c) Caso Fornerón e hija contra Argentina (Sentencia de 27 de abril de 2012)	259
I.- Hechos del caso	259
II.- Razonamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	268
III.- Comentarios acerca del razonamiento de la CoIDH sobre los estereotipos aplicados en este caso	275
d) Caso Artavía Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica (sentencia de fecha 28 de noviembre de 2012)	279
I.- Hechos del caso	279
II.- Razonamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	283
III.- Comentarios acerca del razonamiento de la CIDH sobre los estereotipos aplicados en este caso	295
e) Caso I.V. contra Bolivia (sentencia de 30 de noviembre de 2016).	298
I.- Hechos del caso	298
II.-Razonamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	307
III.- Comentarios acerca del razonamiento de la CoIDH sobre los estereotipos aplicados en este caso	330
CAPÍTULO VI: LOS ESTEREOTIPOS DE GÉNERO, Y SU TRATAMIENTO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH Y DE LA COIDH	337
CONCLUSIONES	367
BIBLIOGRAFÍA	370

Introducción

1.-Objeto de estudio

La presente tesis tiene por objeto analizar los estereotipos de género, su impacto en los derechos humanos, y su análisis comparado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CoIDH).

Para esos efectos, seleccioné un total de diez sentencias, y como es esperable, cinco de ellas fueron pronunciadas por el TEDH, mientras que las otras cinco fueron pronunciadas por la CoIDH.

Si bien el TEDH tiene un caudal de jurisprudencia mucho mayor que la CoIDH, seleccioné cinco sentencias de cada tribunal, que a mi parecer son ilustrativas de la evolución mostrada tanto por el TEDH como por la CoIDH, en cuanto a considerar los estereotipos de género como un problema de derechos humanos.

Cabe señalar que el orden en que se expone el análisis de cada sentencia será cronológico, lo cual favorecerá formar una idea acerca de la evolución que ha presentado cada tribunal en relación al tratamiento de los estereotipos de género.

Por último, desde ya hago presente que los textos que se encuentran originalmente en inglés, fueron traducidos por mí para estos efectos.

2.- Orden a seguir en este trabajo

Dado que esta tesis trata acerca de los estereotipos de género, creo conveniente partir el análisis por este último concepto.

En el primer capítulo, abordaré cómo el significado atribuido a esa palabra en marco de la sexología fue apropiado por intelectuales feministas durante la década del sesenta del siglo XX.

Dado que en el desarrollo del concepto de *género* los movimientos feministas fueron fundamentales, me referiré también brevemente al surgimiento del feminismo y a su desarrollo en diversas olas, para una mejor comprensión del telón de fondo sobre el cual se desarrolló el concepto *género* como categoría de análisis de las ciencias sociales.

En este capítulo abordaré además el surgimiento de la perspectiva de género y el mainstreaming de género, además de la jurisprudencia feminista y su comprensión de distintas perspectivas de género, en el marco de la crítica jurídica feminista.

En el segundo capítulo, me referiré al concepto de estereotipo, la introducción de este vocablo en las ciencias sociales, y la evolución que ha presentado este concepto -principalmente en el campo de la psicología social-, a partir de Gordon Allport y Erving Goffman. Asimismo, me referiré a las características de los estereotipos, y a su vínculo con los prejuicios, los estigmas y la discriminación.

En el tercer capítulo, abordaré los estereotipos de género, las autoras pioneras del estudio sobre esta materia en derecho, su incorporación en textos legales internacionales, los efectos de la estereotipación judicial y el desarrollo del criterio de antiestereotipación judicial, como una forma de desafiar la estereotipación judicial.

En el capítulo cuarto, me referiré brevemente al procedimiento a seguir para tramitar demandas ante el TEDH y la CoIDH. En el quinto capítulo, en tanto, analizaré jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CoIDH), referida a los estereotipos de género. Al respecto, me centraré en la capacidad mostrada por ambos tribunales para detectar estereotipos de género, para precaverse de argumentar sus sentencias conforme a estereotipos, y para impugnar los estereotipos de género que eventualmente hayan operado en cada caso, luego de lo cual expondré mis conclusiones.

Finalmente, expondré en el capítulo VI un balance crítico de la evolución de los estereotipos de género y su tratamiento en la jurisprudencia del TEDH y de la CoIDH, luego de lo cual me referiré a las conclusiones de este trabajo.

3.-Estado del arte

Los estudios sobre el género y los estereotipos en las ciencias sociales surgieron durante el siglo XX.

El *género* como categoría analítica de las ciencias sociales, como se verá en el capítulo I, comenzó a desarrollarse en el marco de los “estudios de la mujer”, surgidos en la década de los sesenta del siglo pasado, a partir de los movimientos feministas que afloraron en esa época. Los estereotipos, en tanto, comenzaron a ser materia de estudio principalmente en el campo de la sociología y de la psicología social a partir de 1954, desde que en 1922 Walter Lippmann acuñara el término en su libro *Public Opinion*.

Los estudios sobre el género y sobre los estereotipos confluyeron a su vez en otros estudios, referidos a los estereotipos de género. En el campo del derecho, destacan los aportes de Rebecca J. Cook, Simone Cusack, Rikki Holmmat, Jonneke Naber y Alexandra Timmer, todas las cuales han escrito respecto a esta materia a partir del año 2009, por lo cual es posible afirmar que el estudio de los estereotipos de género en el ámbito de las ciencias jurídicas se encuentra en pleno desarrollo.

En lengua castellana, no es mucho lo que se encuentra al respecto, y se trata también de estudios recientes. Ejemplo de ello son las publicaciones de Lidia Casas, Juan Pablo Gonzáles y María Soledad Molina (2012), el de Gema Fernández Rodríguez de Liévana (2015), Andrea Fernández Montecinos (2016), y Emanuela Cardoso (2016). Al respecto, destacan también entrevistas realizadas a Rebecca J. Cook para revistas publicadas en español y en portugués.

4.-Marco metodológico

Esta investigación consistirá en un estudio exploratorio, descriptivo y explicativo¹.

Es un estudio exploratorio, por cuanto aborda una temática que ha sido poco estudiada, como son el estudio de los estereotipos de género desde la jurisprudencia feminista, el impacto de los estereotipos de género en los derechos fundamentales, la estereotipación judicial y su impugnación por medio de un criterio de antiestereotipación, así como la recepción jurisprudencial de

¹**Hernández Sampieri, Roberto; Fernández Collado, Carlos y Baptista Lucio, Pilar:** “Metodología de la investigación”. Editorial McGraw Hill, Colombia, año 1997. Pp. 59-67.

los estereotipos de género por parte del TEDH y de la CoIDH y un análisis comparativo entre ambas jurisprudencias.

Respecto de la CoIDH, el tema es especialmente novedoso, ya que existen pocos textos que den cuenta de un estudio referido a la jurisprudencia de este tribunal sobre los estereotipos de género.

Como mencioné anteriormente, este es además un estudio descriptivo, toda vez que se refiere a las investigaciones realizadas en el campo de la psicología social sobre los estereotipos, y a los hallazgos de dichas investigaciones. Asimismo, resumiré los argumentos ocupados por los tribunales internacionales cuya jurisprudencia aquí se analiza, en sentencias referidas a estereotipos de género.

Este es además un estudio explicativo, es decir, un estudio que intenta responder por las causas de los eventos y fenómenos físicos o sociales². En efecto, uno de los objetivos de esta tesis es abordar las causas y efectos de los estereotipos de género en general, y su impacto en los derechos humanos en particular.

5.- Marco teórico

Dado que esta tesis trata acerca de los estereotipos de género y su tratamiento en la jurisprudencia del TEDH y de la CoIDH, serán conceptos fundamentales a lo largo de este trabajo serán *género, estereotipos, estereotipos de género, estigma, discriminación, estereotipación y antiestereotipación judicial*.

² *Ibidem*, pp. 83-84.

Si bien el análisis que busco hacer por medio de esta tesis es principalmente jurídico, desde ya adelanto que los aportes referidos al *género* y a los *estereotipos* se han hecho desde distintas áreas de las ciencias sociales, tales como la historiografía, la antropología, la filosofía, la sociología y la psicología social.

Para comenzar a aclarar qué debemos entender por “género”, debemos primeramente remontarnos a fines de la década del sesenta e inicios de la década del setenta, en el siglo XX: En el marco del movimiento de defensa de los derechos civiles en Estados Unidos, surgieron movimientos que buscaron a su vez visibilizar a otros colectivos desfavorecidos socialmente, tales como los homosexuales y las mujeres. Así, por ejemplo, nacieron grupos que reivindicaban a las mujeres negras, a las lesbianas, las campesinas, etc., desde una perspectiva feminista. Fue de este modo que se originó la tercera ola feminista, en cuyo seno a su vez se crearon los “*estudios de la mujer*” en distintas universidades estadounidenses.

No obstante que el concepto no fue acuñado dentro del feminismo, los diversos estudios sobre el *género* –vocablo que, como se verá en el capítulo I de esta tesis, fue utilizado por primera vez por el sexólogo John Money en el año 1955 para designar el “sexo psicológico”, referido a los procesos de construcción de roles de género, desde lo femenino y lo masculino, hasta del estudio de caso “patológico”: hermafroditas-, han sido aportes fundamentales de las teóricas feministas, razón por la cual, para una mejor comprensión del telón de fondo sobre el cual se desarrollaron las distintas reflexiones referidas al

género, me referiré brevemente a la historia del feminismo, empezando por el surgimiento de la primera ola feminista, en el contexto de la Ilustración, en el siglo XVIII.

Cabe señalar que en los estudios feministas anglosajones, se reconoce como primera ola feminista al estallido del sufragismo en ese país, y no al surgimiento de las primeras voces disidentes de la exclusión y subordinación de las mujeres de los ideales de la Ilustración. El origen de esta distinta genealogía del feminismo se ha atribuido al artículo *“The second feminist wave”*, escrito por Martha Lear y publicado en *New York Times Magazine* en su edición del 10 de marzo de 1968, hecho a partir del cual se popularizó entre las feministas de ese país la metáfora de las olas para distinguir distintos hitos en la historia del feminismo -siempre circunscrito a Estados Unidos-, así como la distinción de períodos que estuvieron libres de feminismo. En ese marco, la primera ola feminista en Estados Unidos estaría dada por el movimiento sufragista al cual dio inicio la “Declaración de Seneca Falls”, en el año 1848, ola que concluyó con el otorgamiento del voto a las mujeres en ese país, en el año 1920. La segunda ola, en tanto, habría comenzado en 1960, con la búsqueda de derechos civiles para las mujeres, así como el nacimiento de distintos

feminismos, tales como el feminismo negro, el feminismo chicano, el feminismo lésbico, entre otros³.

Una mirada distinta respecto al surgimiento del feminismo planteó la filósofa española Amelia Valcárcel, quien situó la primera ola feminista en la Ilustración. Según sus propias palabras, *“cuando afirmo que el feminismo tiene su nacimiento en la Ilustración y es un hijo no querido de esta, no hago más que poner de relieve que, como resultado de la polémica ilustrada sobre la igualdad y diferencia entre los sexos, nace un nuevo discurso crítico que utiliza las categorías universales de su filosofía política contemporánea. Un discurso, pues, que no compara ya a varones y mujeres y sus respectivas diferencias y ventajas, sino que compara la situación de privación de bienes y derechos de las mujeres con las propias declaraciones universales”*⁴.

Por mi parte, en esta tesis seguiré a Valcárcel, y por tanto, incluiré al movimiento sufragista en la segunda ola feminista, mientras que situaré el nacimiento de la primera ola feminista a partir del surgimiento de las primeras voces que buscaron impugnar el lugar y los roles impuestos a las mujeres con respecto a los hombres, en el contexto de la Ilustración, en el siglo XVIII. Seguiré esta cronología de las olas feministas toda vez que el *género* – cualquiera sea el significado que se le haya atribuido desde la sexología, la

³ **Hewitt, Nancy A.**, editora: “No Permanent Waves: Recasting Histories of U.S. Feminism”. New Brunswick: Rutgers University Press, 2010. XIV, Pp. 1-6.

⁴ **Valcárcel, Amelia:** “La memoria colectiva y los retos del feminismo”. En: Serie Mujer y desarrollo, N° 31, CEPAL, Santiago de Chile, año 2001. P. 9

filosofía, la antropología, etc.-, desafía las nociones de lo masculino y lo femenino, tal como en su época el francés François Poullain de la Barre, la inglesa Mary Wollstoncraft, y la francesa Olympia de Gouges desafiaron la desmejorada posición de la mujer en la sociedad europea, cuestionamientos que devinieron en un antecedente histórico de los movimientos feministas que dieron vida a los “*estudios de la mujer*” antes mencionados, y que a su vez fueron fundamentales para el pensamiento acerca del sexo y del género.

Desde que en 1972 la socióloga británica Ann Oakley hiciera uso del término en su libro titulado “*Sex, gender and society*” -esto es, “Sexo, género y sociedad”-, científicas sociales de las más diversas áreas la siguieron, tales como la antropóloga Gayle Rubin, la historiadora Joan Wallach Scott, la abogada Catherine Mackinnon, la filósofa Judith Butler, entre otras. Todas ellas, desde sus distintos saberes, contribuyeron con sus reflexiones a establecer qué es el género.

Ahora bien, después de años de diversos aportes desde distintas disciplinas, en el ámbito de los “estudios de la mujer”, la cuestión acerca de qué es el género no está zanjada. Ilustrativa resulta al respecto la controversia que Joan Wallach Scott narra, y que tuvo lugar en 1995, en el marco de la Cuarta Conferencia Internacional sobre las mujeres, en Beijing.

La controversia en cuestión consistió en el desacuerdo entre quienes defendían una definición estrictamente biológica del género, y quienes preferían

referirse a "*los roles de hombres y mujeres como constructos sociales*", desacuerdo que llegó a un extremo tal que llevó al grupo de contacto formado por la *Comisión sobre el Estatus de las Mujeres* formada en esa Cuarta Conferencia Internacional a adoptar una solución que, a juicio de esta autora, resultó inadecuada, no obstante lo cual fue incluida en un apéndice del "Programa de acción de la Conferencia".

La definición de "género" que adoptó este Programa, y que en opinión de Wallach Scott es desafortunada, reza lo siguiente: "*Habiendo considerado esta cuestión ampliamente, el grupo de contacto señaló: 1) que el término género ha sido comúnmente empleado y entendido en su uso ordinaria, tal como se había aceptado en muchos otros foros y conferencias de las Naciones Unidas; 2) que no existía ninguna indicación acerca de una posible intencionalidad, en la Plataforma para la Acción, para que dicho término se empleara en un sentido o connotación distintos de los que habían sido aceptados previamente [...] Por todo ello, el grupo de contacto reafirma que el término género, tal como se usaba en la Plataforma para la Acción, debía interpretarse y comprenderse en su uso común y generalmente aceptado*". Es precisamente este último punto lo que vuelve desafortunada la aclaración, pues, sostiene Wallach Scott, "*lo que resulta sorprendente en este intento de clarificación es que no se explique en qué consiste el «uso generalmente aceptado» del término. Es como si el sentido fuera transparente, libre de ambigüedad y de cualquier interpretación errónea.*

El estilo de esta declaración intenta levantar controversias negando precisamente que estas existen". Más de 20 años después, estamos en condiciones de afirmar que la controversia está lejos de terminar.

En el caso de los estereotipos –tal como se verá en el capítulo II-, el término fue usado en ciencias sociales por primera vez por el intelectual estadounidense Walter Lippmann, quien en su obra "*Public Opinion*", del año 1922, los vinculaba a la rapidez de la vida moderna, la cual establecía distancia entre las personas, no dejando tiempo ni oportunidad para que estas se conozcan. Así, según Lippmann, nos movemos por el mundo valiéndonos de pre-concepciones, las cuales gobiernan nuestras percepciones, a no ser que nuestra educación nos permita tomar consciencia de ese fenómeno⁵.

Tres décadas más tarde, el psicólogo social Gordon Allport tomaría la posta de Lippmann, a propósito de sus estudios acerca de los prejuicios. El sociólogo Erving Goffman, por su parte, estudiaría los estigmas, y a raíz de este tema, abordaría también el vínculo entre estigmas y estereotipos. Desde entonces, los estereotipos fueron ampliamente estudiados, principalmente en el campo de la psicología social, destacando al respecto Jo Phelan. Charles Stangor, John Dovidio, entre otros. Me referiré a sus aportes en el capítulo II de esta tesis, dedicado a los estereotipos.

⁵ **Lippmann, Walter:** "Public Opinion". Transaction Publishers, Estados Unidos, 1998. Pp. 81-82.

Siendo los estudios sobre el *género* y sobre los *estereotipos* transdisciplinarios, no sorprende entonces que ambos hayan sido también materia de estudio en el campo de las ciencias jurídicas, por separado y también en conjunto.

En las ciencias jurídicas, mencioné anteriormente que el estudio acerca de los estereotipos de género data de una fecha tan reciente como el año 2009, año en el cual las abogadas **Rebeca J. Cook** y **Simone Cusack** publicaron su libro “*Estereotipos De Género: Perspectivas Legales Transnacionales*”. En esta obra, ambas definen los “estereotipo de género” como la “construcción social y cultural de hombres y mujeres, en razón de sus diferentes funciones físicas, biológicas, sexuales y sociales”⁶. Cabe señalar que la definición de “estereotipo de género” acuñada por estas autoras ha utilizada varias veces por el “Relator especial de la Naciones Unidas sobre la Independencia de Jueces y Abogados”, y que fue citada con la aprobación -aunque indirecta- del “Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la ley y en la práctica”⁷.

No es baladí la recepción de los estereotipos en las leyes conforme a las cuales se argumentará un caso, como tampoco lo es el hecho de que los jueces se valgan de estereotipos en el razonamiento de sus sentencias, toda vez que **“no solo el juez puede reiterar o profundizar las asimetrías, sino también los actores que intervienen en la disputa judicial, a través de sus argumentaciones. De esta manera, se va moldeando el derecho, a través de actuaciones concretas que no solo competen a los jueces [...] En el proceso de**

⁶ **Cook, Rebecca J. y Cusack, Simone:** “Estereotipos De Género: Perspectivas Legales Transnacionales”. Año 2010. p.23. Disponible en: https://www.law.utoronto.ca/utfl_file/count/documents/reprohealth/estereotipos-de-genero.pdf

⁷ **Cusack, Simone:** “Gender Stereotyping as a Human Rights Violation”. United Nations Human Rights, Office of the High Commissioner, año 2013. P. 8.

*creación del Derecho se da una relación simbiótica entre el mundo social que moldea el Derecho y este, que, a su vez, influye en la interacción y la organización social y el orden político. **El derecho como construcción posee un fuerte componente simbólico, ya que, a través de él, las personas pueden obtener reconocimiento, y su silencio puede agudizar las carencias de la ciudadanía.** Así, confiere reconocimiento o institucionaliza la invisibilidad de ciudadanos de ciertos colectivos; otorga ciudadanía e igualdad, en tanto todos y todas somos titulares del mismo derecho a ser valorados; y contribuye a la realización personal, en tanto emancipa o subordina”⁸.*

Advirtiendo la presencia de estereotipos de género en las leyes y fallos judiciales, y los efectos de que tanto las leyes como las sentencias recogieran estereotipos, la abogada estadounidense Ruth Bader Ginsburg –influida por su trabajo de investigación en Suecia-, impugnó judicialmente los estereotipos de género en al menos tres casos emblemáticos durante la década de los setenta. A ella se le atribuye ser la pionera en desafiar judicialmente los estereotipos de género, como se verá en el capítulo III, referido precisamente a los estereotipos de género.

También a partir de esa década, dos tratados internacionales abordaron los estereotipos de género entre sus disposiciones –la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* y la *Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial*-, mientras que los diversos Comités creados a raíz de otros tratados –por ejemplo, el Comité de

⁸ Casas, Lidia; González, Juan Pablo y Molina, María Soledad: “Estereotipos de género en sentencias del tribunal constitucional”. Anuario de Derecho Público de la Universidad Diego Portales, N° 1, 2012. P. 252.

los Derechos del Niño-, se pronunciaron respecto a los estereotipos de género como un problema de derechos humanos, a la luz de las disposiciones del tratado que los rige. Citaré algunos ejemplos en el capítulo III.

Cabe señalar que al igual que el género y los estereotipos, también en el siglo XX, y como respuesta a las atrocidades que tuvieron lugar en las dos guerras mundiales, tuvieron su origen la **consagración de catálogos de derechos humanos** -tales como la Convención Europea de Derechos Humanos, y la Convención Interamericana de Derechos Humanos-, y la **creación de mecanismos de promoción y protección internacionales de los derechos incluidos en esos catálogos** –por ejemplo, el TEDH, la CoIDH y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos-. En efecto, las dos guerras mundiales dejaron en evidencia el fracaso de los sistemas tradicionales de protección de los individuos –sistemas que se manifestaron en la forma de protección constitucional, en el ámbito nacional, y de mecanismos establecidos por el derecho internacional público en la primera mitad del siglo XX, los cuales se basaban en una mirada desde los Estados y su soberanía-, lo cual motivó a la comunidad internacional a crear un sistema que protegiera a los individuos de los abusos en el ejercicio del poder por parte de los Estados⁹. De este modo, *“la protección internacional de los derechos humanos es un mecanismo para garantizar, precisamente, la legitimidad de la actuación del Estado. Los*

⁹ **Nash Rojas, Claudio et al:** “Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y Aplicación en el Ámbito Interno”. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2012. P. 13.

catálogos de derechos son, en consecuencia, la manifestación del acuerdo sobre esos derechos mínimos, mientras que los sistemas de control internacional en materia de derechos humanos se justifican como una forma de garantizar un legítimo autogobierno”¹⁰.

Lo que actualmente conocemos como derechos humanos, ha recibido a lo largo de los siglos distintas denominaciones, por ejemplo, derechos del hombre, garantías individuales, derechos de la persona humana, derechos fundamentales, entre otros –aunque hay quienes distinguen entre derechos humanos y derechos fundamentales, siendo los primeros aquellos derechos que se tienen por el sólo hecho de ser persona, por su propia naturaleza y dignidad, que deben ser reconocidos y respetados por todo poder o autoridad y toda norma jurídica positiva, pero que ceden en su ejercicio ante las exigencias del bien común, siendo en definitiva expectativas no previstas con claridad en alguna norma jurídica¹¹. Derechos fundamentales, en tanto, serían los derechos humanos constitucionalizados, esto es, aquellos consagrados en la Constitución o en Tratados Internacionales¹²-.

El constitucionalista español **Antonio Pérez Luño** postula que los derechos humanos constituyen una versión moderna de la idea tradicional de

¹⁰ **Nash Rojas, Claudio**: “La Concepción de Derechos Fundamentales en Latinoamérica. Tendencia Jurisprudenciales”. Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2008. Pp. 51-52.

¹¹ **Carpizo, Jorge**: “Los Derechos Humanos: Naturaleza, Denominación y Características”. Revista Mexicana de Derecho Constitucional Núm. 25, julio-diciembre 2011, P. 13.

¹² **Ibidem**, p. 14

los derechos naturales “y representan un avance en su proceso de positivación”¹³. En cuanto al fundamento de estos derechos, coincide con Norberto Bobbio en que este se basa en las necesidades humanas: “Toda necesidad supone una carencia: el hombre tiene necesidades en cuanto carece de determinados bienes y siente la exigencia de satisfacer esas carencias. Lo que satisface una necesidad humana tiene valor, lo que la contradice es un disvalor [...] Por ser abstracciones mentales, los valores son un producto del hombre, que se configuran a partir del discurso racional intersubjetivo basado en las necesidades humanas. El valor es una proyección de la consciencia del hombre hacia el mundo externo, representa un “modo de preferencia consciente” –en palabras de Heller-, que arranca de determinadas condiciones sociales e históricas y que, **por tanto, tiene un fundamento empírico y no metafísico**”¹⁴.

Para el constitucionalista español **Rodolfo Arango**, en tanto, “los derechos sociales participan del mismo destino de su género próximo, los derechos subjetivos [...] Inicialmente concebidos de manera sustancial y iusnaturalista como ámbitos de autodeterminación en el que el sujeto se desata de las obligaciones asociativas, con el paso del tiempo se ha arribado a un concepto formal que permite entenderlos como posiciones normativas de sujetos jurídicos. Como derechos subjetivos pueden, a su vez, adoptar la

¹³ **Pérez Luño, Antonio**: “La fundamentación de los derechos humanos”. En: Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), N° 35, septiembre-octubre de 1983. P. 66.

¹⁴ **Ibidem**, pp. 67-68.

*modalidad de derechos morales, humanos, fundamentales o legales, dependiendo de las decisiones políticas y de doctrina jurídica imperante en cada sistema jurídico*¹⁵.

Para efectos de esta tesis, usaré indistintamente las expresiones *derechos humanos y derechos fundamentales*. Ello, toda vez que, tal como lo señala Jorge Carpizo, “*los conceptos de derechos humanos y derechos fundamentales cada día se acercan más y va a llegar el momento en que se van a identificar o van a ser sinónimos. Es la evolución y precisión de las ideas, pero es más, es el sentido correcto del significado de la dignidad humana*”¹⁶.

6.- Problema de Investigación

El problema central de esta investigación es determinar si los estereotipos de género tienen algún impacto en los derechos humanos, y de ser afirmativa la respuesta, establecer de qué manera impactan.

A partir del problema planteado, surgen diversas preguntas: En primer lugar, ¿Qué es un estereotipo de género? ¿Tienen impacto de los derechos fundamentales? De ser afirmativa la respuesta, ¿De qué forma se manifiesta ese impacto? ¿Es posible que un Estado incurra en responsabilidad internacional al permitir la aplicación de estereotipos de género? ¿Se han

¹⁵ **Arango, Rodolfo**: “Derechos sociales”. Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, vol. 2, año 2015. P. 1.683.

¹⁶ **Carpizo, Jorge**: “Los Derechos Humanos: Naturaleza, Denominación y Características”. Op. Cit. Pp. 14-15.

pronunciado el TEDH y la CoIDH respecto a los estereotipos de género? De ser afirmativa la respuesta, ¿Qué opinión tienen al respecto? ¿Qué argumentos han invocado estos tribunales en las sentencias referidas a estereotipos de género? ¿han estimado necesario establecer algún tipo de sanciones a causa de la aplicación de estereotipos de género?

El problema y las preguntas antes planteadas son relevantes, toda vez que el análisis de la jurisprudencia referente a estereotipos de género pronunciada por el TEDH y la CoIDH –especialmente en el caso de esta última– está aún en ciernes.

7.- Hipótesis

La hipótesis central de este trabajo es que los estereotipos de género conllevan una distinción en el trato susceptible de vulnerar los derechos humanos, y por tanto, su aplicación y/o reconocimiento legal puede acarrear responsabilidad internacional de los Estados.

Consecuencia de lo anterior es que los estereotipos de género son susceptibles de ser sancionados por tribunales internacionales, de conformidad a diversos tratados internacionales.

**Capítulo I: Género.
Orígenes y desarrollo del
concepto, como categoría
analítica de las ciencias
sociales.**

1.- El feminismo como antecedente histórico del concepto género.

Como se indicó anteriormente, en el desarrollo del concepto *género* fueron fundamentales los movimientos feministas de la década de los sesenta del siglo pasado. Por esta razón, comenzaré este capítulo exponiendo brevemente la historia del feminismo, el cual explica el surgimiento y planteamientos de esos movimientos.

La llamada primera ola feminista¹⁷ tuvo lugar durante el período de la Ilustración, en la Europa del siglo XVIII. Sabido es que durante esos años, surgieron nuevas formas de pensar el mundo, las cuales desafiaban el paradigma religioso imperante. Hitos de ese período fueron la separación de poderes del Estado postulada por Montesquieu, así como la separación de la ciencia y filosofía de la teología, hitos que, en todo caso, no tuvieron intenciones de modificar las imperantes concepciones religiosas referidas al rol de subordinación de la mujer respecto del hombre. Más aún, *“la nueva razón universal reproduce la misma estructura de opuestos y las mismas valoraciones sobre el lugar y constitución de lo femenino en la sociedad. El paradigma cartesiano consolidó dos mundos: uno referente al conocimiento objetivo, científico: el mundo de los objetos (femenino), y el mundo reflexivo (masculino), el de los sujetos. Las ciencias descriptivas y explicativas de lo humano se encargaron de confirmar y nutrir esta separación a partir de afirmaciones que arrancan de argumentaciones sustentadas en la biología. Así, las diferencias anatomo-fisiológicas entre el sexo masculino y el femenino dan lugar afirmaciones que fundamentan la pasividad, emotividad e inferioridad de la mujer respecto de la actividad, razón y superioridad del hombre”*¹⁸.

¹⁷ Ver página 14.

¹⁸ **Fries, Lorena, y Matus, Verónica:** “El derecho. Trama y Conjura patriarcal”. Editorial LOM/La Morada, Santiago, año 1999. Pp. 17-18.

En efecto, los filósofos políticos contractualistas que surgen durante esta época -tales como Hobbes, Rousseau, Locke, Hegel y Kant-, recogieron en sus teorías la noción de jerarquía sexual, radicando el poder en los varones, al tiempo que se mostraban favorables a restringir las posibilidades de acceso de las mujeres a posiciones de poder político y económico según la posición social del padre o marido¹⁹. A partir de los postulados de estos filósofos, “*surge una concepción de lo humano que opone masculino/femenino en una relación polar y excluyente. Lo humano hombre, conformado por cuerpo/alma-razón y finalmente cultura, no incorpora a la mujer, constituida desde el binomio cuerpo/emoción, naturaleza. [...] El género masculino, al ser considerado el parámetro de lo humano, da lugar a un sistema de dominación regido por la oposición jerarquizada masculino/femenino*”²⁰.

En el plano jurídico, en tanto, los movimientos de la constitucionalización y de la codificación de derechos vinieron a cerrar el círculo de legitimación del poder de los varones²¹.

En el contexto histórico antes descrito, y como una respuesta tanto a la posición de inferioridad de la mujer en relación al varón, en esta jerarquía dada por lo masculino/femenino, como a la exclusión de las mujeres respecto de las promesas de igualdad y libertad propugnadas durante la Ilustración, surge el feminismo, que en su origen es vindicativo²². En suma, y tal como lo plantea la filósofa española **Amelia Valcárcel**, el feminismo es un hijo no deseado de la Ilustración, puesto que “*implicaba la subversión de un orden que muy pocos querían ver producirse. Parecía amenazar a los mismos pilares de la nueva respetabilidad burguesa. La negativa a aceptar la estirpe, de la que provenía el*

¹⁹ **Ibídem**, p. 18.

²⁰ **Ibídem**, p. 23.

²¹ **Ibídem**, p. 39.

²² **Fries, Lorena; y Lacrampette, Nicole**: “Feminismos, Género y Derecho”. En: *Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica*. Universidad de Chile; Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos. Año 2014. P. 33.

*orden de privilegio de la nobleza de sangre, implicaba una nueva forma de familia en la que la jerarquía sexual era básica. Ello entrañaba redefinir los nuevos papeles masculinos y femeninos*²³.

Coincide con ella la filósofa española **Celia Amorós**, quien señala que *“el feminismo como cuerpo coherente de vindicaciones sólo pudo articularse teóricamente [...] a partir de las premisas ilustradas, radicalizando los discursos de este nuevo conspectoo [sic]. En segundo lugar, por su misma génesis, el feminismo se constituye en una perspectiva privilegiada sobre la Ilustración. La ve, precisamente, desde su sesgo más complejo y paradójico, al poder captar a la vez el juego lógico-ideológico de la nueva concepción de la universalidad en uno de sus aspectos más críticos y los puntos ciegos que impiden el libre desenvolvimiento de sus implicaciones*²⁴.

Celia Amorós identifica como la primera vindicación feminista la publicación en el año 1673 de la obra *“De l’egalité des deux sexes”*, del sacerdote y filósofo cartesiano **François Poullain de la Barre**, en el cual este, valiéndose del método cartesiano, se pronuncia en favor de los derechos de las mujeres, de que estas puedan ejercer en el sacerdocio, en la judicatura, en el poder político, en las cátedras universitarias, y en los altos cargos del ejército. Asimismo, Poullain de la Barre se manifestó en contra del prejuicio, del argumento basado en la autoridad, de la costumbre y de la tradición; todo lo anterior, basado en una educación totalmente igualitaria²⁵.

Más tarde –y también durante el contexto de la Ilustración–, surge como un reclamo a la exclusión de las mujeres respecto de la igualdad y libertad enaltecidas por la Ilustración una obra considerada como fundante del feminismo: Me refiero a *“Vindicación de los derechos de la mujer”*, cuya autora

²³ **Valcárcel, Amelia**: “La memoria colectiva y los retos del feminismo”. Op. Cit. P. 12.

²⁴ **Amorós, Celia**: “El Feminismo: Senda no transitada de la Ilustración”. Revista Isegoría, N° 1, España, año 1990. P. 139.

²⁵ **Ibidem**, p. 140.

es la intelectual inglesa **Mary Wollstoncraft**. En esta obra, Wollstoncraft critica la posición de inferioridad de las mujeres respecto de los hombres en la sociedad, y aboga por la igualdad en la educación de estos y aquellas, sosteniendo, entre otras cosas, su *“profunda convicción de que la educación descuidada de mis compañeras es la gran fuente de desgracias que deploro, así como de que a las mujeres, en particular, se las hace débiles y desgraciadas por una variedad de causas concurrentes y precipitadas. El comportamiento y la forma de ser de las mujeres, de hecho, prueban con claridad que sus mentes no se encuentran en un estado saludable [...] Atribuyo una de las causas de esta floración estéril a un sistema de educación falso, tomado de los libros que sobre el tema han escrito hombres que, al considerar a las mujeres más como tales que como criaturas humanas, se han afanado más en hacer de ellas damas seductoras que esposas afectuosas y madres racionales. El entendimiento del sexo ha sido embaucado hasta tal punto por este homenaje engañoso que las mujeres civilizadas del presente siglo, con unas pocas excepciones, sólo ansían inspirar amor, cuando debieran albergar una ambición más noble y exigir respeto por sus capacidades y virtudes [...] Soy consciente de una inferencia obvia: he oído exclamaciones contra las mujeres masculinas provenientes de todas partes, pero ¿dónde se encuentran? Si con esta denominación los hombres quieren arremeter contra su pasión por la caza, el tiro y el juego, me uniré de la forma más cordial al clamor; pero si es en contra de la imitación de las virtudes masculinas o, hablando con mayor propiedad, del logro de aquellos talentos y virtudes cuyo ejercicio ennoblece el carácter humano, y eleva a las mujeres en la escala de los seres animales, cuando comprensivamente se les califica de humanidad, creo que todos aquellos que las observan con una mirada filosófica tienen que desear conmigo que se vuelvan cada día más masculinas”*²⁶.

²⁶ **Wollstoncraft, Mary**: “Vindicación de los derechos de la mujer”. Taurus Great Ideas,

Otra voz que se alzó por esos años para reclamar por la desmejorada posición de la mujer fue la francesa **Olympe de Gouges**. Su obra más conocida es su "Declaración de los derechos de la mujer y de la ciudadana", escrita en el año 1791.

En esta obra, de Gouges parafraseó la "*Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*" –proclamada en Francia luego de la revolución del año 1789-, con el fin de incluir a las mujeres dentro del catálogo de derechos consagrados en esta. Así, por ejemplo, proclamó en su "*Declaración...*", entre otras cosas, que la mujer nace libre y permanece igual al hombre en derechos; que todas las ciudadanas y los ciudadanos deben participar en la formación de la ley, la cual debe ser la misma para todos; y que hombres y mujeres son iguales ante la ley, razón por la cual tanto mujeres como hombres deben ser admitidos a todas las dignidades, puestos y empleos públicos²⁷.

Postulados como los de Wollstoncraft y de de Gouges, no obstante, fueron la excepción antes que la regla. Lo que finalmente prevaleció fue "*la perspectiva más misógina de la Ilustración. Si bien en este periodo se consiguió abolir el privilegio por la sangre, que establecía un determinado orden de cosas y jerarquías sociales inmutables, no todo podía reformarse, pues era necesario mantener un cierto orden social que sustentara los nuevos modelos políticos. Y lo que se mantiene y reafirma es la jerarquía sexual básica: familia y Estado delimitan las dos esferas separadas de lo privado-doméstico y lo público-político, en torno a las cuales se construyen y consolidan los Estados liberales*"²⁸.

De este modo concluyó la primera ola feminista, dando lugar a una segunda ola feminista durante el siglo XIX, la cual surge como reacción al

año 2012. Pp.7-9.

²⁷ **Fries, Lorena; y Lacrampette, Nicole:** "Feminismos, Género y Derecho". Op. Cit., p. 37.

²⁸ **Ibidem**, p. 38.

“monumental edificio de la misoginia romántica: toda una manera de pensar el mundo cuyo único referente es la conceptualización rousseauiana y que tuvo como fin reargumentar la exclusión de las mujeres, una vez superadas las justificaciones religiosas de la inferioridad femenina, que habían perdido validez con la Ilustración”²⁹.

Esta segunda ola feminista se concentró en la obtención de derechos civiles y políticos para las mujeres, y tiene como principal hito el surgimiento en Inglaterra y Estados Unidos del movimiento sufragista, el cual a su vez tiene su origen en el movimiento abolicionista de la esclavitud en Estados Unidos³⁰.

No ahondaré en la segunda ola feminista, puesto que para estos efectos, la discusión más importante se dio a partir de una obra que es considerada fundamental en el feminismo, y que algunos consideran que marcó el término de esta segunda ola: Me refiero a *“El segundo sexo”*, de **Simone de Beauvoir**.

Cuando Simone de Beauvoir escribió “El segundo sexo” tenía 41 años, era una académica reconocida en el ámbito de la filosofía y de la literatura, y no se consideraba feminista³¹. En esta obra –que se enmarca dentro de la filosofía existencialista–, de Beauvoir reflexiona acerca de qué es una mujer, qué ha significado para ella ser mujer, y en qué afecta a la existencia de las mujeres el ser mujer. Así, por ejemplo, plantea: ***“¿Qué es una mujer? “Totta mulier in utero: es una matriz”, dice uno. Sin embargo, hablando de ciertas mujeres, los conoedores decretan: “No son mujeres”, pese a que tengan útero como las otras. Todo el mundo está de acuerdo en reconocer que en la especie humana hay hembras; constituyen hoy, como antaño, la mitad, aproximadamente, de la Humanidad; y sin embargo, se nos dice que “la feminidad está en peligro”; se nos exhorta: “Sed mujeres, seguid siendo***

²⁹ **Ibíd.**, p. 38.

³⁰ **Varela, Nuria**: “Feminismo para principiantes”. Ediciones deBolsillo, Barcelona, año 2008. P. 35.

³¹ **Ibíd.**, p. 66.

mujeres, convertíos en mujeres”. Así pues, todo ser humano hembra no es necesariamente una mujer; tiene que participar de esa realidad misteriosa y amenazada que es la feminidad. Esta feminidad, ¿la secretan los ovarios? ¿O está fijada en el fondo de un cielo platónico? ¿Basta el frou-frou de una falda para hacer que descienda a la Tierra? Aunque ciertas mujeres se esfuerzan celosamente en encarnarla, jamás se ha encontrado el modelo. Se la describe de buen grado en términos vagos y espejeantes que parecen tomados del vocabulario de los videntes. En tiempos de Santo Tomás, aparecía como una esencia tan firmemente definida como la virtud adormecedora de la adormidera. Pero el conceptualismo ha perdido terreno: las ciencias biológicas y sociales ya no creen en la existencia de entidades inmutablemente fijas que definirían caracteres determinados, tales como los de la mujer, el judío o el negro; consideran el carácter como una reacción secundaria ante una situación. Si ya no hay feminidad, es que no la ha habido nunca. ¿Significa que la palabra “mujer” carece de contenido?”³².

Con el fin de responder las interrogantes acerca de qué es una mujer, y en qué consiste la feminidad, de Beauvoir analiza la formación que reciben las mujeres, y reflexiona, entre otros temas, acerca de la educación que reciben niños y niñas durante la infancia. Es este punto donde plantea lo que se considera su mayor aporte a la teoría feminista y a la construcción del concepto de “género”³³: **“No se nace mujer, se llega a serlo. Ningún destino biológico, psíquico o económico define la figura que reviste en el seno de la sociedad la hembra humana; es el conjunto de la civilización el que elabora ese producto intermedio entre el macho y el castrado al que se califica de**

³² De Beauvoir, Simone: “El segundo sexo”. Novena edición en español, Random House Editores. Buenos Aires, 2013. Pp. 15-16.

³³ Fries, Lorena; y Lacrampette, Nicole: “Feminismos, Género y Derecho”. Op. Cit., p. 45.

*femenino. Únicamente la mediación de otro puede constituir a un individuo como un Otro*³⁴.

Como es posible advertir, en el pensamiento de de Beauvoir se advierte una distinción entre las características biológicas que diferencian al macho de la hembra humana, y las características y roles que la sociedad imponen a uno y a otra, lo que hace que devengan en hombre y mujer, planteamiento que, como se verá más adelante, resultó vital en la construcción del concepto de género.

“El segundo sexo” se escribió en una época en que el feminismo estaba desarticulado, luego de que progresivamente las mujeres fueron adquiriendo el derecho a voto en distintos países. Por esa razón, se duda aún si esta obra debe ser considerada el “*colofón del sufragismo o como pionera de la tercera ola del feminismo*”³⁵. No obstante, hay dos hitos que sí se consideran indubitadamente parte de la tercera ola feminista: Uno de ellos es la publicación en el año 1963 del ensayo “*La mística de la feminidad*”, escrito por **Betty Friedan**. El segundo hito en cuestión es el surgimiento durante la década de los sesenta del siglo XX del *movimiento de defensa de los derechos civiles en Estados Unidos*, en el seno de los cuales surgieron otros movimientos que buscaban demandar derechos para grupos que por distintos motivos eran más vulnerables, tales como la población afroamericana, las minorías sexuales, los campesinos de origen migrante, y las mujeres³⁶.

Ambos hitos tienen como trasfondo el Estados Unidos posterior a la segunda guerra mundial. Con el cese del conflicto, las tropas regresaron a ese país, y los hombres que hasta entonces habían prestado servicios en el ejército estadounidense, retornaron al mercado laboral, hecho que tuvo como consecuencia el desplazamiento de las mujeres desde el trabajo formal hacia la

³⁴ De Beauvoir, Simone: “El segundo sexo”. Op. Cit. P. 207.

³⁵ Varela, Nuria. “Feminismo para principiantes”. Op. Cit. P. 67.

³⁶ *Ibidem*, p. 67.

esfera doméstica. Es en ese contexto que se publica en el año 1963 “La mística de la feminidad”, obra en la cual Betty Friedan reflexiona acerca del malestar que presentaban las mujeres estadounidenses de clase media, al cual ella se refiere como “*el problema que no tiene nombre*”, problema al que ella nombra “*la mística de la feminidad*”.

Friedan describe de la siguiente manera ese problema que, hasta entonces, no había sido nombrado: “*El problema yace ahí, silenciado, por muchos años en las mentes de las mujeres estadounidenses. Era un sentimiento extraño, una sensación de insatisfacción, un anhelo que las mujeres sufrieron en la mitad del siglo veinte, en los Estados Unidos. Cuando hacían las camas, cuando hacían las compras, mientras comían sándwiches de mantequilla de maní con sus hijos, mientras yacían al lado de sus maridos en las noches, temían incluso preguntarse en silencio, “¿acaso esto es todo?”. Por más de quince años, no ha habido palabras para referirse a este anhelo, dentro de los millones de palabras que se han escrito acerca de las mujeres, para mujeres, por expertos que dicen a las mujeres que su rol es buscar satisfacción como esposas y madres. Una y otras vez las mujeres escucharon voces de tradición y de sofisticación freudiana que ellas no podían desear mejor destino que la gloria de su propia feminidad. Los expertos les dijeron cómo atrapar a un hombre y conservarlo, cómo amamantar a un niño y enseñarle a ocupar el baño, cómo manejar la rivalidad entre hermanos y la rebeldía adolescente; cómo elegir un lavavajillas, hornear pan, cocinar caracoles; cómo vestirse, cómo mirar y lucir más femenina y hacer el matrimonio más excitante; cómo prevenir que sus maridos mueran jóvenes, y que sus hijos se conviertan en delincuentes. Les enseñaron a sentir lástima de las mujeres neuróticas, de las que no son femeninas, de esas infelices mujeres que desean ser poetas o físicas o presidentas. Aprendieron que las mujeres verdaderamente femeninas no desean una carrera, ni una mayor educación, ni derechos políticos; la independencia y las oportunidades que las anticuadas feministas buscaban.*”

*Algunas mujeres, en sus cuarentas o cincuentas, aún recuerdan con dolor haber renunciado a esos sueños, pero la mayoría de las mujeres más jóvenes ni siquiera piensan ya en eso. Miles de voces expertas aplauden su feminidad, su adaptación, su nueva madurez. Todo lo que tuvieron que hacer fue dedicar sus vidas desde su juventud a encontrar un marido y a criar hijos*³⁷.

Betty Friedan reconoce haber sentido ese malestar, y afirma que no es la única que lo sintió, pero que el hecho de que nadie hable abiertamente del tema creaba la impresión de que este en verdad no existía, lo cual a su vez provocaba que las mujeres no se atrevieran a compartir su sentimiento de insatisfacción. Así, *“palabras como «carrera» y «emancipación» sonaban extrañas y embarazosas; nadie las pronunció por años. Cuando una francesa llamada Simone de Beauvoir escribió un libro llamado El Segundo Sexo, un crítico estadounidense comentó que «obviamente ella no sabe de qué se trata la vida», y además, estaba hablando de las mujeres francesas. El «problema de la mujer» no existe en Estados Unidos. Si una mujer tenía un problema durante las décadas de los cincuenta y sesenta, sabía que algo andaría mal con su matrimonio, o con ella misma. Otras mujeres están satisfechas con sus vidas, pensaba. Estaba tan avergonzada de admitir su insatisfacción, que nunca se enteró de cuántas otras mujeres compartían ese sentir. Si le contaba a su marido, él no sabría de qué le estaba hablando. Ni siquiera ella lo entendía. Ni siquiera los psicoanalistas tienen un nombre para ello*³⁸.

De este modo, Betty Friedan comienza a cuestionar la imposición de los roles de esposa y ama de casa a las mujeres estadounidenses, a costa, en muchos casos, de sus propios sueños de educación y de una carrera. No sólo se les impone esos roles: Señala Friedan que a las mujeres se les exige además que sea a través de esos roles que den sentido a sus vidas, causando

³⁷ **Friedan, Betty:** “The Feminine Mystique”. W.W. Norton & Company, Inc. Nueva York, 1963. Pp. 15-16.

³⁸ **Ibidem**, pp. 18-19.

sentimientos de culpa y frustración en aquellas mujeres que, pese a dedicarse a sus maridos e hijos -según lo esperado socialmente de ellas-, no encontraban en esas tareas la satisfacción personal, sino que por el contrario, derechamente se sentían infelices a causa de no encontrar satisfacción en sus labores de esposa y madre. A esa exaltación de los roles de madre y esposa, sin contemplación de más alternativas para las mujeres, Betty Friedan le denominó “*la mística de la feminidad*”, marcando un hito en la historia de las reflexiones acerca de la posición de las mujeres en la sociedad, y las relaciones entre hombres y mujeres.

Señalaba anteriormente al movimiento por la defensa de los derechos civiles surgido en la década de los sesenta en Estados Unidos como uno de los momentos clave de esta tercera ola feminista, y los son puesto que a partir de este movimiento, surgieron otros, los cuales influyeron en corrientes académicas e intelectuales en el campo de la historia, las relaciones internacionales y la ciencia política, al tiempo que la emergencia de la conciencia de la identidad de ciertos grupos dio origen al desarrollo de diversos centros de estudios en las universidades, los cuales en muchos casos fueron producto de las luchas estudiantiles que tuvieron lugar también durante los años sesenta³⁹. Es en este contexto que surgen los “**estudios de la mujer**” o “**estudios de las mujeres**”⁴⁰ luego de que las militantes de los movimientos de mujeres surgidos en esta época detectasen que en las disciplinas sociales y humanas no había información suficiente que diera cuenta de la subordinación de las mujeres a los hombres; que los cuerpos teóricos, o bien no abordaban la desigualdad entre unas y otros, o bien la justificaban; que no había una historia

³⁹ **De los Ríos, Patricia:** “Los movimientos sociales de los años sesentas en Estados Unidos: un legado contradictorio”. Sociológica, Universidad Autónoma Metropolitana de México. Año 1, Número 38. 1968. Significados y efectos sociales Septiembre – diciembre de 1998. P.4.

⁴⁰ **Fries, Lorena; y Lacramette, Nicole:** “Feminismos, Género y Derecho”. Op. Cit., p. 57.

que tratara el origen y desarrollo de la dominación y predominio de los varones sobre las mujeres⁴¹.

Es en el seno de estos estudios que comienzan a elaborarse diversas teorías acerca del género, a las cuales me referiré a continuación.

2.- Incorporación y desarrollo del concepto de género a las ciencias sociales.

De acuerdo a la Real Academia Española de la Lengua, la palabra género tiene los siguientes significados:

- Conjunto de seres que tienen uno o varios caracteres comunes.
- Clase o tipo a que pertenecen personas o cosas.
- Grupo al que pertenecen los seres humanos de cada sexo, entendido este desde un punto de vista sociocultural en lugar de exclusivamente biológico.
- En el comercio, mercancía.
- Tela o tejido.
- En las artes, sobre todo en la literatura, cada una de las distintas categorías o clases en que se pueden ordenar las obras según rasgos comunes de forma y de contenido.
- Taxón que agrupa a especies que comparten ciertos caracteres.
- Categoría gramatical inherente en sustantivos y pronombres, codificada a través de la concordancia en otras clases de palabras

⁴¹ **De Barbieri, Teresita:** "Sobre La Categoría Género. Una Introducción Teórico-Metodológica". Revista "Debates en Sociología", Departamento de Ciencias Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Perú. Número 18 (1993). P. 145.

y que en pronombres y sustantivos animados puede expresar sexo.

Como es posible advertir, uno de los significados que la RAE reconoce a la palabra género dice relación con el grupo al que pertenecen los seres humanos de cada sexo, desde el punto de vista sociocultural, y en este sentido, se deduce que se trataría de un atributo personal. Este significado de la palabra género fue acuñado a mediados del siglo XX, fecha a la cual el vocablo género era utilizado solamente en estudios lingüísticos, y era considerado un atributo solamente respecto de sustantivos, adjetivos, artículos y pronombres, pero no de la persona⁴².

En efecto, en el año 1955 el sexólogo estadounidense **John Money** utilizó el término "*género*", para nombrar el "*sexo psicológico*", referido a los procesos de construcción de roles de género, desde lo femenino y lo masculino, en lo que es considerado el primer uso de la palabra "*género*" como atributo personal⁴³.

Money era en ese entonces un estudiante de doctorado en la universidad de Harvard. En el marco de sus investigaciones sobre sicología y sexualidad de hermafroditas, comenzó a cuestionarse la naturaleza univariada de la variable "sexo"⁴⁴. Sus reflexiones lo llevaron a la conclusión de que la palabra "sexo", en su acepción usual, no servía para comprender y explicar los casos en que una persona, por una alteración genética, cromosómica, hormonal y/o gonadal, presentaba características físicas tanto masculinas como femeninas. De este

⁴² **García-Mine, Ana María**: "Desarrollo del género en la feminidad y en la masculinidad". Narcea Ediciones, Madrid, año 2010. P.21.

⁴³ **Fondimare, Elsa**: "Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination", La Revue des droits de l'homme [En línea], 5 | 2014, mis en ligne le 20 mai 2014. P. 3.

⁴⁴ **García-Mine, Ana María**: "Desarrollo del género en la feminidad y en la masculinidad". Op. Cit. P. 22.

modo, y necesitado de un término que denominara adecuadamente esa situación, optó por el nombre “*roles de género*” –“*gender role*”-, concepto referido a “*todo cuanto una persona dice o hace para indicar a los demás o a sí misma el grado en que es niño o varón, o niña o mujer respectivamente. Se incluye aunque no se restringe el sentido erótico de la sexualidad*”⁴⁵.

La palabra género en el sentido atribuido por Money, volvería a ser utilizada de manera similar en el año 1968 por el siquiatra estadounidense **Robert Stoller**, en su libro “*Sex and Gender*” -esto es, “Sexo y Género”-, en el cual analizaba la transexualidad. En esa obra, Stoller postuló que el género se refiere a “*grandes áreas de la conducta humana, sentimientos, pensamientos y fantasías que se relacionan con los sexos pero que no tienen una base biológica*”⁴⁶. En efecto, este siquiatra plantea la distinción entre género y sexo: este último término nombraría a los componentes biológicos que distinguen al macho de la hembra y que engloba los cromosomas, las gónadas, el estado hormonal, el aparato genital externo y el aparato sexual interno, las características sexuales secundarias y la organización cerebral. En cambio, el término *género* nombraría el ámbito psicológico de la sexualidad, que abarca los sentimientos, roles, pensamientos, actitudes, tendencias y fantasías que, aun hallándose ligados al sexo, no dependen de factores biológicos. De este modo, para Stoller, el género alude a la masculinidad y la feminidad en un sentido no anatómico, sino psicológico y cultural⁴⁷.

La distinción entre sexo y género, elaborada por Money y por Stoller, fue introducido en el año 1972 en el tratado “*Sexo, Género y Sociedad*” por la socióloga británica **Ann Oakley**, en el marco de los antes mencionados

⁴⁵ **Ibíd.**, p. 24.

⁴⁶ **Facio, Alda, y Fries, Lorena**: “Género y Derecho”. En: “Género y Derecho”. Editorial LOM, Santiago, año 2000. P. 14.

⁴⁷ **García-Mine, Ana María**: “Desarrollo del género en la feminidad y en la masculinidad”. Op. Cit. P. 35.

“estudios de la mujer”. En ese obra, Oakley sostuvo que *“todas las sociedades utilizan el sexo biológico como criterio para la atribución de género, pero tras este simple punto de partida no existen culturas que estén completamente de acuerdo sobre lo que diferencia a un género de otro”*⁴⁸. Desde entonces, la distinción entre sexo y género fue utilizada por las feministas de como una categoría válida para explicar la jerarquía sexual como una construcción social⁴⁹, y fue desarrollándose desde distintas ramas de las ciencias sociales.

Después de Ann Oakley, la siguiente en incorporar la distinción entre sexo y género en las ciencias sociales fue la antropóloga cultural estadounidense **Gayle Rubin**, quien en el año 1975, en su ensayo *“El tráfico de mujeres”*, analizó el género desde una perspectiva histórica, tomando como punto de partida los postulados de Karl Marx, Friedrich Engels, Claude Lévi-Strauss, Jacques Lacan y Sigmund Freud. Con esa base, plantea la existencia de un *“sistema de sexo/género”*, el cual consiste en *“el conjunto de disposiciones por el que una sociedad transforma la sexualidad biológica en productos de la actividad humana, y en el cual se satisfacen esas necesidades humanas transformadas”*⁵⁰. En este sistema, *“la opresión no es inevitable, sino que es producto de las relaciones sociales específicas que lo organizan”*⁵¹.

En relación al género, Rubin afirma que este **“es una división de los sexos socialmente impuesta. Es un producto de las relaciones sociales de sexualidad. Los sistemas sociales de parentesco se basan en el matrimonio; por lo tanto, transforman a «machos» y «hembras» en «hombres» y «mujeres», cada uno una mitad incompleta que solo puede sentirse entera cuando se une**

⁴⁸ Citada en: **Stolke, Verena**: “La mujer es puro cuento: la cultura del género”. Estudios Feministas, Florianópolis, 12(2): 264, maio-agosto/2004, p. 89.

⁴⁹ **Fries, Lorena; y De la Crampette, Nicole**: “Feminismos, Género y Derecho”. Op. Cit. P.59.

⁵⁰ **Rubin, Gayle**: “El tráfico de mujeres: notas sobre la “economía política” del sexo”. Nueva Antropología, vol. VIII, núm. 30, noviembre, 1986, pp. 95-145 Asociación Nueva Antropología A.C. Distrito Federal, México. P. 97.

⁵¹ **Ibidem**, p. 105.

con la otra. Desde luego, los hombres y las mujeres son diferentes. Pero no son tan diferentes como el día y la noche, la tierra y el cielo, el ying y el yang, la vida y la muerte. En realidad, desde el punto de vista de la naturaleza, hombres y mujeres están más cerca del otro que cada uno de ellos de cualquier otra cosa. [...] La idea de que los hombres y mujeres son dos categorías mutuamente excluyentes debe surgir de otra cosa que una inexistente «oposición natural». Lejos de ser una expresión de diferencias naturales, la identidad de género exclusiva es la supresión de semejanzas naturales. Requiere represión: en los hombres, de cualquiera que sea la versión local de rasgos «femeninos»; en las mujeres, de la versión local de los rasgos «masculinos». La división de los sexos tiene el efecto de reprimir algunas de las características de personalidad de prácticamente todo, hombres y mujeres. El mismo sistema social que oprime a las mujeres en sus relaciones de intercambio, oprime a todos en su insistencia en una división rígida de la personalidad»⁵². Por otro lado, el género –prosigue–, tiene por fin además dirigir el deseo sexual hacia el otro sexo: “La división sexual del trabajo está implícita en los dos aspectos del género: macho y hembra los crea, y los crea heterosexuales. La supresión del componente homosexual de la sexualidad humana, y su corolario, la opresión de los homosexuales, es por consiguiente un producto del mismo sistema”.⁵³

El trabajo de Rubin, si bien ha servido de base para desarrollos posteriores en el área del género y la búsqueda del origen de la jerarquía sexual, ha sido también criticado “*por basarse en la dicotomía naturaleza/cultura, ubicando al sexo en la primera categoría y al género en la segunda, de manera tal que el sexo aparece como un elemento estático e invariable, en circunstancias que otras teóricas han hecho notar que la base biológica del género (el sexo) es siempre culturalmente experimentada.*

⁵² **Ibidem**, pp. 114-115.

⁵³ **Ibidem**, p. 115.

*Quienes afirman esta postura prefieren hablar de relaciones de género en lugar del sistema de sexo/género, enfatizando el carácter relacional del concepto*⁵⁴.

Otro hito en los estudios sobre la relación sexo/género se considera el artículo publicado por la historiadora estadounidense **Joan Wallach Scott**, denominado precisamente *“Género: Una categoría útil en el análisis histórico”*⁵⁵. En este artículo, esta historiadora plantea que el género es, por un lado, un elemento constitutivo de relaciones sociales que se basa en las diferencias entre sexos, y por otro, una forma de significar las relaciones de poder⁵⁶.

Como elemento constitutivo de las relaciones sociales, el género se compone a su vez, según esta historiadora, de cuatro elementos interrelacionados⁵⁷: En primer lugar, símbolos culturales que evocan múltiples, y a veces, contradictorias representaciones, pero también representan mitos basados en opuestos tales como luz-oscuridad, o pureza-suciedad. Un ejemplo de este simbolismo son las figuras de Eva y de María en la tradición judeocristiana.

Un segundo elemento son los conceptos normativos que establecen interpretaciones de los significados de esos símbolos, que intentan limitar y contener sus posibilidades metafóricas. Estos conceptos se aplican en diversas doctrinas legales, científicas, religiosas y educacionales, y típicamente adoptan la forma de estructuras fijas binarias que de manera categórica e inequívoca afirman los significados de masculino y femenino; macho y hembra.

⁵⁴ **Fries, Lorena; y De la Crampette, Nicole:** “Feminismos, Género y Derecho”. Op. Cit. P. 61.

⁵⁵ **Lamas, Marta:** “Género, diferencia de sexo y diferencia sexual”. En: ¿Género?, Debate Feminista, Año 10, Vol. 20, México, edición de octubre de 1999. Página 4.

⁵⁶ **Scott, Joan Wallach:** “Gender: A Useful Category of Historical Analysis”. The American Historical Review, Vol. 91, No. 5. (Dec., 1986). P. 1.067.

⁵⁷ **Ibidem**, pp. 1.067-1.068.

El tercer elemento está dado por la represión o negativa al surgimiento de otras alternativas, fuera de esas estructuras binarias, lo cual, en ocasiones, da pie a enfrentamientos. La posición que surja como dominante a partir de estos enfrentamientos es la que se establecerá como la única posible. La historia subsecuente, señala Wallach Scott, se escribirá como si estas normas fueran producto de un consenso social, antes que materia de conflictos.

El cuarto aspecto constitutivo del género es la identidad subjetiva. Al respecto, Scott sugiere que los historiadores examinen las formas en que las identidades de género son sustantivamente construidas, y relacionen sus hallazgos con distintas actividades, organizaciones sociales, y representaciones culturales históricamente específicas. Al respecto, señala que los mejores esfuerzos que han hecho los historiadores respecto de esta materia han sido las biografías.

Mencioné anteriormente que para Scott, el género es además una forma de significar el poder. Más aún, ***“sería mejor decir que el género es un campo primario dentro del cual o mediante el cual se articula el poder. El género no es solo campo, sino que parece haber sido una forma persistente y recurrente de permitir la significación del poder en Occidente, tanto en las tradiciones judeocristianas como islámicas. Establecido como un conjunto objetivo de referencias, los conceptos de género estructuran la percepción, así como la organización concreta y simbólica de toda la vida social. En la medida en que estas referencias establecen distribuciones de poder (diferente control o acceso a recursos materiales y simbólicos), el género se ve implicado en la concepción y la construcción del poder en sí mismo”***⁵⁸.

También durante la década de los ochenta, destacó en materia del análisis del sexo y género la jurista estadounidense **Catharine Mackinnon**.

⁵⁸ **Ibidem**, p. 1.069.

Esta, en su obra *“Feminismo Inmodificado”*, publicada en el año 1987, afirma que **“el género es una desigualdad de poder, un estatus social basado en quién tiene permitido hacer qué a quién. Sólo por derivación es una diferencia [...] Las diferencias que atribuimos al sexo son líneas que traza la desigualdad, no una base para esta”**⁵⁹.

Más tarde, en el año 1989, Mackinnon publicó su obra *“Hacia una teoría feminista del Estado”*, en la cual analiza el modo en que el poder social moldea las relaciones entre hombres y mujeres, valiéndose del marxismo para su análisis, por cuanto considera que este *“es la tradición teórica contemporánea que –independiente de sus limitaciones-, confronta el dominio social organizado, lo analiza en términos más dinámicos que estáticos, identifica las formas sociales que sistemáticamente dan forma a los imperativos sociales, y trata de explicar la libertad humana dentro de la historia y frente a esta. Confronta la clase, que es real. Ofrece al mismo tiempo una crítica de la inevitabilidad y la coherencia interna de la injusticia social y una teoría de la necesidad y de las posibilidades de cambio”*⁶⁰. De este modo, con base en el marxismo, Mackinnon postula que *“la formación, dirección y expresión de la sexualidad organizan la sociedad en dos sexos: mujeres y hombres. Esta división se encuentra en la totalidad de las relaciones sociales. La sexualidad es el proceso social por el que se crean, organizan, expresan y dirigen las relaciones sociales de género, creando los seres sociales a los que llamamos mujeres y hombres, a medida que sus relaciones crean la sociedad. [...] Igual que la expropiación organizada del trabajo de algunos en beneficio de otros define una clase, la de los trabajadores, la expropiación organizada del trabajo de algunos en beneficio de otros define un sexo, la mujer. La heterosexualidad es su estructura social; el deseo, su dinámica interna; el género y la familia, sus*

⁵⁹ **Mackinnon, Catharine:** “Feminismo inmodificado. Discursos sobre la vida y el derecho”. Siglo Veintiuno Editores, Argentina, 2014. Pp. 23-24.

⁶⁰ **Mackinnon, Catharine:** “Hacia una teoría feminista del Estado”. Ediciones Cátedra Universitat de Valencia. Instituto de la Mujer. España, 1989. P. 12.

*formas quietas; los roles sexuales, sus cualidades generalizadas en la persona social; la reproducción, una consecuencia, y el control, su lucha*⁶¹.

Otra intelectual que destacó en esta época en torno a sus reflexiones sobre el género es la filósofa **Judith Butler**, quien abordó el tema por primera vez en el año 1986, en su célebre ensayo “*Sex and Gender in Simone de Beauvoir’s Second Sex*”. Como es de suponer, en este ensayo Butler analiza la famosa obra de Simone de Beauvoir, y utiliza como punto de partida la frase que anteriormente mencioné como el gran aporte de la intelectual francesa al feminismo: “*Ser mujer no se nace, se llega a serlo*”. Al respecto, Butler reflexiona acerca de los mecanismos a través de los cuales una mujer llega a ser una mujer en el pensamiento de Simone de Beauvoir y, más ampliamente, de qué forma se convierte una persona en un determinado género-. Según Butler, para Simone de Beauvoir el género no es solo una construcción cultural impuesta a la identidad, sino que, en cierto sentido, el género es un proceso de construcción de nosotros mismos, a través de un proceso volitivo⁶². Es precisamente esto último lo que ella considera la gran fortaleza del pensamiento de de Beauvoir: El hecho de que esta concibe el género de una manera que desafía el statu quo cultural, ya que “*convertirse*” en un género implica una elección, un acto de autonomía que se ejecuta sobre el cuerpo, el cual toma se configura como un campo de posibilidades culturales⁶³. De este modo, “*convertirse en un género es un proceso impulsivo pero consciente de interpretar una realidad cultural cargada de sanciones, tabúes y prescripciones. La elección de asumir un cierto tipo de cuerpo, vivir o usar el propio cuerpo de cierta manera, implica un mundo de estilos corporales ya establecidos. Elegir un género es interpretar las normas de género*

⁶¹ **Ibidem**, pp. 23-24.

⁶² **Butler, Judith**: “Sex and Gender in Simone de Beauvoir’s Second Sex”. Yale French Studies, N° 72, Simone de Beauvoir: Witness to a Century. (1986), p. 36.

⁶³ **Ibidem**, pp. 48-49.

recibidas de una manera que las organice de nuevo⁶⁴. Así, con base en el pensamiento de de Beauvoir, Butler concluye que tanto el sexo como el género se construyen desde la cultura: *“revelando el cuerpo natural como ya vestido, y la superficie de la naturaleza como una invención cultural, Simone de Beauvoir nos da una comprensión potencialmente radical del género. Su visión del cuerpo como un campo de posibilidades culturales hace que parte del trabajo de remodelar la cultura sea tan mundano como lo es nuestro cuerpo”*.

Cuatro años más tarde, en su famoso ensayo *“El Género en Disputa”*, Butler volvió a referirse a *“El Segundo Sexo”*, y al hacerlo, ahonda en la construcción cultural del “sexo”: ***“de Beauvoir sostiene rotundamente que una “llega a ser” mujer, pero siempre bajo la obligación cultural de hacerlo. Y es evidente que esa obligación cultural no la crea el “sexo”. En su estudio no hay nada que asegure que la “persona” que se convierte en mujer sea obligatoriamente del sexo femenino. Si “el cuerpo es una situación”, como afirma, no se puede aludir a un cuerpo que no haya sido desde siempre interpretado mediante significados culturales; por tanto, el sexo podría no cumplir los requisitos de una facticidad anatómica prediscursiva. De hecho, [...] el sexo, por definición, siempre ha sido género. La polémica surgida respecto al significado de construcción parece desmoronarse con la polaridad filosófica convencional entre libre albedrío y determinismo. En consecuencia, es razonable suponer que una limitación lingüística común sobre el pensamiento crea y restringe los términos del debate. Dentro de esos términos, el “cuerpo” se manifiesta como un medio pasivo sobre el cual se circunscriben los significados culturales o como el instrumento mediante el cual una voluntad apropiadora e interpretativa establece un significado cultural para sí misma. En ambos casos, el cuerpo es un mero instrumento o medio con el cual se relaciona sólo externamente un conjunto de significados culturales. Pero***

⁶⁴ **Ibidem**, P. 40.

el cuerpo es en sí una construcción, como lo son los múltiples “cuerpos” que conforman el campo de los sujetos con género. No puede afirmarse que los cuerpos posean una existencia significable antes de la marca de su género [...] El hecho de que el género o el sexo sean fijos o libres está en función de un discurso que intenta limitar el análisis o defender algunos principios del humanismo como presuposiciones para cualquier análisis de género. El lugar de lo intratable, ya sea en el “sexo” o el “género” o en el significado mismo de “construcción”, otorga un indicio de las opciones culturales que pueden o no activarse mediante un análisis más profundo. Los límites del análisis discursivo del género aceptan las posibilidades de configuraciones imaginables y realizables del género dentro de la cultura y las hacen suyas [...] Esos límites siempre se establecen dentro de los términos de un discurso cultural hegemónico basado en estructuras binarias que se manifiestan como el lenguaje de la racionalidad universal. De esta forma, se elabora la restricción dentro de lo que ese lenguaje establece como el campo imaginable del género”⁶⁵.

Mencioné anteriormente que 1972 es el año en que se incorpora la palabra “género” a las ciencias sociales, de la mano de la socióloga Ann Oakley. A Latinoamérica, la discusión al respecto llegaría en la década siguiente, y como es de esperar, se cimentó en los diversos planteamientos que hasta entonces se habían planteado en Europa y Estados Unidos respecto al sexo y al género.

Las razones por las cuales esta discusión tardó en llegar a Latinoamérica se debieron principalmente a las barreras idiomáticas, tecnológicas y políticas de la época. Ya lo advertía en sus seminarios sobre feminismo –recogidos en el libro “*Feminarios*”-, la socióloga chilena **Julieta Kirkwood**, quien es reconocida

⁶⁵ **Butler, Judith**: “El género en disputa”. El feminismo y la subversión de la identidad. Paidós Ediciones, Santiago, 2018. Pp. 57-59.

como pionera en la incorporación de Latinoamérica a la reflexión acerca del sexo y del género⁶⁶. En efecto, Kirkwood afirmaba que *“un seminario de seis sesiones sobre feminismo en cualquier parte del mundo resultaría pobre e inconcluso, por la enorme cantidad de libros, artículos, documentos que se han producido en las últimas dos décadas; y por la enorme cantidad de aspectos que deben tocarse [...] Siento decirles que el seminario será doblemente pobre en Chile porque: a) las carencias de información se multiplican; b) por la relativa novedad de los movimientos feministas; c) por el idioma en que están los trabajos teóricos”*⁶⁷.

En cuanto al género y al sexo, Kirkwood planteaba lo siguiente: **“1. Si el género tuviese cualquier base biológica-sexual, la cultura hace que ésta resulte invisible, por la infinidad de asociaciones que pueden darse entre género y sexo (la prueba antropológica). 2. En lo que respecta a la mujer podemos concluir que su género (ser hecha mujer, la feminidad tal como la conocemos) no tiene origen biológico, como no lo tiene la masculinidad. 3. Las relaciones entre sexo y género no están, en absoluto, regidas por leyes naturales, biológicas ni deterministas. 4. Si alguna relación hay entre ambos es precisamente la contraria: la cultura introduce modificaciones en la biología y hoy día los biólogos manejan el concepto de plasticidad biológica”**⁶⁸. En suma, Kirkwood concibe tanto al sexo y al género como constructos culturales.

Por esa misma década, la antropóloga mexicana **Marta Lamas** abordó la relación entre género y sexo, respecto a lo cual sostuvo que *“al existir hembras (o sea, mujeres) con características asumidas como masculinas, y machos (es decir, hombres) con características consideradas femeninas, es evidente que la*

⁶⁶ **Fries, Lorena, y Matus, Verónica:** “El derecho. Trama y Conjura patriarcal”. LOM Ediciones/La Morada, año 1999. P. 47.

⁶⁷ **Kirkwood Bañados, Julieta:** “Feminarios”. Ediciones Documentas, Santiago de Chile, 1987. Pp. 18-19.

⁶⁸ **Ibidem**, p. 37.

*biología per se no garantiza tener las características de género. No es lo mismo el sexo biológico que la identidad asignada o adquirida; si en diferentes culturas cambia lo que se considera masculino o femenino, obviamente dicha asignación es una construcción social, una interpretación social de lo biológica; **lo que hace femenina a una hembra y masculino a un macho no es pues, la biología, el sexo, pues de ser así, ni se plantearía el problema.** [...] La división en géneros, basada en la anatomía de las personas, supone además formas determinadas –frecuentemente conceptualizadas como complementarias y excluyentes-, de sentir, de actuar, de ser. Estas formas, la femenina y la masculina, se encuentran presentes en personas cuya anatomía no corresponde con el género asignado; la manera en que la cultura acepta o rechaza la no correspondencia entre sexo y género varía, existiendo algunas donde aparece un tercer género, también llamado transexual, que puede también estar más especificado en dos géneros, que corresponderían a la variante de mujer/masculina y varón/femenino, sumando así a cuatro el número de géneros posibles”⁶⁹.*

Ya en la década de los noventa del siglo XX, la socióloga uruguaya **Teresita de Barbieri** planteó, en relación al sexo y al género, que no existen ni la mujer ni el hombre, sino que existen mujeres y varones en diferentes situaciones sociales y culturales que es necesario explicitar⁷⁰. Dicho eso, plantea que “**el género es una forma de la desigualdad social, de las distancias y jerarquías que si bien tiene una dinámica propia, está articulado con otras formas de la desigualdad, las distancias y las jerarquías sociales**”⁷¹, y

⁶⁹ **Lamas, Marta:** "La antropología feminista y la categoría 'género'". Nueva antropología, N°30, México, 1986, noviembre-diciembre. P. 186.

⁷⁰ **De Barbieri, Teresita:** "Sobre La Categoría Género. Una Introducción Teórico-Metodológica". Op. Cit., p. 155.

⁷¹ **Ibidem**, p. 161.

sostiene la necesidad de analizar la categoría “género” en América Latina, en relación a la clase y la raza, esto es, un análisis interseccional⁷².

Ad portas al cambio de milenio, las juristas **Alda Facio** y **Lorena Fries** aportaron su propia visión acerca del vocablo “género”. Para ellas, este “**alude tanto al conjunto de características y comportamientos, como a los roles, funciones y valoraciones impuestas dicotómicamente a cada sexo a través de procesos de socialización. Este concepto, sin embargo, no es abstracto ni universal, en tanto se concreta en cada sociedad de acuerdo a contextos espaciales y temporales, a la vez que se redefine constantemente a la luz de otras realidades como la de clase, etnia, edad, nacionalidad, habilidad, etc. De allí que las formas en que se nos revelan los géneros en cada sociedad o grupo humano varía atendiendo a los factores de la realidad que concursan con éste**”⁷³.

Las autoras anteriormente mencionadas no fueron las únicas en utilizar el género como herramienta de análisis en sus respectivas disciplinas, pero para estos efectos, me detendré únicamente en estos aportes al esclarecimiento del género como categoría analítica de las ciencias sociales, y su relación con el sexo.

Las distintas nociones que se han atribuido al vocablo “género”, en un intento por definirlo, dan cuenta de que este en absoluto es un concepto unívoco. En efecto, es posible distinguir, por un lado, teorías acerca del género que afirman la existencia de una relación sexo-género, en la cual se atribuyen determinadas características, actitudes y aptitudes a los sexos femenino y masculino, perteneciendo a este último las características y conductas que gozan de mayor prestigio en un grupo humano, a consecuencia de lo cual lo masculino termina erigiéndose como parámetro de lo universal.

⁷² **Ibíd.**, pp. 161-162.

⁷³ **Facio, Alda y Fries, Lorena:** “Género y Derecho”. Op. Cit.P. 17.

Por otro lado, se han construido otras teorías, que han surgido como una forma de impugnar lo que se ha identificado como falencias de esas otras teorías, llamadas esencialistas. Básicamente, las críticas han estado dirigidas al planteamiento de Gayle Rubin, puesto que su teoría, *“y otras similares, trascienden las explicaciones biologicistas sobre la subordinación de las mujeres, pero se basan en la dicotomización del binomio naturaleza/cultura al colocar el sexo en la esfera de la primera y el género en la de la segunda. De esta manera, si bien el género es explicado como una categoría cambiante e histórica, el sexo permanece estático. Esta dependencia de un concepto inmutable es lo que ha llevado a algunas personas a tildar estas teorías de esencialistas. Pero que el sexo haya sido entendido por las creadoras de las teorías del sistema de sexo-género como algo inmutable y ahistórico no es del todo correcto. Muchas reconocen que la base biológica del género, es decir, el sexo, es siempre culturalmente experimentada. Esto quiere decir que aunque se ha explicado el sistema de sexo/género echando mano del pensamiento dicotómico prevaleciente en nuestras culturas patriarcales, se ha hecho para facilitar la comprensión de este sistema tan complejo. Por ello, algunas feministas prefieren hablar de relaciones de género en vez del sistema de sexo-género, haciendo énfasis en el carácter relacional del concepto”*⁷⁴.

Estas nuevas teorías buscan superar las falencias de las teorías esencialistas, tratando de esclarecer los procesos sociales y no naturales por los cuales las personas con una identidad y una orientación sexuales aprobadas por su sociedad. En otras palabras, estas nuevas teorías *“conciben el sexo como una relación vivida y mutable, es decir, [insisten] en su naturaleza relacional. De ahí que se entienda que el género es construido no con base en*

⁷⁴ **Ibidem**, p. 18.

*algo inmutable, sino en relación al otro género, tan mutable e histórico como el mismo*⁷⁵.

Casi medio siglo después de incorporada la categoría *género* a las ciencias sociales, junto con el análisis de su relación con el *sexo*, perdura la discusión acerca de cómo ambos elementos actúan e interactúan, así como el alcance de uno y otro, lo cual a su vez ha dado origen a otras discusiones, como se verá a continuación.

3.- Sexo y Género en la nebulosa

Como se ha visto hasta ahora, diversos han sido los intentos por definir los conceptos de género y sexo. Por el momento, lo único que queda claro es que ambos conceptos se encuentran interrelacionados, *“acaso de tal forma que no se les puede distinguir”*⁷⁶.

La línea difusa que separa al sexo del género, así como el hecho de que se signifiquen mutuamente, ha llevado a que, en la práctica, ambos términos se usen como sinónimos, o incluso, que la palabra género se use para sustituir a la palabra “mujer”⁷⁷. Ilustrativa de esta situación resulta la controversia originada en el marco en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer del año 1995, relatada anteriormente⁷⁸.

En su ensayo *“Género: ¿Todavía una categoría útil para el análisis?”*, publicado a inicios de esta década, **Joan Wallach Scott** reflexiona respecto a

⁷⁵ **Ibíd**em, pp. 18-19.

⁷⁶ **Scott, Joan Wallach**: “Algunas reflexiones adicionales sobre género y política”. En: “Género e Historia”. Editorial Fondo de Cultura Económica, México, año 2008.p. 248.

⁷⁷ **Facio, Alda y Fries, Lorena**: “Género y Derecho”. Op. Cit., pp. 21-22.

⁷⁸ Ver página 15.

los cuestionamientos que el término *género* sigue generando, y si el término sigue siendo útil para su uso en las ciencias sociales. Al respecto, sostiene que *“si la pregunta de si el género sigue siendo una categoría útil para el análisis – ya sea histórico o de otro tipo-, me parece que no depende de la palabra en sí, sino de los usos críticos que seguimos haciendo de ella. Con demasiada frecuencia, «género» connota un enfoque programático o metodológico en el cual los significados de “hombre” o “mujer” se toman como fijos; el objetivo parece ser describir roles diferentes, no cuestionarlos. **Creo que género sigue siendo útil sólo si va más allá de ese enfoque, si se toma como una invitación a pensar de manera crítica sobre cómo los significados de los cuerpos sexuados se producen en relación el uno con el otro, y cómo estos significados se despliegan y cambian. El énfasis debería ponerse no en los roles asignados a las mujeres y a los hombres, sino a la construcción de la diferencia sexual en sí. [...] El género es, yo diría, el estudio de la difícil relación (en torno a la sexualidad) entre lo normativo y lo psíquico, el intento de a la vez colectivizar la fantasía y usarla para algún fin político o social, ya sea ese fin la construcción de nación o la estructura familiar. **En este proceso, es el género el que produce significados para el sexo y la diferencia sexual, no el sexo el que determina los significados del género. Si este es el caso, entonces (como lo han insistido hace tiempo algunas feministas), no sólo no hay distinción entre sexo y género, sino que el género es la clave para el sexo. Y en tal caso, entonces el género es una categoría útil para el análisis porque nos obliga a historizar las formas en las cuales el sexo y la diferencia sexual han sido concebidos”*****⁷⁹.

De este modo, no obstante que la línea que divide al sexo del género es indefinida, es importante no confundir ambos términos, tener claro que ambos están interrelacionados, y que se significan mutuamente.

⁷⁹ **Scott, Joan Wallach:** “Género: ¿Todavía una categoría útil para el análisis?”. La Manzana de la Discordia, Cali, Enero-Junio, año 2011, Vol. 6 N° 1. Pp. 98-100.

Por otro lado, en tanto sirva para analizar y describir las relaciones entre hombres y mujeres, en distintos contextos históricos y geográficos, el término género será de utilidad para las ciencias sociales, incluyendo el derecho, hasta que –parafraseando a Scott-, de tanto emplear ese término, hasta el punto que su significado sea comúnmente aceptado, necesitemos de nuevas palabras y nuevos conceptos, que permitan analizar y describir de mejor manera la manera en que se relacionan los sexos⁸⁰.

4.- Perspectiva y transversalización de género

Uno de los logros que se reconoce al feminismo es haber introducido una mayor sensibilización en relación con los derechos de las mujeres en organismos internacionales, tales como la Organización de las Naciones Unidas⁸¹.

Desde el 1975, este organismo ha convocado **cuatro conferencias mundiales sobre las mujeres**, las cuales han buscado primordialmente extender a estas, de manera explícita, el principio de la igualdad de los derechos y los derechos de la dignidad humana⁸². Estas conferencias se desarrollaron en 1975, en Ciudad de México; en 1980, en Copenhague; en 1985, en Nairobi, y finalmente, en Beijing, en el año 1995.

En esta última Conferencia ocurrió lo que se considera una transformación fundamental en la lucha de la igualdad en función del género⁸³:

⁸⁰ **Scott, Joan Wallach**: “Algunas reflexiones adicionales sobre género y política”. Op. Cit. p. 15.

⁸¹ **Radl Phillips, Rita**: “Derechos Humanos y Género”. Cad. Cedes, Campinas, vol. 30, n. 81, p. 135-155, mayo.-agosto. 2010. P. 145.

⁸² **Ibidem**, p. 145.

⁸³ **Ibidem**, p. 147.

La adopción del **mainstreaming de género**, también conocido como **transversalidad de género**.

El mainstreaming de género consta de dos componentes básicos: el **enfoque o perspectiva de género**, y el **mainstreaming** como estrategia para hacer efectivo ese enfoque a través del Derecho y de las políticas públicas⁸⁴.

La **perspectiva de género**, de acuerdo a Facio y a Fries, introduce la mirada y experiencia del género femenino, colectivo respecto del cual sus *“deseos, necesidades y experiencias han sido invisibilizadas o subvaloradas y desde allí contribuye al desmantelamiento de todos los mecanismos y formas que asumen los sistemas de dominación. El género es múltiple y por ende, las perspectivas de género de las mujeres también lo son. Por lo tanto, la perspectiva feminista no es la contraparte de la perspectiva androcéntrica ya que no pretende la centralidad del género femenino en el sentido de construir una mirada que se erija en una mirada única y aplicable como tal a la totalidad de los colectivos humanos. Es más, al poner en el centro de su análisis las relaciones de poder, y por consiguiente no invisibilizar al género masculino, es mucho más amplia que la perspectiva androcéntrica. Así, las perspectivas feministas parten de la experiencia de subordinación de las mujeres, pero al hacerlo visibilizan las relaciones de poder entre los géneros y el hecho de que en todo discurso hay una perspectiva involucrada”*⁸⁵. En suma, la perspectiva de género implica considerar que la raíz de la discriminación y de la subordinación de las mujeres es el género –entendido para estos efectos como la atribución y la valoración social de rasgos y roles en

⁸⁴ **Fernández Ruiz-Gálvez, Encarnación**: “Mainstreaming de Género y Cambio Social”. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada, Número 49, año 2015. P. 333.

⁸⁵ **Facio, Alda y Fries, Lorena**: “Género y Derecho”. Op. Cit., p. 20.

función del sexo-, de modo que alcanzar la igualdad efectiva entre mujeres y varones exige la erradicación de los prejuicios de género⁸⁶.

Cabe señalar que la disciplina jurídica que agrupa las distintas perspectivas de género se denomina **“jurisprudencia feminista”⁸⁷**. Esta considera al derecho como el objeto de análisis feminista, planteando la cuestión de cuál es el papel que el concepto género desempeña en la creación y aplicación del derecho⁸⁸.

La jurisprudencia feminista se constituye de tres elementos: La dogmática jurídica, la teoría del derecho y la crítica jurídica feminista. Para los efectos de esta tesis, me concentraré en este último elemento, el cual agrupa distintas perspectivas que se inspiran en las escuelas de pensamiento feminista contemporáneas, entre las cuales destacan las siguientes⁸⁹:

a) La perspectiva feminista liberal: Se basa en el liberalismo político.

Se opone a las reglas de derecho que impiden o dificultan la igual participación de las mujeres en los sectores tradicionalmente reservados a los hombres, esto es, la esfera pública y, sobre todo, la política y el mercado laboral, de modo tal que los temas claves de la crítica jurídica feminista liberal se refieren a la legislación dirigida a establecer la igualdad de oportunidades en la esfera pública.

La perspectiva feminista liberal ha seguido la evolución general del concepto de igualdad: el paso de una igualdad estrictamente formal a una igualdad material⁹⁰.

⁸⁶ **Fernández Ruiz-Gálvez, Encarnación:** “Mainstreaming de Género y Cambio Social”. Op. Cit., p. 336.

⁸⁷ **Emmenegger, Susan:** “Perspectivas de género en el derecho”. Anuario de derecho penal, Universidad de Friburgo, número 1999-2000. p. 38.

⁸⁸ **Ibidem,** pp. 38-39.

⁸⁹ **Ibidem,** pp. 39-40.

⁹⁰ **Ibidem,** p. 40.

b) La perspectiva feminista relacional: Se le denomina también feminismo de la diferencia. Postula que las mujeres y los hombres son diferentes en el sentido en que se orientan hacia valores distintos.

En su crítica jurídica, el feminismo relacional parte de la diferencia femenina, cuestionando si acaso el derecho privilegia los valores, las características y los comportamientos masculinos. De ser así, la crítica jurídica del el feminismo relacional busca modificar el derecho de manera que éste asegure a las mujeres la igualdad de oportunidades sin que ellas sacrifiquen su identidad femenina. En un orden jurídico de este tipo, los valores masculinos y femeninos tendrían la misma importancia, pues se buscaría neutralizar las desventajas tradicionalmente vinculadas a los valores, trabajos y características femeninas⁹¹.

c) La perspectiva feminista radical: Para las feministas radicales, la causa de la desigualdad entre mujeres y hombres es el patriarcado, es decir, el poder que ejercen los hombres sobre las mujeres. Es en base de este poder que la noción de género es elaborada, entendiendo por género la organización social de la diferencia sexual, una diferencia que es jerárquica, y que sitúa a lo masculino como categoría superior en confrontación a lo femenino.

De este modo, la base de la crítica feminista radical es la desigualdad de poder social entre mujeres y hombres, la cual es reflejada y legitimada en el orden jurídico, por lo cual el derecho a la igualdad significa, para esta perspectiva una prohibición a crear, reforzar o simplemente mantener la desigualdad de poder social entre mujeres y hombres⁹².

⁹¹ **Ibidem**, pp. 40-41.

⁹² **Ibidem**, p. 42.

El **mainstreaming**, en tanto, consiste en **“incorporar transversalmente esa dimensión de género en la totalidad del ordenamiento jurídico y de las políticas públicas. Esto significa incorporar el objetivo de la igualdad a todas las disposiciones jurídicas y a todas las políticas, esto es la universalización de la meta de la igualdad, pero de la igualdad entendida no sólo como igualdad jurídica y de oportunidades, sino como *igualdad efectiva*, que exige la eliminación de los prejuicios de género y la superación no sólo de la discriminación, sino también de la subordinación estructural”**⁹³.

De este modo, los 189 Estados que participaron en la Conferencia Mundial sobre la Mujer en el año 1995, se comprometieron, por ejemplo, a aplicar la Plataforma de Acción y a garantizar que todas sus políticas y programas reflejen una perspectiva de género⁹⁴; a analizar, desde una perspectiva de género, las políticas y los programas, incluidos los relativos a la estabilidad macroeconómica, el ajuste estructural, los problemas de la deuda externa, la tributación, las inversiones, el empleo, los mercados y todos los sectores pertinentes de la economía, en relación con sus efectos en la pobreza, en la desigualdad, y particularmente en la mujer⁹⁵; a elaborar medios teóricos y metodológicos para incorporar perspectivas de género en todos los aspectos de la formulación de políticas económicas, incluso la planificación y los programas de ajuste estructural⁹⁶; promover una política activa y visible de integración de una perspectiva de género en todas las políticas y programas, a fin de hacer frente a la desigualdad de acceso a la enseñanza y a las oportunidades educacionales insuficientes, y también, para analizar, antes de adoptar

⁹³ **Fernández Ruiz-Gálvez, Encarnación:** “Mainstreaming de Género y Cambio Social”. Op. Cit., p. 336.

⁹⁴ **Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer**, Párrafo 38. Beijing, año 1995.

⁹⁵ **Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer**, Párrafo 58 letra B). Beijing, año 1995.

⁹⁶ **Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer**, Párrafo 67 letra A). Beijing, año 1995.

decisiones, sus posibles efectos en las mujeres y los hombres⁹⁷, y promover una política activa y visible de integración de una perspectiva de género en todas las políticas y programas, a fin de resolver las desigualdades en acceso a los servicios de salud, y también, para analizar, antes de adoptar decisiones, su impacto en las mujeres y los hombres⁹⁸, entre otras medidas acordadas.

Si bien el mainstreaming ha sido valorado positivamente por la literatura, que le ha reconocido como fortalezas el reconocimiento de la necesidad de atacar tanto la raíz del problema -las relaciones de género- como sus consecuencias, además de involucrar a todo el gobierno en la realización de cambios en la arquitectura institucional y en las metodologías, en pos de atacar ese problema y sus consecuencias⁹⁹, se critica que las acciones emprendidas al respecto, tanto a nivel nacional como internacional, no han logrado traducirse suficientemente en un cambio de la situación concreta de las mujeres, puesto que no se ha conseguido todavía la implicación directa de las personas, sobre todo en el nivel de las relaciones interpersonales¹⁰⁰.

Una de las debilidades que presenta la transversalización o mainstreaming de género está dada por la **falta de claridad de su concepto**: Así, por ejemplo, se ha indicado que no obstante que sus fines son transformadores e irracionales, sus medios son esencialmente burocráticos y racionales, siendo estos últimos los que con mayor probabilidad puedan prevalecer¹⁰¹. Por otra parte, la literatura especializada muestra un claro

⁹⁷ **Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer**, Párrafo 79. Beijing, año 1995.

⁹⁸ **Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer**, Párrafo 105. Beijing, año 1995.

⁹⁹ **Alonso Álvarez, Alba**: "El mainstreaming de género y sus nuevos desafíos: repensando el concepto de igualdad(es)". Revista del CLAD Reforma y Democracia, No. 47, Jun. 2010, p. 52.

¹⁰⁰ **Fernández Ruiz-Gálvez, Encarnación**: "Mainstreaming de Género y Cambio Social". Op. Cit., p. 149.

¹⁰¹ **Alonso Álvarez, Alba**: "El mainstreaming de género y sus nuevos desafíos: repensando el concepto de igualdad(es)". Op. Cit., p. 52.

consenso en torno a la idea de que el mainstreaming ha contado, hasta ahora, con un nivel de implementación limitado¹⁰², lo cual obviamente ha repercutido en que el objetivo de alcanzar una igualdad efectiva entre hombres y mujeres esté lejos de ser alcanzado.

¹⁰² **Ibidem**, p. 53.

Capítulo II: Estereotipos

1.- Concepto de estereotipo: Distintos aportes.

Según la RAE, la etimología de la palabra estereotipo proviene del prefijo griego *stereós* -“sólido”-, y del sufijo griego *týpos* -“molde”-. En cuanto a su significado, el estereotipo es un sustantivo que denomina a las planchas que se ocupan en la estereotipia –esto es, el procedimiento para reproducir una composición tipográfica-.

La introducción de este vocablo a las ciencias sociales es atribuida al intelectual estadounidense **Walter Lippmann**¹⁰³. Este, en su libro “*Public Opinion*”, publicado en el año 1922, realizó una crítica a las democracias, y a las pre-concepciones irracionales que influyen en el comportamiento de las personas, evitando la cohesión social. Al respecto, sostuvo que ***“las formas estereotipadas prestadas al mundo no provienen únicamente del arte, en el sentido de la pintura y la escultura y la literatura, sino también de nuestros códigos morales y nuestras filosofías sociales y nuestras agitaciones políticas [...] Lo que importa es el carácter de los estereotipos y la credibilidad con que los empleamos. Y estos al final dependen de aquellos patrones inclusivos que constituyen nuestra filosofía de vida. Si en esa filosofía asumimos que el mundo está codificado de acuerdo con un código que poseemos, es probable que hagamos que nuestros reportes de lo que está sucediendo describan un mundo administrado por nuestro código. Pero si nuestra filosofía nos dice que cada hombre es solo una pequeña parte del mundo, que su inteligencia capta, en el mejor de los casos, solo fases y aspectos en una burda red de ideas, entonces, cuando usemos nuestros***

¹⁰³ **Allport, Gordon**: “La Naturaleza del prejuicio”. Editorial Universitaria de Buenos Aires, Cuarta Edición. Año 1971. P. 216.

También: **Dovidio, John F.; Hewstone, Miles; Glick, Peter y Esses; Victoria M**: “Prejudice, Stereotyping and Discrimination: Theoretical and Empirical Overview”. En: The SAGE Handbook of Prejudice, Stereotyping and Discrimination. Sage Publications, California, año 2010.P. 7.

estereotipos, tenderemos a saber que son sólo estereotipos, para tomarlos a la ligera, para modificarlos con gusto. También tenderemos a darnos cuenta cada vez más claramente cuándo comenzaron nuestras ideas, dónde empezaron, cómo nos llegaron, por qué los aceptamos. Toda la historia útil es antiséptica a su manera. Nos permite saber qué cuento de hadas, qué libro de escuela, qué tradición, qué novela, jugar, imagen, frase, implanta una idea preconcebida en esta mente, otra en esa mente”¹⁰⁴.

Tres décadas más tarde, en el año 1954, el psicólogo estadounidense **Gordon Allport** recogió parte del trabajo de Lippmann acerca de los estereotipos, y elaboró una teoría en relación a los estereotipos, los prejuicios y las categorías en su obra *“La Naturaleza del Prejuicio”*.

Allport planteó que las personas, con el fin de simplificar nos la vida, tendemos a pensar en términos de **categorías**, las cuales inevitablemente desembocan en **pre-juicios**, los cuales inevitablemente conducen a la formación de **prejuicios**¹⁰⁵.

Nótese la distinción que hace Allport entre pre-juicios y prejuicios: En el primer caso, estaríamos ante un error común de juicio¹⁰⁶. Este pre-juicio deviene en prejuicio –el cual es definido por este psicólogo como *“una **actitud hostil o prevenida hacia una persona que pertenece a un grupo, simplemente porque pertenece a ese grupo, suponiéndose por lo tanto que posee las cualidades objetables atribuidas a ese grupo**”¹⁰⁷*-, sólo cuando la persona, confrontada con los hechos, se resiste a cambiar de creencia: *“**Un prejuicio, a diferencia de una simple concepción errónea, se resiste activamente a toda evidencia que pueda perturbarlo. Estamos propensos a***

¹⁰⁴ **Lippmann, Walter**: “Public Opinion”, Op. Cit. pp. 90-91.

¹⁰⁵ **Allport, Gordon**: “La Naturaleza del prejuicio”. Op. Cit. P. 40.

¹⁰⁶ **Ibidem**, p. 24.

¹⁰⁷ **Ibidem**, p. 22.

reaccionar emocionalmente cuando se amenaza un prejuicio con una contradicción. De modo que la diferencia entre los pre-juicios corrientes y el prejuicio está en que se puede discutir y rectificar un pre-juicio, sin resistencia emocional”¹⁰⁸.

Anteriormente mencioné que según Allport, las personas tendemos a pensar en términos de categorías, con el fin de simplificar nuestra cotidianidad. Para Allport, **“una vez formadas, las categorías constituyen la base del pre-juicio normal. No hay modo de evitar este proceso. La posibilidad de vivir de un modo algo ordenado depende de él”¹⁰⁹.**

Al respecto, Allport distingue cinco elementos en el proceso de formación de categorías:

A. La construcción de clases y agrupamientos amplios para guiar nuestros ajustes diarios: *“Nuestra experiencia en la vida tiende a conformarse en agrupamientos (conceptos, categorías), y si bien podemos equivocarnos de categoría o de ocasión al recurrir a ellos, es innegable, no obstante, que ese proceso domina toda nuestra vida mental. Millones de sucesos acaecen todos los días. No podemos apreciarlos uno por uno. Si pensamos en ellos, es para tipificarlos”¹¹⁰.*

B. La categorización se asimila lo más posible al agrupamiento: *“Existe una curiosa inercia en nuestro pensamiento. Nos gusta resolver los problemas con facilidad. Y tanto mayor será esta cuanto más rápidamente podamos ubicar estos problemas en una*

¹⁰⁸ **Ibíd.**, p. 24.

¹⁰⁹ **Ibíd.**, p. 35.

¹¹⁰ **Ibíd.**, p. 36.

*categoría satisfactoria y usar esa categoría como medio para prejuzgar la solución*¹¹¹.

C. La categoría nos permite identificar rápidamente a un objeto por sus rasgos comunes: *“Las categorías tienen una vinculación estrecha e inmediata con lo que vemos y con lo que hacemos. En realidad, toda su utilidad parece consistir en facilitar la percepción y la conducta; en otras palabras, en hacer más rápidos, fáciles y adecuados nuestros ajustes a la vida. Este principio sigue siendo válido a pesar de que a menudo cometemos errores al ubicar acontecimientos en categorías, viéndonos así perturbados en nuestra acción*¹¹².

D. La categoría satura todo lo que contiene, con iguales connotaciones ideacionales y emocionales: *“Algunas categorías son casi puramente intelectuales. A tales categorías las llamamos conceptos. [...] El concepto puede ir acompañado en nosotros de un tono sentimental de agrado o desagrado*¹¹³.

E. Las categorías pueden ser más o menos racionales: *“En general, una categoría comienza a construirse en base a un «germen de verdad». Una categoría racional parte de ello, y se agranda y solidifica a través del aumento de la experiencia pertinente*¹¹⁴.

¹¹¹ **Ibíd**em, p. 36.

¹¹² **Ibíd**em, p. 37.

¹¹³ **Ibíd**em, p. 37.

¹¹⁴ **Ibíd**em, p. 37.

Para Allport, los **estereotipos**, sean favorables o desfavorables, “constituyen una creencia exagerada que está asociada a una categoría. Su función es justificar (racionalizar) nuestra conducta en relación a una categoría”¹¹⁵. Al respecto, Allport aclara que un estereotipo no es lo mismo que una categoría, sino más bien la idea fija que acompaña a una categoría, al tiempo que, como recurso para justificar la creencia que tenemos acerca de una determinada categoría, asegura el mantenimiento de la simplicidad en la percepción y en el juicio ¹¹⁶.

El de Allport fue el primer intento en el marco de las ciencias sociales de construir una teoría acerca de los prejuicios, las categorías sociales y los estereotipos. Posteriormente, sobre la base de la obra de Allport¹¹⁷, se han realizado investigaciones -principalmente en el campo de la psicología social y de la sociología-, que han contribuido a una mejor comprensión acerca de los prejuicios y los estereotipos. Al respecto, destaca el sociólogo estadounidense **Erving Goffman**, quien en su obra “*Estigma: La identidad deteriorada*”, examina el estigma, como consecuencia de los estereotipos y de las categorizaciones referidas a las personas y a determinados grupos sociales.

Según Goffman, la sociedad establece los medios para elaborar categorías de personas, y el complemento de atributos que se perciben como naturales en los miembros de esas categorías. De ahí que es probable que, al encontrarnos con un extraño, la primera impresión nos permita hacernos una idea de la categoría a la cual pertenece, así como de sus atributos, lo cual configura su “**identidad social**”¹¹⁸.

¹¹⁵ **Ibídem**, 215.

¹¹⁶ **Ibídem**, 216.

¹¹⁷ **Dovidio, John F.; Hewstone, Miles; Glick, Peter y Esses, Victoria M.**: “Prejudice, Stereotyping and Discrimination: Theoretical and Empirical Overview”. Op. Cit., p. 3.

¹¹⁸ **Goffman, Erving**: “Estigma: La identidad deteriorada”. Amortorru Editores, 10° edición. Buenos Aires, año 2006. Pp. 11-12.

Esta identidad social –es decir, tanto la expectativa de pertenencia de este extraño a una determinada categoría social, como la expectativa de presentar determinados atributos-, adquiere de este modo carácter normativo. No obstante, *“mientras el extraño está presente ante nosotros, puede demostrar ser dueño de un atributo que lo vuelve diferente de los demás (dentro de la categoría de personas a las que tiene acceso), y que lo convierte en alguien menos apetecible –en casos extremos, en una persona casi enteramente malvada, peligrosa y débil-. De este modo, dejamos de verlo como una persona total y corriente para reducirlo a un ser inficionado y menospreciado. **Un atributo de esa naturaleza es un estigma, en especial cuando él produce en los demás a modo de efecto, un descrédito amplio; a veces recibe también el nombre de defecto, falla o desventaja**”*¹¹⁹. De este modo, un estigma constituye una *“referencia a un atributo profundamente desacreditador [...] Un atributo que estigmatiza a un tipo de poseedor puede confirmar la normalidad de otro, y por consiguiente, no es ni honroso ni ignominioso en sí mismo”*¹²⁰.

En definitiva, el **estigma** es un atributo indeseable que es incongruente *“con nuestro estereotipo de cómo debe ser determinada especie de individuos”*¹²¹. En consecuencia, **hay entre los estereotipos y el estigma una relación una relación de causa y efecto.**

El libro de Goffman inspiró una profusa investigación en relación a la naturaleza, causas y consecuencias del estigma, así como a la construcción de categorías y creencias estereotipadas¹²². Ejemplo de ello es la conceptualización acerca del estigma, elaborada por los estadounidenses **Jo**

¹¹⁹ **Ibíd.**, p. 12.

¹²⁰ **Ibíd.**, Pp. 13-14.

¹²¹ **Ibíd.**, P. 13.

¹²² **Link, Bruce G. y Phelan, Jo C.:** "Conceptualizing Stigma". Annu. Rev. Sociol. 2001, N° 27, pp. 363-364.

Phelan y Bruce G. Link, quienes postulan que el estigma existe cuando convergen de manera interrelacionada los siguientes elementos:

A. En primer lugar, las personas distinguen y etiquetan las diferencias existentes entre seres humanos. Socialmente, se seleccionan las características humanas que identificarán las diferencias que se considerarán socialmente importantes. Ahora, esa selección de diferencias variará según la época y lugar. Ejemplo de ello son los rasgos físicos que, durante el siglo XIX, diversos teóricos de la criminología atribuían a los criminales, atribución que actualmente está obsoleta¹²³.

B. Un segundo componente son las creencias culturales dominantes y los vínculos que estas establecen entre personas y ciertas características indeseables –esto es, estereotipos negativos-. Al respecto, Phelan y Link sostienen que *“el estigma implica una etiqueta y un estereotipo, con la etiqueta vinculando a una persona con un conjunto de características indeseables que forman el estereotipo. [Asimismo], las categorías y estereotipos a menudo son «automáticos» y facilitan la «eficiencia cognitiva». La naturaleza automática se revela en experimentos que indican que las categorías y los estereotipos se utilizan para hacer juicios de fracción de segundo y, por lo tanto, parecen estar operando preconscientemente”*¹²⁴.

C. El tercer elemento consiste en el establecimiento de “categorías”, las cuales implican ciertos grados de separación entre “nosotros” y “ellos”, esto es, los

¹²³ **Ibídem**, pp. 367-368.

¹²⁴ **Ibídem**, p. 369.

estigmatizados: La mencionada vinculación de etiquetas a atributos indeseables, se convierte en la razón para creer que las personas negativamente etiquetadas son fundamentalmente diferentes de aquellos que no comparten la etiqueta. Esta creencia, llevada al extremo, lleva a pensar que *“la persona estigmatizada es tan diferente de «nosotros» que no es realmente humana. Y de nuevo, en el extremo, todo tipo de tratamiento horrible hacia «ellos» se hace posible”*¹²⁵.

D. Pérdida de estatus y discriminación: Para estigmatizar, se necesita poder (social, económico o político)¹²⁶. Cuando grupos dotados de poder etiquetan y estereotipan a grupos menos poderosos, lo hacen a través de mecanismos que son intercambiables, y que se refuerzan entre sí: La discriminación individual, la discriminación estructural y la discriminación que opera a través de las creencias y conductas de la persona estigmatizada¹²⁷.

Los estudios recientes acerca de los estereotipos y los prejuicios realizados por los psicólogos estadounidenses **John Dovidio, Victoria Esses, Peter Glick** y **Miles Hewstone** han sido reconocidos como un importante aporte a la materia¹²⁸. Ellos distinguen tres formas de sesgo social hacia un grupo y sus miembros, a saber:

¹²⁵ **Ibidem**, p. 370.

¹²⁶ **Ibidem**, p. 375.

¹²⁷ **Ibidem**, pp. 372-375.

¹²⁸ **Timmer, Alexandra**: “Judging Stereotypes: What the European Court of Human Rights Can Borrow from American and Canadian Equal Protection Law”. The American Journal of Comparative Law, Volume 63, Issue 1, 1 January 2015. Nota al pie de página N° 7.

A. Los prejuicios: Estos son definidos como “*una actitud individual (sea subjetivamente positiva o negativa), hacia grupos o sus miembros, que crea o mantiene relaciones jerárquicas entre grupos*”¹²⁹. Se componen de un elemento cognitivo (las creencias acerca de un determinado grupo), un elemento afectivo (por ejemplo, el sentimiento de rechazo), y un elemento conativo (una predisposición a comportarse de una determinada manera hacia las personas que pertenecen a un determinado grupo)¹³⁰.

De acuerdo a estos psicólogos, investigaciones recientes demuestran la importancia de las actitudes individuales en la conservación del estatus entre grupos, de modo tal que cualquiera que se desvíe de los roles tradicionales de ese grupo, enfrentará reacciones negativas al interior de este, mientras que, por el contrario, cualquiera que actúe de modo tal que preserve el statu quo, recibirá respuestas positivas de los demás miembros del grupo¹³¹.

B. Los estereotipos: Estos son definidos como “*asociaciones y creencias respecto de las características y atributos de un grupo y sus miembros, que modelan la forma en que la gente piensa y actúa respecto de ellos*”¹³².

Los estereotipos no sólo reflejan creencias acerca de las características de un grupo, sino que también se extienden a los roles sociales y el grado en el cual los miembros de ese grupo

¹²⁹ **Dovidio, John F.; Hewstone, Miles; Glick, Peter y Esses, Victoria M:** “Prejudice, Stereotyping and Discrimination: Theoretical and Empirical Overview”. Op. Cit. p. 7.

¹³⁰ **Ibídem,** p. 5

¹³¹ **Ibídem,** p. 6.

¹³² **Ibídem,** p. 8.

comparten determinadas características, generando expectativas acerca del comportamiento de los miembros de este grupo¹³³.

C. La discriminación: La discriminación por parte de un individuo consiste en la *“conducta por medio de la cual este crea, mantiene o refuerza la ventaja para algunos grupos y sus miembros, por sobre otros grupos y sus miembros”*¹³⁴.

Mientras que la discriminación se despliega respecto de un grupo o de un miembro de ese grupo, los prejuicios y los estereotipos tienen lugar en el fuero interno de cada persona, quien podría incluso no ser consciente de albergar determinados prejuicios y estereotipos¹³⁵.

En suma, y con base en lo anteriormente señalado, es posible definir el concepto de **estereotipo** como la **asignación de determinadas características o roles a un grupo o a sus integrantes, lo cual genera expectativas respecto a cómo son o deben actuar estos, y que en general, tiene como efecto la estigmatización y discriminación de estos grupos y sus miembros.**

2.- Características de los estereotipos

A. Hay consenso en cuanto a considerar los estereotipos en general como el aspecto cognitivo del prejuicio¹³⁶: Los

¹³³ **Ibíd**em, p. 7.

¹³⁴ **Ibíd**em, p. 10.

¹³⁵ **Ibíd**em, p. 10.

¹³⁶ **Castillo-Mayén, Rosario, & Montes-Berges, Beatriz:** “Analysis of current gender stereotypes”. *Anales de Psicología*, 30(3), (2014). P. 1044.

estereotipos se relacionan con creencias, pensamientos y percepciones, mientras que los prejuicios tienen un componente emocional, consistente en sentimientos de rechazo hacia determinados grupos o sus miembros¹³⁷.

B. Cumplen un rol de **simplificación del procesamiento de la información** referida a los grupos sociales, a nuestro comportamiento y al de los demás¹³⁸, además de permitirnos sentir mejor con nosotros mismos¹³⁹: En efecto, *“estereotipamos para definir una categoría de personas, y así maximizar la facilidad de entendimiento y predictibilidad. Estereotipamos para saber a qué personas nos enfrentamos y para poder anticipar el comportamiento de personas que no conocemos. Estereotipamos para diferenciar entre subcategorías de personas [...] Algunas veces, estereotipamos para calumniar o subyugar a las personas y otras veces para protegerlas o justificar nuestra deferencia hacia ellas. Estereotipamos para crear un «guion de identidades», para asignar normas y códigos que rijan la forma en que se espera que hombres y mujeres vivan sus vidas, y la forma en que pueden preconcebirse”*¹⁴⁰.

También: **Stangor, Charles**: “The Study of Stereotyping, Prejudice, and Discrimination within Social Psychology. A quick history of Theory and Research”. En: “Handbook of Prejudice, Stereotyping and Discrimination”. Editado por Todd Nelson, Psychology Press, Nueva York, año 2009. P. 4.

¹³⁷ **Cardoso Onofre de Alencar, Emanuela**: “Mujeres y Estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad. Nº 9, octubre 2015 – marzo 2016, p. 30.

¹³⁸ **Stangor, Charles**: “The Study of Stereotyping, Prejudice, and Discrimination within Social Psychology. A quick history of Theory and Research”. Op. Cit. P. 4

¹³⁹ **Cardoso Onofre de Alencar, Emanuela**: “Mujeres y Estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Op. Cit., p. 29

¹⁴⁰ **Cook, Rebecca J. y Cusack, Simone**: “Estereotipos De Género: Perspectivas Legales Transnacionales”. Año 2010. p. 16.

C. Consecuencia de la categorización es la **distorsión de la información**, pues produce sesgos. En este sentido, en tanto contribuye a hacernos sentir bien, importantes y respetados, la categorización da lugar a la creación de **endogrupos** – *ingroup*-, y **exogrupos** –*exgroup*-, siendo estos últimos aquellos grupos que se perciben como una amenaza para la identidad social que buscan preservar los primeros¹⁴¹.

D. Los estereotipos implican la **atribución de roles y características** a un determinado grupo, y por tanto, a quienes forman parte de ese grupo.

E. Por regla general, **los estereotipos son principalmente negativos**¹⁴².

F. Conllevan un **germen de verdad**, no obstante, hay que tener presente que sin importar qué tan certera sea nuestra creencia respecto de un grupo o alguno de sus miembros, un estereotipo jamás describirá nada cabalmente¹⁴³.

Ahora bien, no obstante que existe abundante investigación científica que da cuenta de que, en general, los estereotipos tienen una precisión que va de moderada a alta, de ello no se sigue que los estereotipos no sean inexactos, toda vez que “quizás los investigadores aún no hayan mirado en los lugares

¹⁴¹ **Cardoso Onofre de Alencar, Emanuela:** “Mujeres y Estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Op. Cit., p. 29.

¹⁴² **Stangor, Charles:** “The Study of Stereotyping, Prejudice, and Discrimination within Social Psychology. A quick history of Theory and Research”. Op. Cit., p. 2.

¹⁴³ **Ibidem**, p. 2.

correctos o de la manera correcta para [determinar] la inexactitud del estereotipo. Por ejemplo, los niveles de educación y comunicación masiva son tan altos en los Estados Unidos y Canadá, donde se realizaron la mayor parte de las investigaciones acerca de la precisión de los estereotipos que, tal vez, en general, las personas están más expuestas a la realidad social en estos lugares que en muchos otros lugares del mundo. Tal vez la pobreza y la ignorancia ayudan a generar estereotipos inexactos más fuertes. Quizás la propaganda de demagogos en regímenes autoritarios ayuda a perpetuar estereotipos inexactos. El Jim Crow del Sur de Estados Unidos; la Sudáfrica bajo el apartheid; el sistema de castas indio; las creencias raciales de los nazis; y creencias sobre cristianos, judíos y los hindúes en manos de los islamistas del siglo XXI, son algunos ejemplos en los que parece plausible especular que los estereotipos podrían ser más inexactos que los que se encuentran en la investigación aquí revisada. Desafortunadamente, debido a que tales sistemas no están abiertos a que se desafíe su autoridad, probablemente será muy difícil realizar estudios de precisión estereotipada en tales contextos. Si es difícil realizar una investigación en los contextos con mayor probabilidad de producir inexactitudes en el estereotipo, la literatura científica estará sesgada para proporcionar más evidencia de la precisión del estereotipo de lo que realmente puede ser cierto para las personas en general, en todo el mundo¹⁴⁴.

¹⁴⁴ **Jussim, Lee et al:** "The Unbearable Accuracy of Stereotypes". En: "Handbook of Prejudice, Stereotyping and Discrimination". Op. Cit., p. 223

G. Los estereotipos constriñen. Se ha comprobado que los individuos que pertenecen al grupo estereotipado, internalizan y aceptan las características negativas asociadas a su grupo, lo cual dificulta la superación del estereotipo¹⁴⁵. Dicho de otro modo, *“en tanto se presume que el grupo específico posee tales atributos o características o cumple con esos roles, se cree que una persona, por el solo hecho de pertenecer a él, actuará de conformidad con la visión generalizada o preconcepción existente acerca del mismo. Todas las dimensiones de la personalidad que hacen que una persona sea única, serán por tanto, filtradas a través del lente de dicha visión generalizada o preconcepción sobre el grupo con el cual se identifica”*¹⁴⁶.

H. Impactan de manera mayormente negativa en la manera en que las personas se perciben a sí mismas: Ello, a consecuencia de los estigmas que se siguen de la aplicación de estereotipos. De este modo, los estereotipos producen efectos en la salud mental de las personas, tales como ansiedad y sensación de vulnerabilidad¹⁴⁷, así como depresión, o niveles más bajos de felicidad y satisfacción¹⁴⁸. Los estereotipos tienen además el efecto de una **profecía autocumplida**, haciendo que las personas calcen con un

¹⁴⁵ **Stangor, Charles:** “The Study of Stereotyping, Prejudice, and Discrimination within Social Psychology. A quick history of Theory and Research”.Op. Cit.,P. 8.

¹⁴⁶ **Cook, Rebecca J. y Cusack, Simone:** “Estereotipos De Género: Perspectivas Legales Transnacionales”. Op. Cit., P. 11.

¹⁴⁷ **Dovidio, John F.; Hewstone, Miles; Glick, Peter y Esses; Victoria M:** “Prejudice, Stereotyping and Discrimination: Theoretical and Empirical Overview”. Op. Cit. p. 8.

¹⁴⁸ **Stangor, Charles:** “The Study of Stereotyping, Prejudice, and Discrimination within Social Psychology. A quick history of Theory and Research”.Op. Cit.,P. 7.

determinado estereotipo¹⁴⁹, limitando de este modo su potencial. A esto se le ha denominado la “**amenaza del estereotipo**” –*stereotype threat*-, la cual ha definido como “*la presión que sienten las personas de no conformarse con un determinado estereotipo (negativo), por miedo a ser juzgadas o tratadas según los términos de ese estereotipo*”¹⁵⁰.

I. Los estereotipos son el resultado de un **razonamiento ascendente o inductivo**: De acuerdo a la socióloga Emilienne Baneth-Nouailhetas, el estereotipo es un razonamiento que va de lo particular a lo general, lo cual conlleva además el paso de lo descriptivo a lo prescriptivo, de modo tal que la opinión de una persona es transformada en algo particular, “*para acabar generalizándose cuando el sujeto se hace implícito y la opinión adquiere, además, un carácter de obligatoriedad. Por último, lo que en un principio fue una opinión singular presentada en primera persona, acaba transformándose en una afirmación universal, que además, lleva aparejada una noción de verdad*”¹⁵¹.

J. Los **estereotipos suelen interactuar entre ellos**: Los estereotipos se presentan, en general, en intersección con otros sistemas de opresión, lo que a su vez produce otros estereotipos. Por ejemplo, en un mismo caso puede

¹⁴⁹ **Ibíd.**, p. 9.

¹⁵⁰ **Timmer, Alexandra**: “Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights”. Op. Cit. p. 716.

¹⁵¹ **Fernández-Montesinos, Andrea**: “Los estereotipos: Definición y funciones”. Iberic@I, Revue d'études ibériques et ibéro-américaines, Sorbonne, Paris. Numéro 10 – Automne 2016. Pp. 55-56.

estereotiparse a una persona por su origen étnico y su clase social. A esto se le denomina **interseccionalidad**¹⁵².

K. Los estereotipos no son estáticos, sino que son **susceptibles al cambio**¹⁵³: De acuerdo a Allport, los estereotipos “*cambian plásticamente y desaparecen de acuerdo con la intensidad y con la dirección del prejuicio*”¹⁵⁴.

Estudios recientes dan cuenta de que introducir manipulaciones al contexto o a la situación, pueden reducir los sesgos automáticos intergrupo, en un grupo que ejerza muy poco o ningún un esfuerzo para superar esos sesgos¹⁵⁵. Por otro lado, otros estudios muestran que los estereotipos no necesariamente se activan de manera automática cuando los individuos están expuestos a miembros de grupos estereotipados¹⁵⁶.

L. Los estereotipos funcionan como **mecanismos de control**, y resultan clave en la mantención de relaciones de poder¹⁵⁷.

M. Muchos estereotipos son compartidos por un gran número de personas *-estereotipos culturales-*, pero otros son

¹⁵² **Timmer Alexandra**: “Gender Stereotyping in the case law of the EU Court of Justice”. En: “European Equality Law Review”. Comisión Europea, Número 1, año 2016.P. 38.

¹⁵³ **Jussim, Lee et al**: “The Unbearable Accuracy of Stereotypes”. En: “Handbook of Prejudice, Stereotyping and Discrimination”. Op. Cit., p. 223.

¹⁵⁴ Además, **Allport, Gordon**: “La Naturaleza del prejuicio”. Op. Cit. p. 228.

¹⁵⁵ **Devine, Patricia G., y Sharp, Lindsay B.**: “Automaticity and Control in Stereotyping and Prejudice”. En: “Handbook of Prejudice, Stereotyping and Discrimination”. Op. Cit., p. 64

¹⁵⁶ **Ibídem**, p. 65.

¹⁵⁷ **Timmer, Alexandra**: “Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights”. En: Humans Rights Law Review, 11:4 (2011). P. 715.

mantenidos por un número reducido -estereotipos individuales-. Los primeros, desde luego, tienen un impacto más profundo, *“porque los miembros de los grupos más expuestos a la estereotipia pueden darse cuenta de que son vistos de forma estereotipada por muchas personas. Como resultado, suelen esperar la estereotipia, lo que puede afectar su autopercepción y comportamiento”*¹⁵⁸.

Al respecto, es relevante señalar que no hay claridad respecto al rol que juegan los padres al transmitir estereotipos a sus hijos, ya que los estudios realizados sobre este tema muestran resultados contradictorios. Por otro lado, tampoco hay claridad respecto a la influencia de los medios de comunicación en la creación de estereotipos relevantes, pues esta materia aún no se ha investigado lo suficiente¹⁵⁹.

N. Los estereotipos juegan un rol fundamental en la discriminación, incluso cuando son benevolentes¹⁶⁰. De ahí que detectar un estereotipo sea útil para reconocer distinciones de trato, lo cual permitirá, eventualmente, la erradicación de las prácticas discriminatorias¹⁶¹.

Para determinar si un acto u omisión es o no discriminatorio, debemos atender a si se realizó una distinción, exclusión, restricción o preferencia en el trato entre personas, basándose

¹⁵⁸ **Cardoso Onofre de Alencar, Emanuela:** “Mujeres y estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Op. Cit., p. 30.

¹⁵⁹ **Stangor, Charles:** “The Study of Stereotyping, Prejudice, and Discrimination within Social Psychology. A quick history of Theory and Research”. Op. Cit., p. 6.

¹⁶⁰ **Herald, Marybeth:** “Situations, Frames, and Stereotypes: Cognitive Barriers on the road to Nondiscrimination”. Michigan Journal of Gender and Law, Volumen 17, Issue I, 2010.P. 51.

¹⁶¹ **Sarmiento Ramírez, Claudia:** “Mirando la discriminación con otros ojos”. En: Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica, Op. Cit., p. 169.

en una serie de criterios que a priori se consideran sospechosos o arbitrarios, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos¹⁶².

3.- Formas en las que se manifiestan los estereotipos: Clases de estereotipos.

De acuerdo a **Simone Cusack** y **Rebecca J. Cook**, los **estereotipos se pueden comportar de manera descriptiva, de manera prescriptiva, o bien, de manera falsa.**

En el caso de los **estereotipos descriptivos o estadísticos**, la asignación de estereotipos opera sobre la base de la observación común, para describir la creencia de que determinados atributos, comportamientos o roles caracterizan a un cierto grupo social y a sus miembros¹⁶³. Ejemplo de este tipo de estereotipo son las preconcepciones según las cuales las mujeres se dedican al trabajo doméstico antes que al trabajo remunerado.

La **estereotipación prescriptiva**, por su parte, opera delimitando identidades, mediante la prescripción de determinados atributos, roles y comportamientos a los cuales determinadas personas deben ceñirse, en razón de su pertenencia al grupo.¹⁶⁴ Un ejemplo es el estereotipo según el cual corresponde a la mujer, y no al hombre, encargarse del trabajo doméstico.

¹⁶² **Ibíd**em, p. 164.

¹⁶³ **Cook, Rebecca, y Cusack, Simone**: "Estereotipos De Género: Perspectivas Legales Transnacionales". Op. Cit., p. 18.

¹⁶⁴ **Ibíd**em, p. 21.

Los **estereotipos falsos**, por otra parte, operan marcando una diferencia respecto de un grupo y sus miembros, con propósitos hostiles o paternalistas¹⁶⁵. La atribuida delicadeza inherente a las mujeres es un ejemplo al respecto.

La jurista **Alexandra Timmer**, por su parte, a propósito de su análisis respecto de la jurisprudencia estadounidense referida a los estereotipos, distingue entre los *estereotipos estadísticos*, los *prescriptivos*, los *falsos*, y los *estereotipos que asignan roles*.

Los **estereotipos estadísticos** son aquellos que, estadísticamente, “*son ciertos respecto a un grupo, pero no respecto de un individuo en específico*”¹⁶⁶. Un ejemplo es el estereotipo según el cual los hombres tienen ingresos más altos que las mujeres. Los **estereotipos prescriptivos**, en tanto, exigen “*una cierta forma de comportarse, o bien, un estándar de apariencia, a fin de que los individuos se ajusten a las normas asociadas a su grupo, o bien, a las normas del grupo dominante (asimilación)*”¹⁶⁷. Un ejemplo al respecto son los estándares de belleza exigidos a las mujeres afroamericanas, los cuales se ajustan a los estándares de belleza de la población caucásica¹⁶⁸.

Los **estereotipos falsos**, en tanto, se basan en prejuicios, o bien, en creencias que no son tan claramente negativas, pero sí son incorrectas desde un punto de vista estadístico o empírico¹⁶⁹. Lo distintivo de estos estereotipos, según Timmer, es que **frecuentemente fijan estigmas**¹⁷⁰. Por ejemplo, el

¹⁶⁵ **Ibidem**, pp. 20-21.

¹⁶⁶ **Timmer, Alexandra**: “Judging Stereotypes: What the European Court of Human Rights Can Borrow from American and Canadian Equal Protection Law”. Op. Cit., p. 257.

¹⁶⁷ **Ibidem**, p. 258.

¹⁶⁸ **Ibidem**, Nota al pie de página número 122.

¹⁶⁹ **Ibidem**, p. 255.

¹⁷⁰ **Ibidem**, p. 2561.

estereotipo que atribuye a las mujeres indígenas ser flojas, ser tontas al no querer tener una vida “más moderna”, ser sucias¹⁷¹.

Finalmente, los **estereotipos que asignan roles** corresponden a “*nociones acerca de los roles o comportamientos apropiados respecto de las personas que pertenecen a un determinado grupo (por ejemplo, la idea de que las mujeres son dueñas de casa)*”¹⁷².

¹⁷¹ **Echeverría Echeverría, Rebelín:** “Estereotipos y Discriminación hacia Personas Indígenas Mayas: Su Expresión En Las Narraciones De Jóvenes De Mérida, Yucatán”. En: Aposta. Revista de Ciencias Sociales ISSN 1696-7348 N° 71, Octubre, Noviembre y Diciembre 2016. Pp.105-110.

¹⁷² **Ibidem**, p. 255.

Capítulo III: Estereotipos de género

1.- Definición de estereotipos de género, y breve reseña histórica

El estudio empírico acerca de los estereotipos data de hace más de sesenta años¹⁷³. No obstante, es sólo a partir de la presente década que han captado el interés de la teoría jurídica, siendo Rebecca J. Cook, Simone Cusack, Rikki Holmaat y Jonneke Naberlas las precursoras al respecto¹⁷⁴, todas las cuales se han enfocado principalmente en los estereotipos de género.

Para **Holmaat y Naber**, “estereotipo de género” se refiere “al hecho de que, en las prácticas culturales, en el lenguaje, en las creencias e imágenes, así como en los conceptos (sociales y legales), e instituciones, las dos distintas categorías “masculino” y “femenino” son considerados relatos veraces acerca de lo que, en último término, significa ser un hombre o una mujer”¹⁷⁵.

Cook y Cusack, en tanto, definen como “estereotipo de género” la “construcción social y cultural de hombres y mujeres, en razón de sus diferentes funciones físicas, biológicas, sexuales y sociales. Más ampliamente, pueden pensarse como las «convenciones que sostienen la práctica social del género». «Estereotipo de género» es un término general que se refiere a un «grupo estructurado de creencias sobre los atributos personales de hombres y mujeres». Dichas creencias pueden implicar una variedad de componentes, incluyendo características de la personalidad, comportamientos y roles, características físicas y apariencia u ocupaciones y presunciones sobre la

¹⁷³ **Jussim, Lee et al:** “The Unbearable Accuracy of Stereotypes”. En: “Handbook of Prejudice, Stereotyping and Discrimination”. Op. Cit., p. 199.

¹⁷⁴ **Cardoso Onofre de Alencar, Emanuela:** “Mujeres y Estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Op. Cit., P. 27.

¹⁷⁵ **Holmaat, Rikki, y Naber, Jonneke:** “Women’s Human Rights and Culture; From Deadlock to Dialogue”. Intersentia, Cambridge, 2011. P. 54.

*orientación sexual. [...] Los componentes de los estereotipos de género evolucionan y varían de acuerdo con los diferentes contextos*¹⁷⁶.

No hay que perder de vista que el estereotipo de género y la estereotipación de género son dos caras de una misma moneda: El estereotipo constituye una creencia determinada, acerca de cómo son o deben ser hombres y mujeres, mientras que la estereotipación consiste en la acción de atribuir determinadas características y roles a una persona, en razón de su pertenencia a los grupos sociales de hombres o mujeres. **La estereotipación de género es, de este modo, el estereotipo llevado a la práctica**¹⁷⁷.

Dado que los principales aportes al estudio de los estereotipos de género vienen desde la psicología social, y que estos han sido fundamentales en la obra de las autoras recién mencionadas, conviene referirse brevemente al devenir que han presentado las investigaciones acerca de estos estereotipos.

Durante varias décadas, los psicólogos - inspirados en la teoría de la evolución de Charles Darwin-, se dedicaron a demostrar "científicamente" las deficiencias intelectuales, morales y de salud mental de las mujeres, para lo cual se valieron de una fórmula racista, usada en el marco de las investigaciones realizadas también por psicólogos para demostrar la superioridad racial de los blancos¹⁷⁸. Sin embargo, estas demostraciones comenzaron a ser desafiadas durante la década de los sesenta del siglo XX, con el advenimiento de los ya referidos "estudios de la mujer", los cuales cuestionaron aquellos estudios que "comprobaban" la inferioridad de la mujer.

¹⁷⁶ **Cook, Rebecca J. y Cusack, Simone:** "Estereotipos De Género: Perspectivas Legales Transnacionales". Op. Cit., p.23.

¹⁷⁷ **Cook, Rebecca J. y Cusack, Simone:** "Estereotipos De Género: Perspectivas Legales Transnacionales". Op. Cit., pp. 25-26.

¹⁷⁸ **Swim, Janet K. y Hyers, Lauri L.:** "Sexism". En: "Handbook of Prejudice, Stereotyping and Discrimination". Op. Cit., p. 408.

Estos nuevos estudios partieron de la base de que hombres y mujeres efectivamente son distintos, pero ofrecían razones alternativas para explicar esas diferencias, razones que se basaban en la socialización y en la experiencia¹⁷⁹. Así, por ejemplo, Helen Thompson y Mary Calkins refutaron los mitos acerca del supuesto coeficiente intelectual inferior de las mujeres; Mary Putnam Jacobi criticó las visiones que caracterizaban a la menstruación como debilitante, mientras que Karen Horney y Clara Thompson desafiaron las nociones del psicoanálisis basadas en los celos, autoestima y desarrollo sicosexual¹⁸⁰.

La investigación científica llevada a cabo por investigadoras feministas intentó primeramente enfrentar el sesgo de género en los estudios empíricos realizados en el ámbito de la psicología, comparando a hombres y mujeres en la ejecución de diversas tareas, así como en los intereses que demostraban, y sus habilidades. No obstante, el resultado no fue el esperado, pues esas investigaciones finalmente confirmaron los estereotipos de género (por ejemplo, la mayor habilidad de las mujeres para descifrar el lenguaje no verbal, así como la mayor agresividad física de los hombres)¹⁸¹.

Otra estrategia –que tampoco dio los resultados que se esperaban-, fue comparar a bebés, con la esperanza de que la escasa socialización de estos mostrara otros corolarios¹⁸².

El debate en torno a las diferencias de género tiene de fondo la discusión sobre la naturaleza y la socialización –*nature/nurture*-. El conductismo jugó un papel importante en la comprensión del papel que la crianza -y por extensión, el sexismo-, desempeñan en el surgimiento de las diferencias de género.

¹⁷⁹ **Ibidem**, p. 408.

¹⁸⁰ **Ibidem**, p. 409.

¹⁸¹ **Ibidem**, p. 409.

¹⁸² **Ibidem**, p. 409.

La teoría del aprendizaje social, aunque de amplio alcance, fue tal vez el aporte más importante para lo que ahora es una comprensión común del papel del aprendizaje en las diferencias de género. Los teóricos del aprendizaje social hicieron la afirmación –hoy en día, obvia-, de que el aprendizaje tenía algo que ver con las diferencias de género que observamos. Del mismo modo, la teoría del aprendizaje social reveló que una fuente importante del sexismo es la cultura, en tanto ordena enseñar conductas diferenciadas a los niños y a las niñas¹⁸³.

Las investigaciones no sólo se concentraron en revelar los orígenes de las diferencias de género: También estudiaron de qué manera se llevaban a cabo esos estudios, y si estos a su vez estaban “contaminados” de sesgos de género que condujeran a resultados espurios¹⁸⁴. Quienes identificaron en los propios métodos de ciencias sociales la raíz del problema al estudiar las diferencias de género, tomaron dos enfoques diferentes para criticar estos métodos: Por un lado, están las epistemólogas feministas, las cuales buscaron criticar y ofrecer métodos mejorados o alternativos a la práctica científica estándar, al tiempo que defendían el método científico como una fuerza liberadora para las mujeres. Por otra parte, están las revisiónistas metodológicas, para quienes los métodos "objetivos" son en sí mismos problemáticos, y una contribución a la reificación del status quo opresivo. Esta postura, aunque ofrece soluciones muy diferentes (punto de vista feminista, perspectivas feministas posmodernistas), comparte con la epistemología feminista su rechazo a la práctica científica estándar como una forma sistemática de sexismo que resulta aún más opresora de los grupos desfavorecidos¹⁸⁵.

¹⁸³ **Ibidem**, p. 410.

¹⁸⁴ **Ibidem**, p. 410.

¹⁸⁵ **Ibidem**, pp. 411-412.

El revisionismo metodológico no ha penetrado mayormente al estudio sobre el sexismo en el campo de la psicología. Sin embargo, se reconocen algunos aportes a ambas críticas metodológicas, por ejemplo, el intentar limpiar el sexismo en la práctica de la investigación científica, para que esta se dedique al sexismo como tema de investigación y no como práctica de la investigación científica. Asimismo, ha dado lugar a investigaciones sobre temas como la violencia contra la mujer, el acoso sexual, el papel del poder en los estereotipos, la objetificación sexual de la mujer, el lenguaje sexista y las formas interpersonales de discriminación¹⁸⁶.

2.- Características de los estereotipos de género.

A los estereotipos de género les son aplicables todas las características de los estereotipos, antes mencionadas. No obstante, es posible reconocer otras características propias.

Por ejemplo, si bien hay evidencia de que los estereotipos son susceptibles de cambiar, y que de hecho, lograr ese cambio es menos difícil de los que se podría pensar¹⁸⁷, los estereotipos de género son considerados como “**dominantes socialmente** cuando se articulan a través de los sectores sociales y las culturas y son **socialmente resilientes** en cuanto se articulan a través del tiempo. Las condiciones para que haya lugar a la estratificación y subordinación social de las mujeres existen cuando las prácticas que incluyen los estereotipos son socialmente dominantes y persistentes. **Dichas condiciones para la estratificación o subordinación social se exacerban cuando los estereotipos se reflejan o se encuentran inmersos en el**

¹⁸⁶ **Ibíd**em, p. 412.

¹⁸⁷ Ver página 77.

derecho, como en las premisas implícitas en la legislación y las implicancias del razonamiento y lenguaje usados por jueces y juezas¹⁸⁸.

Los estereotipos de género, por otro lado, **se refuerzan a sí mismos**: Dado que los estereotipos que prescriben roles a hombres y mujeres **son altamente prescriptivos, se convierten en una verdad estadística, “son profecías autocumplidas”**¹⁸⁹, producto de lo que se ha denominado “la amenaza del estereotipo”¹⁹⁰. De este modo, *“los estereotipos de género tienden a congelar las identidades de género y los roles de género, los hacen aparecer como reales, universales, eternos, naturales, esenciales y / o inmutables”*¹⁹¹. Por ejemplo, la evidencia indica que la internalización de las expectativas de roles sociales conduce a diferencias de género en los comportamientos: Cuantas más mujeres y hombres respaldan las diferencias estereotipadas entre unas y otros, y mientras más situaciones prescriban expectativas de género diferenciadas en cuanto a la expresividad emocional, mayores serán las diferencias de género en las medidas fisiológicas de la intensidad emocional¹⁹².

Si bien los estereotipos de género afectan a hombres y mujeres, **“son éstas las que padecen los efectos más perjudiciales. Como reflejo de las diferencias de género, los estereotipos refuerzan y justifican las asimetrías de poder y mantienen lo femenino en una posición de subordinación”**¹⁹³. Por ejemplo, existe evidencia de que la creencia prescriptiva consistente en que las

¹⁸⁸ **Cook, Rebecca J. y Cusack, Simone**: “Estereotipos De Género: Perspectivas Legales Transnacionales”. Op. Cit., pp. 25-26.

¹⁸⁹ **Timmer, Alexandra**: “Gender Stereotyping in the case law of the EU Court of Justice”. Op. Cit., P. 38.

¹⁹⁰ Ver página 76.

¹⁹¹ **Holmaat, Rikki**: “The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women: A Commentary”. En: Freeman, Chinkin, Rudolf (eds.) CEDAW Commentary (Oxford: OUP 2011). P. 147.

¹⁹² **Swim, Janet K. y Hyers, Lauri L.**: “Sexism”. En: “Handbook of Prejudice, Stereotyping and Discrimination”. Op. Cit., p. 423.

¹⁹³ **Cardoso Onofre de Alencar, Emanuela**: “Mujeres y Estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Op. Cit., p. 33.

mujeres deben poner las necesidades de otras personas por delante de las propias necesidades, conduce a lo que se denomina *auto-silenciamiento*, esto es, la creencia que prescribe que uno no debe expresar sus pensamientos y sentimientos en las relaciones, a fin de mantener la armonía en estas, creencia que *“teóricamente, [...] deriva de creencias relacionadas con el género, respecto del comportamiento apropiado para las mujeres en las interacciones interpersonales. Cuantas más mujeres respaldan estas creencias, más probable es que tengan un peor bienestar psicológico, por ejemplo, en la forma de mayor depresión [...], y es menos probable que confronten formas cotidianas de sexismo”*¹⁹⁴.

En general, los atributos asociados a las mujeres son considerados de menor valor que aquellos asociados a los hombres, atributos que si bien no son negativos en sí mismos, al ser menos valorados producen *“consecuencias perjudiciales a las mujeres, especialmente por promover actitudes y políticas paternalistas, manteniendo, así, su subordinación. Eso se ve en la medida en que se perciben ambos sexos como opuestos y complementarios. Cada uno tiene un conjunto de características y actitudes que le falta al otro, pero que se equilibra y complementa. La idea de complementariedad facilita la aceptación de los estereotipos por hombres y mujeres, que contribuye a justificar las desigualdades de género”*¹⁹⁵.

Los estereotipos, decía anteriormente, suelen interactuar con otros sistemas de opresión que a su vez, producen estereotipos. A esto, señalé, se le llama **interseccionalidad**. Con respecto a la interseccionalidad en el género, **Judith Butler** sostiene que *“si una «es» una mujer, es evidente que no es todo lo que una es el concepto no es exhaustivo, no porque una «persona»*

¹⁹⁴ **Swim, Janet K. y Hyers, Lauri L.:** “Sexism”. En: “Handbook of Prejudice, Stereotyping and Discrimination”. Op. Cit., p. 423.

¹⁹⁵ **Cardoso Onofre de Alencar, Emanuela:** “Mujeres y Estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Op. Cit., p. 33.

con un género predeterminado sobrepase los atributos de su género sino porque el género no siempre se constituye de forma coherente o consistente en contextos históricos distintos y porque **se entrecruza con modalidades raciales, de clase, étnicas, sexuales y regionales de identidades discursivamente constituidas. Así, es imposible separar el «género» de las intersecciones políticas y culturales en las que constantemente se produce y se mantiene**¹⁹⁶.

Los estereotipos de género tienen un **efecto tangible en cuanto a la representación y a la distribución de beneficios**¹⁹⁷, y en consecuencia, resultan discriminatorios. Efectivamente, “cuando los estereotipos tienen el efecto de negar un beneficio o imponer una carga a las mujeres y no a los hombres [...], estos estereotipos son una forma de discriminación. Hay un debate si todo estereotipo es malo para las mujeres. Ciertamente, cuando los estereotipos imponen carga o niegan beneficios, son malos para las mujeres. Pero es importante explicar que estamos constantemente aprendiendo con los psicólogos sobre la naturaleza perjudicial del estereotipo y sus efectos secundarios sobre las personas. Entonces incluso cuando los estereotipos no niegan un beneficio o imponen una carga, ellos todavía pueden ser degradantes o negar la dignidad”¹⁹⁸.

Con respecto al impacto de los estereotipos de género en la representación, Timmer señala –citando para esos efectos el trabajo de Nancy Fraser, Rebecca Cook y Simone Cusack–, que estos **estereotipos dañan a las mujeres al degradarlas, disminuir su dignidad humana y marginalizarlas**, toda vez que se les niega el estatus de socia plena –*full partner*–, en la

¹⁹⁶ **Butler, Judith**: “El género en disputa”. Op. Cit. P. 49.

¹⁹⁷ **Timmer, Alexandra**: “Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Humans Rights”. Op. Cit., P. 715.

¹⁹⁸ **Diniz, Debora**: “Estereótipos de gênero nas cortes internacionais - um desafio à igualdade: entrevista com Rebecca Cook”. Revista Estudos feministas, 2011, vol.19, N° 2. P. 459.

interacción social, como consecuencia de patrones culturales que les asignan menos valor y dignidad¹⁹⁹.

Un ejemplo que ilustra los efectos de los estereotipos de género en cuanto a representación es la menor participación de las mujeres en cargos políticos, de lo cual existe abundante evidencia de que se debe al sexismo. De acuerdo al programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *“a partir del reconocimiento de las barreras de entrada que enfrentan las mujeres para competir por un cargo y participar en los espacios de toma de decisiones, desde la década de los noventa se viene planteando a nivel mundial que una de las formas concretas de avanzar en mejorar los niveles de representación política de las mujeres es impulsando medidas de acción afirmativa. Las **cuotas de género** han sido ampliamente promovidas desde la comunidad internacional y los movimientos de mujeres como un mecanismo eficaz para acelerar el ritmo de incorporación de mujeres a cargos de elección popular, interviniendo en procesos de nominación. Su objetivo central apunta a mejorar la representación descriptiva de las mujeres. **Las cuotas de género son un mecanismo de acción afirmativa que se sustenta en la constatación de la existencia de un desequilibrio que impide una igualdad de oportunidades efectiva entre mujeres y hombres y que los cambios en las condiciones sociales, por sí solos, no solucionarán estas desigualdades**”²⁰⁰.*

Cabe señalar que dentro del ámbito latinoamericano, Chile se mantuvo ajeno a la tendencia de implementar estas cuotas de género²⁰¹, debido a la resistencia de los partidos políticos. De hecho, era uno de los países de la región con menor presencia de mujeres en el Congreso, manteniéndose por

¹⁹⁹ **Timmer, Alexandra:** “Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Humans Rights”. Op. Cit P. 715.

²⁰⁰ **Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en Chile:** “Representación política de mujeres en el poder legislativo: Análisis de la aplicación de las cuotas de género en las elecciones parlamentarias de 2017”. Febrero de 2018. Pp. 6-7.

²⁰¹ **Ibidem,** p. 7.

debajo de los índices mundiales y regionales de participación femenina²⁰², hasta que en el año 2015 entró en vigencia la ley N° N° 20.840, la cual, entre otras cosas, introdujo la figura de las cuotas género. Si bien esta ley obviamente no erradicó el sexismo de la práctica política en nuestro país, mostró resultados positivos en cuanto a aumentar la participación de mujeres en las últimas elecciones parlamentarias, así como en el incremento de mujeres que fueron elegidas para ocupar estos cargos²⁰³.

El impacto en la distribución de beneficios, en tanto, dice relación con el acceso a recursos: los estereotipos de género operan muchas veces negando beneficios justificados, o bien, imponiendo cargas injustas²⁰⁴. Ejemplo de ello es la manipulación realizada al menos desde el año 2011 por parte de la Tokyo Medical University a los puntajes de las pruebas de admisión rendidas por las mujeres que postulaban a esa Universidad, manipulación que obedecería a la creencia de que los hombres son más adecuados para desempeñar la profesión médica, puesto que las mujeres japonesas suelen dejar de trabajar una vez que se casan y comienzan a tener hijos²⁰⁵.

Los **estereotipos de género constituyen un estímulo ambiental importante, que no dependen de actos conscientes para que sus efectos sean palpables**. En otras palabras: Despliegan sus efectos por el solo hecho de “*estar en el aire*”²⁰⁶. Estos estereotipos “*modelan nuestros actos, confinan*

²⁰² **Ibíd**em, pp. 7-8.

²⁰³ **Ibíd**em, p. 38.

²⁰⁴ **Cook, Rebecca J. y Cusack, Simone**: “Estereotipos De Género: Perspectivas Legales Transnacionales”. Op. Cit., p. 3.

²⁰⁵ **Radio Cooperativa**: “Universidad manipuló pruebas de acceso para admitir a menos mujeres en Japón”. Disponible en: <https://www.cooperativa.cl/noticias/mundo/japon/universidad-manipulo-pruebas-de-acceso-para-admitir-a-menos-mujeres-en/2018-08-02/005801.html>.

²⁰⁶ **Herald, Marybeth**: “Situations, Frames and Stereotypes: Cognitive Barriers on the Road to Nondiscrimination”. Op. cit. P. 49.

*nuestra capacidad de hacer asociaciones contrarias, y contribuyen a desplegar actitudes perjudiciales*²⁰⁷.

En definitiva, los **estereotipos de género favorecen la discriminación**, al distinguir entre atributos y roles propios de los hombres, y atributos y roles propios de las mujeres, al tiempo que sitúa los roles y atributos propios de los hombres por sobre los que son propios de las mujeres. De ahí que tratados internacionales como la CEDAW o el CERD –Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial-, consideren al sexo como criterio sospechoso o prohibido, junto con otros elementos tales como la raza, el color, el idioma o la religión política, toda vez que históricamente dichos elementos han sido invocados para justificar diferencias de trato entre grupos o entre las personas²⁰⁸.

Este tipo de discriminación, basada en estereotipos de género, se denomina **sexismo**, término acuñado en la década los sesenta del siglo pasado, y que es definido como *“las actitudes, creencias y comportamientos de los individuos, [así como] las prácticas organizacionales, institucionales y culturales que reflejan las evaluaciones negativas de los individuos en función de su género, o apoyan la desigualdad de condición de las mujeres y los hombres*²⁰⁹. En efecto, *“los estereotipos de género, sin importar cuán precisos sean, pueden conducir a un comportamiento sexista al conducir de manera inapropiada a un trato diferente para mujeres y hombres*²¹⁰.

²⁰⁷ **Ibíd.**, p. 49.

²⁰⁸ **Sarmiento Ramírez, Claudia:** “Mirando la Discriminación con Otros Ojos”. Op. Cit. Pp. 163-164.

²⁰⁹ **Swim, Janet K. y Hyers, Lauri L.:** “Sexism”. En: “Handbook of Prejudice, Stereotyping and Discrimination”. Op. Cit., pp. 408-409.

²¹⁰ **Ibíd.**, p. 412

3.- Formas en que se manifiestan los estereotipos de género: Distintas clases de estereotipos de género.

Podemos distinguir entre *estereotipos de sexo*, *estereotipos sexuales*, *estereotipos sobre los roles sexuales* y *estereotipos compuestos*.

Un **estereotipo de sexo** es una visión generalizada o preconcepción referida a los atributos físicos, biológicos, emocionales y cognitivos que presentan o deberían presentar hombres y mujeres²¹¹. Los estereotipos de sexo incluyen nociones generalizadas según las cuales hombres y mujeres poseen características físicas diferenciadas²¹². Ejemplo de este tipo de estereotipo es la visión generalizada de que los hombres son más altos que las mujeres. Si bien esta generalización puede tener asidero desde el punto de vista estadístico, podría no ser cierta en lo particular, y por otra parte, podría configurar un estereotipo prescriptivo, si, por ejemplo, se afirma que en una relación de pareja heterosexual, el hombre debe ser más alto que la mujer.

Muchos de estos estereotipos se basan en diferencias percibidas entre hombres y mujeres, antes que en reales diferencias entre ambos²¹³. Por ejemplo: Los estereotipos según los cuales los hombres son agresivos y competitivos, mientras que las mujeres son delicadas y pasivas.

Ilustrativo de los estereotipos de sexo fue la primera aproximación desde el derecho internacional al tema de las mujeres, aproximación que tenía un enfoque de protección a la mujer, en el marco del ingreso de esta a oficios que, hasta entonces, habían sido desempeñados únicamente por hombres, lo cual

²¹¹ **Cusack, Simone:** "Gender Stereotyping as a Human Rights Violation". Op. Cit. p. 10.

²¹² **Cook, Rebecca J. y Cusack, Simone:** "Estereotipos De Género: Perspectivas Legales Transnacionales". Op. Cit., p. 29.

²¹³ **Cusack, Simone:** "Gender Stereotyping as a Human Rights Violation". Op. Cit. p. 10.

configuró una incipiente modificación de los roles tradicionales. En ese contexto, la OIT dictó una norma relativa al trabajo nocturno de las mujeres, la cual fue interpretada en el año 1932 por la Corte Internacional Permanente de Justicia como una norma de prohibición de trabajos nocturnos por parte de las mujeres que ejercieran cargos de supervisión. Esta norma –y la interpretación que hizo de ella esa Corte-, vista desde la perspectiva de género, nos da cuenta de que su objetivo es la protección del feto, y en último término, el control de las mujeres y la protección de su rol materno, obstando de ese modo tanto la diversificación de sus oportunidades laborales como su acceso a empleos mejor remunerados, al tiempo que perpetúa los estereotipos de sexo sobre las mujeres como débiles, vulnerables y frágiles²¹⁴.

El **estereotipo sexual**, en tanto, es una visión generalizada acerca de las características sexuales o comportamientos que hombres y mujeres tienen o deberían tener en sus interacciones²¹⁵.

Esta clase de estereotipo atribuye a hombres y mujeres “*características o cualidades sexuales específicas que juegan un papel en la atracción y el deseo sexuales, la intimidad, posesión y violencia sexuales, el sexo como transacción (a cambio de dádivas, oportunidades o dinero), y la rectificación y explotación sexuales*”²¹⁶. Ejemplo de esta clase estereotipo es la antigua teoría del débito conyugal, según la cual “*el marido tiene derecho de ejecutar [el acto sexual] con su esposa y por lo tanto no cabe la legítima defensa de esta, salvo el caso de que el marido lo intentare contra natura, o bajo condiciones que dañare*

²¹⁴ **Ibidem**, p. 30. También: **Nash, Claudio**: “Estudio Introductorio: Derechos Humanos y Mujeres. Teoría y Práctica”. En: “Derechos Humanos y Mujeres. Teoría y Práctica”, Op. Cit., p. 16.

²¹⁵ **Cusack, Simone**: “Gender Stereotyping as a Human Rights Violation”. Op. Cit. p. 11. También: **Fernández Rodríguez de Liévana, Gema**: “Los Estereotipos de Género en los Procedimientos Judiciales por Violencia de Género: El Papel del Comité CEDAW en la Eliminación de la Discriminación y de la Estereotipación”. P. 5.

²¹⁶ **Cook, Rebecca J. y Cusack, Simone**: “Estereotipos De Género: Perspectivas Legales Transnacionales”. Op. Cit., p. 31.

gravemente la salud de la mujer o le infiriera ofensa que también revistiera gravedad [...]”²¹⁷. Como es posible advertir, esta otorga a los hombres el derecho a tener relaciones sexuales con sus esposas, y prescribía a estas el deber de tener sexo con sus maridos, por el sólo hecho de que este así lo requiriese, y sin considerar el parecer de la mujer, anulando de este modo la voluntad de las mujeres.

En tanto pretende establecer un determinado orden en la interacción entre hombres y mujeres, el estereotipo sexual es siempre prescriptivo, porque *“determina las razones para las relaciones sexuales y los comportamientos sexuales que se consideran aceptables. Los estereotipos sexuales operan para demarcar las formas aceptables de sexualidad masculina y femenina, con frecuencia privilegiando la heterosexualidad sobre la homosexualidad”²¹⁸.*

Los **estereotipos sobre los roles sexuales**, por su parte, *“describen una noción normativa o estadística sobre los roles o comportamientos apropiados a hombres y mujeres. En tanto los estereotipos sobre los roles sexuales se basan en las diferencias biológicas de los sexos para determinar cuáles son los roles o comportamientos sociales y culturales apropiados de hombres y mujeres, puede decirse que se construyen sobre los estereotipos de sexo. Los roles sociales por sí mismos, crean estereotipos”²¹⁹.*

²¹⁷ Tribunal Oral en lo Penal de Villarrica, causa ROL 27-2007, del 25 de mayo de 2007. Citado en: **Casas, Lidia, González, Juan Pablo y Molina, María Soledad**: “Estereotipos de género en sentencias del tribunal constitucional”. Op. Cit., p. 255.

Cabe hacer presente que estos autores mencionan que el argumento en defensa del débito conyugal fue citado en el fallo por las tres juezas que dictaron sentencia en este caso, como contraposición a la mirada moderna del Derecho Penal con respecto a las relaciones sexuales entre cónyuges, visión esta última la cual adhirió el tribunal, señalando que “es de esta última forma como estas juezas entienden la aplicación de la justicia, con el respeto al género y a la igualdad”.

²¹⁸ **Cook, Rebecca J. y Cusack, Simone**: “Estereotipos De Género: Perspectivas Legales Transnacionales”. Op. Cit., p. 31.

²¹⁹ **Ibidem**, p. 32.

Los estereotipos de roles sexuales se enfocan en los roles y comportamientos de mujeres y hombres, generalmente **asignándoles roles y comportamientos distintos, que se refuerzan mutuamente**²²⁰. Un ejemplo de esta clase de estereotipo es aquel según el cual los hombres deben encargarse de proveer materialmente en el hogar, y que es labor de las mujeres criar a los hijos. Esta descripción de roles puede generar estereotipos, en cuanto limita o anula las oportunidades de las mujeres de educarse en cualquier ámbito que no sea el de dueña de casa, o bien, en cuanto limita o anula las posibilidades de los hombres de ejercer labores domésticas.

Por último, los **estereotipos compuestos** se refieren a la intersección de las diferentes clases de estereotipos de género con otros estereotipos, los cuales pueden estar referidos a etnicidad, clase, edad, etc.²²¹ Como resultado de esta intersección, se producen nuevos estereotipos de sexo, estereotipos sexuales o estereotipos sobre roles sexuales, referidos a distintos subgrupos de hombres y mujeres²²².

Un caso paradigmático de estereotipos compuestos -por cuanto confluyen atribución de características y roles en función del sexo y de la raza-, es el de Gabriela Blas, pastora aymara que en el año 2007 sufrió el extravío de su hijo Domingo Eloy –quien en ese entonces tenía casi cuatro años de edad-, mientras ella iba a buscar dos llamas que se habían rezagado. Gabriela denunció la desaparición de su hijo como presunta desgracia, resultado de lo cual terminó siendo imputada por el delito de abandono con resultado de muerte de Eloy.

²²⁰ **Cusack, Simone:** “Gender Stereotyping as a Human Rights Violation”. Op. Cit. p. 13.

²²¹ **Cook, Rebecca J. y Cusack, Simone:** “Estereotipos De Género: Perspectivas Legales Transnacionales”. Op. Cit., p. 34.

²²² **Cusack, Simone:** “Gender Stereotyping as a Human Rights Violation”. Op. Cit. p. 15.

En el marco del primer juicio oral que se realizó en este caso, el Ministerio Público “sostuvo en su alegato de apertura que Gabriela Blas no cumplió su obligación de madre **«garante de la seguridad de su hijo»**. **Su modo de actuar iba «incluso contra las leyes de la naturaleza»**. **Alegó que aquellos son roles transculturales, «que van con el contenido genético y biológico de una madre»**²²³. El tribunal oral en lo penal de Arica la condenó en esa ocasión a una pena de 10 años, afirmando, entre otras cosas, que “su **comportamiento «errático» acreditaba «una conducta anómala para una madre», cualesquiera que fuere «su origen étnico»**. Como mintió, no podían dar «verosimilitud a su versión de extravío». Llegaron a la convicción de que **«tuvo la suficiente frialdad y audacia de crear diversas historias a fin de evitar ser descubierta en su conducta ilícita»**. **Afirmaron que en el juicio no estaba «comprometida la costumbre aymara, en la medida que no es propia de ella dejar abandonados a menores»**²²⁴.

Luego de que el defensor de Gabriela recurriera de nulidad en contra de este fallo, este juicio se anuló, y se realizó por segunda ocasión. Esta vez, Gabriela fue condenada a doce años de presidio, con argumentos que nuevamente hacían referencia a su condición de madre de indígena: “En su dictamen, los jueces afirmaron que Gabriela Blas abandonó con dolo a su hijo porque **«es oriunda y conocedora de la zona en la que había pastoreado antes»** y sabía **«de los peligros»** que **«existen en cualquier lugar solitario, como lo es el altiplano chileno»**. Si vio que dos animales se quedaban rezagados y fue a su rescate, **no entendían cómo fue que «en su posición de garante, de madre indígena conocedora de los peligros, no se representó que la pérdida o el ataque de un animal feroz podía acontecerle a su hijo»**. Tal como los jueces

²²³ Centro de Investigación periodística (CIPER): “La historia no contada de la pastora aymara condenada por extraviar a su hijo”. 1 de junio de 2012. Disponible en: <https://ciperchile.cl/2012/06/01/la-historia-no-contada-de-la-pastora-aymara-condenada-por-extraviar-a-su-hijo/>

²²⁴ **Ibidem.**

del primer juicio, concluyeron que era «posible sostener que la acusada no quería que se encontrase a su hijo»: denunció el extravío un día después de sucedido, no fue al retén más cercano y con su comportamiento «distrajo a la policía»²²⁵.

Por otra parte, no obstante que tanto el Convenio 169 de la OIT como la Ley Indígena obligan a respetar las costumbres o el derecho consuetudinario en los juicios donde intervengan personas que pertenezcan a pueblos originarios, los jueces señalaron de este segundo juicio señalaron en su fallo *“que la defensa mostró a la acusada «como una mujer indígena totalmente fuera de la cultura “occidental”». Sin embargo, indicaron que Gabriela Blas fue al colegio «hasta sexto año básico», trabajó nueve meses como «empacadora de tomates en Azapa», también en un restaurante en Zapahuira «donde sostuvo relaciones de pareja con los camioneros que pasaban» e hizo un reclamo en la Dirección del Trabajo por no pago de sus cotizaciones, «trámites que no podría haber efectuado una persona con deprivación cultural». Además, el fallo indica que en su casa de Alcérreca la PDI encontró «prendas femeninas y documentación en el lugar, tales como toallas higiénicas y su carnet de Fonasa»²²⁶.*

Como es posible advertir, en este caso operaron estereotipos basados en el género y en la pertenencia étnica de Gabriela Blas. En su condición de mujer, fue decisivo en su fallo el hecho de que ella no observara conductas que, en palabras de la fiscal del caso, son *“roles transculturales, que van con el contenido genético y biológico de una madre”²²⁷*. En tanto indígena, se le desconoció su pertenencia al pueblo aymara y la adscripción a sus costumbres, debido a una supuesta occidentalización, juicio que se adoptó prescindiendo de la prueba pericial rendida en el proceso. Asimismo, como se vio anteriormente,

²²⁵ *Ibídem.*

²²⁶ *Ibídem.*

²²⁷ *Ibídem.*

los jueces prescribieron que Gabriela debió anticiparse al extravío de su hijo, en su condición de madre indígena.

Contrastando con la situación que afectó a Gabriela Blas, las autoridades han actuado de modo diametralmente opuesto en otros casos concernientes a extravío de niños, casos en los cuales los padres han sido liberados de responsabilidad tanto en lo referido al extravío como al resultado de muerte de esos niños²²⁸.

Por último, es necesario tener en cuenta que muchos de los estereotipos que se caracterizan como estereotipos de género correspondan en realidad a estereotipos compuestos, lo cual se explica porque generalmente los estereotipos de género suelen estar referidos a un grupo determinado de hombres o mujeres, en lugar de los hombres o las mujeres como colectivo²²⁹. Por ejemplo: El estereotipo según el cual las mujeres provenientes de medio oriente son sumisas.

4. Definición y reconocimiento de “estereotipo de género” en Tratados y Declaraciones Internacionales.

No existe ninguna definición de estereotipo de género en ningún Tratado Internacional, y sólo dos de ellos contienen obligaciones expresas concernientes a los estereotipos: La “**Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer**” (CEDAW) –firmado en el año 1979-, y la “**Convención sobre los derechos de las personas con**

²²⁸ **Radio Cooperativa:** “Niño extraviado en Laguna Verde fue hallado muerto”. 17 de julio de 2012. Disponible en:

<https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/region-de-valparaiso/nino-extraviado-en-laguna-verde-fue-hallado-muerto/2012-07-17/132628.html>

²²⁹ **Cusack, Simone:** “Gender Stereotyping as a Human Rights Violation”. Pp. 15-16.

discapacidad” –aprobado en el año 2006-. No obstante estas omisiones, a partir de los textos de otros tratados internacionales, se deducen amplias obligaciones internacionales para muchos mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas y de los Estados Partes en relación a los estereotipos de todo tipo, y no sólo a aquellos referidos al género²³⁰. Es precisamente a las obligaciones referentes a los estereotipos de género que se encuentran abordadas de manera explícita o implícita en diferentes tratados internacionales que me referiré a continuación:

- A.** Comenzaré con la “**Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer**”, o **CEDAW**, la cual se refiere a los estereotipos de género en distintas disposiciones. Así por ejemplo, su **preámbulo** señala, entre otras cosas, que “*los Estados Partes en la presente Convención [...] Reconociendo que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia*”-. Además, en su **artículo 5** incorpora la obligación de que “*los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres; b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y*

²³⁰ **Ibidem**, pp. 20, 23 y 42.

En general, esta parte estará basada en las páginas 20-42 de este texto.

*mulieres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos”-. Su **artículo 10 (c)**, en tanto, establece que “los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: c) La eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos de enseñanza”.* También podemos destacar el **artículo 2 (f)**, según el cual “los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, [...] y se comprometen a: f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer”-.

Todas las normas citadas configuran el marco legal para que los Estados parte de la CEDAW aborden los estereotipos de género, constituyendo el primer tratado internacional que establece obligaciones a los Estados partes en relación a los estereotipos de género.

- B. La “Convención Sobre Los Derechos De Las Personas Con Discapacidad” (CDPD)**, -el único tratado internacional, además de la CEDAW, que establece expresamente obligaciones a los

Estados partes en relación a los estereotipos de género-, establece que su **artículo 8 N° 1 letra B** que “*los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas inmediatas, efectivas y pertinentes para: b) Luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos los ámbitos de la vida*”.

C. La “**Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes**” –CAT, para estos efectos, y que adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984-, es uno de los casos donde no se consagran expresamente obligaciones para los Estados partes en relación a los estereotipos de género, no obstante lo cual el Comité respectivo ha salvado esta omisión a partir del texto del Tratado. En efecto, el Comité contra la Tortura, en su “**Observación General N° 2**”, referida a la aplicación del **artículo 2 por los Estados Partes**²³¹, reconoce el vínculo entre estereotipos de género y la violencia que sanciona la CAT. Es así como en el párrafo N° 22 de esta Observación, el Comité señala que “*el género es un factor fundamental. La condición femenina se combina con otras características o condiciones distintivas de la persona, como la raza, la nacionalidad, la religión, la orientación sexual, la edad o la situación de extranjería, para determinar las formas en que las mujeres y las niñas sufren o corren el riesgo de sufrir torturas o malos tratos, y sus consecuencias. Las situaciones*

²³¹ Para estos efectos, consideraré sólo el numeral 1 del **Artículo 2 Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes**: 1. Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción.

*en que la mujer corre riesgo incluyen la privación de libertad, el tratamiento médico, particularmente en el caso de las decisiones relacionadas con la reproducción, y los actos de violencia cometidos por sujetos privados en comunidades y hogares. Los hombres también están expuestos a determinadas infracciones de la Convención por motivos de género, como la violación u otros actos de violencia o abuso sexual. Tanto los hombres como las mujeres y los niños y las niñas pueden ser víctima de infracciones de la Convención por su disconformidad real o aparente con las funciones que determina la sociedad para cada sexo*²³².

- D. En el caso de la “**Convención sobre los Derechos del Niño**” - aprobada el 20 de noviembre de 1989 por la ONU-, ha sido el Comité de los Derechos del Niño quien se ha pronunciado respecto a los estereotipos de género a través de sus “Observaciones Generales”. Así, por ejemplo, ha señalado que “*a la luz de los artículos 3, 6, 12, 19 y el párrafo 3 del artículo 24 de las observaciones los Estados Partes están obligados a adoptar todas las medidas eficaces para eliminar cuantos actos y actividades amenacen al derecho a la vida de los adolescentes, incluidas las muertes por cuestiones de honor. El Comité insta vivamente a los Estados Partes a que elaboren y realicen campañas de sensibilización, programas de educación y leyes encaminadas a cambiar las actitudes predominantes y a abordar las funciones y los estereotipos en relación con el género que inspiran las prácticas tradicionales perjudiciales. Además, los Estados Partes deben facilitar el establecimiento de información*”

²³² **Comité contra la Tortura:** “Observación General Nº 2: Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes”. 24 de enero de 2008.

*multidisciplinaria y prestar asesoramiento a los centros respecto a los aspectos perjudiciales de algunas prácticas tradicionales, como son los matrimonios precoces y la mutilación genital de la mujer*²³³. En otra ocasión, el Comité señaló que “los Estados deberían hacer frente a todas las formas de discriminación de género en el marco de una estrategia amplia de prevención de la violencia. Esto significa luchar contra los estereotipos basados en el género, los desequilibrios de poder, las desigualdades y la discriminación, factores todos ellos que contribuyen a perpetuar la utilización de la violencia y la coacción en el hogar, la escuela y los centros educativos, las comunidades, el lugar de trabajo, las instituciones y la sociedad en general. Deben alentarse activamente las asociaciones y alianzas estratégicas entre niños y adultos de sexo masculino, dando a estos, al igual que a las mujeres y las niñas, oportunidades de aprender a respetar al otro sexo y a poner fin a la discriminación de género y sus manifestaciones violentas”²³⁴.

- E. También en el caso del “**Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**” -adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966-, ha sido el Comité respectivo –el **Comité de Derechos Humanos**-, quien ha construido obligaciones concernientes a los estereotipos de género para los Estados parte. En efecto, de acuerdo a lo señalado en distintas ocasiones por el Comité de Derechos Humanos, los estereotipos de género pueden desembocar en

²³³ **Comité sobre los derechos del niño:** Observación General Nº 4: La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño. 21 de julio de 2003. Párrafo 24.

²³⁴ **Comité sobre los derechos del niño:** Observación General Nº 13: Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia. 18 de abril de 2011, párrafo 72 letra b.

discriminación y desigualdad, y en tal caso, los Estados partes infringen los artículos 2 número 1; 3 y 26 de este Pacto²³⁵. Ejemplo de lo anterior es la Observación General N° 28 de este Comité, en la cual señaló que “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. [...] Los Estados Partes deben cerciorarse de que no 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”²³⁶.

F. En el caso del **“Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”** –adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966-, ha sido el **“Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”**

²³⁵ **Cusack, Simone:** “Gender Stereotyping as a Human Rights Violation”. Op. Cit. P. 36.

En cuanto a las normas referidas, cabe señalar que el art. 2 N° 1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos establece que “cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. El art. 3, en tanto, obliga a los Estados Partes de este Pacto a comprometerse “a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto”. Finalmente, el art. 26 establece que “todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

²³⁶ **Comité de Derechos Humanos:** “Observación General N° 28, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos en relación al Artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres”, 68º período de sesiones. Año 2000, párrafo 5.

quien ha elaborado para sus Estados partes una obligación de no estereotipar con base en el género, a través de la figura de las “Observaciones Generales” y las “Observaciones Finales” dirigidas a Estados partes en específico²³⁷, y tomando como base el **art. 2 N° 2 del Pacto** –“los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole”-, y en el **art. 3** –“los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto”-. Un ejemplo de lo anterior es la Observación General N° 16, este Comité sostuvo que “constituye discriminación contra la mujer toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o 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 o en cualquier otra esfera. La discriminación por sexo se puede basar en la diferencia de trato que se da a la mujer por razones biológicas, como la negativa a contratar mujeres porque pueden quedar embarazadas, o en supuestos estereotípicos, como orientar a la mujer hacia empleos de bajo

39. ²³⁷ **Cusack, Simone:** “Gender Stereotyping as a Human Rights Violation”. Op. Cit. P.

*nivel porque se considera que la mujer no está dispuesta a consagrarse a su trabajo como se consagraría un hombre*²³⁸.

G. También en el caso de la **“Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”** –adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1990-, el **“Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares”** ha construido una obligación de no estereotipar, a partir de del art. 7 de esta Convención, el cual establece la obligación de los Estados partes de comprometerse *“a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la presente Convención, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole”*. Con base en esta norma, el Comité se ha referido asimismo a la discriminación en el trabajo doméstico, señalando al respecto que *“considerando que la mayoría de los trabajadores domésticos son mujeres y niñas y habida cuenta de las funciones tradicionales, la distinción de géneros en el mercado laboral, la prevalencia universal de la violencia de género y la feminización de la pobreza y la migración laboral en todo el mundo, los Estados deben incorporar una perspectiva de género en los esfuerzos encaminados a comprender sus problemas específicos y prever recursos contra la*

²³⁸ **Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:** “Observación general N° 16 sobre la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”. 11 de agosto de 2005. Párrafo 11.

*discriminación basada en el género a la que se exponen a lo largo de todo el proceso de migración*²³⁹.

H. En el caso de la “**Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)**” –adoptada tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, celebrada el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica-, el art. 1 es muy claro al prohibir la discriminación basada en el sexo en lo referente al ejercicio de los derechos que esta Convención consagra²⁴⁰. Ahora bien, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha referido a la discriminación basada en el sexo en diversas opiniones consultivas²⁴¹, aunque sólo en una de estas se refiere expresamente a los estereotipos. Así, por ejemplo, en la Opinión Consultiva 18/03, referida a la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, la Corte sostuvo que “La situación de las mujeres migrantes merece una mención especial pues son víctimas de una doble discriminación, primero por ser mujeres y

²³⁹ **Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares:** “Observación general N° 1 sobre los trabajadores domésticos migratorios”. 23 de febrero de 2011. Párrafo 60.

²⁴⁰ **Art. 1 Pacto de San José de Costa Rica:** Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

²⁴¹ Figura establecida en el **art. 64 del Pacto de San José de Costa Rica**, norma que establece que “los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”.

*luego por ser migrantes*²⁴². Posteriormente, reafirma los efectos de la discriminación interseccional, al hacer presente que “la vulnerabilidad de los migrantes como sujetos de derechos humanos en su contexto nacional se deriva de la asociación de naturaleza ideológica que hacen los individuos de la sociedad civil de su Estado de origen, entre la definición social de migrante y otra condición socialmente subvaluada (mujer, niño-niña, indígena, minusválido, membresía religiosa, etc.), u otra condición a la que la sociedad del Estado de origen le asigna una condición de inferioridad, frente al resto de los no-migrantes de esa sociedad”²⁴³.

- I. Finalmente, en el caso de la **Convención de Belém do Pará, para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres** –adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos el 14 de agosto de 1995-, el **“Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará” (MESECVI)**, se ha pronunciado en sus dos informes hemisféricos acerca de los estereotipos de género.

En el primero de estos informes, y en referencia a las comisiones legislativas concernientes a la mujer que se han implementado en la mayoría de los Estados partes, el Comité de Expertas hizo

²⁴² **Corte Interamericana de Derechos Humanos:** “Opinión Consultiva Oc-18/03, Solicitada Por Los Estados Unidos Mexicanos Condición Jurídica y Derechos de Los Migrantes Indocumentados”. 17 de Septiembre de 2003. Página 67.

²⁴³ **Ibidem**, p.87.

presente su preocupación de que estas comisiones “trabajan desde un enfoque familista y tradicional. En algunos casos, incluso, la comisión prioriza los temas de familia, y los de las mujeres se encuentran restringidos por éstos y no constituyen un tema central. Ello presenta dificultades en el tratamiento de la violencia de género porque perpetúa la idea de la pertenencia de los asuntos de las mujeres al espacio doméstico o privado, y se invisibiliza la discriminación, marginación y violencia que ellas sufren en ese espacio y en el ámbito público. Por ello, se sugiere a los Estados que no cuenten con dichas comisiones, establecer una dedicada a los asuntos de mujer y género. En el caso de los Estados que ya cuenten con esta comisión, se les recomienda revisar el tratamiento que se le da al tema de mujeres y violencia, para que no resulte asociado a concepciones tradicionales y estereotipos sobre roles de hombres y mujeres y violencia”²⁴⁴.

Cuatro años más tarde, con ocasión del **segundo informe hemisférico**, el Comité de Expertas abordó más profusamente los estereotipos de género. Así, por ejemplo, en relación al derecho de acceso a la justicia, el Comité señaló que “debido a la prevalencia del uso de estereotipos y mitos en perjuicio de las mujeres, así como del uso de la historia personal o experiencia sexual en contra de la víctima en los tribunales y fiscalías, el Comité de Expertas urge a los Estados a adoptar, entre otras medidas orientadas a reformar la cultura judicial, estudios sobre el uso de sentencias y dictámenes que contengan dichos estereotipos a fin de dar visibilidad a la práctica que previene el acceso a la justicia por parte de las mujeres y que contraviene las

²⁴⁴ **MESECVI (Mecanismo de seguimiento de la Convención de Belém do Pará):** “Primer informe hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belém do Pará”. Comisión Interamericana de Mujeres, año 2008. P. 21.

disposiciones de la Convención de Belém do Pará²⁴⁵. Al Respecto, el Comité recomendó “realizar estudios sobre sentencias y dictámenes que contengan estereotipos, prejuicios, mitos y costumbres en los casos de mujeres víctimas de violencia, así como el uso de la historia personal de la víctima y/o su experiencia sexual para denegarle justicia”²⁴⁶.

Algo importante de destacar es que este **Comité de Expertas ha construido la obligación de los Estados parte de no incurrir en estereotipos de género a partir del art. 1 de la Convención de Belém de Pará**²⁴⁷. Así, por ejemplo, ha señalado que “la Convención reconoce formalmente el derecho de la mujer a una vida libre de violencia y establece medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres suficientemente amplias y diversas para abordar todas las aristas de la violencia contra las mujeres, desde los estereotipos y sus causas, hasta la existencia de normas jurídicas y prácticas administrativas discriminatorias”²⁴⁸.

Esta interpretación amplia del art. 1 de la Convención el Comité de Expertas la reiteró un año más tarde, en su “Informe de seguimiento de la implementación de las disposiciones de la Convención de Belém do Pará” en el cual afirmó que “*desde su creación, el Comité ha analizado con especial énfasis el avance*

²⁴⁵ **MESECVI (Mecanismo de seguimiento de la Convención de Belém do Pará):** “Segundo informe hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belém do Pará”. Comisión Interamericana de Mujeres, año 2012. P. 73.

²⁴⁶ **Ibidem**, p. 101.

²⁴⁷ **Artículo 1 Convención de Belém do Pará:** Para los efectos de esta Convención debe entenderse por 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 en el privado

²⁴⁸ **MESECVI (Mecanismo de seguimiento de la Convención de Belém do Pará):** “Guía para la aplicación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)”. Op. Cit. P. 77.

del proceso de armonización legislativa en la región, con el objeto de medir la implementación de la Convención de Belém do Pará a nivel nacional. Para ello, el Comité ha venido dando seguimiento de manera especial a cinco mandatos fundamentales de la Convención en el ámbito legislativo, a saber: a) El concepto de violencia establecido en las leyes de protección de los derechos de las mujeres a vivir libre de violencia y estereotipos (art. 1)²⁴⁹.

5.- Impacto de los estereotipos de género en los derechos humanos.

Mencionaba anteriormente que los estereotipos de género afectan tanto a hombres como a mujeres, pero son estas quienes se ven mayormente perjudicadas²⁵⁰. También mencioné que los estereotipos tienen efectos perjudiciales ostensibles desde el punto de vista de la distribución y de la representación²⁵¹, efectos que también se dejan ver en el ejercicio de los derechos establecidos en los ordenamientos jurídicos internos y en los tratados internacionales.

Al respecto, la **Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la CIDH)**, ha observado que en materia de violencia contra las mujeres, existe una brecha entre la gravedad e incidencia del problema, y la respuesta del Estado a la misma, toda vez que persiste una distancia entre la disponibilidad formal de recursos y su efectividad: En efecto, existe un vínculo entre la negativa o tardanza de las autoridades en recibir la denuncia, la falta de

²⁴⁹ **MESECVI (Mecanismo de seguimiento de la Convención de Belém do Pará):** “Segundo informe de seguimiento a la Implementación de la Convención de Belém do Pará”. Comisión Interamericana de Mujeres, año 2014. P. 29.

²⁵⁰ Ver página 88.

²⁵¹ Ver página 90.

investigación, la omisión de la práctica de diligencias probatorias que serían clave para la resolución del caso, las descalificaciones a las que son sometidas las víctimas; la falta de seguimiento a las condenas o a las medidas precautorias, y la discriminación que sufren las mujeres en razón de su posición de subordinación frente al hombre²⁵². Todo lo anterior lleva a que en no pocos casos, las mujeres víctimas de violencia se inhiban de acudir a las autoridades a interponer una denuncia²⁵³.

Asimismo, la CIDH se ha pronunciado acerca del carácter nocivo de los estereotipos de género en relación a la igualdad entre hombres y mujeres, y a las responsabilidades entre los hombres y las mujeres en la esfera familiar²⁵⁴. Por todas esas razones, la CIDH ha fijado en sus informes y decisiones, como uno de los principios vinculantes que deben regir las obligaciones de los Estados, *“la obligación de implementar acciones destinadas a erradicar la discriminación contra las mujeres así como patrones estereotipados de comportamiento que promuevan un trato desigual en sus sociedades, que han implicado para las mujeres un acceso desigual a los derechos y a los beneficios derivados de los avances políticos, civiles y sociales”*²⁵⁵.

En relación al acceso a la justicia por parte de las mujeres víctimas de violencia, la CIDH ha establecido que es primordial para el ejercicio de este derecho que las mujeres tengan acceso a la información pública²⁵⁶. Al respecto, la CIDH ha establecido que es una de las obligaciones de los Estados *“ejecutar programas de capacitación e información destinados a todos los funcionarios públicos –especialmente a la policía, funcionarios judiciales y personal de los*

²⁵² **Comisión Interamericana de Derechos Humanos:** “Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas”, año 2007, párrafos 7-9 y 69.

²⁵³ **Ibidem**, párrafo 8.

²⁵⁴ **Ibidem**, párrafo 62.

²⁵⁵ **Ibidem**, párrafo 70.

²⁵⁶ **Comisión Interamericana de Derechos Humanos:** “Acceso a la Información; Violencia contra las mujeres y administración de justicia”. Año 2015. Párrafo 63.

*centros de salud pública- acerca de los derechos humanos de las mujeres – incluido el derecho de acceso a la información–, los estándares internacionales en esta materia, las obligaciones estatales en materia de discriminación y violencia y las vías institucionales para asegurar la atención oportuna y eficaz de las mujeres en situación de riesgo. A este respecto, la CIDH ha reconocido el rol perjudicial de los estereotipos de género en el acceso a la justicia de las mujeres y la necesidad de capacitar a todos los funcionarios públicos para erradicar este tipo de conducta*²⁵⁷.

El Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará, en tanto, ha sostenido que *“aunque se ha avanzado considerablemente en toda la región en promover la interpretación de la violencia contra la mujer como una violación de los derechos humanos, las actitudes patriarcales y los estereotipos profundamente arraigados con respecto a las funciones y responsabilidades de las mujeres y los hombres en la familia y la sociedad siguen reforzando la desigualdad. La persistencia de estereotipos suele profundizar las normas sociales que subordinan a las mujeres, y sigue constituyendo el obstáculo principal para hacer efectivo el respeto de los derechos humanos de las mujeres*²⁵⁸.

En el ámbito internacional, el **Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer** ha reconocido el impacto de los estereotipos de género en los derechos humanos de las mujeres en su jurisprudencia y en sus informes anuales. Así, por ejemplo, decidió elaborar un proyecto de recomendaciones generales sobre los estereotipos de género y las mujeres

²⁵⁷ **Ibidem**, párrafos 65-66.

²⁵⁸ **MESECVI (Mecanismo de seguimiento de la Convención de Belém do Pará):** “Guía para la aplicación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)”. Año 2014. P. 7.

indígenas²⁵⁹; ha llamado la atención de los Estados miembros respecto de las barreras al acceso a la información y a la atención de salud en materia de derechos reproductivos, producto de los estereotipos de género²⁶⁰; el limitado acceso a recursos materiales y oportunidades de capacitación de las mujeres rurales, producto de estereotipos relacionados con su género y estatus socioeconómico²⁶¹, etc.

Por otro lado, el **Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos** ha señalado como ejemplos de estereotipos de género dañinos, en tanto afectan derechos humanos y libertades fundamentales, la falta de penalización de la violación marital, que corresponde a una manifestación del estereotipo según el cual la mujer es propiedad del hombre; la falta de o deficiente persecución penal de los responsables de agresiones sexuales, en razón de estereotipos de género prescriptivos de cierto comportamiento a las mujeres víctimas de esas agresiones; la división de tareas domésticas, que desemboca en mayor pobreza y menor preparación educacional de las mujeres; las limitaciones consagradas en determinadas legislaciones, en virtud de las cuales las mujeres se ven impedidas de adquirir la propiedad de inmuebles, en favor de los hombres; las restricciones impuestas a la salud sexual y reproductiva de las mujeres²⁶², etc.

En consecuencia, es posible afirmar que el sistema universal de protección de los derechos humanos reconoce el impacto negativo de los

²⁵⁹ **Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer**: “Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer”. Decisión 69/IV, página 42. Año 2017.

²⁶⁰ **Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer**: “Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer”. Decisión 57/II, página 89. Año 2013.

²⁶¹ **Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer**: “Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer”. Página 61. Año 2011.

²⁶² **Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos**: “Gender stereotypes and Stereotyping and women’s rights”. Septiembre 2014. Pp. 1-2.

estereotipos de género en los derechos humanos, y que las mujeres son las principales afectadas. Producto de este reconocimiento, se ha propiciado la celebración de tratados internacionales enfocados en la protección de los derechos humanos de las mujeres, por una parte, y por otra, como una suerte de llamado de atención respecto de los efectos lesivos de los estereotipos de género, se ha interpretado extensivamente las disposiciones de los diversos tratados legales que no contemplan expresamente estos estereotipos –la mayoría, como se indicó anteriormente-, principalmente a través de las observaciones generales pronunciadas por los distintos Comités.

5.- Breve reseña histórica de la incorporación de los estereotipos en los cuerpos legales nacionales e internacional, y del surgimiento jurisprudencial del principio antiestereotipación.

Señalé anteriormente que el surgimiento del género como categoría de análisis en las ciencias sociales nació en el contexto del movimiento de defensa de los derechos civiles en Estados Unidos. En efecto, fue en esa época que comenzó a utilizarse en el quehacer jurídico el concepto de estereotipo, cortesía de las argumentaciones de los abogados que lucharon en contra de la discriminación racial sufrida por la población afroamericana en Estados Unidos²⁶³.

El trabajo de distintos científicos sociales acerca de los efectos de los estereotipos –particularmente, aquellos referidos a la raza-, permeó al movimiento por los derechos civiles en su lucha por las llamadas “leyes Jim

²⁶³ **Timmer, Alexandra:** “Judging Stereotypes: What the European Court of Human Rights Can Borrow from American and Canadian Equal Protection Law”. Op. Cit., p. 253.

Crow”, las cuales cimentaron la segregación racial en ese país²⁶⁴. Este movimiento abogaba en ese país por la inconstitucionalidad de los actos ejecutados por las autoridades, en tanto reflejaban y reforzaban estereotipos referidos a los roles que eran exigibles a los afroamericanos, o a sus supuestas capacidades²⁶⁵.

Ya en la década de los sesenta, este argumento fue incorporado a la lucha por los derechos de las mujeres. Por ese tiempo, la abogada y activista **Pauli Murray**, *“principal arquitecto de la «analogía raza-sexo», argumentó – primero desde su puesto en la Comisión del Presidente Kennedy sobre el Estatus de la Mujer, y luego en una influyente serie de artículos de revisión de leyes-, que las mujeres, al igual que las minorías raciales, habían sido juzgadas como inferiores y excluidas de una gran cantidad de oportunidades sobre la base de una característica que no tenía relación con sus capacidades reales o potenciales. Inspirada en el trabajo del cientista social sueco Gunnar Myrdal, Murray observó que «los mitos contruidos para perpetuar el estatus inferior de las mujeres y de los negros eran casi idénticos». Se pensaba que ambos grupos tenían «aptitudes inferiores en la mayoría de los aspectos que conllevan prestigio, poder y ventajas en la sociedad», pero que eran superiores en el estrecho conjunto de roles a los que habían sido asignados. Murray argumentó que estos juicios estereotipados sirvieron para cimentar un orden social que delimitaba las oportunidades en razón de la raza y el sexo, relegando así a las mujeres y las minorías raciales a puestos inferioridad social y económica”²⁶⁶.*

Murray dio el primer paso, pero fue en la década de los setenta que la entonces abogada estadounidense **Ruth Bader Ginsburg** logró la

²⁶⁴ **Franklin, Cary:** “The Anti-Stereotyping Principle in Constitutional Sex Discrimination” Law (April 14, 2010). New York University Law Review, Vol. 85, No. 1, 2010. P. 125.

²⁶⁵ **Ibidem**, p. 125.

²⁶⁶ **Ibidem**, p. 127.

consagración jurídica en Estados Unidos del “**principio de antiestereotipación**”, al convencer a la Corte Suprema de su país de incluirlo en la “Ley de protección de igualdad de sexos”²⁶⁷.

Ruth Bader Ginsburg era por ese entonces una abogada que militaba en la “Unión Estadounidense por las Libertades civiles” (ACLU). Sus principales influencias respecto a los derechos de las mujeres fueron sus lecturas del ensayo “Sobre el sometimiento de las mujeres”, de John Stuart Mill, y su experiencia viviendo e investigando en Suecia, a inicios de la década de los sesenta, período en el cual se dedicó a estudiar la legislación sueca para la universidad de Columbia²⁶⁸. Según ha declarado la misma Ruth Bader, “*mis ojos primero se abrieron a la perspectiva [de una campaña para la igualdad de los sexos] en Escandinavia a principios de la década de 1960, particularmente en Suecia, donde el movimiento de las mujeres fue más temprano que en los Estados Unidos*”²⁶⁹.

A Ruth Bader Ginsburg se le atribuye también el haber impugnado jurídicamente la constitucionalidad del estereotipo según el cual corresponde a los hombres ser los sostenedores de la familia y a las mujeres ejercer como amas de casa, enfocándose en las distintas maneras en que dichos estereotipos afectaban a los hombres que no se ajustaban a ese rol²⁷⁰. Ese argumento lo invocó en los siguientes casos, que fueron los primeros en los cuales se invocó el criterio antiestereotipación para impugnar una discriminación basada en el sexo:

²⁶⁷ **Timmer, Alexandra**: “Judging Stereotypes: What the European Court of Human Rights Can Borrow from American and Canadian Equal Protection Law”. Op. Cit., p. 253. En el mismo sentido, **Stark, Barbara**: “Anti-Stereotyping and ‘the End of Men’”, 92 Boston University Law Review, Annex 1 (2012), p. 1.

²⁶⁸ **Franklin, Cary**: “The Anti-Stereotyping Principle in Constitutional Sex Discrimination”. Op. Cit., pp. 110-115.

²⁶⁹ **Ibíd.**, p. 115.

²⁷⁰ **Stark, Barbara**: “Anti-Stereotyping and ‘the End of Men’”, Op. Cit., pp. 1-2.

1.- En el primer caso, “**Reed vs Reed**”, fallado en 1971, Ruth Bader impugnó la constitucionalidad de una norma federal del Estado de Idaho, la que impedía a la recurrente –Sally M. Reed- de administrar el patrimonio de su fallecido hijo, en razón de que sólo concedía ese derecho al padre –de quien Reed además estaba separada-. La Corte Suprema falló a favor de Sally Reed, señalando que *“dar una preferencia obligatoria a los miembros de cualquiera de los dos sexos sobre los miembros del otro [...] es tomar el tipo de opción legislativa arbitraria prohibida por la “Cláusula de Igual Protección de la Decimocuarta Enmienda”; y lo que sea que se diga acerca del valor positivo de evitar la controversia intrafamiliar, la decisión, en este contexto, puede no ser legalmente obligatoria si se basa únicamente en [la causal de] sexo”*²⁷¹.

2.- En el segundo de esos casos, “**Moritz vs. Commissioner of Internal Revenue**”, fallado en 1972, Ruth Bader apeló la decisión de la autoridad judicial tributaria de Estados Unidos -el *Tax Court*-, de no conceder un beneficio de rebaja tributaria al apelante, Charles E. Moritz, quien había solicitado dicho beneficio en razón de que se encargaba del cuidado de su madre anciana. El Gobierno argumentó que Moritz no tenía ese derecho, pues este era un hombre soltero, en tanto el beneficio sólo estaba pensado para las mujeres, viudas o divorciadas, o bien, para los hombres casados con mujeres en situación de discapacidad. Al respecto, la Corte de Apelaciones del 10° distrito acogió este recurso, y sostuvo: *“Concluimos que la clasificación es una discriminación injusta y que carece de validez bajo los principios del debido proceso. No es una [clasificación] que tenga una relación justa y sustancial con el objeto de la legislación que trata sobre la mejora de las cargas para el contribuyente. [...] El estatuto no hizo la distinción impugnada como parte de un esquema que se ocupa de las cargas variables de cuidado de dependientes a cargo de los*

²⁷¹ U.S. Supreme Court Reed v. Reed, 404 U.S. 71 (1971).

*contribuyentes, sino que hizo una discriminación especial basada solo en el sexo*²⁷².

Durante la década de los setenta del siglo pasado, la Corte Suprema de Estados Unidos continuó mostrando un fuerte interés por combatir los estereotipos de sexo, destacando al respecto las sentencias de los casos “**Frontiero v. Richardson**” –en el cual la Corte falló en contra del estereotipo según el cual el hombre es el sostén económico de una familia, estereotipo en virtud del cual las cónyuges de militares podían acceder a una serie de beneficios a los cuales no tenían derecho los maridos de las mujeres que se desempeñaban en la milicia-; “**Mississippi University for Women vs. Hogan**” –caso en el cual la Corte Suprema falló en contra de la exclusión de los hombres como alumnos de la carrera de enfermería, estableciendo en uno de sus considerandos que las distinciones basadas en el género que favorecen a un sexo pueden justificarse si estas ayudan de manera intencional y directa a los miembros del “*sexo desproporcionadamente agobiado*”-, y el caso “**United States vs. Virginia**” –caso en el cual la Corte Suprema ordenó al “Virginia Military Institute” cesar la exclusión de mujeres, implementar las medidas necesarias para asegurar la privacidad de hombres y mujeres, y adecuar los programas de entrenamiento físico a las características de unos y otras²⁷³.

Se estima que el principio de antiestereotipación migró más tarde desde Estados Unidos a Canadá, a través de la doctrina jurídica canadiense, y si bien no está tan claro en qué momento comenzó a invocarse en el foro o en la academia de ese país, es probable que la primera vez que el principio de antiestereotipación fue recogido por la Corte Suprema de Canadá haya tenido lugar en el año 1987, en el marco de una demanda interpuesta en contra de la

²⁷² US Court of Appeals for the Tenth Circuit - 469 F.2d 466 (10th Cir. 1972). Nov. 22, 1972.

²⁷³ **Cunningham-Parmeter, Keith:** “(Un) Equal Protection: Why Gender Equality Depends On Discrimination”. Northwestern University Law Review.Vol.109, N°.1, 2015. Pp. 27-28.

Compañía Nacional de Ferrocarriles de Canadá por las desventajosas condiciones aplicadas a la contratación de mujeres²⁷⁴.

No obstante que el principio de antiestereotipación es un concepto muy dominante en la jurisprudencia canadiense referida a la discriminación, la Corte Suprema de ese país ha sido criticada por esforzarse muy poco tanto en construir este concepto, como en diferenciar los estereotipos de los prejuicios²⁷⁵.

En el ámbito del sistema internacional de protección de los derechos humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos se ha pronunciado en casos de discriminación por la causal de sexo al menos desde 1972, aunque no siempre ha reconocido ni nombrado la presencia de estereotipos en esos casos²⁷⁶. Por otro lado, diversos cuerpos legales internacionales han recogido el principio antiestereotipación, como se verá a continuación.

Más adelante me referiré a la evolución jurisprudencial tanto de la Corte Europea de Derechos Humanos como de la Corte Interamericano de Derechos Humanos, en relación a los estereotipos de género.

6.- Importancia de reconocer y nombrar los estereotipos: estereotipación judicial y criterio antiestereotipación

La ley ha sido históricamente un mecanismo útil para el reconocimiento y perpetuación de estereotipos de género. En Chile, por ejemplo, hasta 1994 se

²⁷⁴ **Timmer, Alexandra:** "Gender Stereotyping in the case law of the EU Court of Justice" Op. Cit., p. 37.

²⁷⁵ **Ibidem,** pp. 266-267.

²⁷⁶ **Ibidem,** p. 244. También: **Timmer, Alexandra:** "Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Humans Rights". Op. Cit., p. 713.

encontraba tipificado el delito de “*adulterio*”, el cual sancionaba con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados a la mujer casada que yaciere con mujer que no fuere su marido, así como al hombre que yaciere con una mujer casada, aún si con posterioridad se declaraba la nulidad del matrimonio. En el caso del hombre casado, en tanto, yacer con otra mujer que no fuera su cónyuge no era reprochable penalmente, y hasta la modificación legal realizada en el año 1994, la ley estimaba que el hombre casado cometía delito de “*amancebamiento*” si tenía manceba dentro del domicilio conyugal, o fuera de ella, con escándalo, delito que era castigado con la pena de destierro en cualquiera de sus grados para la manceba, y reclusión menor en su grado mínimo para el marido. Es decir, la ley penal, hasta el año 1994, toleraba que el hombre casado yaciera con otra mujer que no fuera su cónyuge, siempre que no instalara a esa mujer en el domicilio conyugal y/o que llevara con discreción la relación, tolerancia de la cual la mujer casada no gozaba. Tratándose del delito de amancebamiento, además, la ley establecía una sanción penal diferenciada para la manceba y para el marido, como es posible advertir, pena que en el caso de la manceba, implicaba que tenía que abandonar el país.

El ejemplo citado es demostrativo del poder que tiene el derecho para otorgar reconocimiento a ciertas situaciones, tolerar otras, y sancionar incluso más allá de lo meramente legal determinados hechos. En palabras de Pierre Bourdieu, “***el derecho es, sin duda, la forma por excelencia del poder simbólico de nominación que crea las cosas nombradas y, en particular, los grupos sociales, la forma que confiere a estas realidades surgidas de sus operaciones de clasificación toda la permanencia que una institución histórica es capaz de conferir a instituciones históricas, igual a la que tienen los objetos. El derecho es la forma por excelencia del discurso actuante capaz por virtud propia, de producir efectos. No es exagerado***

*decir que hace el mundo social, pero a condición de no olvidar que está hecho por él*²⁷⁷.

Señalé anteriormente que los efectos de los estereotipos de género se despliegan de una manera inconsciente, bastando para que operen estos estereotipos que estén presentes “en el aire”²⁷⁸. Teniendo en cuenta entonces todo lo anteriormente señalado, no sorprende que en muchos casos se dicten sentencias fundamentadas con arreglo a estereotipos, y que, asimismo, en tribunales se acojan argumentos de las partes de un proceso, basados también en estereotipos. Los jueces, desde luego, no son inmunes a estos.

Así las cosas, se denomina como “**estereotipación judicial**” tanto a la aplicación de estereotipos por parte de los jueces, como a la perpetuación que hacen estos de dichos estereotipos, cada vez que omiten impugnarlos en sus fallos -por ejemplo, cuando se pronuncian sobre recursos pronunciados respecto de sentencias dictadas por tribunales inferiores-, o bien, cuando no impugnan o acogen las argumentaciones estereotipadas presentadas por las partes, con motivo de la tramitación de los procesos judiciales²⁷⁹.

Dentro de los efectos que se le atribuyen a la estereotipación judicial, se encuentran los siguientes²⁸⁰:

A. Provoca distorsiones en los jueces sobre lo que ocurrió en una situación particular de violencia, o acerca de los problemas sobre los que fallarán en el juicio;

²⁷⁷ **Bourdieu, Pierre**: “Elementos para una sociología del campo jurídico”. En: “La fuerza del Derecho. Bourdieu, Pierre y Teubner, Günther. Siglo del Hombre Editores y Ediciones Uniandes; Bogotá, 20ª edición, 2005. P. 198.

²⁷⁸ Ver página 92.

²⁷⁹ **Cusack, Simone**: “Eliminating judicial stereotyping: Equal access to justice for women in gender-based violence cases”. Junio de 2014, p. 6.

²⁸⁰ **Ibidem**, p. 12.

- B. Afecta la distinción acerca de quién es víctima de la violencia de género;
- C. Influye en las percepciones de los jueces sobre la culpabilidad de las personas acusadas de violencia de género;
- D. Repercute en las opiniones de los jueces sobre la credibilidad de los testigos;
- E. Hace que los jueces admitan medios de prueba irrelevantes o altamente perjudiciales;
- F. Impacta en la evaluación que los jueces hacen de la prueba que se rinde en un juicio;
- G. Impacta en la interpretación y en la aplicación de las leyes, -y por tanto, en la sentencia que dicte el tribunal-.

Un caso ilustrativo de estereotipación judicial basada en el género - además del de Gabriela Blas, antes señalado²⁸¹-, es el fallo pronunciado por el Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle con fecha 5 de abril de 2016, el cual accedió unánimemente a aplicar en un caso de femicidio frustrado la atenuante establecida en el artículo 11 N° 5 del Código Penal, esto es, “**esto es, *la de haber obrado por estímulos tan poderosos que naturalmente le hayan causado arrebatos u obcecación, toda vez que de la prueba testimonial aportada se desprende que en el momento previo a la agresión se había***

²⁸¹ Ver página 97.

develado la infidelidad de su cónyuge, con quien estaba casado hacía 15 años y mantenía dos hijos en común. Evidencia su obrar irracional, el que se desata con intensidad su agresión, al constatar la presencia de Carabineros, sin hacer amago alguno de disimular su actuar ante la concurrencia de la policía en su casa. Y hace más patente que su actuar fue empañado por ese estado emocional el que aún ante la presencia de un carabinero observando la agresión, quien le ordena de manera enérgica y en reiteradas ocasiones que detuviera su actuar, éste no cesó en su proceder, abandonando su accionar únicamente al escuchar el disparo que carabineros debió ejecutar a pocos metros del sujeto, actitud que hace evidente que este fuerte ruido, a pocos metros suyo, le hizo reaccionar sobre lo que estaba ejecutando²⁸². Como resultado de la aplicación de esta atenuante, en lugar de una pena privativa de libertad, el tribunal optó por la pena de libertad intensiva vigilada, por el lapso de cinco años.

Como es posible advertir, el hecho de que la víctima no guardase la fidelidad que socialmente se exige a las mujeres casadas –exigencia que, como señalé anteriormente, ya no tiene sustento legal, pero por lo visto continúa sujeta a reproche social, dado el carácter resiliente de los estereotipos de género-, fue suficiente para que el tribunal se convenciera de que su conducta constituía causal suficiente para explicar la “obcecación” de su agresor, pese a que en el juicio no se rindió ninguna pericia que apuntara a acreditar ese supuesto estado de obcecación. Al invocar este motivo para justificar la rebaja de la pena –y más aún, al conceder al agresor la posibilidad de cumplir una pena en libertad-, el Tribunal reconoció mayor relevancia a los motivos que llevaron al acusado a agredir a su cónyuge, que a los resultados de esa agresión, no obstante que la víctima estuvo cerca de morir por la gravedad de las heridas infligidas en el tórax. De este modo, con su sentencia, el Tribunal

²⁸² Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle, causa RIT 29-2016, considerando décimo cuarto.

Oral en lo Penal de Ovalle contribuyó a arraigar la idea de que la violencia perpetrada por los hombres a sus cónyuges puede estar justificada.

Esta decisión -que fue adoptada con base en un estereotipo de género de roles sexuales, en tanto sometió a juicio la conducta de la víctima, en atención a su calidad de cónyuge del agresor-, evidencia la ausencia de una perspectiva de género por parte de este Tribunal, situación que lamentablemente es común no sólo en Chile, sino que en todo el continente, si nos atenemos a lo señalado por la CIDH: “La CIDH ha podido constatar que la violencia y la discriminación contra las mujeres todavía son hechos aceptados en las sociedades americanas, lo cual se refleja en la respuesta y en el tratamiento de los casos de violencia por parte de los funcionarios de la administración de la justicia y de la policía. En consecuencia, es evidente la necesidad de que los Estados diseñen y fortalezcan programas de capacitación para funcionarios del sistema de justicia y de la policía sobre el problema de la violencia contra las mujeres como una grave violación a los derechos humanos y su obligación de ofrecer un trato digno y humano a las víctimas cuando intentan acceder a instancias judiciales. A pesar de la proliferación de los programas de capacitación orientados a funcionarios de la administración de la justicia y de la policía, la CIDH ha verificado que el impacto de éstos ha sido heterogéneo y que muchos de ellos carecen de la institucionalización y de los mecanismos de responsabilidad necesarios para poder lograr cambios sostenibles”²⁸³.

Cabe hacer presente que el Poder Judicial ha estado trabajando desde 2015 en incorporar la perspectiva de género y en detectar focos de discriminación en el quehacer de ese Poder²⁸⁴, no obstante, dado que esta

²⁸³ **Comisión Interamericana de Derechos Humanos:** “Acceso a la Justicia Para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas”, Op. Cit., párrafo 11.

²⁸⁴ **Poder Judicial de la República de Chile:** “Poder Judicial Instala Mesa De Trabajo Sobre Perspectiva De Género”. 1 de Julio de 2015. En: www.poderjudicial.cl.

iniciativa es reciente, y teniendo en consideración el carácter resiliente de los estereotipos de género, es esperable que tome varios años la incorporación plena del enfoque de género en los tribunales.

Para contrarrestar la estereotipación judicial, **es clave la incorporación de la perspectiva de género en el quehacer de los tribunales**, las cuales nos permitirá **reconocer y nombrar los estereotipos de género, algo fundamental para erradicarlos** -lo cual, además, va en consonancia con los objetivos del mainstreaming de género²⁸⁵-. En efecto, *“la capacidad de eliminar un mal depende en primer lugar de la posibilidad de nombrarlo o denominarlo, esto es, una experiencia particular que ha sido identificada y reconocida públicamente como un mal que necesita ser reparado y prevenido de manera legal [...] El derecho tiene un papel importante que desempeñar en el proceso de denominación [...] Es una herramienta eficaz para nombrar, precisamente porque **puede proclamar públicamente y con autoridad, y transformar una experiencia nociva no reconocida en una experiencia, o un mal, que es reconocido por la ley como nocivo y que requiere de reparación legal**”*²⁸⁶.

La importancia de que el juez detecte el estereotipo y lo impugne se debe, sobre todo, a que al pronunciar el juez su sentencia, da reconocimiento público, erga omnes, a un determinado punto de vista, otorgando a este un valor social. En efecto, *“la **sentencia del juez, que termina los conflictos o las negociaciones a propósito de las cosas o de las personas proclamando en última instancia lo que ellas son verdaderamente, pertenece a la clase de actos de nominación o de instauración y **representa la forma por excelencia de la palabra autorizada, de la palabra pública oficial que se enuncia en nombre de todos y enfrente de todos.**** En cuanto son juicios de atribución formulados*

²⁸⁵ Ver página 54.

²⁸⁶ **Cook, Rebecca J. y Cusack, Simone:** “Estereotipos De Género: Perspectivas Legales Transnacionales”. Op. Cit. 54; y **Timmer, Alexandra:** “Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights”, Op. Cit., pp. 718 y siguientes.

*públicamente por agentes que actúan como mandatarios autorizados por una colectividad y constituidos así en modelo de todos los actos de categorización (katégoresthai, como sabemos, significa acusar públicamente), **estos enunciados performativos son actos mágicos que tienen éxito porque tienen la capacidad de hacerse reconocer universalmente, por lo tanto de obtener que nada pueda negar o ignorar el punto de vista, la visión, que imponen***²⁸⁷.

Para el proceso de reconocimiento y nombramiento de un estereotipo de género por parte de los tribunales -o dicho de otro modo, para el establecimiento de un **criterio antiestereotipación basado en una perspectiva de género**-, resulta clave la concurrencia de los siguientes requisitos²⁸⁸:

A. Identificar el estereotipo de género aplicado en el caso concreto.

Para estos efectos, conviene preguntarse por el contexto histórico en el cual se ha desenvuelto el estereotipo de género -por ejemplo, ¿ha servido en el pasado para excluir de algún derecho al grupo afectado? ¿hay un enfrentamiento entre una discriminación histórica y el caso en concreto que se está analizando?-, y por los efectos en un determinado grupo de mujeres u hombres, para asegurarnos de que consideremos otros factores que puedan estar involucrados, además del género -por ejemplo, la práctica de alguna religión, la pertenencia a algún grupo étnico, la presencia de discapacidad física o intelectual, etc.-

²⁸⁷ **Bourdieu, Pierre:** “Elementos para una sociología del campo jurídico”. Op. Cit. p 196.

²⁸⁸ **Cusack, Simone:** “Eliminating judicial stereotyping: Equal access to justice for women in gender-based violence cases”. Op. Cit., p. 25.

En este punto, no sólo nombrar el estereotipo es importante; también lo es identificar la clase de estereotipo –sexual, de sexo, compuesto, descriptivo o prescriptivo-²⁸⁹.

- B. Nombrar e impugnar el estereotipo de género.** La idea tras un criterio antiestereotipación es hacer explícito y problemático lo que la sociedad considera "natural", y para ello, es clave una mirada crítica, para evitar incurrir en argumentaciones basadas en estereotipos.
- C. Mencionar cuáles son los efectos nocivos del estereotipo de género presente en el caso.**
- D. Señalar de qué manera la aplicación o perpetuación de estereotipos de género implican una vulneración a los derechos fundamentales.**

²⁸⁹ **Lacramette, Nicole:** "Entrevista a Rebecca Cook: "Estereotipos de Género: Perspectivas Legales Transnacionales". En: Anuario De Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, No. 10, 2014. P. 203.

Capítulo IV.- Breve explicación del mecanismo de protección de derechos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Antes de pasar al análisis jurisprudencial, creo conveniente explicar brevemente el funcionamiento tanto del mecanismo de protección de derechos

del sistema interamericano de derechos humanos como el del sistema europeo. A continuación, me referiré a diez casos relevantes en materia de estereotipos de género (cinco sentencias de la CEDH, y cinco sentencias de la CIDH), señalando brevemente los hechos de cada caso, y a continuación, lo resuelto por la Corte respectiva, comenzando por la CEDH.

1.- Funcionamiento del mecanismo de protección de derechos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El establecimiento del **Tribunal Europeo de Derechos Humanos - también denominado Tribunal de Estrasburgo y Corte Europea de Derechos Humanos-**, se encuentra consagrado en el Título II de la Convención Europea de Derechos Humanos. Concretamente, el art. 19 de esta Convención trata acerca de la institución de este Tribunal, “con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio y sus Protocolos”.

De acuerdo al art. 34 de esta convención, el Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. El examen de admisibilidad de estas demandas será llevado a cabo por un juez único, en comités formados por tres jueces, de conformidad a lo establecido en los artículos 26 y 27 de la Convención. En caso de que la demanda sea declarada admisible a tramitación por este juez único, será derivada a un Comité o a una Sala del Tribunal, para un examen complementario (artículos 27 y 28 de la Convención).

Si la demanda aprueba el examen de admisibilidad —el cual está establecido en el art. 35 de la Convención, y está referido a requisitos de forma y fondo que debe presentar la demanda, a fin de que el Tribunal pase a conocer el fondo del caso, requisitos que, dicho sea de paso, son similares a los exigidos por el art. 46 del Pacto de San José-, una Sala del tribunal se pronunciará nuevamente acerca de la admisibilidad, y en caso de que su pronunciamiento al respecto sea favorable, pasará a dictar sentencia respecto del fondo del caso (art. 29 de la Convención), la cual es inapelable (art. 44 de la Convención).

2.- Funcionamiento del mecanismo de protección de derechos el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Dos órganos establecidos en el Pacto de San José de Costa Rica y en los respectivos reglamentos son relevantes para estos efectos: a saber, la **Comisión Interamericana de Derechos Humanos**, y la **Corte Interamericana de Derechos Humanos**.

De acuerdo al art. 44 de ese Pacto, cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte. El art. 46 establece los requisitos de forma y fondo para la presentación de esta denuncia (agotamiento de recursos internos, plazo no mayor a seis meses desde que se haya denunciado la decisión definitiva, que no exista entre el denunciante y el Estado denunciado un litigio pendiente por la misma materia que se denuncia, entre otros).

Recibida la denuncia, la Comisión se pronunciará respecto de la admisibilidad o inadmisibilidad de la misma. En caso de que declare la denuncia admitida a tramitación, la Comisión solicitará al Estado denunciado que emita un informe al respecto, dentro de un determinado plazo.

Recibidas las informaciones o transcurrido el plazo fijado sin que estas sean recibidas, la Comisión verificará si existen o subsisten los motivos de la petición o comunicación. De no existir o subsistir, mandará archivar el expediente. Sin embargo, en casos graves y urgentes, puede realizarse una investigación previo consentimiento del Estado en cuyo territorio se alegue haberse cometido la violación (art. 48).

Si las partes en conflicto llegan a un acuerdo, la Comisión redactará un informe que será transmitido al peticionario y a los Estados Partes de la Convención, y además será comunicado para su publicación al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos (art. 49).

Ahora bien, de no llegar las partes a un acuerdo dentro del plazo que fije el Estatuto de la Comisión, ésta redactará un informe en el que expondrá los hechos y sus conclusiones, y demás, podrá incluir las recomendaciones que juzgue adecuadas (art. 50).

Si dentro de los tres meses siguientes a la remisión del informe de la Comisión el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte por la Comisión o por el Estado interesado, aceptando su competencia, la Comisión podrá emitir, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración. En tal caso, la Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada. Transcurrido el período fijado, la Comisión decidirá, por la

mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe (art. 51).

Una vez agotada la instancia ante la Comisión, en caso de que persista la falta de solución del asunto planteado ante esta, podrá someter el caso a conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cabe señalar que sólo la Comisión y los Estados parte de la Convención están legitimados para solicitar el pronunciamiento de la Corte (art. 61).

Finalmente, la Corte dictará sentencia, la cual debe ser motivada (art. 66). Si el fallo no expresare en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, éstos podrán agregar al fallo su opinión disidente o individual (art. 66).

La sentencia que dicte la Corte será definitiva e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo (art. 67).

**Capítulo V.-
Jurisprudencia del Tribunal
Europeo de Derechos
Humanos y de la Corte
Interamericana de Derechos
Humanos, referida a los
estereotipos de género.**

1.- Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

a) Asunto Marckx contra Bélgica (Demanda N° 6833/74, 13 de junio de 1979)

1.- Hechos del caso

Este fue uno de los primeros casos en los cuales el TEDH se pronunció respecto a los estereotipos de género.

En el caso en cuestión, la reclamante, Paula Marckx –actuando por sí y también en representación de su hija, llamada Alexandra-, reclamó la infracción en su caso por parte de Bélgica al artículo 8²⁹⁰, en conjunto con el artículo 14²⁹¹ de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Paula dio a luz en el año 1973 a su hija Alexandra. Su estado civil al momento de nacer su hija era soltera, estado civil que mantenía al momento de llevarse a cabo este proceso ante el TEDH.

²⁹⁰ **Artículo 8: Derecho al respeto a la vida privada y familiar.** 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

²⁹¹ **Artículo 14: Prohibición de discriminación.** 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.

De conformidad a diversas disposiciones del Código Civil belga, ningún vínculo legal existía entre una mujer y sus hijos, si estos nacían fuera del matrimonio. Para que de hecho tuviera lugar el vínculo de filiación, era necesario que la mujer reconociera a sus hijos –en cuyo caso el *Consejo de Familia* designaría un tutor para estos-, o que el hijo o su tutor legal demandase el reconocimiento de maternidad dentro de los plazos establecidos en la ley. En ambos casos, los hijos tendrían derechos sucesorios restringidos, en comparación a los derechos sucesorios de los hijos nacidos dentro del matrimonio²⁹².

Por otro lado, incluso en caso de reconocimiento por parte de la madre, el vínculo de parentesco sólo se limitaba a esta y el hijo, sin extenderse a la familia de la madre, lo cual también implicaba un perjuicio al hijo, desde el punto de vista sucesorio. De ahí que el caso de la filiación materna de un hijo ilegítimo, la legislación belga no utilizaba conceptos como los de “familia” o “parentesco”²⁹³.

Asimismo, la ley belga restringía la disposición de los bienes de una madre en favor de un hijo ilegítimo a una determinada fracción de sus bienes, siempre que no tuviera otros parientes legitimados para heredarla. Por otra parte, si la filiación del hijo no había sido determinada, la madre podía donarle o legarle todos sus bienes, siempre que no existieran herederos con un derecho de reserva sobre su herencia (esto es, herederos legitimarios). Así, la madre se enfrentaba a dos opciones: Por un lado, reconocía a su hijo –lo cual perjudicaría a este al momento de hacer valer sus derechos sucesorios-, o bien, renunciaba a establecer un vínculo de parentesco con este, a fin de poder beneficiarlo al momento de disponer de sus bienes en un testamento, como si de un extraño se tratase. Ahora bien, la madre de un hijo reconocido como “ilegítimo” que

²⁹² Párrafos 15-19.

²⁹³ Párrafos 8-13.

permaneciera soltera, podía mejorar sus derechos sucesorios con respecto a los bienes de su madre si es que esta tramitaba la “adopción simple” de ese hijo. No obstante, la adopción no otorgaba al hijo derechos sucesorios respecto de los demás parientes de la madre²⁹⁴.

Con respecto a la infracción al artículo 8 de la Convención Europea, el Estado denunciado se defendió invocando diferencias que existirían entre una madre soltera y una madre casada: “*En tanto que la madre casada y su esposo «asumen mutuamente la obligación de alimentar, cuidar y educar a los hijos» (artículo 203 del Código Civil), en el caso de la madre soltera no existe seguridad de que desee asumir por sí sola las responsabilidades que la maternidad acarrea, dejando a su elección la posibilidad de reconocer al hijo o de desvincularse de él jurídicamente, la ley demuestra un especial interés por proteger al menor, que de este modo no corre el riesgo de verse confiado a la custodia y autoridad de alguien que no desea ocuparse de él; de hecho, muchas madres solteras no reconocen a sus hijos*”²⁹⁵.

II.- Razonamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Con respecto a los hechos de este caso, y a la defensa por parte de Bélgica, el Tribunal parte su razonamiento pronunciándose acerca de si el vínculo entre la reclamante y su hija constituye una vida familiar protegida por el artículo 8 de la Convención Europea. Al respecto, el Tribunal se manifiesta de acuerdo con la constante jurisprudencia de la Comisión, en relación a que dicha norma no distingue entre familia legítima e ilegítima. Asimismo, señala que tal distinción debe vincularse al artículo 14 de la Convención, el cual prohíbe

²⁹⁴ Párrafos 14-19.

²⁹⁵ Párrafo N° 39 (el destacado fue introducido por mi).

cualquier discriminación fundada en el nacimiento en el ejercicio de los derechos y libertades consagrados por el Convenio.

Finalmente, el Tribunal hace presente que el Comité de Ministros del Consejo de Europa considera a la mujer soltera y su hijo como una familia más, no inferior a las otras (resolución de 15 de mayo de 1970 sobre la protección social de las madres solteras y sus hijos, I, 10; II, 5, etc.), por lo cual concluye que **“el artículo 8 debe aplicarse a la vida familiar de la familia ilegítima de igual forma que a la de la familia legítima”**²⁹⁶.

Establecido así el carácter familiar del vínculo entre una madre cuyo estado civil es soltera, y su hijo o hija, el Tribunal declara que el Estado debe abstenerse de interferir en el derecho consagrado en el artículo 8 de la Convención, y que además, tiene la obligación de respeto a la vida familiar, lo cual significa *“entre otras cosas, que cuando el Estado establece en su ordenamiento jurídico interno el régimen aplicable a ciertos vínculos familiares, tales como los que existen entre una madre soltera y su hijo, debe actuar en todo caso de forma que los interesados puedan desarrollar una vida familiar normal”*²⁹⁷, y para ello, el Estado debe evitar toda forma de discriminación basada en el nacimiento, de conformidad al artículo 8 en relación al artículo 14 de la Convención²⁹⁸.

Por otro lado, y también en relación a la vida familiar, el Tribunal señala que constituyen una violación al artículo 8 de la Convención las distintas alternativas contempladas por la ley belga para el establecimiento de un vínculo de filiación entre una madre soltera y su hijo o hija, puesto que no se conforman

²⁹⁶ Párrafo 31.

²⁹⁷ *Ibidem*.

²⁹⁸ Párrafo 34.

con el deber de “respeto” a la vida familiar, toda vez que coartan e impiden el libre desenvolvimiento de esta vida familiar²⁹⁹.

Junto con lo anterior, el Tribunal declaró que **“el que muchas madres solteras, en contra de la actitud de Paula Marckx, no deseen ocuparse de sus hijos no justifica el sistema jurídico impuesto por la legislación belga, conforme al cual la determinación de la maternidad se subordina al reconocimiento voluntario o a una declaración del Tribunal competente. De hecho, semejante actitud no es siquiera el comportamiento normal constituido por las relaciones entre las madres solteras y sus hijos. Tal cosa no es tampoco alegada por el Gobierno ni probada por los datos que aporta. Como señala el informe de la Comisión, también puede ocurrir que una madre casada no desee educar a su hijo y, sin embargo, ello no impide que el mero hecho del nacimiento cree entre ellos vínculos jurídicos de filiación”**³⁰⁰.

Asimismo, el Tribunal declaró que **“el apoyo y fomento de la familia tradicional es por sí mismo legítimo e incluso elogiado. Sin embargo, ello no implica la necesidad de recurrir a medidas que, como en el caso que nos ocupa, sean al mismo tiempo lesivas para la familia ilegítima (o natural). Los miembros de una familia ilegítima han de disfrutar de las garantías consagradas por el artículo 8 del Convenio en el mismo plano que los de la familia tradicional”**³⁰¹.

En relación al alegato por parte del Estado de que la discusión acerca de reformar la legislación en comento surgió con posterioridad a la entrada en vigencia del Convenio, al Tribunal hace presente que ya muchos Estados parte han modificado sus leyes para armonizarlas con las obligaciones que establece este, sin perjuicio de que “es responsabilidad del Estado cuya legislación se

²⁹⁹ Párrafo 36.

³⁰⁰ Párrafo 39.

³⁰¹ Párrafo 40.

cuestiona adoptar las medidas necesarias para garantizar que su legislación interna sea coherente con el texto del Convenio”³⁰². De este modo, y en virtud de lo anteriormente señalado, el Tribunal declara que en este caso se violó, respecto de Paula Marckx y su hija, el artículo 8, aisladamente considerado³⁰³.

Por último, respecto de las alegaciones de la demandante en cuanto a al carácter discriminatorio de las limitaciones establecidas por la ley belga respecto de las facultades de las mujeres solteras para testar en favor de sus hijos, el Tribunal acoge ese reclamo, señalando que efectivamente tal limitación se aplica únicamente a las madres solteras y no a las casadas, que esa discriminación no es justificada, y que *“a la vista del artículo 14 del Convenio, el Tribunal no alcanza a comprender en base a qué «interés general» un Estado podría limitar el derecho de una madre soltera a disponer de sus bienes en favor de su hijo cuando al mismo tiempo tal restricción no se impone a una madre casada. En consecuencia, en este punto existe violación del artículo 14 del Convenio”*.

III.- Comentarios acerca del razonamiento del TEDH sobre los estereotipos aplicados en este caso

En la época en que el TEDH dictó este fallo, tanto los estudios sobre la mujer -que, como se señaló anteriormente, fueron vitales para el estudio del género-, como el desarrollo de un criterio antiestereotipación en materia jurídica estaban en pleno desarrollo, lo cual explica ciertas falencias que presenta esta sentencia en su parte considerativa, y que mencionaré a continuación.

³⁰² Párrafos 41-43.

³⁰³ Párrafo 43.

Un ejemplo de lo anterior es que el Tribunal advirtió la ley belga atribuyó a las mujeres que tienen hijos sin estar casadas una supuesta voluntad de no querer encargarse del cuidado de esos hijos, voluntad que en este caso –como señaló el Tribunal en su argumentación-, el Estado no acreditó que existiera. No obstante que el Tribunal advirtió esta imputación de características a las madres solteras por parte de la ley belga, de la lectura de este fallo se advierte que el TEDH no lo consideró un estereotipo de género, pues no lo nombra como lo que es: un estereotipo. Tampoco se pronuncia respecto del tratamiento que históricamente se dio a la mujeres que tenían hijos estando solteras, y a los hijos de estas.

Ahora bien, al impugnar este estereotipo de género –y que concretamente se trata de un estereotipo falso que atribuye desinterés en sus hijos a las madres solteras, estereotipo que además es de roles sexuales, esto es, un estereotipo que describe una noción normativa acerca de los roles y comportamientos de hombres y mujeres, y que en este caso, se manifiesta en la atribución a las mujeres que tienen hijos estando solteras de desinterés de ejercer la crianza de estos, y de favorecer la entrega de estos hijos a terceros o a instituciones, estereotipo que es reforzado por otros estereotipos de roles sexuales, como por ejemplo, aquel que impone a las mujeres el rol de cuidar a los hijos, y de tenerlos dentro del matrimonio-, el Tribunal falla al echar mano a su vez de un estereotipo compuesto, referido por un lado al supuesto comportamiento que tendrían las normalmente las madres -“*de hecho, semejante actitud no es siquiera el comportamiento normal constituido por las relaciones entre las madres solteras y sus hijos*”, “comportamiento normal” que el Tribunal no explica ni fundamenta en qué consiste, optando en su lugar por remitirse a una observación considera generalmente compartida-, y por otro, al carácter legítimo que atribuye a la defensa de una familia tradicional, llegando incluso a distinguir entre familias legítimas e ilegítimas.

El Tribunal acierta, sin embargo, al detectar e impugnar los efectos del estereotipo de género presente en este caso, a saber, la falta de libertad para disponer de sus bienes en favor de su hija establecida por la ley belga, en razón de su calidad de madre soltera. Al respecto, el Tribunal señala que el artículo 8 del Convenio “*deja al criterio de los Estados partes la decisión de los medios necesarios para permitir el normal desenvolvimiento de la vida familiar de sus ciudadanos [...], La restricción a su derecho que alega Paula Marckx no está por sí misma en conflicto con el Convenio, a no ser que ésta se considere con independencia del motivo en que se basa. **Por el contrario, la diferenciación en este ámbito entre madres solteras y casadas plantea un serio problema.** El Gobierno no esgrime argumentos particulares para apoyar tal distinción y, en opinión del Tribunal [...], la misma carece totalmente de justificación razonable y objetiva*”³⁰⁴.

Si bien el Tribunal acierta al hacer hincapié en la injustificada diferenciación entre madres casadas y madres solteras, en relación a sus facultades para testar, y en el carácter discriminatorio de estas distinciones, estimo que el análisis habría sido más completo si hubiese abarcado además las facultades para testar de los hombres, tanto casados como solteros, a fin de hacer un contrapunto en el tratamiento que la ley belga otorgaba a hombres y mujeres que tuvieran hijos, dependiendo de si estaban casados o si eran solteros. De esta manera, el Tribunal habría tenido una panorámica completa, y eventualmente, habría podido distinguir más claramente el carácter estereotipado de la ley belga respecto a los derechos sucesorios de las personas nacidas de padre y/o madre solteros.

Cabe señalar que el Tribunal desechó el reclamo de la demandante en cuanto a que su situación configura una vulneración al artículo 3 de la Convención, norma que prohíbe la tortura y los tratos inhumanos y

³⁰⁴ Párrafos 61 y 62.

degradantes. Queda claro que el Tribunal no advirtió el efecto degradante de los estereotipos de género, que en este caso está dado por la discriminación arbitraria entre los hijos legítimos y los ilegítimos, establecida por ley además, discriminación que se tradujo en cortapisas impuestas por la ley tanto a la adquisición de un vínculo de filiación entre la madre soltera y su hijo, como a la falta de reconocimiento de derechos sucesorios de estos hijos respecto de la familia materna extendida, y a las limitaciones que la ley impone en materia de disposición de bienes por parte de estas madres.

Indiqué anteriormente que los estereotipos contribuyen a crear nuevos estereotipos, lo cual se observa también en este caso: En efecto, la distinción injustificada establecida en la ley belga respecto de madres solteras y madres casadas, repercute en los hijos, por cuanto a raíz del estado civil de la madre, la ley estableció distinciones entre hijos legítimos e ilegítimos, distinciones que fueron en perjuicio de estos últimos, ya que los privaron de un vínculo legal de parentesco con la familia de su madre, y de adquirir derechos sucesorios respecto de sus familiares maternos. Asimismo, en virtud de esas distinciones, la ley estableció limitaciones en materia de derechos sucesorios respecto de la madre.

Si bien el Tribunal declaró que Alexandra Marckx fue víctima de una violación del artículo 14, en relación con el artículo 8, debido, por un lado, a las restricciones de su capacidad para recibir la titularidad de los bienes de su madre, y por otro, a la ausencia total de derechos hereditarios en la sucesión intestada de los parientes próximos a ésta, no se refirió a la relación de causa y efecto entre los estereotipos de género referidos a las madres solteras, y a los estereotipos relacionados con las circunstancias del nacimiento de los hijos. En cambio, el Tribunal sólo se limita a hacer presente que *“debe decidir únicamente sobre ciertos aspectos de la filiación materna de los hijos ilegítimos en el ordenamiento jurídico belga. Lo cual no excluye, a su vez, la posibilidad de*

*una reforma jurídica en otras materias no susceptibles de examen en el caso planteado. Es responsabilidad del Estado cuya legislación se cuestiona adoptar las medidas necesarias para garantizar que su legislación interna sea coherente con el texto del Convenio. La discriminación existente en el supuesto que nos ocupa carece de una justificación razonable y objetiva. En consecuencia, el sistema de determinación de la filiación materna de Alejandra Marckx viola con respecto a ambas recurrentes el artículo 14, en relación con el artículo 8 del Convenio*³⁰⁵.

En suma, al aplicar los elementos constitutivos del criterio antiestereotipación antes esbozado, es posible afirmar que si bien el Tribunal advirtió que la ley belga atribuía injustificadamente a las madres solteras una supuesta voluntad de desentenderse del cuidado de su hijos, falla en advertir que esa falsa atribución de desinterés constituye un estereotipo de género, y en consecuencia, falla también en nombrar la presencia de un estereotipo de género en este caso, y la clase de estereotipo de género.

Por otra parte, si bien el Tribunal impugnó los efectos de los estereotipos que se aplicaron en este caso, faltó profundizar respecto de cómo la aplicación y perpetuación de estos estereotipos desembocan en una vulneración de determinados derechos fundamentales. Por ejemplo, podría haberse referido a la relación de causalidad entre los estereotipos de género que atribuyen roles y características a las madres en general, y las madres solteras en particular, y los estereotipos aplicados a los hijos nacidos fuera del matrimonio, estereotipos en virtud de los cuales la ley belga estableció limitaciones para estos en materia sucesoria, limitaciones que en cambio, la ley no estableció respecto de los hijos nacidos dentro del matrimonio, vulnerando así la prohibición de discriminación establecida en el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, en relación al artículo 8 de la misma Convención. Asimismo, podría haberse

³⁰⁵ Párrafo 43.

pronunciado respecto de cómo la perpetuación de estos estereotipos –los cuales además estaban recogidos en la ley-, propende a la estigmatización a la cual se sometió históricamente a las mujeres que tenían hijos sin estar casadas, estigmatización que hacía especialmente vulnerables a la discriminación tanto a esas madres como a sus hijos, como de hecho ocurrió en el caso de Paula Marckx.

Asimismo, considero desafortunado que en su intento por impugnar los efectos del estereotipo de género presente en este caso, el Tribunal haya hecho uso a su vez de un estereotipo compuesto, lo cual se evidencia, por un lado, en su mención al comportamiento normal de una madre, sin explicar a qué se refiere con ello, y por otro, a su manifiesta preferencia por un tipo de familia, sin ahondar en los motivos por los cuales le parece legítimo y elogiabile fomentar la familia tradicional³⁰⁶.

b) Asunto E.B. contra Francia (Demanda N° 43546/02; 22 de enero de 2008).

I.- Hechos del caso

La demandante de este caso –quien prefirió ser identificada con sus iniciales-, demandó ante el Tribunal al estado de Francia, por infracción al artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, en relación al artículo 14 de la misma.

³⁰⁶ Párrafo 40.

E.B. es una educadora de párvulos que mantenía una relación amorosa con otra mujer desde inicios de la década de los noventa. En el año 1998, inició los trámites para adoptar un niño como persona soltera ante el Departamento de Servicios Sociales de Jura, en Francia.

En un informe emitido el 11 de agosto de ese mismo año por la enfermera pediátrica de dicho Departamento, se indicó que E.B y la mujer con quien mantenía una relación amorosa no se consideraban pareja, y que esta última, si bien estaba involucrada en el proceso, no se sentía comprometida a adoptar, no obstante lo cual manifestó su disposición a ayudar a E.B. en la crianza, si esta así lo requería. E.B., por su parte, declaró que adoptaría como persona soltera, y que ella se encargaría de ejercer los roles de padre y madre en la vida de su hijo o hija. Este mismo informe señaló en sus conclusiones que E.B. es buena oyente, de mente abierta, culta, emocionalmente receptiva, y que contaba con un enfoque claro para analizar los problemas y sus capacidades emocionales y de crianza de los hijos, *“sin embargo, teniendo en cuenta su estilo de vida actual: soltera y en convivencia con una pareja de sexo femenino, no hemos podido evaluar su capacidad para proporcionar a un niño una imagen familiar que gire en torno a una pareja de padres, como para proporcionar garantías para el establecimiento de ese niño y su desarrollo”*³⁰⁷. Por otra parte, en un informe de fecha 28 de agosto de 1998, emitido por la psicóloga de ese mismo Departamento, esta recomendó no autorizar la adopción, toda vez que si bien E.B. contaba con múltiples cualidades, tales como ser protectora y cariñosa, *“las posibilidades de identificación con un modelo de rol paterno no están claras. No olvidemos que los niños forjan su identidad con una imagen de ambos padres. Los niños necesitan adultos que asuman su función parental: si el padre está solo, ¿qué efectos tendrá eso en el desarrollo del niño? [...] No deseamos disminuir la confianza de la Sra. B. de ninguna manera, aún menos*

³⁰⁷ Párrafo 10.

insinuar que ella sería perjudicial para un niño. Lo que estamos diciendo es que todos los estudios sobre la paternidad demuestran que un niño necesita a ambos padres. Además, cuando se le preguntó si hubiera querido que la criara uno de sus padres, la Sra. B. respondió que no”³⁰⁸.

Posteriormente, el 12 de octubre de 1998, el sicólogo del *Servicio de Bienestar Infantil*, el cual era miembro de la junta de adopción, recomendó que se denegara la autorización, porque dejar a un niño al cuidado de E.B. lo expondría a ciertos riesgos relacionados con la construcción de su personalidad. Este sicólogo se refirió, entre otras cosas, al hecho de que E.B. vivía con una novia, no obstante lo cual no se consideraba en pareja, lo que a juicio de este profesional denotaba ambigüedad y un riesgo de que el niño solo tuviera un modelo a seguir materno³⁰⁹.

Finalmente, se le notificó a E.B. el rechazo por parte del *Departamento de Servicios Sociales de Jura* de su solicitud de autorización para adoptar, mediante una carta datada el 26 de noviembre de 1998. Los motivos indicados, entre otros, fueron los siguientes: *“Su plan de adopción revela la falta de un modelo de rol paternal o un referente capaz de fomentar el desarrollo bien ajustado de un niño adoptado. Además, el lugar que su pareja ocuparía en la vida del niño no es lo suficientemente claro: aunque ella no parece oponerse a su plan, tampoco parece estar involucrada, lo que dificultaría que el niño se oriente. En consecuencia, todos los factores anteriores no parecen garantizar que un niño adoptado tenga un marco familiar suficientemente estructurado para desarrollarse...”³¹⁰.*

E.B. apeló esta decisión, la cual de todos modos fue confirmada con fecha 17 de marzo de 1999. Ante esto, E.B. recurrió al *Tribunal Administrativo*

³⁰⁸ Párrafo 11.

³⁰⁹ Párrafo 12.

³¹⁰ Párrafo 17.

de Besançon para revocar la negativa a su solicitud, a lo cual este dio lugar, señalando que las razones por las cuales se negó a E.B. la autorización para adoptar –la falta de un rol paterno y el lugar que ocupaba su novia en su vida-, no eran suficientes para justificar el rechazo a su postulación³¹¹. Este fallo fue revocado por la Corte de Apelaciones Administrativa de Nancy, luego de que el Departamento de Servicios Sociales de Jura apelara. Al respecto, la Corte señaló que “se puede ver en los documentos del archivo, y en particular en la evidencia reunida durante el examen de la solicitud de la Sra. B., que teniendo en cuenta el estilo de vida de esta última y sus indudables cualidades personales y aptitudes para educar a los niños, no proporciona sin embargo las garantías necesarias, -desde una perspectiva familiar, psicológica y de crianza de hijos-, para adoptar un niño”³¹².

A esta decisión E.B. apeló al Consejo de Estado, el cual denegó su apelación con fecha 5 de junio de 2002. En su sentencia, el Consejo señaló que “la Corte Administrativo de Apelación no incurrió en error de Derecho al considerar que los dos motivos por los que se rechazó la solicitud de la Sra. B. de adoptar como persona soltera -es decir, la "ausencia de marcadores identificativos debido a la falta de un modelo de rol paternal o referente" y "la ambivalencia del compromiso de cada miembro del hogar con el niño adoptado"-, fueron suficientes para justificar [...] la negativa a otorgar la autorización [...] Con respecto a la afirmación de la Sra. B. de que al referirse a su "estilo de vida" para justificar la negativa a otorgar su autorización para adoptar, la Corte Administrativa de Apelación se había referido implícitamente a su orientación sexual, puede verse de los documentos presentados a los tribunales de hecho que la Sra. B. estaba, en el momento del examen de su solicitud, en una relación homosexual estable. Dado que esta relación debía tenerse en cuenta en función de las necesidades e intereses de un niño

³¹¹ Párrafo 22.

³¹² Párrafo 24.

*adoptado, la Corte no basó su decisión en la orientación sexual del solicitante ni incumplió los requisitos combinados de los artículos 8 y 14 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, ni tampoco violó las disposiciones del Artículo L. 225-2 del Código Penal que prohíbe la discriminación sexual*³¹³.

En atención a estas circunstancias es que E.B. demandó a Francia por infracción al artículo 14 de la Convención, en relación al artículo 8, específicamente, por discriminación con base en su declarada homosexualidad.

II.- Razonamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Al respecto, el Tribunal hace presente que en otras ocasiones ha sostenido que el término “vida privada” al que hace referencia el artículo 8 invocado en este caso, comprende, *inter alia*, el derecho a establecer relaciones con otras personas, el derecho a la autodeterminación y el derecho al desarrollo personal. Asimismo, abarca elementos tales como la orientación sexual y la vida sexual, las cuales caben dentro de la esfera de protección de esta norma³¹⁴.

El Tribunal aclara que no le corresponde pronunciarse si existe el derecho de adoptar, sino que debe pronunciarse acerca del procedimiento para solicitar la autorización para adoptar. Al respecto, señala que es un principio bien arraigado en la jurisprudencia del Tribunal extender la prohibición de la discriminación consagrada en el artículo 14 no sólo al goce de los derechos y

³¹³ Párrafo 25.

³¹⁴ Párrafo 43.

libertades que la Convención y sus Protocolos exigen que garantice cada Estado, sino también al goce de los derechos adicionales que el Estado ha decidido voluntariamente proporcionar, y que entran dentro del alcance general de cualquier artículo de la Convención³¹⁵.

El presente caso tiene relación con la adopción por parte de una sola persona, y si bien el artículo 8 de la Convención no se refiere al respecto, el Tribunal observa que la legislación francesa otorga expresamente a las personas individuales el derecho a solicitar la autorización para adoptar y establece un procedimiento para tal efecto. En consecuencia, el Tribunal considera que los hechos de este caso están comprendidos dentro del ámbito del artículo 8 de la Convención, toda vez que el Estado, que ha ido más allá de las obligaciones que le impone el artículo 8 al crear dicho derecho, no puede, en la aplicación de ese derecho, adoptar medidas discriminatorias, de conformidad al artículo 14³¹⁶.

Dicho lo anterior, y en cuanto al motivo invocado por las autoridades nacionales en relación con la falta de un referente paterno o materno en el hogar de una persona que solicita autorización para adoptar, el Tribunal considera que esto no plantea necesariamente un problema en sí mismo. Sin embargo, en las circunstancias del presente caso, es dable cuestionar los méritos de tal fundamento, cuyo efecto final es exigir a la solicitante que establezca la presencia de un referente del otro sexo entre su círculo inmediato de familiares y amigos, con lo que se corre el riesgo de hacer ineficaz el derecho de las personas solteras a solicitar la autorización, punto que el Tribunal considera pertinente, toda vez que este caso se refiere a una solicitud de autorización para adoptar por una persona soltera. En opinión del Tribunal, ese motivo podría haber dado lugar a una denegación arbitraria y haber servido

³¹⁵ Párrafo 48.

³¹⁶ Párrafo 49.

de pretexto para rechazar la solicitud de la demandante debido a su homosexualidad³¹⁷. Al respecto, el Tribunal hace presente que el Estado francés, a quien correspondía la carga de la prueba, no pudo suministrar información estadística referida a la frecuencia con que se invocaba ese fundamento, según la orientación sexual declarada o conocida de los solicitantes de adopción, lo que por sí solo podría proporcionar una imagen precisa de la práctica administrativa, y establecer la ausencia de discriminación en el uso de ese motivo³¹⁸.

En cuanto a la causal de rechazo a la solicitud de adopción de E.B., referida a la actitud de su novia respecto de la adopción, el Tribunal señala que, contrario a lo que sostiene la demandante, este sí es un motivo relevante a tener en consideración al momento de evaluar la solicitud de adopción, puesto que es legítimo que las autoridades tomen sus resguardos antes de ubicar a un niño en un hogar. En lo que a esta causal de rechazo concierne, el Tribunal es de la opinión que no existe evidencia de que el Departamento se haya basado en la orientación sexual de E.B.³¹⁹. Ahora bien, estos dos motivos principales forman parte de una evaluación general de la situación de E.B. al momento de postular a la adopción, razón por la cual el Tribunal considera que no deben considerarse alternativamente, sino concurrentemente. En consecuencia, la ilegitimidad de uno de los motivos tiene el efecto de contaminar toda la decisión.

Con respecto a la fase administrativa, el Tribunal observa que el presidente del Consejo no basó su decisión exclusiva o principalmente en el segundo motivo, sino en "todos" los factores involucrados, es decir, ambos motivos, por lo cual no es posible considerar que uno de ellos era predominante, o que solo uno de ellos fue suficiente para que se denegara la

³¹⁷ Párrafo 73.

³¹⁸ Párrafo 74.

³¹⁹ Párrafos 76-79.

autorización a E.B.³²⁰. El Tribunal llega a la misma conclusión con respecto a las decisiones de la Corte Administrativa de Nancy y del Consejo de Estado: ***“En opinión del Tribunal, el hecho de que la homosexualidad de la demandante se destacara en tal medida en el razonamiento de las autoridades nacionales es significativo. Además de sus consideraciones sobre el “estilo de vida” de la solicitante, confirmaron íntegramente la decisión del presidente del Departamento. El Tribunal señala que este último adoptó su decisión a la luz de la opinión emitida por la junta de adopción cuyos diversos miembros se habían expresado individualmente por escrito, recomendando principalmente -con razones que apoyaban esa recomendación-, que la solicitud se rechazara sobre la base de los dos motivos en cuestión. Observa que la manera en que se expresaron ciertas opiniones fue realmente reveladora en el sentido de que la homosexualidad del solicitante era un factor determinante. En particular, el Tribunal observa que en su opinión del 12 de octubre de 1998, la psicóloga del Servicio de Bienestar Infantil recomendó que se denegara la autorización, refiriéndose, entre otras cosas, a una «actitud inusual [por parte de la solicitante] hacia los hombres, en el sentido de que hay un rechazo a estos»³²¹.***

En cuanto a la referencia sistemática por parte de las autoridades nacionales a la falta de un "referente paterno", el Tribunal, si bien no niega la conveniencia de abordar la cuestión, objeta la importancia que estas le atribuyen, en el contexto de la adopción por una persona soltera. No obstante que este factor sea legítimo, el Tribunal manifiesta que no pasará por alto la referencia excesiva al mismo en las circunstancias del presente caso. Por tanto, en consideración a todo lo anteriormente señalado, y a pesar de las precauciones tomadas por la Corte de Apelación Administrativa de Nancy, y posteriormente por el Consejo de Estado, para justificar la consideración del

³²⁰ Párrafos 80-81.

³²¹ Párrafos 84-85.

"estilo de vida" de la demandante, la conclusión inevitable para el Tribunal es que su orientación sexual estuvo constantemente en el centro de las deliberaciones, y omnipresentes en cada etapa de los procedimientos administrativos y judiciales, de modo que la referencia a la homosexualidad de E.B. era, si no explícita, al menos implícita, y teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal considera que se ha establecido en este caso que la orientación sexual de E.B. fue un factor decisivo a la hora de rechazar su autorización para adoptar³²².

El Tribunal declara, en consecuencia, que E.B. sufrió una diferencia de trato. Sin embargo, para efectos de establecer si esta diferencia implica una vulneración del art. 14 de la Convención, el Tribunal señala que es necesario analizar si dicha diferencia carece de justificación razonable, y para eso, el Tribunal se vale del **criterio de proporcionalidad y fin legítimo**.

Este criterio va de la mano con el de **margen de apreciación**, el cual garantiza a los Estados un ámbito de discrecionalidad en la aplicación de las disposiciones de la Convención, siempre y cuando se respete un estándar mínimo. El criterio de proporcionalidad y de fin legítimo, en tanto, busca evitar cualquier injerencia de los Estados en el ejercicio de los derechos, en la forma de una limitación injustificada o no estrictamente necesaria³²³.

Al respecto, el Tribunal parte haciendo mención a la jurisprudencia en que ha sostenido que tratándose de las diferencias establecidas sobre la causal de orientación sexual, es necesario que estén basadas en razones que sean de peso y convincentes. Por otro lado, el Tribunal observa que las disposiciones pertinentes del Código Civil francés no se refieren a la necesidad de un

³²² Párrafos 87-89.

³²³ **Roca Fernández, María José:** "Luces y sombras en la argumentación de la jurisprudencia reciente del TEDH sobre el art. 9 del Convenio". En: Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 aniversario. Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, España, 2016. P. 189.

referente del otro sexo, que, en cualquier caso, no dependería de la orientación sexual del padre soltero adoptivo. Por otra parte, E.B. presentó, en los términos de la sentencia del Consejo de Estado, indudables cualidades personales y aptitud para educar a los niños, lo que indudablemente está en sintonía con el interés superior del niño, una noción clave en los instrumentos internacionales pertinentes. En consecuencia, la Corte concluye que, al rechazar la solicitud de autorización de adopción de la demandante, las autoridades nacionales hicieron una distinción basada en consideraciones relativas a su orientación sexual, distinción que no es aceptable según la Convención, por lo cual declara que este caso cabe dentro del umbral protegido por el artículo 8 de la Convención, en conjunto con el artículo 14³²⁴. De este modo, las autoridades nacionales que fueron parte de este proceso de adopción, interfirieron de manera injustificada en el ejercicio del derecho consagrado en el artículo 8 de la convención por parte de E.B.

III.- Comentarios acerca del razonamiento del TEDH sobre los estereotipos aplicados en este caso.

En este caso, se advierte que el Tribunal advirtió que E.B. fue víctima de discriminación a causa de una supuesta inhabilidad para criar niños, dada por su orientación sexual. No obstante, y tal como ocurrió con el caso antes citado, el TEDH no advirtió que esta inhabilidad maternal atribuida a la demandante dado su lesbianismo se trataba de un estereotipo, y en consecuencia, no lo nombró como lo que es –un estereotipo-, ni tampoco se refirió al hecho de que en este caso confluyen un estereotipo sexual –esto es, el estereotipo de género que atribuye un mayor valor a la orientación heterosexual por sobre la

³²⁴ Párrafos 91-98.

homosexual-, y un estereotipo de roles sexuales –el cual priva a las personas homosexuales de ejercer el rol de padres o madres, en razón de una supuesta inhabilidad para ese papel, dada por su orientación sexual-.

Por otro lado, el Tribunal acertó al desarrollar la manera en que la aplicación de este estereotipo impactó en el ejercicio por parte de la demandante del derecho consagrado en el artículo 8 de la Convención, el cual comprende, según el TEDH, la facultad de establecer relaciones con otras personas, así como la orientación sexual. Al respecto, el Tribunal declaró que estaba establecido que a E.B. se le denegó la autorización para adoptar como persona soltera no sólo debido a la falta de compromiso al respecto por parte de su novia, sino que también debido a su lesbianismo, el cual -reconoció acertadamente el TEDH-, fue un factor gravitante para que las autoridades administrativas y las judiciales se negaran a autorizar a E.B. a adoptar, lo suficiente para contaminar toda la decisión de negar a la demandante su postulación para adoptar, no obstante lo razonable que resulta el motivo referido a la falta de compromiso de la pareja de E.B.. En consecuencia, de no haber estado presente en la deliberación de las autoridades francesas la orientación sexual de E.B., es probable que ella hubiera sido autorizada a adoptar.

Asimismo, faltó ahondar en cómo la aplicación del estereotipo compuesto antes mencionado perpetúa, por un lado, el estereotipo según el cual una mujer lesbiana no está en condiciones de ejercer el rol de madre, por el solo hecho de ser lesbiana, y por otro, el estigma asociado históricamente a la comunidad LGBTQI, todo lo cual claramente configura una discriminación arbitraria, pues constituyó el principal fundamento por el cual a E.B. se le privó de un derecho reconocido por la ley francesa, esto es, adoptar en su calidad de persona soltera.

Este caso marcó un hito importante en la jurisprudencia del TEDH respecto del derecho de la población LGBT a adoptar, ya que, si bien no fue la primera vez que el Tribunal se pronunció al respecto –y así lo hace saber el TEDH en el razonamiento de esta sentencia-, lo novedoso es que en esta ocasión, el Tribunal se apartó de la doctrina del margen de apreciación, y aplicó en su lugar el principio de proporcionalidad³²⁵. En efecto, apenas seis años antes este tribunal tuvo que pronunciarse en el caso de una denegación de una solicitud para adoptar por parte de un homosexual, demanda que también se llevó en contra de Francia –caso Fretté vs. Francia-. Ahora bien, el Tribunal, consciente del poco tiempo transcurrido entre un caso y otro, decidió hacer explícitas las razones por las cuales esta vez no aplicaría el margen de apreciación, señalando al respecto que si bien *“el presente caso también se refiere a la cuestión de cómo se trata una solicitud de autorización presentada por una persona soltera homosexual; sin embargo, difiere en varios aspectos del caso de Fretté citado anteriormente. El Tribunal señala en particular que, si bien el motivo relativo a la falta de un referente de las características del sexo opuesto en ambos casos, las autoridades administrativas nacionales no se referían -al menos expresamente- a la "elección de estilo de vida" de EB [...] Además, mencionaron las cualidades del solicitante y sus capacidades emocionales y de crianza de los hijos, a diferencia de Fretté, donde se consideró que el solicitante tuvo dificultades para prever las consecuencias prácticas del trastorno ocasionado por la llegada de un niño [...] Además, en el presente caso, las autoridades nacionales tuvieron en cuenta la actitud de la pareja de EB, con quien afirmó que mantenía una relación estable y*

³²⁵ **Schönsteiner, Judith; Fuentes, Claudio; Benítez, Dinka y Mariángel, Sylvana:** “Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 2011: Algunos avances, retrocesos y desafíos”. En: Anuario de Derecho Público 2012, Universidad Diego Portales. P. 531.

*permanente, factor que no figuraba en la solicitud presentada por el Sr. Fretté*³²⁶.

De este modo, es posible concluir que en el caso *Fretté*, el Tribunal estimó que los hechos permitían conceder al Estado demandado un margen de apreciación, puesto que las razones para negar autorización para adoptar al demandante tenían que ver en gran parte con sus cualidades personales y sus habilidades parentales, algo que no ocurrió en el caso de E.B., a quien los informes sí le reconocieron cualidades tales como ser protectora, educada y cariñosa, características que fueron opacadas por el lesbianismo de E.B., según se desprende de la prueba rendida en este juicio. Este hecho fue estimado por el Tribunal –acertadamente, a mi parecer-, como una diferencia que no perseguía un fin legítimo, y por tanto, vulneraba los derechos de la reclamante, acogiendo así la demanda interpuesta por E.B. en contra del Estado de Francia.

c) Asunto Opuz contra Turquía (Demanda no. 33401/02; 9 de junio de 2009).

I.- Hechos del caso

La demandante –Nahide Opuz-, contrajo matrimonio con H.O en 1995. De esa relación nacieron tres hijos, en los años 1993, 1994 y 1996.

Desde el inicio de la relación, la demandante y su marido tuvieron acaloradas discusiones, hecho que no fue controvertido por Turquía³²⁷.

³²⁶ Párrafo 71.

³²⁷ Párrafo 8.

Con fecha 10 de abril de 1995, la demandante y su madre presentaron una denuncia ante la Fiscalía de Diyarbakir, alegando que H. O. y A. O. –este último, el padre de H.O, y que a su vez estaba casado con la madre de la demandante-, les habían pedido dinero, pegado y amenazado de muerte. Asimismo, afirmaron que H. O. y su padre querían llevar otros hombres a casa. El mismo día, la demandante y su madre fueron examinadas por un médico, cuyo informe señalaba que ambas presentaban moretones en el cuerpo, un hematoma, y en el caso de la demanda, hinchazón en la ceja izquierda y arañazos en la zona del cuello³²⁸.

El 25 de abril de 1995, el Fiscal presentó acusación contra H. O. y A. O. por amenazas de muerte y daños físicos reales siendo sobreseídos de los cargos de agresión con fecha 15 de junio de 1995 por el Tribunal de Primera Instancia de lo Penal de Diyarbakir, puesto que la demandante y su madre retiraron sus denuncias. Más tarde, el 11 de septiembre de 1995, el Tribunal de Segunda Instancia de lo Penal de Diyarbakir los absolvió del delito de amenazas, invocando la falta de pruebas. Por este motivo, se archivó también la causa de agresión, señalando que había sido previamente oída por el Tribunal de Primera Instancia de lo Penal de Diyarbakir³²⁹.

Luego de ese episodio de violencia, continuaron las agresiones y amenazas de parte de H.O hacia la demandante y la madre de esta. Así, por ejemplo, el 11 de abril de 1996, durante una pelea, H. O. golpeó a la demandante gravemente, consecuencia de lo cual –según el informe médico redactado en esta ocasión-, la demandante sufrió una hemorragia en el ojo derecho, así como en su oído derecho, un hematoma en su hombro izquierdo y dolor de espalda. El informe concluía que la gravedad de las heridas de la demandante ponía en peligro su vida. El mismo día, a solicitud del Fiscal, un

³²⁸ Párrafos 9 y 10.

³²⁹ Párrafos 11-12.

Juez decretó prisión preventiva para H. O. Al día, siguiente, el Fiscal solicitó el procesamiento ante el Juzgado de lo Penal de Diyarbakir, acusando a H. O de causar daños físicos graves.

El 15 de abril de 1996, H. O. presentó una petición ante la Presidencia del Tribunal de Primera Instancia de lo Penal, solicitando que se le concediera la libertad condicional. Explicó que durante una discusión con su mujer, se enfadó y la abofeteó dos o tres veces, luego de lo cual su suegra, que trabajaba en un hospital, había conseguido un informe médico para su mujer, el cual habría provocado su arresto injustificado. Declaró asimismo que no quería perder a su familia ni su trabajo y que sentía haber golpeado a su esposa.

Su solicitud de libertad condicional fue denegada, por lo cual H.O. continuó en prisión preventiva; no obstante, en la vista de 14 de mayo de 1996, el Fiscal solicitó la puesta en libertad condicional de H. O., considerando la naturaleza del delito y el hecho de que la recurrente estaba ya recuperada. En consecuencia, el Tribunal puso en libertad a H. O. Más tarde, en la vista de 13 de junio de 1996, la recurrente retiró su denuncia, declarando que ella y su esposo se habían reconciliado, consecuencia de lo cual la causa fue archivada, pues de acuerdo a la ley vigente, se trataba de un delito de acción penal privada³³⁰.

En una tercera agresión, que tuvo lugar el 5 de febrero de 1998, H.O. hirió a la demandante y a su madre con una navaja, no obstante lo cual el Fiscal decidió no iniciar una investigación penal, puesto que no habían pruebas suficientes contra H.O., y debido a que los otros delitos de agresión y daños contra la propiedad podían ser objeto de procesos civiles, razón por la cual

³³⁰ Párrafos 13-19.

estimó que no había interés general comprometido. Luego de este episodio de violencia, la demandante se fue a vivir con su madre³³¹.

Una cuarta agresión tuvo lugar el 4 de marzo de ese mismo año, cuando H.O. intentó atropellar a la demandante y su madre. En la comisaría, H. O. sostuvo que el incidente había sido un accidente, mientras que la madre de la demandante afirmó que H. O. les había ordenado subirse al auto, pues de lo contrario las mataría, declaración que más tarde fue confirmada por la demandante.

Según el relato de la madre, dado que ella y su hija se rehusaron a subirse al auto, H. O. atropelló a la demandante, quien cayó al suelo, y posteriormente la atropelló a ella, mientras trataba de auxiliar a su hija. La madre de la demandante recobró la consciencia en el hospital.

Al día siguiente de estos hechos, un Juez del Tribunal de lo Penal de Diyarbakir decretó prisión provisional para H. O., y más tarde, el 19 de marzo de 1998, el Fiscal de esa ciudad abrió una investigación en su contra por las amenazas de muerte y los graves daños físicos causados. El mismo día, el Instituto Médico Forense presentó un informe médico indicando la existencia de rasguños en la rodilla de la demandante. El informe concluía que las heridas de la demandante le obligaban a estar cinco días de baja³³².

Luego de este episodio, la demandante interpuso una demanda de divorcio en contra de H.O., invocado las agresiones perpetradas por este, y señalando además que debido a las amenazas de H.O. había retrasado la presentación de esta demanda³³³.

³³¹ Párrafos 20-21.

³³² Párrafos 23-25.

³³³ Párrafo 26.

En un informe de 3 de abril de 1998, el Director del Departamento de la Ley y el Orden de la Dirección de Seguridad de Diyarbakir, informó a la Fiscalía General del resultado de la investigación sobre las acusaciones de la demandante y de su madre. Este informe señalaba que la demandante había abandonado a su marido y se había ido a vivir con su madre, y que las repetidas peticiones de H. O. a su esposa para que volviera habían sido rechazadas por su madre. Asimismo, señalaba que H. O. había pasado 25 días en prisión por atropellar a su suegra y, tras su puesta en libertad, había pedido a varios mediadores que convencieran a su mujer de que volviera a casa, pero que la madre no permitía que la demandante volviera con H. O. Asimismo, el informe indicaba que ambas partes se habían amenazado mutuamente, y que la madre había tratado de separar a su hija de H. O. para vengarse de su ex-marido. El informe además atribuyó a la madre de la demandante haber hecho constantemente declaraciones difamatorias, así como haber “hecho perder el tiempo” a las fuerzas de seguridad³³⁴.

El 14 de abril de 1998, la Fiscalía General de Diyarbakir acusó a H. O. y a su padre, A. O., de amenazar de muerte a la demandante y a su madre, siendo H.O. puesto en libertad condicional el día 30 de ese mismo mes. Más tarde, el 23 de junio de 1998, el Tribunal Superior de lo Penal de Diyarbakir absolvió a H. O. y a su padre de los cargos de amenazas de muerte, por falta de pruebas. El Tribunal señaló que el imputado había negado las acusaciones, y que las recurrentes habían retirado su denuncia. Luego de esto, la demandante se fue de nuevo a vivir con H. O.

En la vista de 8 de octubre de 1998, la recurrente y su madre retiraron su denuncia, y declararon que H. O. las golpeó accidentalmente. Consultadas respecto de las denuncias contra H. O., la demandante y su madre afirmaron que habían tenido una pelea con H. O., y que habían efectuado esas

³³⁴ Párrafo 29.

declaraciones en un momento de enojo. Finalmente, el 17 de noviembre de 1998, el Tribunal Superior de lo Penal de Diyarbakir dictó el sobreseimiento, debido al retiro de la denuncia por parte de la demandante y su madre, no obstante lo cual se decretó que H.O. debería continuar en prisión, pues se seguiría la causa en su contra respecto de las lesiones causadas a la madre de la demandante, las cuales eran de mayor gravedad, toda vez que la obligaron a estar con licencia médica durante 25 días. Por este delito H. O. fue condenado a tres meses de prisión y a una multa, aunque más tarde la pena de prisión fue conmutada por otra multa³³⁵.

Una quinta agresión tuvo lugar el 29 de octubre de 2001, cuando H.O. apuñaló siete veces a la demandante, en distintas partes del cuerpo. Ese mismo día H.O. se entregó a la policía, y declaró que apuñaló a la demandante luego de que comenzaran a discutir debido a que ella no estaba en casa al momento en que él había llegado, y que no había preparado la cena. Señaló asimismo que la discusión subió de tono progresivamente, hasta que ella lo atacó con un tenedor, y él respondió atacándola con un cuchillo. Por esta agresión, H.O. fue condenado el Tribunal de Segunda Instancia de lo Penal a pagar una multa, la cual podía abonar en ocho cuotas³³⁶.

Luego de este incidente, la demandante se fue a vivir con su madre. En una fecha sin determinar, la madre de la demandante contrató a una empresa de transportes para realizar la mudanza de ambas a la ciudad de Izmir. H. O se enteró, y las habría amenazado de muerte.

La mudanza inició el 11 de marzo de 2002. Durante el tercer viaje realizado por el camión contratado, un taxi paró delante de este y le hizo señas. El conductor del camión se detuvo, creyendo que el taxista le iba a preguntar alguna dirección, sin embargo, del taxi bajó H. O., quien abrió la puerta del

³³⁵ Párrafos 33-36.

³³⁶ Párrafos 37-44.

asiento del copiloto, en el cual se encontraba la madre de la demandante, y le disparó, producto de la cual ella murió en el acto. Luego de esto, el Fiscal de Diyarbakir inició una investigación penal en contra de H.O. por el delito de asesinato intencionado. En sus declaraciones a la policía, al Fiscal y al Tribunal, H. O. afirmó que había asesinado a la madre de la demandante porque había inducido a su esposa a llevar una vida inmoral, como ella había hecho, y se había llevado a su esposa y a sus hijos lejos de él. Declaró asimismo que había perdido los nervios y le había disparado por su honor y por el bien de sus hijos³³⁷.

En una Sentencia firme de fecha 26 marzo 2008, el Tribunal Superior de lo Penal de Diyarbakir condenó a cadena perpetua a H. O., por los delitos de asesinato y posesión ilegal de arma de fuego. Sin embargo, el Tribunal optó por atenuar la pena, sustituyéndola por otra consistente en 15 años y 10 meses de prisión, junto con una multa de 180 nuevas liras turcas, en atención a que el acusado había cometido el delito como consecuencia de una provocación de la fallecida, y también por su buena conducta durante el juicio el Tribunal. Asimismo, en vista del tiempo transcurrido por el H.O. en prisión preventiva, y del hecho de que la sentencia iba a ser examinada en apelación, el Tribunal ordenó que se le pusiera en libertad condicional. A la fecha en que el TEDH se pronunció sobre este caso, el recurso de apelación seguía pendiente ante el Tribunal de Casación³³⁸.

Luego de que H.O. fuera puesto en libertad condicional, la demandante obtuvo el divorcio de este, y asimismo, solicitó a las autoridades que adoptasen medidas para protegerla, puesto que este había vuelto a amenazarla de muerte, al igual que a la actual pareja de la demandante. El 29 de mayo de 2008, el Fiscal interrogó a H. O. en relación con la denuncia de amenazas presentada

³³⁷ Párrafos 53-56.

³³⁸ Párrafos 55-58.

por la demandante, hecho que fue negado por H. O., quien declaró que había hecho tales acusaciones para molestarle por su puesta en libertad. El Fiscal tomó además declaración al novio de la demandante, quien señaló que H. O. le había contactado por teléfono, ocasión en la cual le dijo que mataría a la demandante. Decidió no presentar una denuncia contra él, no obstante lo cual informó de las amenazas a la demandante³³⁹.

Por último, el 14 de noviembre de 2008, el representante legal de la demandante informó al Tribunal Penal de Diyarbakir que la vida de esta corría grave peligro, puesto que las autoridades no habían adoptado medidas para protegerla de su ex-marido. El Tribunal solicitó al Gobierno que informase sobre las medidas adoptadas para proteger a la demandante, a lo cual se indicó al tribunal con fecha 21 de noviembre de 2008 que la policía había adoptado medidas específicas para proteger a la demandante de su ex-marido, concretamente, su fotografía y sus huellas dactilares habían sido distribuidas por las comisarías de la región de manera que pudiera ser detenido si aparecía cerca del lugar de residencia de la demandante. Esta, por su parte, declaró a la policía que no había sido amenazada por su marido desde hacía más de mes y medio³⁴⁰.

En razón de todos los hechos antes señalados, la demandante alegó que el Estado turco, a través de sus autoridades, no brindaron para ella y para su madre protección contra la violencia doméstica, consecuencia de lo cual se produjo el fallecimiento de su madre y los malos tratos sufridos por la demandante a manos de su marido. Estos hechos, según la demandante, vulneraron en su caso los derechos consagrados en los artículos 2³⁴¹ y 3 del

³³⁹ Párrafos 59-66.

³⁴⁰ Párrafos 68-69.

³⁴¹ **Artículo 2: Derecho a la vida.**

1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un Tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.

Convenio, así como el derecho establecido en el artículo 14 del mismo, en relación a los artículos 2 y 3.

II.- Razonamiento del Tribunal

Con respecto a la infracción al artículo 2 de la Convención, el TEDH reitera que la primera frase del artículo 2.1 impone al Estado no sólo el deber de abstenerse de privar intencionada e ilegalmente a alguien de su vida, sino que también impone el deber de dar los pasos necesarios para salvaguardar las vidas de las personas que están bajo su jurisdicción, lo cual implica que el Estado deberá garantizar el derecho a la vida poniendo en práctica las disposiciones penales efectivas para impedir la comisión de delitos que atenten contra la vida de las personas, al tiempo que deberá adoptar los mecanismos de aplicación de la Ley para prevenir, suprimir y sancionar los incumplimientos de tales disposiciones. Asimismo, esta norma obliga a los Estados a adoptar medidas operativas preventivas para proteger a un individuo cuya vida corre peligro de sufrir actos delictivos por parte de otro individuo.

Ahora bien, el Tribunal aclara que, teniendo en cuenta las dificultades para vigilar las sociedades modernas, lo impredecible de la conducta humana y la selección operativa que debe hacerse en términos de prioridades y recursos, no todas las amenazas por riesgo de muerte originan una exigencia del Convenio de que las autoridades adopten medidas operativas para prevenir que este riesgo se materialice, y que para que se plantee una obligación positiva en

2. La muerte no se considerará como infligida en infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:

- a) En defensa de una persona contra una agresión ilegítima;
- b) Para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente;
- c) Para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección.

este sentido, debe demostrarse que las autoridades conocían o deberían haber conocido en aquel momento la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida de una persona concreta en manos de un tercero y que no adoptaron las medidas que, dentro de las posibilidades de las autoridades, se considera que podrían haber evitado este peligro. Asimismo, otra consideración relevante es la necesidad de asegurar que la policía ejerce su potestad de controlar y prevenir el crimen de manera que respete completamente el debido proceso, así como otras garantías procesales que legítimamente restringen el ámbito de su acción para investigar el delito y llevar ante la justicia a los delincuentes³⁴².

Para determinar si las autoridades turcas cumplieron o no con esta obligación positiva, el Tribunal se refiere a la seguidilla de agresiones antes detalladas, y concluye que hubo una escalada de violencia contra la demandante y su madre por parte de H. O., y que los delitos cometidos por este eran suficientemente graves como para que las autoridades se figurasen las consecuencias para la salud y seguridad de la demandante y su madre, y ordenar, en consecuencia, medidas preventivas³⁴³. A mayor abundamiento, el Tribunal declara que más violencia no sólo era posible, sino que previsible³⁴⁴, no obstante lo cual -en opinión del Tribunal-, no parece que las autoridades locales tuvieran suficientemente en cuenta el historial de violencia doméstica perpetrada por H.O., ya que repetidamente decidieron interrumpir las diligencias penales contra este. Por el contrario, se desprende de los hechos que las autoridades dieron mayor importancia a abstenerse de interferir en lo que percibían como un “asunto familiar”, al tiempo que no existe indicio alguno de que las autoridades indagasen los motivos que había detrás de las distintas denuncias retiradas por la demandante y su madre, pese a la indicación de esta última al Fiscal de que ella y su hija habían retirado las denuncias debido a las

³⁴² Párrafos 128-129.

³⁴³ Párrafo 134.

³⁴⁴ Párrafo 142.

amenazas de muerte y a la presión ejercida sobre ellas por H. O. Además, el retiro de las denuncias coincidía con la puesta en libertad de H. O., o con la libertad condicional conferida a este³⁴⁵.

Asimismo, y en relación a la defensa de Turquía referida a que cualquier acción que hubiesen tomado las autoridades de ese país en este caso, habría implicado una vulneración del artículo 8 de la Convención, el Tribunal recuerda que en otra ocasión ya sentenció que la opinión de las autoridades, consistente en que la violencia doméstica es un asunto privado, es incompatible con las obligaciones positivas de los Estados de asegurar el disfrute de los derechos de las demandantes. Más aún, la injerencia de las autoridades internas en la vida privada o familiar de los individuos es necesaria para proteger la salud y los derechos de terceros o para prevenir la comisión de delitos, y en este caso, la gravedad del riesgo para la madre de la demandante hacía necesaria esta intervención de las autoridades en el presente asunto³⁴⁶.

Por otro lado, el Tribunal lamenta que las diligencias penales en el presente asunto dependieran estrictamente de la interposición de denuncias por parte de la demandante y su madre, de conformidad a las disposiciones de la legislación interna en vigor en la época, las cuales además condicionaban la continuidad de los fiscales con las diligencias penales a que los actos en cuestión hubieran ocasionado enfermedades o bajas laborales de diez días o más. Atribuye el Tribunal a la aplicación de esas disposiciones, y al hecho de que las autoridades internas no prosiguieran en repetidas ocasiones las diligencias contra H. O., la privación de los derechos referidos a la protección de la vida y a la seguridad tanto en el caso de la demandante como en el caso de su madre.

³⁴⁵ Párrafo 143.

³⁴⁶ Párrafo 144.

En suma, en opinión del Tribunal, el marco legislativo vigente a la época de los hechos incumplía los requerimientos inherentes a las obligaciones positivas del Estado para establecer y aplicar efectivamente un sistema que sancionara cualquier forma de violencia doméstica y dispusiera garantías suficientes para las víctimas, por lo cual el Tribunal estima que los fiscales deberían poder continuar el procedimiento como un asunto de interés general, sin tener en cuenta que las víctimas hayan retirado las denuncias.

Asimismo, el Tribunal da por establecido que las autoridades desoyeron las denuncias de amenaza de muerte interpuestas por la madre de la demandante, previo a que fuera asesinada por H.O., y en vista de todo lo anteriormente señalado, concluye que efectivamente hubo una vulneración al derecho consagrado en el artículo 2 de la Convención, puesto que las autoridades no actuaron con la debida diligencia³⁴⁷.

Con respecto a la infracción al artículo 3 alegada por la demandante, el Tribunal subraya que los malos tratos deben alcanzar un mínimo nivel de gravedad para que puedan considerarse en el ámbito de esta norma, y que ese nivel mínimo depende de las circunstancias del caso, como la naturaleza y el contexto del trato, su duración, sus efectos físicos y mentales y, en algunos casos, el sexo, edad y estado de salud de la víctima. Al respecto, el Tribunal constata que se puede considerar que la demandante pertenece al grupo de **“individuos vulnerables”** con derecho a protección del Estado, en atención a la violencia sufrida por la demandante en el pasado, a las amenazas vertidas por su marido tras su puesta en libertad, así como el miedo a sufrir más violencia y el trasfondo social, esto es, la vulnerable situación de la mujer en el sudeste de Turquía. Asimismo, considerando la violencia física y psicológica sufrida por la demandante, los hechos son lo suficientemente graves como para equivaler a

³⁴⁷ Párrafos 146-149.

malos tratos comprendidos en el artículo 3 del Convenio³⁴⁸. Para efectos de determinar si esta norma fue infringida en este caso, el Tribunal, al momento de interpretar las normas de la Convención, se valió de un análisis comparativo, que incluyó las normas de la CEDAW y de la Convención de Belém do Pará³⁴⁹. Al respecto, el Tribunal señala que si bien las autoridades turcas no fueron totalmente pasivas, no actuaron con la debida diligencia para prevenir la recurrencia de las agresiones contra la demandante, ya que de hecho su marido de la demandante las perpetró sin obstáculos y con impunidad, en detrimento de los derechos reconocidos por el Convenio, y señala, a modo de ejemplo, que tras el primer incidente importante, H. O. golpeó otra vez gravemente a la demandante, causándole lesiones que ponían en riesgo su vida, no obstante lo cual fue puesto en libertad condicional “teniendo en cuenta la naturaleza del delito y el hecho de que la demandante se había recuperado”³⁵⁰. Por todos esos motivos, acoge la demanda, declarando que en este caso hubo infracción al artículo 3 de la Convención.

En cuanto a lo alegado por la demandante respecto de que el Estado habría infringido el artículo 14 de la Convención, en conjunto con los artículos 2 y 3 de la misma, el Tribunal sostiene que aunque la legislación turca en vigor en la época de los hechos no hacía una distinción explícita entre hombres y mujeres en el disfrute de derechos y libertades, esta distinción debía ser desarrollada de acuerdo con los criterios internacionales en relación a la posición de la mujer en una sociedad democrática y plural. Asimismo, si bien el TEDH celebra las reformas llevadas a cabo por Turquía -concretamente la aprobación de una ley que proporciona medidas específicas para la protección contra la violencia doméstica-, deduce que la supuesta discriminación en cuestión no se basaba en la legislación per se sino que resultó de la actitud

³⁴⁸ Párrafos 160-161.

³⁴⁹ Párrafo 164.

³⁵⁰ Párrafos 169-170.

general de las autoridades locales. Así, por ejemplo, la manera en que las mujeres eran tratadas en las comisarías cuando informaban de violencia doméstica y la pasividad judicial para proporcionar protección efectiva a las víctimas, dificultades que, señala el Tribunal, han sido reconocidas por Turquía al tratar el asunto ante el Comité de la CEDAW³⁵¹.

Por otro lado, al analizar los informes presentados por la demandante – los cuales, señala el Tribunal, no fueron objetados por Turquía-, constata que el mayor número de víctimas indirectas de violencia doméstica se da en Diyarbakir -donde la demandante residía en la época de los hechos-, y que las víctimas de ese tipo de violencia eran mujeres que padecían principalmente agresiones físicas. La gran mayoría de estas mujeres eran de origen kurdo, analfabetas o de bajo nivel de educación, y generalmente no contaban con ninguna fuente de ingresos.

Por otro lado, el Tribunal observa que en gran parte de las denuncias por violencia doméstica en las comisarías, los agentes de policía no examinan sus quejas, optando en cambio por asumir el papel de mediadores, intentando convencer a las víctimas de que vuelvan a sus hogares y retiren la demanda, considerando el problema como un “asunto familiar en el que no deben interferir”.

Asimismo, se deduce de los informes allegados al juicio que se producen dilaciones excesivas en la emisión de requerimientos judiciales por los tribunales, ya que estos les dan el tratamiento de una demanda de divorcio en lugar de una denuncia urgente. Se advierte asimismo que las dilaciones también son frecuentes en la comunicación de los requerimientos judiciales a los agresores, dada la actitud negativa de la policía, y que, por otro lado, los autores de la violencia doméstica no parecen recibir sanciones disuasorias, ya

³⁵¹ Párrafo 192.

que los tribunales suavizan las condenas basándose en la costumbre, la tradición y el honor³⁵².

Teniendo en cuenta que la pasividad judicial general y discriminatoria en Turquía, si bien no es intencionada, afecta principalmente a las mujeres, el Tribunal concluye que la violencia sufrida por la demandante y su madre podría considerarse violencia de género, que es una forma de discriminación contra la mujer, y que pese a las reformas llevadas a cabo por el Gobierno en años recientes, la completa indiferencia del sistema judicial y la impunidad de que gozaban los agresores, como ocurrió en este caso, indican que existía un compromiso insuficiente para adoptar una acción adecuada para combatir la violencia doméstica, razones por las cuales el Tribunal acoge la alegación de la demandante, y declara vulnerado el artículo 14 de la Convención, en concurrencia con los artículo 2 y 3 del Convenio³⁵³.

III.- Comentarios acerca del razonamiento del TEDH sobre los estereotipos aplicados en este caso

Del razonamiento del Tribunal, se desprende que este constató, a partir de la prueba rendida en el juicio, un patrón reiterado de violencia en contra de las mujeres turcas, patrón que se concentra sobre todo en el sudeste de ese país, especialmente en Diyarbakir, ciudad donde ocurrieron los hechos del presente caso. Asimismo, el Tribunal constató, con base en la información estadística aportada por la demandante -la cual calificó como incuestionable³⁵⁴-, que esta violencia tenía lugar no por falencias legales, sino por la actitud de la

³⁵² Párrafos 193-196.

³⁵³ Párrafos 200-202.

³⁵⁴ Párrafo 198.

policía y de los tribunales al momento de recibir las denuncias, toda vez que entre estos predominaba la creencia de que la violencia perpetrada en contra de las mujeres por sus maridos era un asunto familiar en el que no les correspondía interferir, actitud que, como bien advirtió el Tribunal, también operó en este caso, con consecuencias para la vida e integridad física de la demandante y su madre.

Ahora bien, no obstante que el Tribunal, por un lado, detectó un patrón de violencia generalizado en contra de las mujeres, dentro del cual se enmarca este caso; y que por otro, se refiere a los efectos nocivos de esta violencia respecto del caso concreto y de la generalidad de las mujeres turcas, no reconoció este patrón como una consecuencia de la aplicación de estereotipos de género. Más aún, no mencionó que en este caso se aplicaron estereotipos de género, y desde luego, omitió pronunciarse respecto de qué clase de estereotipos de género se presentan en el caso de Nahide Opuz. No obstante, acierta el TEDH al advertir que este patrón de violencia se ha perpetrado históricamente contra un determinado sector de mujeres turcas, a saber, aquellas que viven en el sudeste de Turquía, siendo las mujeres que viven en la ciudad donde ocurrieron los hechos –Diyarbakir-, las más frecuentemente afectadas.

En cuanto a la clase estereotipos de género presentes en este caso, es posible advertir en este caso la aplicación de un **estereotipo de roles sexuales** - el que prescribe a las mujeres una actitud sumisa y obediente hacia sus maridos, de forma tal que estos incluso tienen permitido agredirles sin ulterior consecuencia-, y por otra parte, se aplicó un **estereotipo de sexo**, en virtud del cual se atribuye un valor disminuido a la mujer en relación al hombre, razón por la cual cualquier agresión que estos ejerzan en contra de aquellas, no merece reproche ni persecución civil ni penal.

Estos estereotipos de género se encuentran fuertemente arraigados en la cultura turca, según se desprende del razonamiento de la sentencia -que a su vez, llega a esa conclusión en virtud de los informes aportados por la demandante, informes que el TEDH declaró incuestionables, y que fueron emitidos por dos ONG de ese país, así como por la Asociación de Abogados de Diyarbakir y Amnistía Internacional-. A partir de esta prueba allegada al juicio, se constata que las autoridades policiales y judiciales de Diyarbakir no son ajenas a la influencia de este estereotipo compuesto, y la consecuencia de que este se aplique es que, tal como ocurrió en el caso de Nahide Opuz y su madre, se degrada a las mujeres, y se priva a las víctimas de violencia doméstica del derecho de acceder a la justicia, toda vez que las autoridades no atribuyen gravedad a las agresiones perpetradas por los maridos, ni lo consideran un asunto que comprometa el interés público. La consecuencia es que de este modo **se perpetúan estos estereotipos de género y sus efectos, tales como la privación de acceso a la justicia, que a su vez puede desembocar en la vulneración en el derecho a la vida y a la integridad física, como ocurrió en este caso.**

Cabe destacar en esta sentencia el reconocimiento a la demandante por parte del TEDH como parte de un **grupo de individuos vulnerables con derecho a protección del Estado**, para lo cual el Tribunal consideró el trasfondo social del caso –la recurrencia de la violencia contra la mujer en el sudeste de Turquía, lugar donde ocurrieron los hechos-, así como las amenazas sufridas por Nahide y su madre, junto con el miedo de estas a sufrir más violencia.

Cabe señalar que a través de este y otros casos, el TEDH ha ido progresivamente construyendo un **criterio de vulnerabilidad**, con el fin de ampliar el ámbito de aplicación de las normas referidas a la protección de derechos humanos hacia grupos que tradicionalmente han presentado

desventajas sociales³⁵⁵, como ocurre por ejemplo con las minorías raciales, minorías religiosas, o en este caso, con las mujeres turcas, especialmente aquellas que habitan en el sudeste de Turquía.

Este criterio implica explorar cómo la sociedad o las instituciones originan, sustentan y refuerzan vulnerabilidades³⁵⁶, siendo **indicadores importantes para evaluar la vulnerabilidad de un grupo el que estos sean objeto de prejuicios y estigmas**³⁵⁷. Precisamente estos indicadores fueron los que consideró el Tribunal al momento de determinar la inclusión de Nahide Opuz dentro de la categoría de individuos vulnerables con necesidad de protección del estado, pues, como se indicó anteriormente, la escalada de violencia que sufrieron ella y su madre se encuentra inserta dentro de un marco de violencia en la región donde residen, y forma parte a su vez de una cadena de omisiones y permisividad de violencia por partes de las autoridades policiales y judiciales, en este caso y en otros similares.

Junto con incluir a la demandante dentro de un grupo vulnerable necesitado de protección estatal, el Tribunal construye en esta sentencia la **obligación estatal de brindar protección a este grupo vulnerable, conformado por las mujeres que habitan el sudeste de Turquía**, obligación que impone al Estado actuar con la debida diligencia apenas tome conocimiento de un hecho de violencia doméstica, pues al privar de protección a las mujeres víctimas de ese tipo de violencia, el Tribunal estima que se lesiona el derecho de estas a la igualdad ante la ley³⁵⁸.

³⁵⁵ **Peroni, Lourdes, y Timmer, Alexandra:** "Vulnerable Groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention Law". En: Oxford University Press and New York University School of Law, 2013. P. 1083.

³⁵⁶ **Ibidem**, p.1059.

³⁵⁷ **Ibidem**, p. 1.065.

³⁵⁸ Párrafo 191.

Por último, destaca la declaración por parte del Tribunal de que la privación de protección por parte de las autoridades a las mujeres que acuden a ellas en razón de ser víctimas de violencia doméstica, no necesita ser intencionada³⁵⁹. Esta declaración es importante si se tiene en mente que los estereotipos operan sin que necesariamente tengamos consciencia de ello. De este modo, el Tribunal implícitamente vinculó los estereotipos de género con sus efectos respecto de la igualdad ante la ley.

d) Asunto V.C. contra Eslovaquia (Demanda N° 18968/07; 8 de noviembre de 2011).

I.- Hechos del caso

La demandante –que sólo es identificada con sus iniciales-, es de origen étnico romaní. Con fecha 23 de agosto de 2000, fue esterilizada mientras estaba hospitalizada en el Hospital en Prešov (actualmente conocido como Hospital Universitario y Centro de Atención Sanitaria J.A), es cual es gestionado por el Ministerio de Sanidad de Eslovaquia.

Se trataba del segundo parto de la demandante, el cual tuvo lugar por cesárea. La esterilización de la demandante se realizó mediante la ligadura de trompas por el método Pomeroy, que consiste en cortar y sellar las trompas de Falopio con el fin de impedir la fecundación.

Durante su embarazo, la demandante no acudió a revisiones regulares, y sólo una vez acudió a su médico de cabecera una sola vez. De acuerdo al

³⁵⁹ Párrafo 191.

expediente médico, V.C. habría solicitado la esterilización después de las 10.30 a.m. del día 23 de agosto del año 2000, cuando el proceso de parto ya estaba avanzado. Se registró a máquina esta solicitud, y debajo de esta, se estampó “la temblorosa firma de la demandante”³⁶⁰.

La demandante alega que después de varias horas de parto y estando con muchos dolores, el personal médico del Hospital de Prešov le preguntó si quería tener más niños. V.C. contestó afirmativamente, pero el personal médico le dijo que si tenía más niños, tanto ella como su hijo o hija morirían, a lo cual ella reaccionó gritando, accediendo finalmente a la esterilización, convencida de que un siguiente embarazo sería fatal para ella³⁶¹. Los médicos le pidieron entonces que firmara en el registro del nacimiento debajo de la nota que indicaba que había solicitado la esterilización. No obstante, V.C. sostuvo que no entendió el término “esterilización”, y que firmó el formulario por temor a las fatales consecuencias que sufriría según los médicos. Por otro lado, puesto que se encontraba en la última etapa del parto, su conocimiento y sus capacidades cognitivas estaban alteradas debido al parto y al dolor. Posteriormente, V.C. fue anestesiada y sometida a una cesárea. En vista del estado de los órganos reproductivos de la demandante, los dos médicos implicados pidieron al jefe médico una opinión sobre si deberían practicar una histerectomía o una esterilización, procedimiento este último que finalmente practicaron a la paciente³⁶².

Cabe señalar que en el registro médico se indicó que “la paciente es de origen romaní”, y que durante su hospitalización en la unidad de ginecología y obstetricia del Hospital Prešov, V.C. fue instalada en una habitación en la que

³⁶⁰ Párrafo 14.

³⁶¹ Párrafo 15.

³⁶² Párrafo 16.

exclusivamente había mujeres romaníes, y se le advirtió que no podría utilizar los mismos baños y servicios que utilizaban las mujeres no romaníes³⁶³.

A causa de esta esterilización, la demandante sufrió graves problemas médicos y psicológicos, entre ellos, síntomas de un falso embarazo. De acuerdo a sus últimas declaraciones, V.C. continúa sufriendo debido a su infertilidad, puesto que fue condenada al ostracismo por parte de la comunidad romaní, y terminó divorciándose del padre de su hija, hecho que V.C. atribuye a esta esterilización³⁶⁴.

Respecto a estos hechos, el Hospital de Prešov declaró que el primer parto de la demandante, ocurrido en 1998, terminó en cesárea debido a que el tamaño de su pelvis impedía un parto normal. Asimismo, indicó que la demandante había acudido al centro de atención prenatal tan solo en dos ocasiones para controlar su embarazo -y ello, al principio de este-, y que tras el parto, V.C. fue trasladada a una habitación post-parto con el equipamiento médico necesario donde recibió atención médica, pero abandonó el hospital sin el consentimiento de los médicos al tercer día, regresando veinticuatro horas más tarde con una sepsis causada por la inflamación del útero. Tras una hospitalización de nueve días durante los cuales recibió tratamiento intensivo con antibióticos, la demandante y su hijo fueron dados de alta del hospital. Se advirtió a la demandante que debía acudir regularmente a su ginecólogo, lo cual no hizo. Con respecto al segundo embarazo de V.C., el Hospital sostuvo que esta sólo acudió a un control prenatal, también al inicio de su embarazo, y que al momento del segundo parto, dado que V.C. presentó dolores en la parte baja de su útero -mismo lugar donde fue operada en su primer parto-, y en atención al tamaño de su pelvis, los doctores prescribieron una cesárea, y concordaron en que existía un riesgo de rotura del útero. Según el Hospital, después de

³⁶³ Párrafos 17-18.

³⁶⁴ Párrafos 19-20.

explicarle su situación y los riesgos inherentes a un tercer embarazo, la demandante, plenamente consciente de lo que sucedía, firmó la solicitud de esterilización. Por otro lado, el Hospital negó una segregación deliberada de las mujeres romaníes y la existencia de las llamadas “habitaciones gitanas”, afirmando que en la práctica, las mujeres romaníes eran acomodadas juntas a petición de estas³⁶⁵.

En enero de 2003, la demandante tomó conocimiento de la publicación del informe “*Cuerpo y Alma: Esterilización forzosa y coercitiva y otros atentados a la libertad reproductiva de los romaníes en Eslovaquia*”, del *Centro de Derechos Reproductivos y del Centro de Derechos Humanos y Civiles de Eslovaquia*. Con motivo de este informe, V.C. se enteró de que la esterilización no era una operación vital, a diferencia de lo que le indicó el personal médico del Hospital Prešov, y que para practicarla, era necesario el consentimiento pleno e informado de la paciente para este procedimiento. Por esta razón, ella intentó sin éxito revisar sus informes médicos, hasta que finalmente se le permitió el acceso a su historial médico junto con su abogada en mayo 2004, luego de que se emitiera una orden judicial en ese sentido³⁶⁶.

V.C. no presentó ninguna acción penal por este hecho, pero sí presentó una demanda civil, en septiembre del año 2004. En el marco de ese proceso, el doctor Č. del Hospital Prešov, quien practicó la esterilización de la demandante, declaró que no recordaba especialmente a la demandante ni a las circunstancias de su hospitalización. Basó su declaración en la información contenida en el historial médico de la demandante, y al respecto, sostuvo que esta había sido plenamente informada acerca de su estado de salud y del progreso del parto aproximadamente noventa minutos antes del alumbramiento. Declaró además que se le transmitió la información acerca de la necesidad de

³⁶⁵ Párrafos 21-23.

³⁶⁶ Párrafos 25-27.

esterilización por parte del jefe médico de la unidad de ginecología y obstetricia, así como por el segundo médico que participó en la operación, y también por el anestesista. Este médico aseguró además que la esterilización se llevó a cabo a petición de la demandante como una necesidad médica, y que cualquier posible tercer embarazo podría haber sido peligroso para la demandante, salvo que se controlara regularmente. Finalmente, **declaró que la esterilización de la demandante no había sido una operación vital**³⁶⁷.

Por otra parte, el doctor K., jefe médico de la unidad de ginecología y obstetricia del Hospital Prešov declaró que estaba totalmente de acuerdo con el testimonio del doctor Č. Tampoco recordaba el caso de la demandante, pero **asumió que su caso era el mismo que otros similares**. No estuvo presente durante el parto y esterilización de V.C., pero fue informado del caso por los doctores. **Declaró además que el procedimiento de esterilización se rige por la legislación pertinente**, y que en el caso de la demandante, no hubo tiempo de convocar a ningún comité, puesto que V.C. llegó al hospital muy poco tiempo antes del parto. Asimismo, declaró que, tras designar a sus colegas Š. y Č. para practicar la intervención, les indicó que se informaran si la paciente estaba de acuerdo con la esterilización y si tenían el consentimiento firmado. Hizo presente además que **incluso en el caso de que una paciente no consienta la esterilización, podría llevarse a efecto en virtud del artículo 2 de la Regulación de la esterilización de 1972**, que permite tal actuación en caso de peligro de vida de la persona³⁶⁸.

En el procedimiento civil, la demandante presentó una evaluación psicológica de su capacidad mental de fecha 17 de febrero de 2006, la cual indicó que su capacidad intelectual era muy baja, al borde del retraso mental, pero que su pensamiento estaba bien desarrollado en relación a cuestiones

³⁶⁷ Párrafos 26-31.

³⁶⁸ Párrafos 32-33.

prácticas. **El informe concluía que la comunicación con la demandante tenía que adaptarse a su capacidad mental y a su lenguaje**, y que no se detectaba una enfermedad mental que impidiera que la demandante tomase sus propias decisiones sobre su vida y asumiera la responsabilidad de los asuntos relativos a su vida³⁶⁹.

Finalmente, con fecha 28 de febrero de 2006 el Tribunal de Distrito Prešov desestimó la demanda, declarando que el procedimiento se llevó a efecto **sólo cuando el personal médico obtuvo la firma, no obstante lo cual sostuvo que la firma de la demandante en el registro del parto se tomó poco antes de que se le practicara la cesárea, cuando la demandante se encontraba en “posición supina”**. El tribunal también **declaró que el procedimiento se realizó por razones médicas, y que ello fue necesario debido a la mala condición médica de la demandante**, pero que el personal médico procedió de acuerdo con la Ley. Por último, el tribunal declaró que el hecho de que el procedimiento no hubiera sido aprobado previamente por un comité de esterilización supuso únicamente la incapacidad de cumplir con los requisitos formales, pero que ello no podría haber interferido con la integridad personal de V.C, y que la situación de esta no era irreversible, puesto que podía embarazarse mediante fecundación in vitro³⁷⁰.

La demandante apeló esta sentencia, la cual fue confirmada el 25 de octubre de 2006 por el Tribunal Regional de Prešov³⁷¹. También fue desestimada la demanda que interpuso ante el Tribunal Constitucional³⁷².

³⁶⁹ Párrafo 34.

³⁷⁰ Párrafos 35-37.

³⁷¹ Párrafos 38-39.

³⁷² Párrafo 42.

En razón de los hechos antes expuestos, V.C. demandó a Eslovaquia, por infracción a los artículos 3 y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

II.- Razonamiento del Tribunal

Con respecto a la primera infracción alegada, el TEDH reitera que los malos tratos deben alcanzar un mínimo de gravedad para que estén comprendidos dentro del ámbito de aplicación de esta norma, y que la valoración de este mínimo dependerá de las circunstancias del caso, tales como la duración del tratamiento, sus efectos físicos y mentales y, en algunos casos, el sexo, edad y estado de salud de la víctima. Asimismo, no obstante que el propósito de este tratamiento es un factor a tener en cuenta, en particular la cuestión de si se tenía intención de humillar o degradar a la víctima, la ausencia de tal propósito conduce inevitablemente a la conclusión de que no ha habido violación del artículo 3³⁷³. En ciertos casos, el Tribunal examinó denuncias sobre supuestos malos tratos en el contexto de intervenciones médicas, y declaró, *inter alia*, que cuando una medida terapéutica es necesaria desde el punto de vista de los principios establecidos de la medicina no puede en principio ser considerada como inhumana y degradante, no obstante lo cual debe demostrarse de manera convincente que existe esa necesidad médica y de que existen las garantías procesales de esa decisión, y que se cumplan³⁷⁴.

Para que el trato sea “inhumano” o “degradante”, el Tribunal considera que el sufrimiento o la humillación que implican deben ir más allá del inevitable sufrimiento o humillación que supone una determinada forma de tratamiento

³⁷³ Párrafo 101.

³⁷⁴ Párrafo 103.

legítimo. Finalmente, reitera que la verdadera esencia del Convenio es el respeto a la dignidad humana y a la libertad humana, y que en el ámbito de la asistencia médica, incluso cuando el rechazo a aceptar un determinado tratamiento puede conducir a un final fatal, la imposición de un determinado tratamiento sin el consentimiento del paciente mentalmente capaz, supondría una injerencia en su derecho a la integridad física³⁷⁵.

El Tribunal declara por otra parte que la esterilización constituye la mayor injerencia en el estado de salud reproductiva de una persona, y que puede ser legítimamente realizada a petición del interesado, **o con fines terapéuticos, cuando la necesidad médica se ha establecido de manera convincente.** Distinta es la situación, sin embargo, cuando el procedimiento se lleva a cabo prescindiendo del consentimiento del paciente, puesto que ello es incompatible con los principios fundamentales de la Convención: La libertad y dignidad humanas³⁷⁶. Con respecto al caso de autos, **el Tribunal señala que la esterilización no es generalmente considerada como una cirugía vital, y que nada indica que la situación de V.C. fuera diferente,** lo cual incluso fue confirmado por uno de los médicos implicados en el procedimiento, quien señaló que en caso de llevar controles médicos, la demandante no correría peligro con un tercer embarazo³⁷⁷.

El Tribunal estima que, dado que no existía una emergencia que supusiera un riesgo inminente de daño irreparable para la salud o la vida de la demandante, y siendo esta una adulta mentalmente capaz, su consentimiento informado era un requisito previo al procedimiento, incluso asumiendo que este era “necesario” desde un punto de vista médico. No obstante, la documentación presentada indica que se pidió a V.C. su consentimiento por escrito **dos horas y media después de que acudiera al hospital, cuando estaba en pleno**

³⁷⁵ Párrafos 104-105.

³⁷⁶ Párrafo 106-107.

³⁷⁷ Párrafo 110.

proceso del parto y en posición supina. La entrada en el registro está documentada por escrito y simplemente indica “paciente solicita esterilización”, lo cual, en opinión del Tribunal, no es compatible con los principios de respeto a la dignidad y a la libertad humanas consagrados en el Convenio y en otros instrumentos internacionales³⁷⁸.

Por otro lado, el Tribunal no acoge la defensa de Eslovaquia, en cuanto a que la esterilización de la demandante tenía como finalidad la prevención de un deterioro de su salud que amenazara su vida, toda vez que esa amenaza no era inminente, puesto que de materializarse, ese deterioro sólo tendría lugar en el caso de un futuro embarazo, mientras que por otra parte se podría haber evitado cualquier riesgo asociado a un tercer embarazo por medio de métodos alternativos, menos intrusivos. El Tribunal declara, asimismo, que el **consentimiento informado de la demandante no podía dispensarse en base a una suposición por parte del personal del hospital de que iba a actuar de manera irresponsable con respecto a su salud en el futuro**, y que la forma en que actuó el personal del hospital fue paternalista, pues no se ofreció a la demandante ninguna otra opción que la de aceptar la ligadura de trompas que los médicos consideraban apropiada para su situación. No obstante –advierte el Tribunal-, en situaciones similares se requiere el consentimiento informado, promoviendo la autonomía de la elección moral para los pacientes³⁷⁹.

El Tribunal, asimismo, afirma que el procedimiento de esterilización interfirió en la integridad física de la demandante, toda vez que la privó de su función reproductiva, mientras se encontraba en una etapa temprana de su vida reproductiva, sometiéndola a un procedimiento que no suponía una necesidad inminente desde un punto de vista médico, y para el cual no dio su

³⁷⁸ Párrafos 110-112.

³⁷⁹ Párrafo 113-114.

consentimiento informado para ello. En cambio, se le pidió a VC. que firmara un documento en el cual ella figuraba declarando su solicitud de ser esterilizada, en circunstancias que estaba en una posición de decúbito supino, sintiendo el dolor causado por el trabajo de parto, y luego de ser informada por el personal médico que ella o su bebé morirían en caso de un embarazo posterior. Por estas razones, el Tribunal concluye que tanto el procedimiento de esterilización como la manera en que se solicitó a la demandante acceder al mismo, pudieron causarle sentimientos de miedo, angustia, inferioridad, y sufrimiento duradero. Por otro lado, el TEDH hace presente que V.C. tuvo dificultades en la relación con su marido, siendo su infertilidad una de las razones que habría causado su divorcio en el año 2009. Junto con lo anterior, el Tribunal afirmó que V.C. ha sufrido graves efectos médicos y psicológicos debido al procedimiento de esterilización, tales como un falso embarazo y la condena al ostracismo por parte de su comunidad³⁸⁰.

Finalmente, el Tribunal sostiene que pese a que nada indica que el equipo médico actuó con intención de maltratar a la demandante, actuaron sin tener en consideración el derecho que tiene como paciente a la autonomía y a la elección, lo cual, en opinión del Tribunal, configura un trato de la gravedad necesaria para entrar en el ámbito del artículo 3, razón por lo cual el Tribunal declara que en el caso de V.C. hubo una violación del artículo 3 del Convenio a causa de la esterilización de la demandante³⁸¹.

Con respecto a la infracción alegada al artículo 8 de la Convención, el Tribunal reitera que “la vida privada” es un término amplio, que abarca, *inter alia*, los aspectos físicos, psicológicos, de identidad social de un individuo, tales como el derecho a la autonomía y el desarrollo personal, el derecho a

³⁸⁰ Párrafos 116-118.

³⁸¹ Párrafos 119-120.

establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y **el derecho al respeto por la decisión de ambos de tener o no tener un hijo**³⁸².

Al respecto, el Tribunal constata a partir de los documentos aportados al juicio que la esterilización se usó frecuentemente respecto de personas vulnerables que pertenecen a diversos grupos étnicos. Sin embargo, el Comisionado del Consejo de Europa para los Derechos Humanos estaba convencido de que la población romaní de Eslovaquia oriental estaba en particular peligro, *inter alia*, debido a las actitudes negativas hacia la tasa de natalidad entre la población romaní, relativamente alta en comparación con otras partes de la población de Eslovaquia, junto con la preocupación por el incremento de la población que vive de las prestaciones sociales³⁸³.

La existencia de estas actitudes negativas hacia la población romaní en general, y a las mujeres romaníes en particular, constan en documentos tales como el tercer informe sobre Eslovaquia emitido por la ECRI ("Emergency Care Research Institute"), y el informe periódico sobre ese país, emitido por el CEDAW³⁸⁴.

La alegación de Eslovaquia en cuanto a que la razón por la cual se indicó en el registro médico el origen romaní de la demandante es que los pacientes romaníes frecuentemente descuidaban la atención social y sanitaria, a consecuencia de lo cual requerirían una atención un tanto especial, fue desestimada por el Tribunal, ya que este consideró que **incluso si se aceptase que ese fue el motivo de la entrada, la referencia sin más del origen étnico de la demandante en su registro médico, indica, en opinión del Tribunal, una cierta mentalidad por parte del personal médico en cuanto a la manera de manejar la situación médica de una paciente gitana.** Por otro lado, el

³⁸² Párrafo 138.

³⁸³ Párrafo 146.

³⁸⁴ Párrafos 147-148.

Tribunal señala que nada indica que esa atención especial tenía por fin para garantizar que el consentimiento pleno e informado de dichos pacientes se obtuviera antes de la esterilización, o que el paciente estuviera involucrado en el proceso de toma de decisiones en un grado tal que permitiera que sus intereses estuvieran eficazmente protegidos³⁸⁵.

El Tribunal hace notar que si bien la ley vigente en Eslovaquia a la fecha en que tuvo lugar la esterilización de V.C. requería el consentimiento de los pacientes antes de la intervención médica, concluye que esta no fue suficiente para proporcionar las garantías adecuadas, en vista de cómo se interpretó y aplicó esa ley en este caso. Más aún, dicha ley permitió que V.C. fuera esterilizada prescindiendo de su consentimiento informado, aun cuando en aquel tiempo Eslovaquia estaba obligada a ello, en virtud de la Convención de Derechos Humanos y Biomedicina³⁸⁶.

Respecto a las modificaciones legales que se establecieron para resguardar el consentimiento para una esterilización –tales como la regulación en detalle del suministro de información a los pacientes y su consentimiento informado, con requisitos tales como una petición por escrito y el consentimiento por escrito para practicar una esterilización, la cual debe llevarse a cabo después de una información previa acerca de los métodos alternativos de anticoncepción, la planificación familiar y las consecuencias médicas entre otras cosas-, el Tribunal declara que constituyen avances, pero que no pueden afectar a la situación de la demandante, ya que son posteriores a los hechos del presente caso. De este modo, en virtud de lo anterior, el Tribunal considera que en el caso de V.C. ha habido una violación al artículo 8 del Convenio, toda vez que se configura una falta de las garantías que prestan especial atención a la salud reproductiva de la demandante, en su calidad de

³⁸⁵ Párrafo 151.

³⁸⁶ Párrafo 152.

mujer romaní, lo cual implica un incumplimiento por parte del Estado demandado para cumplir con su obligación positiva de asegurarle la protección suficiente que le permitiera gozar efectivamente de su derecho al respeto de su vida privada y familiar³⁸⁷.

Por último, en cuanto a la alegación por parte de la demandante de que en el contexto de su esterilización, fue discriminada en virtud de su raza y sexo, en el disfrute de sus derechos al amparo de los artículos 3, 8 y 12³⁸⁸ del Convenio, el Tribunal estimó innecesario determinar por separado si los hechos del caso también suponen una violación del artículo 14 de la Convención, toda vez que ya se pronunció con respecto a la vulneración alegada al artículo 8 de la Convención, declarando al respecto que el Estado demandado no cumplió con su obligación positiva en virtud de esta norma de asegurar a V.C. las suficientes medidas de protección que le permitieran, como miembro del grupo vulnerable de la comunidad romaní, el disfrute de forma efectiva de su derecho al respeto a su vida privada y familiar en el contexto de su esterilización³⁸⁹.

III.- Comentarios acerca del razonamiento del TEDH sobre los estereotipos aplicados en este caso

El Tribunal acertó al hacer presente que la esterilización a la que fue sometida V.C. es representativa de un patrón generalizado, pues hace presente que la suya fue una entre tantas esterilizaciones que se practicaron a mujeres

³⁸⁷ Párrafos 153-155.

³⁸⁸ **Artículo 12: Derecho a contraer matrimonio.** A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.

³⁸⁹ Párrafos 179-180.

que, como ella, pertenecían a grupos vulnerables en Eslovaquia, dentro de los cuales las mujeres pertenecientes a la etnia romaní estaban en especial peligro.

El TEDH fue certero además al constatar, por un lado, que en Eslovaquia predomina una actitud negativa hacia los romaníes, y por otro, que la demandante no estuvo en condiciones de consentir en ser esterilizada, puesto que la **información que se le entregó fue incompleta** –no se le indicó que un tercer embarazo con controles médicos constantes no afectaría su salud-, y **además, se le requirió acceder por escrito a ser esterilizada, en un momento especialmente delicado**, no siendo exigible a una persona que haya estado en esas mismas circunstancias –en plena labor de parto, y en posición decúbito-, tener la claridad suficiente para sopesar el carácter irreversible de una esterilización, y sus consecuencias para la vida reproductiva.

El Tribunal acertó además en detectar los efectos nocivos de esta generalizada actitud desdeñosa en el caso de V.C., a saber, la esterilización de trompas de falopio a la que fue sometida, prescindiendo de su consentimiento. Sin embargo, pese a que el TEDH analiza el contexto de histórica vulneración a los derechos reproductivos y sexuales de las mujeres romaníes en Eslovaquia, y a que reconoce en las actitudes de los médicos responsables de esta esterilización como un enfoque paternalista en virtud del cual los médicos creyeron estar en una mejor posición para juzgar qué era lo mejor para la pacientes, prescindiendo de la opinión de estos, y no obstante que el Tribunal concluyó que los médicos actuaron movidos por preconcepciones referidas a la población romaní, el TEDH no consideró que todo lo anterior constituyera un estereotipo, pues no menciona esa palabra en su razonamiento. Mucho menos menciona que se trata de un **estereotipo compuesto**, toda vez que Eslovaquia reconoció atribuir una actitud de descuido sanitario a la población romaní, estereotipo que confluyó con un estereotipo de sexo -puesto que a V.C. se le atribuyó incapacidad para cuidar su salud y la de su hijo en caso de un tercer

embarazo, y carecer del juicio suficiente para ejercer por sí misma sus derechos reproductivos-, y un estereotipo de roles sexuales -toda vez que se desprende de las declaraciones de los médicos que la única opción que barajaron fue esterilizarla a ella, pero no consideraron otros métodos anticonceptivos menos intrusivos, ni tampoco evaluaron la opción de recomendar una vasectomía al marido de V.C., opción esta última, dicho sea de paso, que tampoco fue considerada por el TEDH, según se deduce de la lectura de esta sentencia-. – opción que al parecer tampoco consideró el Tribunal, pues no la menciona-.

Tampoco acierta el TEDH al declinar pronunciarse respecto de la vulneración del artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, en relación a los artículos 3 y 8 de la misma, esto es, respecto de si este caso implicaba una discriminación a V.C. por las causales de sexo y raza, puesto que todo el razonamiento de la sentencia del TEDH trata acerca del trato discriminatorio que la demandante sufrió. Siendo así, no se explica por qué los jueces optaron por no declarar que las esterilizaciones forzadas fueron motivadas por estereotipos de género y de raza, y que esas esterilizaciones evidencian una discriminación arbitraria, la que contribuye a perpetuar el estigma del cual es objeto la población romaní en general en Eslovaquia, y las mujeres romaníes en particular, estigma que ha convertido a los romaníes en un pueblo especialmente vulnerable en ese país, como de hecho así lo reconoció el mismo Tribunal en su sentencia. En este sentido, me parece más certero el voto de minoría de la jueza Ljiljana Mijović, reproduzco a continuación: *“Si bien no tengo dificultad en compartir la opinión de la mayoría de que ha habido violaciones de los artículos 3 y 8 de la Convención, lamento que mi opinión sobre la infracción al artículo 14 difiera significativamente de la conclusión alcanzada por la mayoría. La Sala decidió que no se requería un examen por separado de la denuncia en virtud del artículo 14 de la Convención. Para mí, esa queja era la esencia misma de este caso, y debería haberse tratado en cuanto al fondo, con una constatación de una violación del*

artículo 14. *En su jurisprudencia, el Tribunal ha establecido que la discriminación significa tratar de manera diferente, sin una justificación objetiva y razonable, a las personas en situaciones similares. Con el trasfondo de los principios de la jurisprudencia del Tribunal [...] me veo obligada a estar totalmente en desacuerdo con la conclusión de la Sala y **lamento que la discriminación a la que la demandante fue claramente sometida reciba escasa atención en la sentencia.** Los hechos del caso confirman que el solicitante tenía un historial médico y que en la subsección "Historial médico" aparecían las palabras "La paciente es de origen romaní". El Gobierno explicó que esa inscripción en el registro de entrega que indicaba el origen étnico de la solicitante había sido necesaria ya que la atención social y de salud de los pacientes romaníes se había descuidado con frecuencia y, por lo tanto, requerían "atención especial". **Considero que este argumento es totalmente inaceptable ya que la "atención especial" fue en realidad la esterilización de la solicitante, que se ha considerado que infringe los artículos 3 y 8 de la Convención.** Solo en mi opinión, encontrar violaciones a los artículos 3 y 8 reduce este caso al nivel individual, mientras que **es obvio que existía una política estatal general de esterilización de mujeres romaníes bajo el régimen comunista (regida por el Reglamento de esterilización de 1972), cuyos efectos se siguieron percibiendo hasta el momento de los hechos que dieron lugar al presente caso [...]** El hecho de que haya otros casos de este tipo pendientes ante la Corte refuerza mi convicción personal de que **las esterilizaciones realizadas contra las mujeres romaníes no fueron de naturaleza accidental, sino reliquias de una actitud de larga data hacia la minoría romaní en Eslovaquia.** En mi opinión, la demandante fue "marcada" y observada como una paciente que tuvo que ser esterilizada sólo por su origen, ya que era obvio que no había razones médicamente relevantes para esterilizarla. En mi opinión, eso representa la forma más fuerte de discriminación y debería haber llevado a la conclusión de una violación del*

artículo 14 en relación con las violaciones encontradas de los artículos 3 y 8 de la Convención”.

En relación a los tratos degradantes que el TEDH reconoció que fue sometida V.C., considero que habría sido deseable que hubiera reconocido que este tipo de conductas se enmarca en un contexto donde existe evidencia de que son habituales los malos tratos hacia las mujeres, a saber, la atención médica con motivo del parto, situación que ha sido denominada como **violencia obstétrica**, y que en este caso se habría visto influida además por la discriminación racial perpetrada en contra de V.C., causada por los estereotipos hacia la población romaní, los que a su vez motivaron el actuar de los médicos que esterilizaron a V.C.

La violencia obstétrica es un fenómeno que se ha estudiado desde hace tres décadas, y respecto del cual se ha señalado que existe *“un **paralelismo entre el maltrato de las mujeres en el parto y la violencia contra las mujeres de manera más amplia, y estos paralelismos pueden llevarnos a la conclusión de que el primero debe ser visto como un subconjunto más de esta última.** La característica esencial de la violencia contra las mujeres es que se deriva de la **desigualdad estructural de género, es decir, la posición subordinada de las mujeres en la sociedad en comparación con los hombres.** Esto sistemáticamente devalúa la vida de las mujeres y las niñas y, por lo tanto, permite la asignación inadecuadamente baja de recursos para la atención de la maternidad que se encuentra en muchos países, y también quita el poder a las mujeres y permite el uso de la violencia contra ellas. **Las relaciones de poder entre algunos profesionales de la salud y las mujeres en los entornos de maternidad son de dominio hegemónico, que es muy similar a la posición social de dominio de los hombres. El comportamiento negativo deriva en gran parte de las normas sociales dentro de estos entornos, que influyen tanto en la práctica como en las expectativas de***

poder, y en gran medida se dan por sentadas, lo cual puede llevar a la expectativa de que el personal controlará a las pacientes y tendrá derecho a utilizar una variedad de estrategias, incluida la violencia física, para lograr este control y castigar la desobediencia percibida. Las pacientes femeninas en gran medida no tienen más remedio que aceptar el poder de los profesionales en este entorno, ya que se sienten muy vulnerables, especialmente sin compañeras de nacimiento que podrían ser sus defensoras. La falta de repercusiones para el comportamiento inaceptable de los trabajadores de la salud puede alimentar una sensación de derecho³⁹⁰.

De lo anterior, se advierte que es precisamente la magistrada que emitió el voto de minoría quien

Conforme a lo señalado en relación a la violencia obstétrica, resulta claro que el caso de V.C. se entrecruzan un patrón de discriminación a las mujeres romaníes en Eslovaquia con un patrón generalizado de violencia y tratos degradantes perpetrados por los profesionales de la salud en contra de las mujeres, con motivo de la atención otorgada en el parto. En efecto, tal como lo reconoció el Tribunal en su sentencia, los médicos que atendieron a V.C. recomendaron una esterilización a V.C. en un momento especialmente vulnerable para esta, y haciendo uso además de información engañosa para efectos de que V.C. accediera a someterse a ese procedimiento, omitiendo además otras alternativas de anticoncepción y el carácter irreversible de la esterilización. Según se relata en esta sentencia, V.C. reaccionó con desesperación al ser informada de que su vida podría correr peligro en caso de que volviera a embarazarse, sufrimiento que podría haberse evitado si los médicos le hubieran informado que ese peligro podría mitigarse si es que ella controlaba en el hospital su eventual tercer embarazo. Esta última alternativa

³⁹⁰ **Jewkes R, Penn-Kekana L:** (2015) "Mistreatment of Women in Childbirth: Time for Action on This Important Dimension of Violence against Women". PLoS Med 12(6): e1001849. En: <https://doi.org/10.1371/journal.pmed.1001849>

sólo surgió a partir de las declaraciones del médico que atendió a V.C. en el Hospital, con motivo del parto.

Junto con lo anterior, otro elemento que permite considerar este caso como uno de violencia obstétrica es la actitud paternalista de los médicos, quienes, al someter a V.C. a una esterilización, no consideraron si esta deseaba tener más hijos, no obstante que ella tenía veinte años al momento de ser esterilizada, y que por tanto se encontraba en una etapa temprana de su vida reproductiva, siendo esperable entonces que ella considerase dentro de su proyecto de vida planes de un siguiente embarazo.

Por último, se deduce de esta sentencia que el TEDH considera que V.C. forma parte de un grupo vulnerable en su calidad de mujer romaní eslovaca, toda vez que reconoce que dentro del grupo de personas vule, tal como lo hizo en el caso *Opuz vs. Turquía*. Ello, toda vez que en su razonamiento, el Tribunal se refiere a diversos informes que dan cuenta de las actitudes negativas hacia los romaníes –esto es, prejuicios y estigmas-, factores que, como mencioné anteriormente, han sido determinantes para que en otros casos el Tribunal considere que un determinado grupo es vulnerable. Esta omisión sólo se explica por su negativa a determinar si en este caso la denunciante fue víctima de discriminación arbitraria.

e) Asunto Konstantin Markin contra Rusia (Demanda N° 30078/06; 22 de marzo de 2012).

I.- Hechos del caso

El demandante, Konstantin Markin, era un militar ruso que ejercía funciones como operador de radio al momento de los hechos materia de este juicio.

El 30 de septiembre de 2005, la esposa del demandante dio a luz al tercer hijo de la pareja. Ese mismo día, un tribunal concedió su demanda de divorcio. Más tarde, el 6 de octubre de 2005, ambos firmaron un acuerdo según el cual sus tres hijos vivirían con Konstantin, mientras que la madre pagaría su manutención. Pocos días después, esta se mudó a San Petersburgo³⁹¹.

Con fecha 11 de octubre de 2005, el demandante solicitó al jefe de su unidad militar tres años de permiso por paternidad, petición que fue rechazada al día siguiente debido a que los tres años de permiso por paternidad tan sólo se concedían al personal militar femenino. Solamente se le permitió acogerse a tres meses de permiso, no obstante lo cual volvió a ser llamado a filas el 23 de noviembre de 2005, es decir, antes de que se cumpliera el plazo de tres meses para el permiso de paternidad que le fue conferido³⁹².

El demandante impugnó la decisión que lo llamó a filas ante los tribunales, impugnación que fue acogida el 9 de marzo de 2006 por el Tribunal Militar de la Guarnición Pushkin, quien ratificó el derecho del demandante a los

³⁹¹ Párrafos 11-14.

³⁹² Párrafo 15.

39 días laborables restantes de su permiso de tres meses. No obstante, el 17 de abril de 2006, el Tribunal Militar de la región militar de Leningrado anuló la sentencia y rechazó las demandas del demandante³⁹³.

En el intertanto, el 30 de noviembre de 2005, Konstantin inició un procedimiento en contra de su unidad militar, con el fin de obtener un permiso parental de tres años, debido a que criaba a sus hijos solo. Invocó para esos efectos el artículo 10.9 de la Ley sobre el estatuto militar. Durante la audiencia ante el tribunal militar de Pouchkin, los representantes de la unidad militar mantuvieron que el demandante no había demostrado que criara solo a sus hijo, y afirmaron que era imposible que el demandante se ocupara solo de los niños cuando tenía un trabajo en el Ejército, estudiaba en la universidad y estaba inmerso en diversos procesos judiciales, pues existían pruebas de que la madre de sus hijos y otras personas le apoyaban en esta tarea, de tal forma que los niños no carecían de cuidados maternos. Por último, sostuvieron que pensaban que el demandante había simulado su divorcio, con el fin de sustraerse a su trabajo en el Ejército y solicitar las prestaciones adicionales de su unidad militar acceder a un permiso parental más extenso³⁹⁴.

El demandante, por su parte, declaró que vivía con sus hijos en casa de sus ex suegros. Preciso que, aunque la madre de sus hijos le ayudaba en determinadas ocasiones, era él quien cuidaba de los niños diariamente. Señaló además que ella no le pagaba la pensión de alimentos, pues su sueldo era muy bajo³⁹⁵.

La madre de los hijos del demandante declaró que vivía en San Petersburgo, que sus hijos vivían en Novgorod con el demandante, que ella no se ocupaba de los niños y que no pagaba pensión de alimentos, pues su sueldo

³⁹³ Párrafo 16.

³⁹⁴ Párrafo 18.

³⁹⁵ Párrafo 20.

era muy bajo. Su padre, en tanto, declaró que tras el divorcio, su hija se había marchado a San Petersburgo, mientras que el demandante y sus hijos habían permanecido viviendo junto a él y su mujer en el apartamento propiedad de ambos. Asimismo, señaló que si bien su hija a veces llamaba a sus hijos por teléfono, esta no participaba en su educación, por lo que el demandante criaba solo a los niños³⁹⁶.

El hecho de que Konstantin Markin estaba separado de la madre de sus hijos, y que este se encargaba de su crianza, fue refrendado además por la empleadora de su ex esposa en San Petersburgo, la profesora de su hijo menor y el pediatra de sus hijos³⁹⁷.

Finalmente, el 14 de marzo de 2006 su solicitud fue rechazada por el Tribunal Militar de la Guarnición Pushkin, puesto que no tenía base en la legislación doméstica, y que tan sólo el personal militar femenino tenía derecho a tres años de permiso por paternidad. Los militares de sexo masculino, no tendrían derecho a tal permiso, aun cuando no dispusieran de los cuidados maternos. Por el contrario, los militares de sexo masculino que se encontraran en este caso tenían derecho a salir más temprano por razones familiares, o bien, a un permiso de tres meses, opción esta última que fue escogida por el demandante. Asimismo, en opinión del tribunal, el demandante no había demostrado que criaba a sus hijos solo y que la madre no se ocupaba. Más aún, consideró que las alegaciones en ese sentido efectuadas por el demandante eran falsas y buscaban inducir al tribunal a error³⁹⁸.

El demandante apeló este fallo, alegando, por un lado, que la negativa a concederle un permiso parental de tres años suponía la violación del principio de igualdad entre hombres y mujeres garantizado por la Constitución, y por

³⁹⁶ Párrafo 21-22.

³⁹⁷ Párrafos 23-25.

³⁹⁸ Párrafo 26-27.

otro, que las conclusiones de hecho a las que llegó el tribunal de primera instancia eran incompatibles con las pruebas examinadas en la audiencia. El 27 de abril de 2006, el Tribunal militar del comando Leningrado ratificó la sentencia apelada³⁹⁹.

Cabe señalar que mientras continuaba pendiente el procedimiento judicial, el demandante sufrió en numerosas ocasiones sanciones disciplinarias por ausencia sistemática en su lugar de trabajo⁴⁰⁰. Sin embargo, el 24 de octubre de 2006, Konstantin fue autorizado por el jefe de la unidad militar número 41480 a un permiso por paternidad hasta el 30 de septiembre de 2008, fecha del tercer cumpleaños de su hijo menor, decisión que más tarde fue declarada ilegal por el Tribunal militar de la Guarnición Pushkin⁴⁰¹.

El 11 de agosto de 2008, Konstantin recurrió al Tribunal Constitucional, alegando que las disposiciones de la Ley sobre el estatuto militar relativas al permiso parental de tres años eran incompatibles con el principio de igualdad de la Constitución. Su demanda fue rechazada el 15 de enero de 2009, pues el Tribunal Constitucional estimó que la naturaleza especial de la actividad militar –esto es, la defensa y seguridad del país-, implicaba limitaciones al personal que optaba por dedicarse a la misma. Una de las argumentaciones de este Tribunal señaló que *“al conceder, bajo condiciones excepcionales, el derecho de permiso por maternidad sólo a las mujeres del servicio, el legislador tuvo en cuenta, en primer lugar, la limitada participación de las mujeres en el servicio militar, y en segundo lugar, el papel social especial de las mujeres asociado a la maternidad. [Dichas consideraciones] son compatibles con el artículo 38.1 de la Constitución de la Federación Rusa. Por tanto, la decisión del legislativo no puede considerarse una vulneración a los principios de equidad de los derechos y libertades humanas o a la igualdad de derechos de los*

³⁹⁹ Párrafos 28-29.

⁴⁰⁰ Párrafo 30.

⁴⁰¹ Párrafos 31-32.

*hombres y las mujeres, tal como los garantiza el artículo 19 apartados 2 y 3 de la Constitución de la Federación Rusa*⁴⁰².

Finalmente, a partir de una visita llevada cabo al hogar del demandante con fecha 31 de marzo de 2011, luego de que la Federación de Rusia ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos solicitase a la fiscalía militar local investigar sobre la situación familiar de este, fue posible constatar, según lo indicó el Estado demandando, que Konstantin Markin contrajo matrimonio nuevamente con la madre de sus hijos el 1 de abril de 2008, que vivían juntos en el domicilio de los padre de esta, y que habían tenido un cuarto hijo el 5 de agosto de 2010. En diciembre de 2008, el demandante habría dejado el Ejército por motivos de salud⁴⁰³.

A raíz de los hechos antes expuestos, Konstantin Markin demandó a Rusia ante el TEDH, por infracción al artículo 14 de la Convención, en relación al artículo 8 de la misma, por cuanto consideró que se le negó el permiso parental solicitado sobre la base de una discriminación por sexo.

II.- Razonamiento del Tribunal

El Tribunal parte reiterando que ya se ha pronunciado en el sentido de que el artículo 14 complementa a las demás cláusulas normativas del Convenio y sus Protocolos, y que esta norma no tiene ninguna existencia independiente, pues se aplica sólo al disfrute de los derechos y garantías de las libertades que el Convenio y sus Protocolos garantizan, y que también ha declarado en otras ocasiones que no toda diferencia de trato implica automáticamente la violación

⁴⁰² Párrafo 33.

⁴⁰³ Párrafos 35-41.

del artículo 14: La habrá sólo si se establece que las personas en situaciones similares o comparables gozan de un trato preferente, y que esta distinción es discriminatoria. Ahora bien, si la distinción se basa en una justificación razonable, o no persigue un objetivo legítimo, o bien, si no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido, se trataría entonces de una distinción discriminatoria⁴⁰⁴.

No obstante que el Tribunal reconoce que los Estados contratantes disfrutan de un cierto margen de apreciación para determinar si y en qué medida las diferencias entre las situaciones en otros aspectos similares justifican distinciones de trato, la amplitud del margen de apreciación varía según las circunstancias, las áreas y el contexto. Corresponde al Tribunal resolver en última instancia sobre el cumplimiento de los requisitos del Convenio, y al ser este un mecanismo para la protección de los derechos humanos, el Tribunal debe tener en cuenta la evolución de la situación en los Estados contratantes y, por ejemplo, reaccionar ante el consenso susceptible de alcanzarse en cuanto a las normas a cumplir⁴⁰⁵.

El Tribunal señala además que el avance hacia la igualdad de sexos es en la actualidad un objetivo importante entre los Estados miembros del Consejo de Europa, y que sólo circunstancias muy graves puede llevar a considerar compatible una diferencia de trato entre hombres y mujeres. En ese sentido, el TEDH considera que **la referencia a tradiciones y actitudes sociales mayoritarias no son suficientes para justificar una diferencia de trato basada en el sexo, y que ya en otras ocasiones ha sentenciado que los Estados no pueden imponer las tradiciones cuyo origen está en la idea de**

⁴⁰⁴ Párrafos 124-125.

⁴⁰⁵ Párrafo 126.

que el hombre juega un papel prioritario y la mujer uno secundario en la familia⁴⁰⁶.

En relación con el contexto específico de las fuerzas armadas, el Tribunal señala que, cuando se desarrolló y aprobó el Convenio, los Estados contratantes disponían en su gran mayoría de fuerzas de defensa y, por tanto, un sistema de disciplina militar que implicaba, por su propia naturaleza, la posibilidad de limitar algunos de los derechos y libertades de los miembros de estas fuerzas, que no podían imponerse a los civiles. Dichas limitaciones por sí mismas no contravienen la obligaciones del Estado de acuerdo con el Convenio, sin embargo, las autoridades nacionales no pueden basarse en esas normas para impedir que los miembros de las fuerzas armadas ejerciten su derecho al respeto de sus vidas privadas, que se aplica tanto a los militares como al resto de personas bajo la jurisdicción del Estado⁴⁰⁷.

En relación al permiso y a la prestación parental, **el Tribunal ya ha declarado que los hombres se encuentran en situación análoga a la de las mujeres. De hecho, a diferencia del permiso de maternidad, cuyo fin primordial es permitir a la madre recuperarse de la fatiga del parto y amamantar a su bebé si lo desea, el permiso parental y las prestaciones asociadas al mismo hacen referencia al período posterior, y buscan permitir que uno de los progenitores se quede en el hogar para cuidar personalmente del recién nacido.** El Tribunal señala además que está de acuerdo con el Estado demandando en relación al particular vínculo biológico y psicológico que existe entre la madre y el recién nacido tras el nacimiento, confirmado por las recientes investigaciones, pero concluye que en lo que se refiere a los cuidados para el niño durante el periodo correspondiente al permiso parental, los hombres y las mujeres se encuentran en “situaciones

⁴⁰⁶ Párrafo 127.

⁴⁰⁷ Párrafo 128.

análogas”. **Se deduce de lo precedente que, a los fines del permiso parental, el demandante, militar de sexo masculino, se encontraba en una situación análoga a la de las militares femeninas**⁴⁰⁸.

Con respecto al contexto en el cual se desarrollaron los hechos –esto es, el de las fuerzas armadas-, el Tribunal hace presente que ha reconocido en varias ocasiones que algunos derechos de los militares garantizados por el Convenio podrían en algunos casos ser objeto de limitaciones mayores que en el caso de los civiles, y que los militares, como cualquier persona dependiente de la jurisdicción de un Estado contratante, tienen derecho a beneficiarse de la protección del Convenio, por lo cual las autoridades nacionales no pueden invocar el estatus especial de las fuerzas armadas con el fin de privar a los militares de sus derechos⁴⁰⁹. En concreto, en lo referente a las restricciones a la vida familiar y privada de los militares, si la restricción en cuestión trata “uno de los aspectos más íntimos de la vida privada”, deben existir razones particularmente graves para que estas injerencias respondan al artículo 8.2 del Convenio, y para esos efectos, es necesaria **una relación razonable de proporcionalidad entre las restricciones impuestas y el objetivo legítimo consistente en proteger la seguridad nacional**. Restricciones similares sólo son aceptables en caso de existir una amenaza real para la eficacia operativa de las fuerzas armadas⁴¹⁰.

El Tribunal hace presente que Rusia ha presentado diversos argumentos para justificar la diferencia de trato entre los militares de sexo masculino o femenino respecto al derecho al permiso parental. Al respecto, el Tribunal señala que los textos internacionales y elementos de derecho comparado aplicables muestran que la evolución de la sociedad –la cual el Tribunal sitúa a partir de la década de 1980-, ha logrado importantes avances desde entonces,

⁴⁰⁸ Párrafos 131-132.

⁴⁰⁹ Párrafos 135-136.

⁴¹⁰ Párrafo 137.

y que en la mayoría de los Estados europeos, entre ellos Rusia, la legislación dispone en el ámbito civil que tanto hombres como mujeres pueden solicitar un permiso parental, siendo una minoría los países que sólo otorgan ese derecho a las mujeres. Para efectos de analizar este caso, el Tribunal considera significativa el hecho de que en un número significativo de Estados miembros, los militares de ambos sexos puedan disfrutar de un permiso parental, pues eso **significa que las sociedades europeas contemporáneas han evolucionado hacia un reparto más equitativo entre los hombres y mujeres de las responsabilidades de educación de los hijos, y que el papel de los padres ante los niños pequeños es más reconocido**. Por ese motivo, el Tribunal estima que no puede hacer caso omiso de las ideas que no cesan de crecer y evolucionar, ni de los cambios legales que suponen en los sistemas jurídicos de los Estados contratantes⁴¹¹.

Un punto importante en su razonamiento es que el **Tribunal declara que considera que Rusia invoca el concepto de discriminación positiva erróneamente a propósito**, pues la diferencia de trato entre los militares del sexo masculino y las de sexo femenino en lo relativo al derecho al permiso parental no tiene por objeto corregir la desigualdad que sufrirían las mujeres. Al respecto, el Tribunal declara que *“piensa, al igual que el demandante y el tercero interviniente, que esta diferencia tiene el efecto de **perpetuar los estereotipos de género** y constituye una desventaja tanto para las carreras de las mujeres como para la vida familiar de hombres”*⁴¹².

El Tribunal declara además que no se puede justificar la diferencia de trato en cuestión sobre la base de las tradiciones imperantes en un determinado país, pues **los Estados no pueden imponer un reparto tradicional de roles entre los sexos ni estereotipos ligados al género**. Además, dado que en la

⁴¹¹ Párrafos 138-140.

⁴¹² Párrafo 141.

legislación rusa tanto hombres como mujeres que trabajan en el ámbito civil tienen derecho a un permiso parental, y que **son los padres quienes deciden cuál de ellos toma el permiso para ocuparse del recién nacido, el Tribunal no coincide con la afirmación de que la sociedad rusa no está preparada para aceptar la misma igualdad entre hombres y mujeres que sirven en las fuerzas armadas**⁴¹³.

Asimismo, **el Tribunal sostiene que el reparto tradicional de roles entre los sexos en la sociedad no puede servir de justificación para la exclusión de los hombres del permiso parental, incluidos aquellos que trabajan en el ejército, pues los estereotipos ligados al sexo -como la idea de que son las mujeres quienes se ocupan de los niños, y que corresponde a los hombres proveer dinero-, no pueden, en sí mismo, constituir una justificación válida de la diferencia de trato en cuestión, de la misma manera como tampoco lo pueden los estereotipos de mismo tipo basado en la raza, origen, color u orientación sexual**⁴¹⁴.

El Tribunal, asimismo, desecha el segundo argumento invocado por Rusia, según el cual la ampliación del derecho al permiso parental a los militares masculinos podría interferir con el poder de combate y la eficacia operativa de las fuerzas armadas, lo cual no ocurriría con la concesión de un permiso de maternidad a los miembros femenino, pues las mujeres son menos numerosas que los hombres en el ejército. El Tribunal optó por no acoger este argumento, dado que no fue acreditado el hecho de que las autoridades rusas hayan realizado informes o estudios estadísticos para respaldar esa afirmación. Más aún, las estadísticas proporcionadas por el Gobierno a petición del Tribunal no permiten sacar conclusiones en este sentido, pues muestran información insuficiente. Falta además –según el Tribunal-, un estudio sobre los deseos de

⁴¹³ Párrafo 142.

⁴¹⁴ Párrafo 143.

los militares masculinos en materia de permiso parental o de estadísticas, respecto del porcentaje de la población civil que solicita este permiso: Para el Tribunal, el mero hecho de que todos los soldados masculinos estén en edad de procrear, según lo indicado por el Gobierno, no es suficiente para justificar la diferencia de trato denunciada entre hombres y mujeres en el ejército⁴¹⁵.

El Tribunal apunta además a la rigidez de las disposiciones de la legislación rusa sobre el permiso parental en el ejército ruso. No le convence el argumento del Gobierno de que la legislación rusa permite excepciones a la regla de exclusión de los miembros del sexo masculino del derecho al permiso parental, pues el permiso especial de tres meses que se otorga a los militares varones no reemplaza el permiso parental normal, pues busca proporcionar al militar masculino una oportunidad razonable para tomar decisiones sobre la crianza de su hijo y, cuando proceda, decidir si desea continuar o no su carrera en el ejército. Además, se deduce de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional y de las decisiones de los tribunales nacionales que intervinieron en el presente caso, que la legislación rusa no concede a los militares varones el derecho a un permiso de tres años⁴¹⁶.

El Tribunal reconoce que, dada la importancia del Ejército para la protección de la seguridad nacional, pueden justificarse ciertas restricciones sobre el derecho a un permiso parental, siempre que no sean discriminatorias, y considera que es posible alcanzar el objetivo legítimo –esto es, la protección de la seguridad nacional-, de otra forma que no sea limitando el derecho al permiso parental a las mujeres militares ni excluyendo a todos los militares varones de este derecho. De hecho, existe un número significativo de Estados miembros, donde los miembros de ambos sexos tienen derecho al permiso parental, sin embargo, **en Rusia el derecho al permiso parental está fijado**

⁴¹⁵ Párrafo 144.

⁴¹⁶ Párrafo 145.

exclusivamente en función del sexo de los militares. Al excluir sólo a los militares de sexo masculino, la disposición en causa impone una restricción global que se aplica automáticamente a todos los militares de sexo masculino, con independencia de su posición en el ejército, de la disponibilidad de un reemplazo o de su situación personal. Tal restricción, señala, aplicada a un grupo de personas de forma general y automática, en función de su sexo, debe por tanto considerarse como **fuera del margen de apreciación aceptable**, con independencia de su amplitud, y como incompatible con el artículo 14⁴¹⁷.

El Tribunal considera significativo que, en la unidad del demandante, los puestos equivalentes al suyo a menudo estaban ocupados por mujeres, y que él mismo fue a menudo reemplazado por mujeres, las cuales, sin embargo, y a diferencia del demandante, tenían un derecho incondicional a un permiso parental de tres años. De este modo, el Tribunal concluye que Konstantin Markin sufrió una discriminación basada en el sexo⁴¹⁸.

Finalmente, en relación con el argumento de Rusia según el cual el demandante renunció a su derecho a no ser objeto de discriminación cuando ingresó al ejército, el Tribunal afirma que, **habida cuenta de la importancia fundamental de la prohibición de la discriminación basada en el sexo, no puede admitir la posibilidad de renunciar al derecho a no ser objeto de este tipo de discriminación, porque tal renuncia implicaría un considerable interés público.** En consecuencia, el Tribunal estima que la exclusión de los militares del sexo masculino del derecho al permiso parental, no obstante que las militares de sexo femenino sí se benefician de dicho permiso, no puede considerarse como basado en una justificación objetiva y razonable, y por tanto, declara que esta diferencia de trato, de la que el demandante ha sido víctima,

⁴¹⁷ Párrafos 147-148.

⁴¹⁸ Párrafo 149.

constituye una discriminación basada en el sexo, lo cual infringe el artículo 14 en relación con el artículo 8⁴¹⁹.

III.- Comentarios acerca del razonamiento del TEDH sobre los estereotipos aplicados en este caso

Este caso, indudablemente, representa un progreso por parte de la TEDH en lo que a la aplicación de un criterio antiestereotipación se refiere. Primero, porque a diferencia de los casos vistos anteriormente, el Tribunal declaró que la negativa a conceder un permiso parental a Konstantin Markin se debía a la aplicación de estereotipos de género, que atribuían un reparto de roles a hombres y mujeres basados en la tradición, no obstante lo cual, el TEDH no menciona que se trata de un caso donde se discriminó al demandante en virtud de **estereotipos de roles sexuales**. Segundo, porque luego de hacer explícita la aplicación de estereotipos de género en este caso –concretamente, la división excluyente de roles sexuales, en virtud de la cual a los hombres les corresponde proveer el sustento económico del hogar, mientras que únicamente a las mujeres les corresponde hacerse cargo de la crianza de los hijos-, el Tribunal hizo un detallado análisis respecto a los efectos de estos estereotipos, refiriéndose no sólo a las consecuencias que estos tuvieron para el demandante –esto es, la privación de un permiso parental solicitado por Markin, igual al que tenían derecho sus colegas militares mujeres-, sino que además evidenció que la argumentación del Estado demandado se basaba precisamente en estereotipos de género que prescriben el cuidado de hijos únicamente a las mujeres, y a los hombres, ser el sustento económico del

⁴¹⁹ Párrafos 150-152.

hogar, estereotipos cuya perpetuación favorece la discriminación arbitraria, como ocurrió en este caso, en el cual al demandante se le privó de una licencia parental en los mismos términos que sus colegas militares de sexo femenino, únicamente sobre la base de esos estereotipos. Habría sido deseable, dicho sea de paso, que el TEDH hubiese ahondado acerca de cómo la perpetuación de estos estereotipos favorece también la discriminación arbitraria de las mujeres militares rusas, privándolas eventualmente de oportunidades laborales, en virtud del estereotipo según el cual no corresponde a la mujer ejercer trabajo remunerado ni buscar mejores oportunidades laborales, sino dedicarse al cuidado del hogar y de los hijos.

Junto con lo anterior, considero que el TEDH acertó al realizar un análisis referido al devenir del permiso maternal y parental en las fuerzas armadas de los Estados respecto de los cuales tiene competencia, ya que este análisis comparado proporciona una panorámica más completa para evaluar si este caso particular constituye una discriminación arbitraria, y de ser afirmativa la respuesta, determinar si esa discriminación se explica por la aplicación de estereotipos de género o por otra causa.

Destaca además que en su razonamiento, el Tribunal haya establecido el vínculo entre estereotipos de género y discriminación, lo cual, indudablemente, es consecuencia directa de que el Tribunal detectó y nombró la aplicación de estereotipos en este caso –a diferencia de lo que ocurrió en el caso V.C. contra Eslovaquia-. De este modo, al hacer presente el Tribunal, por un lado, que el cargo que el demandante desempeñaba en el ejército era comúnmente ejercido por mujeres, y que él mismo fue reemplazado en ocasiones por algunas de esas colegas -las cuales, a diferencia de Konstantin Markin, sí tenían acceso a un permiso de maternidad de tres años de duración-; y que la defensa de Rusia se basaba principalmente en una valoración de la división de roles sexuales, el

Tribunal no pudo sino concluir que la diferencia de trato hacia Konstantin Markin constituía una forma de discriminación arbitraria, con base en el sexo.

2.- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos referida a los estereotipos de género.

a) Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México (Sentencia de 16 de noviembre de 2009).

I.- Hechos del caso

Este caso se refiere a la falta de diligencia en las investigaciones relacionadas a la desaparición y muerte de Claudia Ivette Gonzáles – estudiante, 17 años-; Esmeralda Herrera Monreal –maquiladora, 20 años-, y Laura Berenice Ramos Monárrez –empleada doméstica, 15 años-, hechos ocurridos en ciudad Juárez, México, entre septiembre y octubre de 2001. Según testigos que declararon en el juicio, las tres tenían un origen humilde⁴²⁰.

En cuanto al inicio de las primeras diligencias por parte de la policía, los familiares de las víctimas indicaron que al denunciar la desaparición de estas, les señalaron que era necesario esperar 72 horas antes de iniciar diligencias de investigación, hecho que fue refutado por el Estado. Al respecto, la Corte constató que de la prueba remitida por el Estado, se desprende que durante las primeras 72 horas, únicamente se registraron las desapariciones y los testimonios de quienes las interpusieron, se emitió un oficio del Programa de

⁴²⁰ Párrafos 165-168.

Atención a Víctimas de los Delitos y se recibieron testimonios de apenas tres personas, una en cada caso, aparte de las declaraciones adoptadas al momento de la presentación de denuncia, esto es, diligencias de rutina, sin embargo, la Corte estima que no se acreditó que se hayan llevado a cabo acciones para efectuar una búsqueda real y efectiva de las víctimas.⁴²¹

Dado que además el Estado no presentó copia de la totalidad del expediente penal en estos casos, pese a que había sido requerido en ese sentido, la Corte estima que cuenta con un **margen de discreción para dar por establecidos cierto tipo de hechos** según la ponderación que pueda efectuarse con el resto de la prueba. **En virtud de ese margen de discreción, la Corte concluye que, aunque no se puede dar por probado que efectivamente las autoridades le dijeron a las madres de las víctimas que tenían que esperar 72 horas luego de su desaparición para que empezaran las investigaciones, el Estado no ha demostrado qué gestiones concretas realizó y cómo buscó efectivamente a las víctimas durante el período mencionado**⁴²².

Por otro lado, consta en el expediente que lo único que se hizo antes del hallazgo de los restos de las víctimas fue elaborar los registros de desaparición, los carteles de búsqueda, la toma de declaraciones y el envío del oficio a la Policía Judicial, sin embargo, no se acreditó que las autoridades hayan hecho circular los carteles de búsqueda ni que efectuaran una indagación más profunda sobre hechos razonablemente relevantes que se derivaban de las más de 20 declaraciones tomadas⁴²³.

Asimismo, **la Corte consideró que es posible enmarcar estos hechos dentro de un contexto general de violencia contra la mujer**, el cual la CoIDH estima que se encuentra documentado en el expediente. Para esos efectos, cita las declaraciones de la *Relatora de Naciones Unidas sobre Violencia contra la*

⁴²¹ Párrafo 180.

⁴²² Párrafo 181.

⁴²³ Párrafo 194.

Mujer, de enero de 2006: “[a]l parecer, **la policía municipal de Ciudad Juárez no emprende acciones de búsqueda ni adopta ninguna otra medida preventiva por sistema en el momento de recibir una denuncia de desaparición de una mujer. Inexplicablemente, la policía suele esperar a que se confirme la comisión de un delito**”⁴²⁴.

Por último, el Tribunal hizo presente que el Estado no controvertió las declaraciones de las madres de las víctimas, quienes señalaron que al momento de denunciar la desaparición de sus hijas, las autoridades minimizaron los hechos o los desacreditaron, expresando que quizás se habían ido con un novio, de fiesta con amigos, o que “andaban voladas”, entre otros comentarios referidos a la supuesta conducta de sus hijas, los cuales, en opinión de estas madres, fueron determinante en la inacción por parte de la policía⁴²⁵.

Finalmente, las tres víctimas fueron encontradas muertas el 6 de noviembre de 2001, siendo hallados sus restos en un campo algodonero.

De la prueba aportada, la Corte concluyó que el mismo día en que los cuerpos fueron encontrados, se ordenó el levantamiento de estos y la práctica de una autopsia. La Corte además desprendió de esa prueba que los cadáveres de las víctimas fueron encontrados maniatados en las muñecas, en estado de conservación incompleto, con signos de haber sido golpeadas, y en el caso de dos de ellas, hay evidencia de que fueron mutiladas. Respecto de Esmeralda Herrera, la Corte consideró acreditado que sufrió ensañamiento. Asimismo, los peritos que levantaron los cadáveres concluyeron que fueron víctimas de violación sexual, y que los crímenes fueron perpetrados en el lugar donde fueron hallados sus cuerpos⁴²⁶.

Por medio de esta demanda, la Comisión Interamericana responsabilizó a los Estados Unidos de México por “*la falta de medidas de protección a las*

⁴²⁴ Párrafo 195.

⁴²⁵ Párrafos 196-201.

⁴²⁶ Párrafos 212-219.

*víctimas, dos de las cuales eran menores de edad; la falta de prevención de estos crímenes, pese al pleno conocimiento de la existencia de un patrón de violencia de género que había dejado centenares de mujeres y niñas asesinadas; la falta de respuesta de las autoridades frente a la desaparición [...]; la falta de debida diligencia en la investigación de los asesinatos [...], así como la denegación de justicia y la falta de reparación adecuada*⁴²⁷.

El Estado denunciado reconoció parcialmente su responsabilidad, señalando que *“el Estado reconoce que en la primera etapa de las investigaciones, entre el 2001 y el 2003, se presentaron irregularidades. [...] [En] la segunda etapa de las investigaciones de estos tres casos, a partir del año 2004, [...] se subsanaron plenamente las irregularidades, se reintegraron los expedientes y se reiniciaron las investigaciones con un sustento científico, incluso con componentes de apoyo internacional. [...] El Estado reconoce que, derivado de las irregularidades antes referidas, se afectó la integridad psíquica y dignidad de los familiares de Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez. No obstante, se exponen con amplitud los apoyos con recursos económicos, asistencia médica y psicológica y asesoría jurídica que se ha venido prestando a los familiares de cada una de las tres víctimas, constituyendo una reparación al daño causado [...]”*⁴²⁸.

Respecto a este reconocimiento parcial de responsabilidad, la Corte señaló que si bien el Estado aceptó en términos generales los hechos, en su argumentación posterior relativa al fondo del asunto controversió hechos específicos de contexto o de la “primera etapa” de las investigaciones, por lo cual la Corte indicó que determinará todo el marco fáctico de este caso y hará las especificaciones correspondientes cuando un hecho se toma como

⁴²⁷ Párrafo 2.

⁴²⁸ Párrafo 20.

establecido, con base en la aceptación del Estado, o como probado, de acuerdo a la evidencia aportada por las partes⁴²⁹.

II.- Razonamiento del Tribunal

Con respecto a las infracciones a los **artículos 4**⁴³⁰, **5**⁴³¹, **7**⁴³², **8**⁴³³, **25**⁴³⁴, todos ellos de la Convención Americana de Derechos Humanos; y **artículo 19**⁴³⁵ **de la Convención de Derechos del Niño**, en relación con los artículos

⁴²⁹ Párrafo 28.

⁴³⁰ **Artículo 4. Derecho a la Vida.** 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

⁴³¹ **Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal**

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

⁴³² **Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal.**

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

⁴³³ **Artículo 8. Garantías Judiciales.** 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

⁴³⁴ **Artículo 25. Protección Judicial.** 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

⁴³⁵ **Artículo 19:** Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

1.1⁴³⁶ y 2⁴³⁷ de la Convención Americana, y con el artículo 7 de la Convención Belém do Pará⁴³⁸, la Corte parte analizando el contexto en el cual ocurrieron las desapariciones de las tres víctimas antes individualizadas. Al respecto, cita informes emitidos por distintos órganos internacionales –tales como el *Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas* y la *Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer de las*

⁴³⁶ **Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos.** 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

⁴³⁷ **Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno.** Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

⁴³⁸ **Artículo 7:** Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;

b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;

c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;

d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;

e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;

f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;

g. 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, y

h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.

Naciones Unidas, entre otros-, que dan cuenta de una alta tasa de criminalidad, aunque **en el caso de las víctimas que son mujeres, estas duplican a los hombres como víctimas de homicidios, y además, los crímenes en los cuales las mujeres son víctimas van al alza**. No obstante que no existen datos que indiquen una cifra exacta de los homicidios perpetrados contra mujeres, desde el año 1993 en adelante, la situación, a juicio de la Corte, es alarmante⁴³⁹.

La Corte señala que a pesar de que el Estado niega la existencia de algún tipo de patrón en los motivos de los homicidios de mujeres en Ciudad Juárez, éste señaló lo siguiente en su Informe de Respuesta al CEDAW, en relación a las acciones concretas realizadas para mejorar la situación de subordinación de la mujer en México y en Ciudad Juárez: *“debe reconocerse que una cultura fuertemente arraigada en estereotipos, cuya piedra angular es el supuesto de la inferioridad de las mujeres, no se cambia de la noche a la mañana. El cambio de patrones culturales es una tarea difícil para cualquier gobierno. Más aún cuando los problemas emergentes de la sociedad moderna: alcoholismo, drogadicción, tráfico de drogas, pandillerismo, turismo sexual, etc., contribuyen a agudizar la discriminación que sufren varios sectores de las sociedades, en particular aquellos que ya se encontraban en una situación de desventaja, como es el caso de las mujeres, los y las niñas, los y las indígenas”*⁴⁴⁰.

Por otro lado, la Corte señaló que para efectos de este caso, y teniendo en cuenta la prueba y argumentación sobre prueba rendida en el juicio, **no es necesario ni posible pronunciarse de manera definitiva sobre cuáles homicidios de mujeres en Ciudad Juárez constituyen homicidios de mujeres por razones de género, más allá de los homicidios de las tres**

⁴³⁹ Párrafos 116-121.

⁴⁴⁰ Párrafo 132.

víctimas del presente caso. Por esta razón, se referirá a los casos de Ciudad Juárez como **homicidios de mujeres**, aunque entienda que algunos o muchos de éstos puedan haber sido cometidos por razones de género y que la mayoría han ocurrido dentro de un contexto de violencia contra la mujer⁴⁴¹.

Al analizar la forma en que se llevó la investigación por la desaparición de las tres víctimas antes individualizadas, la Corte hace presente que **diversas fuentes –por ejemplo, el Relator Especial sobre la Independencia Judicial de la ONU-, afirman que la respuesta de funcionarios estatales frente a los crímenes fue influenciada por un contexto de discriminación basada en el género**, mientras que de distintas pruebas allegadas al Tribunal, se desprende que funcionarios del estado de Chihuahua y del Municipio de Juárez **minimizaban el problema y llegaron a culpar a las propias víctimas de su suerte, fuera por su forma de vestir, por el lugar en que trabajaban, por su conducta, por andar solas o por falta de cuidado de los padres**⁴⁴². Asimismo, la Corte observa que diversos informes –tales como los emitidos por el CEDAW y la Oficina de Drogas y Delitos de la ONU-, coinciden en que **la falta de esclarecimiento de los crímenes es una característica de los homicidios de mujeres en Ciudad Juárez que reviste especial importancia, que el número de sentencias y la pena impuesta son más bajos cuando se trata de los homicidios de mujeres con características sexuales, y que en aquellos casos donde se dictó sentencia, las penas, en promedio, no superan los 15 años, aun cuando los delitos se hayan cometido con agravantes**, como de hecho ocurrió en la mayoría de los casos. Algunos de estos informes, además, vinculan la impunidad de estos crímenes con la discriminación a la mujer⁴⁴³.

⁴⁴¹ Párrafo 144.

⁴⁴² Párrafos 153-154.

⁴⁴³ Párrafos 159-163.

De todo lo expuesto anteriormente, la Corte concluye que desde 1993 existe en Ciudad Juárez un aumento de homicidios de mujeres, habiendo por lo menos 264 víctimas hasta el año 2001, y 379 hasta el 2005. Sin embargo, más allá de las cifras, sobre las cuales no existe certeza, **la Corte manifiesta preocupación por lo que califica como crímenes altamente violentos - incluyendo violencia sexual-, y que en general han sido influenciados, tal como lo acepta el Estado, por una cultura de discriminación contra la mujer**, la cual ha incidido tanto en los motivos como en la modalidad de los crímenes, así como en la respuesta de las autoridades frente a éstos. Al respecto, la **Corte destaca las respuestas ineficientes y las actitudes indiferentes documentadas en cuanto a la investigación de dichos crímenes**, que parecen haber permitido que se haya perpetuado la violencia contra la mujer en Ciudad Juárez. La Corte constató además que hasta el año 2005 la mayoría de los crímenes seguían sin ser esclarecidos, **siendo los homicidios que presentan características de violencia sexual los crímenes que presentan mayores niveles de impunidad**⁴⁴⁴.

Por otra parte, **la Corte considera que los comentarios efectuados por funcionarios, en el sentido de que las víctimas se habrían ido con su novio o que tendrían una vida reprochable, así como la utilización de preguntas referentes a la preferencia sexual de las víctimas constituyen estereotipos**, mientras que, por otro lado, las actitudes y las declaraciones de los funcionarios demuestran que existía, por lo menos, indiferencia hacia los familiares de las víctimas y sus denuncias⁴⁴⁵.

La Corte reitera, asimismo, que no todo acto de violencia contra la mujer constituye una violación de las disposiciones de la Convención de Belém do

⁴⁴⁴ Párrafo 164.

⁴⁴⁵ Párrafo 208.

Pará⁴⁴⁶. No obstante, dado que en este caso se acreditó que las tres víctimas de este caso eran mujeres jóvenes de escasos recursos, como muchas de las víctimas de los homicidios en Ciudad Juárez; que fueron hechas desaparecer, que les provocaron graves agresiones físicas y violencia sexual, y que fueron asesinadas, la Corte estima que los hechos configuran una vulneración a las disposiciones de la Convención de Belém do Pará⁴⁴⁷.

Asimismo, con respecto a la infracción en que habría incurrido México respecto del deber de prevención de los derechos a la libertad personal, integridad personal y vida de las víctimas, la Corte hace presente que el **deber de prevención es una obligación de medios**, que abarca todas aquellas medidas jurídicas, políticas, administrativas y culturales que promuevan el resguardo de los derechos humanos, y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito susceptible de sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales⁴⁴⁸. Al respecto, el artículo 7.b de la Convención Belém do Pará obliga a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, mientras que al menos desde 1992 el CEDAW, la “Declaración Sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de la Asamblea General de las Naciones Unidas” y la “Plataforma de Acción de Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing” han insistido en este deber, el cual tiene carácter de **norma del derecho internacional consuetudinario**⁴⁴⁹.

La Corte, por otro lado, menciona las directrices proporcionadas por la “Relatoría Especial sobre la Violencia contra la Mujer de la ONU”, referidas a las medidas que deben tomar los Estados para cumplir con su obligación

⁴⁴⁶ Párrafo 228.

⁴⁴⁷ Párrafos 227-230.

⁴⁴⁸ Párrafo 252.

⁴⁴⁹ Párrafos 253-254.

internacional de debida diligencia en cuanto a prevención: Ratificación de los instrumentos internacionales de derechos humanos; garantías constitucionales sobre la igualdad de la mujer; existencia de leyes nacionales y sanciones administrativas que proporcionen reparación adecuada a las mujeres víctimas de la violencia; políticas o planes de acción que se ocupen de la cuestión de la violencia contra la mujer; sensibilización del sistema de justicia penal y la policía en cuanto a cuestiones de género, accesibilidad y disponibilidad de servicios de apoyo; existencia de medidas para aumentar la sensibilización y modificar las políticas discriminatorias en la esfera de la educación y en los medios de información, y reunión de datos y elaboración de estadísticas sobre la violencia contra la mujer⁴⁵⁰.

A partir de lo anterior, la **Corte concluye que los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres**. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia; todo lo anterior, habida cuenta de que en casos de violencia contra la mujer, los **Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará**⁴⁵¹.

⁴⁵⁰ Párrafo 256.

⁴⁵¹ Párrafo 258.

A partir de los antecedentes allegados al juicio, la Corte concluye que la prevención de los casos de homicidios de mujeres en Ciudad Juárez, así como la respuesta frente a ellos, ha sido ineficaz e insuficiente, y que desde 1998 el Estado fue advertido públicamente de la problemática existente en Ciudad Juárez⁴⁵². Asimismo, se acreditó que las víctimas eran mujeres jóvenes cuyas edades estaban entre los 15 y los 20 años, que las tres tenían orígenes humildes, que salieron de su casa un día y que sus cuerpos fueron encontrados días o semanas más tarde en un campo algodnero con signos de violencia sexual y otros malos tratos; que en los días entre sus desapariciones y el hallazgo de sus cuerpos, sus madres y familiares acudieron a las autoridades en busca de respuestas, **pero se encontraron con juicios de valor respecto al comportamiento de las víctimas y con ninguna acción concreta destinada a encontrarlas con vida aparte de la recepción de declaraciones.** Por su parte, el Estado reconoció que en el año 2001, Ciudad Juárez vivía una fuerte ola de violencia contra las mujeres⁴⁵³.

Los hechos del caso coinciden con el contexto probado, según la Corte. Asimismo, y a pesar de que el Estado tenía pleno conocimiento del riesgo que corrían las mujeres de ser objeto de violencia, no demostró haber adoptado medidas efectivas de prevención **antes de noviembre de 2001**, que apuntaran a reducir los factores de riesgo para las mujeres, y si bien el deber de prevención es uno de medio y no de resultados, la Corte considera que el Estado no acreditó que las medidas adoptadas por este fueran suficientes y efectivas para prevenir las graves manifestaciones de la violencia contra la mujer que se vivía en Ciudad Juárez en la época del presente caso⁴⁵⁴.

Conforme a la jurisprudencia de la Corte, un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre

⁴⁵² Párrafos 273-274.

⁴⁵³ Párrafos 277-278.

⁴⁵⁴ Párrafos 278-279.

particulares dentro de su jurisdicción, y concretamente respecto de las obligaciones convencionales de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí, estas se **encuentran condicionadas al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo**. En el presente caso, existen al parecer de la Corte **dos momentos claves en los que el deber de prevención debe ser analizado: El primero es antes de la desaparición de las víctimas y el segundo antes de la localización de sus cuerpos sin vida**. Con respecto al primer momento, la Corte concluye a partir de los hechos acreditados en juicio, y del reconocimiento parcial de responsabilidad por parte del Estado, que la **ausencia de una política general que se hubiera iniciado por lo menos en 1998 –cuando la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México advirtió del patrón de violencia contrala mujer en Ciudad Juárez-, es una falta del Estado en el cumplimiento general de su obligación de prevención**⁴⁵⁵.

En cuanto al segundo momento, la Corte considera que el Estado, dado el contexto del caso, tuvo conocimiento de que existía un riesgo real e inmediato de que las víctimas fueran agredidas sexualmente, sometidas a vejámenes y asesinadas, y que **ante tal contexto, surge un deber de debida diligencia estricta frente a denuncias de desaparición de mujeres, respecto a su búsqueda durante las primeras horas y los primeros días. Esta obligación de medio, al ser más estricta, exige la realización exhaustiva de actividades de búsqueda**. En particular, señala la Corte, es imprescindible la actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y funcionarios judiciales en orden a establecer medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de las víctimas o el lugar

⁴⁵⁵ Párrafos 280-282.

donde puedan encontrarse privadas de libertad. Deben existir, asimismo, procedimientos adecuados para las denuncias, y procurar que éstas conlleven una investigación efectiva desde las primeras horas. Las autoridades, por su parte, deben presumir que la persona desaparecida está privada de libertad y sigue con vida hasta que se ponga fin a la incertidumbre sobre la suerte que ha corrido. No obstante, la Corte estima que México no demostró haber adoptado las medidas razonables para encontrar a las víctimas con vida, conforme a las circunstancias que rodeaban a los casos, y que el Estado no actuó con prontitud dentro de las primeras horas y días posteriores a las denuncias de desaparición, perdiendo así horas valiosas. En el período entre las denuncias y el hallazgo de los cuerpos de las víctimas, la Corte estima que el Estado se limitó a realizar formalidades y a tomar declaraciones que, aunque importantes, perdieron su valor, pues no repercutieron en acciones de búsqueda específicas. Junto con lo anterior, la Corte hace presente que **las actitudes y declaraciones de los funcionarios hacia los familiares de las víctimas que daban a entender que las denuncias de desaparición no debían ser tratadas con urgencia e inmediatez implicaron demoras injustificadas luego de las presentaciones de las denuncias de desaparición.** Todo lo anterior demuestra, a juicio de la CoIDH, que el Estado no actuó con la debida diligencia requerida para prevenir adecuadamente las muertes y agresiones sufridas por las víctimas, y que no actuó como razonablemente era de esperarse de acuerdo a las circunstancias del caso para poner fin a su privación de libertad, **lo cual configura un incumplimiento del deber de garantía particularmente serio debido al contexto conocido por el Estado,** debido a las obligaciones reforzadas impuestas en casos de violencia contra la mujer en virtud del artículo 7.b de la Convención Belém do Pará⁴⁵⁶.

⁴⁵⁶ Párrafos 283-284.

Además, la Corte considera que el Estado no demostró haber adoptado normas o implementado las medidas necesarias, conforme al artículo 2 de la Convención Americana y al artículo 7.c de la Convención Belém do Pará, que permitieran a las autoridades ofrecer una respuesta inmediata y eficaz ante las denuncias de desaparición y prevenir adecuadamente la violencia contra la mujer. **Tampoco demostró haber adoptado normas o tomado medidas para que los funcionarios responsables de recibir las denuncias tuvieran la capacidad y la sensibilidad para entender la gravedad del fenómeno de la violencia contra la mujer y la voluntad para actuar de inmediato.** En razón de todo lo expuesto, la Corte declaró que México violó en este caso los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal reconocidos en los artículos 4.1, 5.1, 5.2 y 7.1 de la Convención Americana, en relación con la obligación general de garantía contemplada en el artículo 1.1 y la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno contemplada en el artículo 2 de la misma, así como con las obligaciones contempladas en el artículo 7.b y 7.c de la Convención Belém do Pará⁴⁵⁷.

La Corte declaró asimismo que **de las manifestaciones efectuadas por el Estado, es posible desprender la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes** —entendiendo por estereotipo de género una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente-. **Estas condiciones, a juicio de la Corte, se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos, según señala la Corte, se convierte en una de las causas y consecuencias de la**

⁴⁵⁷ Párrafos 285-287.

violencia de género en contra de la mujer. Por este motivo, la Corte declara que este caso constituyó una forma de discriminación, y declaró que el Estado violó el deber de no discriminación contenido en el artículo 1.1 de la Convención, en relación con el deber de garantía de los derechos consagrados en los artículos 4.1, 5.1, 5.2 y 7.1 de la Convención Americana, y los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención, en perjuicio de los familiares de las víctimas⁴⁵⁸.

En opinión de la Corte, no se acreditó en estos hechos que Laura Berenice Ramos, Claudia Ivette Gonzáles y Esmeralda Herrera Monreal hayan sido víctimas de torturas y tratos degradantes, lo cual fue refutado por la jueza Cecilia Medina en su voto de minoría, quien señaló al respecto que *“la Corte decidió explicitar los requisitos que se exigían para que hubiera tortura en el caso Bueno Alves Vs. Argentina, entendiendo que se está frente a un acto constitutivo de tortura cuando el maltrato es: a) intencional; b) cause severos sufrimientos físicos o mentales, y c) se cometa con determinado fin o propósito. Si analizamos estos tres elementos, veremos que el primero y el tercero pueden hallarse presentes en otros tratamientos incompatibles con el artículo 5.2 de la Convención. La intencionalidad se refiere a la conciencia del sujeto de que está realizando un acto que va a causar un sufrimiento o un sentimiento de humillación y el propósito se refiere a las razones por las cuales lo ejecuta: dominación, discriminación, sadismo, logro de alguna acción u omisión de la víctima u otros. Ambos elementos pueden existir en los tratamientos crueles, inhumanos o degradantes. Por lo tanto, lo que realmente distingue la tortura de otros tratos, en los términos en que se formuló por la Corte en el caso Bueno Alves, es la severidad del sufrimiento físico o mental [...] Si se leen los párrafos 218, 219, 220 y 230 de este fallo, puede advertirse que las tres víctimas sufrieron graves agresiones físicas y muy probablemente violencia sexual de*

⁴⁵⁸ Párrafos 401-402.

algún tipo antes de su muerte. **La descripción del estado de los cadáveres, aunque fue hecha de manera ineficiente en los primeros momentos, muestra la magnitud del tratamiento que se les infligió, de modo que los hechos permitían ser considerados como actos de tortura.** No parece pues, haber justificación al hecho de que el tratamiento que se aplicó a las tres víctimas de este caso no se haya calificado como tortura, salvo el hecho de que la Corte consideró que no era posible encontrar que un Estado pudiera ser responsable de un acto de tortura si no había prueba de que éste hubiera sido perpetrado por agentes del Estado o se hubiera llevado a cabo cuando un empleado o funcionario público pudiendo impedir el acto no lo hubiera hecho (artículo 3.a de la CIPST) o, en los términos del artículo 1 de la Convención contra la Tortura, el acto se hubiera realizado con la aquiescencia de un agente del Estado. Con respecto a la formulación de la Convención contra la Tortura, baste decir que el propio Comité contra la Tortura, creado por dicha Convención, ha sostenido que: «cuando las autoridades del Estado [...] tienen conocimiento o motivos fundados para creer que sujetos privados o actores no estatales perpetran actos de tortura o malos tratos y no ejercen la debida diligencia para impedir, investigar, enjuiciar y castigar a dichos sujetos privados o actores no estatales [...] el Estado es responsable [...] por consentir o tolerar esos actos inaceptables. La negligencia del Estado a la hora de intervenir para poner fin a esos actos, sancionar a los autores y ofrecer reparación a las víctimas de la tortura facilita y hace posible que los actores no estatales cometan impunemente actos prohibidos por la Convención, por lo que la indiferencia o inacción del Estado constituye una forma de incitación y/o de autorización de hecho. El Comité ha aplicado este principio a los casos en que los Estados Partes no han impedido actos de violencia de género, como la violación, la violencia en el hogar, la mutilación genital femenina o la trata, o no han protegido a las víctimas» [...] **La Corte no está obligada a aplicar o a guiarse ni por la definición de la CIPST ni por la de la Convención contra**

la Tortura, sino que debería hacer prevalecer la concepción del jus cogens, puesto que ella establece la mejor protección para las víctimas de tortura. Recuerdo, por lo demás, que el artículo 16 de la CIPST dispone que esa Convención «deja a salvo lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por otras convenciones sobre la materia y por el Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto del delito de tortura», de modo que interpretar la tortura apartándose de dicha Convención no constituye un incumplimiento de la misma sino, por el contrario, su aplicación fiel».

Finalmente, cabe destacar que en este caso la Corte impuso entre otras cosas al Estado infractor, como garantía de no repetición, continuar implementando programas y cursos permanentes de educación y capacitación, orientados a policías, fiscales, jueces, militares, funcionarios encargados de la atención y asistencia legal a víctimas del delito y a cualquier funcionario público, en las materias de derechos humanos y género; perspectiva de género, y superación de estereotipos sobre el rol social de las mujeres. Además, y atendida la situación de discriminación en contra de la mujer reconocida por el Estado, la Corte le ordenó realizar un programa de educación destinado a la población en general del estado de Chihuahua, con el fin de superar dicha situación⁴⁵⁹.

III.- Comentarios acerca del razonamiento de la CIDH sobre los estereotipos aplicados en este caso

⁴⁵⁹ Párrafos 541-542.

En el caso “Campo Algodonero”, la Corte aplicó cabalmente los elementos del criterio antiestereotipación antes esbozado. Ello porque, en primer lugar, hizo explícita la aplicación de estereotipos de género, refiriéndose al contexto histórico en el cual ha operado la aplicación y perpetuación de estereotipos de género, producto del cual hay un grupo que ha resultado afectado: Las mujeres de Ciudad Juárez.

Los estereotipos de género que operaron en este caso, según lo declaró la Corte, consisten en **creencias preconcebidas que atribuían determinadas características y conductas a las mujeres desaparecidas y asesinadas en Ciudad Juárez**, creencias que estaban fuertemente arraigadas en las autoridades encargadas de investigar y sancionar estos delitos.

Si bien la CoIDH fallar al no mencionarlo, se trataría de un **estereotipo sexual**, que prescribe un comportamiento modesto a las mujeres, modestia que estaría determinado por su vestuario, actividad laboral, lugares que frecuentan, etc.-. Producto de este estereotipo de género, tanto a las víctimas como sus familiares se les privó de la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer, como quedó en evidencia con el trato dispensado por las autoridades a las madres de las víctimas, el cual la Corte estimó que estuvo cargado indolencia y de juicios de valor inaceptables.

Finalmente, la Corte se refirió a los **efectos nocivos de estos estereotipos de género para el caso concreto** –concretamente, la infracción al deber de prevenir la violencia sufrida por las víctimas, así como el trato despectivo y la conducta negligente de la policía, producto de lo cual se afectó la investigación del crimen de las tres víctimas de este caso-, y **cómo la perpetuación de estos estereotipos constituyen una vulneración a los derechos humanos** –en particular, la CoIDH consideró que el Estado infractor incumplió su deber de prevenir la violencia contra la mujer, en un contexto donde no es posible alegar ignorancia respecto de los riesgos que corren las

mujeres a sufrir violencia. Asimismo, reconoció que a causa de los estereotipos de género observados en la conducta de las autoridades mexicanas, los crímenes violentos perpetrados contra mujeres suelen no perseguirse, y en caso de que llegue a dictarse sentencia, las penas son más bajas, en comparación a aquellos casos similares que tienen como víctimas a un varón-.

Ahora bien, respecto del análisis relativo al impacto de los estereotipos de género en los derechos fundamentales, creo desacertado que la Corte no considerase que los hechos configurasen también una forma de tortura y trato degradante, considerando que la CoIDH dio por acreditado, en primer lugar, la aplicación de estereotipos de género en este caso, lo cual se tradujo en el **trato displicente y negligente** hacia los familiares de las tres víctimas por parte de las autoridades, las cuales relacionaron la desaparición de estas con supuestas conductas ligeras, lo cual supuestamente explicaría el por qué ninguna de ellas regresó a su hogar ni dio noticias. En segundo lugar, considerando que la Corte dio por acreditado que en al menos una de las víctimas hubo ensañamiento, que todas ellas fueron víctimas de agresiones y asesinadas, y que en su “Observación General número 2”, el Comité contra la Tortura reconoció al género como un factor fundamental a la hora de analizar el riesgo de las mujeres a ser víctimas de tortura -elemento que puede presentarse en combinación con otros, tales como raza, edad, nacionalidad, etc.-⁴⁶⁰, estimo que se dan las condiciones de hecho y de derecho para establecer que en este caso hubo infracción al artículo 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, tal como lo señala el voto de minoría emitido por la magistrada Cecilia Medina.

Cabe señalar que este caso constituyó un hito en la jurisprudencia de la Corte, pues por primera vez se pronunció respecto de un caso de violencia estructural contra las mujeres, que es el tipo de violencia comprendido en el

⁴⁶⁰ Ver supra p. 97.

artículo 1 de la Convención de Belém do Pará⁴⁶¹. Asimismo, en esta sentencia, la CIDH fijó los criterios jurídicos que permiten atribuir al Estado la responsabilidad por crímenes cometidos por particular, retomando la **doctrina del riesgo previsible y evitable**, reafirmando la existencia de deberes de acción positiva para los Estados en la protección de colectivos expuestos a patrones de discriminación y violencia⁴⁶². En este sentido, es posible afirmar a partir del razonamiento de la Corte, que **las mujeres de Ciudad Juárez constituyen un grupo vulnerable que requiere protección del Estado** -aun cuando la Corte no lo haya declarado como tal, a diferencia de lo que ocurrió en el Asunto Opuz contra Turquía, fallado por el TEDH-.

Con respecto a los grupos vulnerables, la abogada colombiana Rosmerlin Estupiñan ha afirmado que “*el juez interamericano ha tomado nota de los “prejuicios culturales” entre las causas que permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, entre ellos “los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo” en el caso de los migrantes, y los fuertes estereotipos persistentes contra las mujeres y las identidades sexuales minoritarias*”⁴⁶³. De este modo, esta autora concibe a la CIDH como un **factor de resiliencia**, entendiendo por resiliencia como “*el resultado de múltiples procesos capaces de interrumpir las trayectorias negativa, como aquellas que derivan de violaciones de los derechos humanos y es, por consiguiente, necesario incluir la política pública entre los instrumentos de resiliencia*”⁴⁶⁴. Como factor de resiliencia, la

⁴⁶¹ **Abramovich, Víctor:** “Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso “Campo Algodonero” en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: Anuario de Derechos Humanos, año 2010, Centro de Estudios de Derechos Humanos, Universidad de Chile. P. 167.

⁴⁶² **Ibidem**, p. 168.

⁴⁶³ **Estupiñan Silva, Rosmerlin:** (2014) “La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología” [Vulnerability in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights: sketch of a typology]. En: Derechos humanos y políticas públicas, Manual, Coords., L. Bourgogue-Larsen et al (Barcelona: Edo-Serveis), P. 204.

⁴⁶⁴ **Ibidem**, p. 222.

CoIDH, a través de sus sentencias, se convierte en desencadenante “de la mejora de las capacidades estatales a través de la mejora en las políticas públicas. Por ejemplo, cuando la Corte IDH ordena una reparación ella apunta a la preservación y la restauración de los derechos y libertades fundamentales con respecto a eslabones más vulnerables del sistema (es decir, las personas y los grupos vulnerables) pero, además, es de uso corriente que la Corte IDH ordene además de las reparaciones puntuales para las víctimas, algunas transformaciones más estructurales resultantes de la obligación positiva estatal de garantía de derechos convencionales y del deber de adaptación del derecho interno (artículos 1 y 2 de la Convención Americana).

Por otra parte, a nuestro entender, la reacción del Estado también se manifiesta más allá de la corrección y reparación del caso bajo estudio y esto incluso en ausencia de una orden expresa. De manera complementaria, la Corte IDH está actualmente reforzando su vigilancia a través del seguimiento de la ejecución de sus de sus decisiones, con particular énfasis en el carácter razonable del tiempo invertido en la puesta en marcha de las medidas ordenado y en su eficacia”⁴⁶⁵. En este caso, este afán transformador de las condiciones de vulnerabilidad de las mujeres de Ciudad Juárez queda en evidencia en el apartado referido a las reparaciones a las que condenó la CoIDH al Estado infractor, como garantía de no repetición, las cuales apuntan a la educación de policías, fiscales, jueces, militares, funcionarios encargados de la atención y asistencia legal a víctimas del delito y a cualquier funcionario público, así como a la población de Chihuahua, en las materias de derechos humanos y género; perspectiva de género, y superación de estereotipos sobre el rol social de las mujeres.

⁴⁶⁵ **Ibidem**, pp. 223-224.

b) Caso Atala Riffo contra Chile (sentencia del 24 de febrero de 2012)

I.- Hechos del caso

Karen Atala, la demandante, contrajo matrimonio con el padre de sus tres hijas el 29 de marzo de 1993. Ella además tenía un hijo de un matrimonio anterior. En marzo de 2002, el matrimonio terminó por mutuo acuerdo de los cónyuges, y como parte de ese proceso, acordaron que ella mantendría la tuición y cuidado de las tres niñas –que en ese entonces tenían 8, 4 y 3 años-, en la ciudad de Villarrica, con un régimen de visita semanal a la casa de su padre en Temuco⁴⁶⁶. En noviembre de 2002, la compañera sentimental de Karen Atala se fue a vivir con ella y las tres hijas de esta última⁴⁶⁷.

El 14 de enero de 2003, el padre de las tres niñas interpuso una demanda de tuición o custodia ante el Juzgado de Menores de Villarrica, argumentando que el desarrollo físico y emocional de sus hijas estaría en serio peligro si estas continuaban bajo el cuidado de su madre, toda vez que, en su opinión, Atala no se encontraba capacitada para cuidarlas debido a una convivencia lésbica con otra mujer⁴⁶⁸. Con fecha 2 de mayo de ese mismo año, además, se otorgó el cuidado personal provisorio al padre de las niñas mediante una resolución judicial emitida por el Juzgado de Menores de Villarrica que reconoció que a la madre no le asistía ninguna inhabilidad legal, no obstante lo cual “i) **“que [...] la demandada haciendo explícita su opción sexual, convive en el mismo hogar que alberga a sus hijas, con su pareja, [...] alterando con ella la normalidad de la rutina familiar, privilegiando sus intereses y bienestar personal, por sobre el bienestar emocional y adecuado proceso de socialización de sus hijas”**, y ii) **“que la demandada ha privilegiado su bienestar e interés personal por sobre el cumplimiento de su**

⁴⁶⁶ Párrafo 30.

⁴⁶⁷ **Ibidem.**

⁴⁶⁸ Párrafo 31.

*rol materno, en condiciones, que pueden afectar el desarrollo posterior de las menores de autos, y de lo cual **no cabe sino concluir, que el actor presenta argumentos más favorables en pro del interés superior de las niñas, argumentos, que en el contexto de una sociedad heterosexuada, y tradicional, cobra[n] gran importancia***⁴⁶⁹.

Luego de que el juez titular de ese Tribunal se inhibiera de seguir conociendo el asunto -por declarar bastante la causal de implicancia invocada por Atala, esto es, haber el juez manifestado su dictamen sobre la cuestión pendiente con conocimiento de los antecedentes necesarios para pronunciar sentencia-, correspondió dictar sentencia en la demanda de cuidado personal al juez subrogante de ese tribunal. Este rechazó la demanda, declarando que con base en la prueba rendida en el juicio, había quedado establecido que la orientación sexual de la demandada no representaba un impedimento para desarrollar una maternidad responsable, y que esta no presentaba ninguna patología psiquiátrica que le impidiera ejercer su “*rol de madre*”⁴⁷⁰.

El demandante apeló esta sentencia con fecha 11 de noviembre de 2003, e interpuso una solicitud provisional de no innovar, argumentando que el cumplimiento de la Sentencia implicaría un cambio radical y violento del *status quo* actual de las menores de edad, pues la sentencia apelada le ordenó hacer entrega de las niñas a la madre. Esta última solicitud fue acogida el 24 de noviembre de 2003⁴⁷¹. Finalmente, la Corte de Apelaciones de Temuco confirmó el 30 de marzo de 2004 la sentencia apelada por el padre de las niñas, ratificaron las consideraciones realizadas por la primera instancia y dejaron sin

⁴⁶⁹ Párrafo 41.

⁴⁷⁰ Párrafos 42-44.

⁴⁷¹ Párrafos 50-51.

efecto la orden de no innovar, quedando el padre entonces en situación de tener que entregar a sus hijas a Atala⁴⁷².

Respecto de esta Corte el padre recurrió de queja ante la Corte Suprema con fecha 5 de abril de 2004. En este recurso, el padre alegó que los jueces recurridos habían cometido una falta y un abuso grave y notorio, debido a que habrían hecho primar los derechos de la madre sobre los de las niñas; incumpliendo un deber legal de proteger su vulnerabilidad, y que además habrían transgredido los principios que regulan la apreciación de la prueba en conciencia en los juicios sobre asuntos de familia, ignorando la evidencia probatoria rendida en autos, la que demostraría que la *“exteriorización del comportamiento lésbico, produjo en forma directa e inmediata en [las niñas], una confusión en los roles sexuales que interfirió y va a interferir posteriormente en el desarrollo de una identidad sexual clara y definida”*⁴⁷³.

Finalmente, el 31 de mayo de 2004, la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile, en un fallo dividido de tres votos contra dos, acogió el recurso de queja, concediendo la tuición definitiva al padre, argumentando que *“en todas las medidas que le conciernan [a los niños y niñas], es primordial atender al interés superior del niño sobre otras consideraciones y derechos relativos a sus progenitores y que puedan hacer necesario separarlo de sus padres”*⁴⁷⁴. La Corte Suprema declaró además que ***“se ha[bía] prescindido de la prueba testimonial, producida tanto en el expediente de tuición definitiva como del cuaderno de tuición provisoria, [...] respecto al deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelve la existencia de las menores [de edad], desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual y a que las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este***

⁴⁷² Párrafo 52.

⁴⁷³ Párrafo 53.

⁴⁷⁴ Párrafo 55.

hecho, pues las visitas de sus amigas al hogar común han disminuido y casi han cesado de un año a otro"; ii) *“el testimonio de las personas cercanas a las menores, como son las empleadas de la casa, hacen referencia a juegos y actitudes de las niñas demostrativas de confusión ante la sexualidad materna que no han podido menos que percibir en la convivencia en el hogar con su nueva pareja*”; iii) *“no e[ra] posible desconocer que la madre de las menores de [edad], al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual, como puede hacerlo libremente toda persona en el ámbito de sus derechos personalísimos en el género sexual, sin merecer por ello reprobación o reproche jurídico alguno [...] ha[bía] antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que lleva[ba] a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de éstas”, y iv) “**aparte de los efectos que esa convivencia puede causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas, atendida sus edades, la eventual confusión de roles sexuales que puede producirseles por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores respecto de la cual deben ser protegidas**”⁴⁷⁵.*

La Corte Suprema indicó además como uno de los motivos para acoger la queja que las niñas se encontraban en riesgo y en una situación de vulnerabilidad dada por lo diferente de su entorno familiar, en comparación a las de sus compañeros de colegio, lo que las exponía al aislamiento y a la discriminación, motivos que la Corte Suprema consideró suficientes para configurar una “causa calificada” para justificar la entrega de la tuición de las tres niñas a su padre, dado que la situación actual configuraba *“un cuadro que irroga el riesgo de daños, los que podrían tornarse irreversibles, para los*

⁴⁷⁵ Párrafo 56.

*intereses de las menores [de edad], cuya protección debe preferir a toda otra consideración*⁴⁷⁶. Por último, dos de los ministros de la Corte Suprema que fueron de la opinión de rechazar el recurso, estimaron que tratándose de la preferencia por la madre que establecía por ese entonces el artículo 225 del Código Civil, en la relación al cuidado de los hijos en casos de separación, “**el juez no puede variar la norma general de la radicación de cuidado de los hijos, por arbitrio o con fundamentos faltos de justificación, livianos o ambiguos, sino únicamente cuando un examen restrictivo de la normativa legal y de los antecedentes acompañados demuestre un ‘indispensable’ interés del niño**”⁴⁷⁷.

En razón de los hechos antes expuestos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos demandó ante la CIDH al Estado de Chile, por infracción de los artículos **11**⁴⁷⁸; **17.1 y 17.4**⁴⁷⁹, 24 (Igualdad ante la Ley), **8; 19; 25.1 y 25.2** de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el **artículo 1.1** de la Convención Americana.

⁴⁷⁶ Párrafo 57.

⁴⁷⁷ Párrafo 58.

⁴⁷⁸ **Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad**

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

⁴⁷⁹ **Artículo 17. Protección a la Familia**

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

II.- Razonamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte parte señalando que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones de la Convención, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y **garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos sin discriminación alguna**. Por otro lado, la Corte reitera que la noción de **igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y 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 considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine** del goce de derechos. Asimismo, la Corte también ha indicado que **en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens***. Sobre este principio, afirma la CoIDH, descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional, permeando además todo el ordenamiento jurídico⁴⁸⁰.

⁴⁸⁰ Párrafos 78-79.

Asimismo, la Corte ha reiterado que los **Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*, no sólo respecto de las disposiciones de la Convención, sino también respecto de las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación.** Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el **deber especial de protección que el Estado debe ejercer** con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias⁴⁸¹.

La Corte reitera además que los tratados internacionales son instrumentos vivos, que deben interpretarse de conformidad a la evolución de los tiempos. Asimismo, Los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo, lo cual permite interpretarlo en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo⁴⁸². Al respecto, la Corte indica que en el Sistema Interamericano, la Asamblea General de la Organización de Estados

⁴⁸¹ Párrafos 80-82.

⁴⁸² Párrafos 83-85.

Americanos (en adelante “OEA”) ha aprobado desde 2008 en sus sesiones anuales **cuatro resoluciones sucesivas respecto a la protección de las personas contra tratos discriminatorios basados en su orientación sexual e identidad de género**, mediante las cuales se ha exigido la adopción de medidas concretas para una protección eficaz contra actos discriminatorios⁴⁸³, mientras que en el marco del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han calificado la **orientación sexual como una de las categorías de discriminación prohibida** consideradas en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴⁸⁴. En un sentido similar se han pronunciado el CEDAW, el Comité de los Derechos del Niño, el Comité contra la Tortura y la Asamblea General de las Naciones Unidas⁴⁸⁵, y es por eso que, en virtud de lo anteriormente señalado, la Corte Interamericana deja establecido que la **orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención** por lo cual considera prohibidas por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona, y **por tanto, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden**

⁴⁸³ Párrafo 86.

⁴⁸⁴ Párrafo 88.

⁴⁸⁵ Párrafos 89-90.

disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual⁴⁸⁶.

Dicho lo anterior, la Corte estima que para acreditar que en un caso tuvo lugar una diferencia de trato, **no es necesario que la totalidad de dicha decisión esté basada “fundamental y únicamente” en la orientación sexual de la persona, pues basta con constatar que de manera explícita o implícita se tuvo en cuenta hasta cierto grado la orientación sexual** de la persona para adoptar una determinada decisión⁴⁸⁷. En este sentido, y habida cuenta de los argumentos en que se fundamentó la demanda de cuidado personal, y del razonamiento de la sentencia pronunciada por la Corte Suprema, que acogió el recurso de queja, la CoIDH señala que la determinación del interés superior del niño en casos de cuidado y custodia de menores de edad, se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, **no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la**

⁴⁸⁶ Párrafo 91.

⁴⁸⁷ Párrafo 94.

familia⁴⁸⁸. De este modo, la Corte concluye que al considerar en abstracto como un fin legítimo el principio de “interés superior del niño”, **la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas** –como de hecho lo hizo la Corte Suprema, a juicio la CIDH-, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido, como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. **El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos, por lo cual una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño, y en consecuencia, la Corte declara inadmisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños**⁴⁸⁹.

En relación al eventual peligro de discriminación que afectaría a las hijas de la demandante en caso de que esta tuviera a su cargo el cuidado de ellas, la

⁴⁸⁸ Párrafos 104-109.

⁴⁸⁹ Párrafo 110-118.

Corte señala que si bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios, por el contrario, están internacionalmente obligados a adoptar las medidas que fueren necesarias “para hacer efectivos” los derechos establecidos en la Convención, a fin de evitar la exclusión o negación de una determinada condición. Además, indica **que en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas**, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad. Al respecto, el **Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario -advierte la CoIDH-, se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos**⁴⁹⁰.

En cuanto a la confusión de roles a la cual se refirió la Corte Suprema de Chile en la sentencia donde acogió el recurso de queja interpuesto por el padre de las hijas de la demandante, la CIDH estima que la Corte Suprema de Justicia de Chile no falló con base en un análisis *in abstracto* del eventual impacto de la orientación sexual de la madre en el desarrollo de las niñas, sino que invocó la

⁴⁹⁰ Párrafos 199-120.

supuesta existencia de pruebas concretas, aplicó un test de daño especulativo, y se limitó a hacer referencia, respecto al supuesto daño, a la “eventual confusión de roles sexuales” y la “situación de riesgo para el desarrollo” de las niñas. Por otro lado, la CIDH señaló que la Corte Suprema de Justicia de Chile no se ocupó de exponer argumentos específicos para sustentar la situación familiar del padre como más favorable, sino que se centró en los posibles daños psicológicos que podrían producirse en las tres niñas por el hecho de vivir con una pareja homosexual, por lo cual la CIDH concluye que la **Corte Suprema de Justicia de Chile no cumplió con los requisitos de un test estricto de análisis y sustentación de un daño concreto y específico supuestamente sufrido por las tres niñas a causa de la convivencia de su madre con una pareja del mismo sexo**⁴⁹¹.

Con respecto a que Atala habría hecho primar sus intereses por sobre los de sus hijas, la CIDH observa que tanto la Corte Suprema de Justicia como el Juzgado de Menores de Villarrica –este último, en la resolución que entregó de manera provisoria el cuidado personal de las tres niñas al padre-, fundamentaron sus decisiones bajo el supuesto de que Atala podía declararse abiertamente como lesbiana, pero que al optar por una convivencia con su pareja del mismo sexo, privilegió sus intereses sobre los de sus hijas. Al respecto, la CIDH considera que dentro de la prohibición de discriminación por orientación sexual se deben incluir, como derechos protegidos, las conductas

⁴⁹¹ Párrafos 130-131.

en el ejercicio de la homosexualidad, y que dado que la orientación sexual es un componente esencial de identidad de la persona, no era razonable exigir a Atala que pospusiera su proyecto de vida y de familia, ni se puede considerar como “reprochable o reprobable jurídicamente”, bajo ninguna circunstancia, que ella haya tomado la decisión de rehacer su vida, máxime si no se encontró probado un daño que haya perjudicado a las tres niñas⁴⁹². En consecuencia, la **Corte considera que exigirle a Atala que condicionara sus opciones de vida implica utilizar una concepción “tradicional” sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas y que en pos de esto hubiera debido privilegiar la crianza de los niños y niñas renunciando a un aspecto esencial de su identidad.** Por tanto, la Corte considera que bajo esta motivación del supuesto privilegio de los intereses personales de Atala, tampoco se cumplía con el objetivo de proteger el interés superior de las tres niñas⁴⁹³.

En razón de todo lo anteriormente expuesto, la Corte concluyó que si bien la sentencia de la Corte Suprema y la decisión de tuición provisoria pretendían la protección del interés superior de las hijas de Atala, no se probó que la motivación esgrimida en esas resoluciones fuera adecuada para alcanzar dicho fin, dado que ni la Corte Suprema de Justicia ni el Juzgado de Menores

⁴⁹² Párrafos 138-139.

⁴⁹³ Párrafo 140.

de Villarrica comprobaron en el caso concreto que la convivencia de la señora Atala con su pareja afectó de manera negativa el interés superior de las tres niñas. Al contrario -asegura la CIDH-, **ambos tribunales 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, lo cual vulneró su derecho a la igualdad consagrado en el artículo 24 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana⁴⁹⁴.

Junto con declarar lo anterior, la CIDH consideró que el trato discriminatorio en contra de la madre tuvo repercusión en las niñas, pues fue el fundamento para decidir que no continuarían viviendo con ella, de manera que dicha decisión irradió sus efectos al ser ellas separadas de su madre como consecuencia de la orientación sexual de esta, lo cual vulneró respecto de las niñas el artículo 24, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana⁴⁹⁵.

Finalmente, en cuanto a la vulneración al derecho a la vida privada de Atala, la Corte recuerda que este no es un derecho absoluto, y en consecuencia, es susceptible de ser limitado por el Estado, siempre que este no incurra en injerencias abusivas o arbitrarias, que dichas injerencias estén previstas en la ley, que persigan un fin legítimo y cumplan con los requisitos de

⁴⁹⁴ Párrafo 146.

⁴⁹⁵ Párrafo 155.

idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Cualquier injerencia estatal referida a la orientación sexual de la demandante debe cumplir con esos requisitos, toda vez que la orientación sexual forma parte de su vida privada⁴⁹⁶.

La Corte considera que la imposición de un concepto único de familia – en este caso, la heterosexual-, debe analizarse no sólo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada, según el artículo 11.2 de la Convención Americana, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1 de dicha Convención. De los testimonios rendidos en juicio, la Corte estima que se desprende que se había constituido un núcleo familiar que, como tal, estaba protegido por los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana. Por otro lado, la Corte reitera su conclusión de que los fundamentos presentados tanto por la Corte Suprema de Justicia como por el Juzgado de Menores de Villarrica en la decisión de tuición provisoria constituyeron una medida inidónea para proteger el interés superior del niño, lo cual tuvo además como resultado la separación de la familia constituida por la madre, su pareja y las niñas, hecho que constituye una interferencia arbitraria en el derecho a la vida privada y familiar. Por tanto, la Corte declara que el Estado vulneró los artículos 11.2 y 17.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de Karen Atala y de sus hijas, y respecto de éstas últimas, se configura además una vulneración al

⁴⁹⁶ Párrafo 164.

artículo 19 de la misma Convención, dado que fueron separadas de manera no justificada de uno de sus entornos familiares⁴⁹⁷.

Cabe señalar que uno de los jueces que conocieron esta causa, Alberto Pérez Pérez, disintió con respecto a declarar vulnerado en este caso el derecho establecido en el artículo 17.1 de la Convención (esto es, a la protección de la familia), pues en su opinión, bastaba con declarar que en el presente caso se cometió una violación del artículo 11.2 (esto es, a la protección de la vida privada), no siendo necesario ni prudente declarar una violación del artículo 17 que pudiera tomarse como un pronunciamiento implícito sobre la interpretación de las distintas disposiciones de dicho artículo. Lo anterior, porque si bien concuerda que los tratados deben interpretarse de conformidad a la evolución de los tiempos, considera que, a diferencia de lo que ha ocurrido con la discriminación sexual, donde hay consenso entre los Estados parte de la Convención y de la OEA que la discriminación basada en la orientación sexual debe considerarse prohibida, no existe consenso respecto de la evolución del concepto de familia, por lo que estima que esta *“es una de las esferas en que resulta más necesario reconocer un **margen de apreciación nacional**, para lo cual habrá que hacer una indagación que no corresponde llevar a cabo en el presente caso, sino que deberá hacerse cuando el punto sea objeto de un caso*

⁴⁹⁷ Párrafos 175-178.

*planteado ante esta Corte y se escuchen los argumentos que al respecto formulen las partes y eventualmente los amici curiai que se presenten*⁴⁹⁸.

Con respecto a la infracción al artículo 8.1 de la Convención –esto es, el derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial-, la Corte señala que la **imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio** y, asimismo, **ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad**. La imparcialidad personal o subjetiva –prosigue la Corte-, se presume a menos que exista prueba en contrario, mientras que la denominada prueba objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona. Ello puesto que el juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a -y movido por- el Derecho. La presunta **falta de imparcialidad judicial de los jueces debe establecerse a partir de elementos probatorios específicos y concretos, que indiquen que se está efectivamente ante un caso en el que los jueces claramente se han dejado influenciar por aspectos o criterios ajenos a las normas legales**, elementos que, a juicio de la Corte, no se aportaron en este

⁴⁹⁸ Voto de Minoría del Juez Alberto Pérez Pérez, párrafos 21-24.

juicio, razón por la cual no acoge la alegada vulneración al artículo 8.1 de la Convención⁴⁹⁹.

En cuanto a la infracción al derecho a la igualdad y a no ser discriminada, cuya vulneración alegó Atala a propósito de una visita efectuada al tribunal donde se desempeñaba como jueza, la CIDH indica que la Corte de Apelaciones de Temuco recibió el 17 de marzo de 2003 una denuncia contra la señora Atala, por el uso de implementos y personal del Juzgado para asuntos de interés personal. Sin embargo, el informe emitido por el ministro visitador expresa otras consideraciones para llevar a cabo la visita, las cuales estaban expresamente referidas a su orientación sexual, Al ser uno de los propósitos de la visita el indagar sobre la orientación sexual de la señora Atala con base en las noticias de prensa, se constata un trato diferenciado en perjuicio de la señora Atala al incorporar como materia investigable en el proceso disciplinario su orientación sexual y su relación con una persona del mismo sexo.

Ahora bien, respecto al fin legítimo que se perseguía con dicha investigación, en el informe presentado no fue precisado con claridad cuál era el fin de la visita respecto a la indagación de la orientación sexual, por cuanto sólo se hizo referencia a las noticias de prensa que se habían publicado. Con respecto al fin con que se llevó a cabo la visita, la Corte concluye que del informe emitido por el ministro visitador se podría llegar a inferir que buscaba

⁴⁹⁹ Párrafos 189-191.

proteger la “imagen del poder judicial”, fin que, a juicio de la CIDH, no puede justificar una diferencia de trato basada en la orientación sexual, pues la orientación sexual o su ejercicio no pueden constituir, bajo ninguna circunstancia, fundamento para llevar a cabo un proceso disciplinario, toda vez que no existe relación alguna entre el correcto desempeño de la labor profesional de la persona y su orientación sexual. En consecuencia, la Corte concluye que el Estado de Chile vulneró los artículos 11.2 y 24 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de Karen Atala⁵⁰⁰. Asimismo, recalcó que el informe que emanó de esta visita disciplinaria vulneró respecto de Karen Atala las garantías judiciales establecidas en el artículo 8.1 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, toda vez que, a juicio de la Corte, en ese informe se aprecian prejuicios y estereotipos hacia la demandante, que evidencian que quienes lo realizaron y aprobaron no fueron objetivos respecto a este punto, dejando plasmada su posición personal respecto a la orientación sexual de la señora Atala en un ámbito disciplinario en el que no era aceptable ni legítimo un reproche jurídico por este hecho⁵⁰¹.

Finalmente, en el apartado referido a las reparaciones, la Corte resalta que algunos actos discriminatorios que sufrió Atala, respondieron a la reproducción de estereotipos que están asociados a la discriminación estructural e histórica que han sufrido las minorías sexuales, particularmente en

⁵⁰⁰ Párrafos 218-230.

⁵⁰¹ Párrafo 237.

cuestiones relacionadas con el acceso a la justicia y la aplicación del derecho interno. Por ello, establece que parte de las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que tengan un efecto restitutivo y correctivo que apunten a desarticular los estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra la población LGTBI, y al respecto, la Corte ordenó al Estado de Chile continuar implementando programas y cursos permanentes de educación y capacitación a los funcionarios públicos, y particularmente a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial, a nivel regional y nacional, en las siguientes materias: i) derechos humanos, orientación sexual y no discriminación; ii) protección de los derechos de la comunidad LGTBI, y iii) discriminación, superación de estereotipos de género en contra de la población LGTBI⁵⁰².

III.- Comentarios acerca del razonamiento de la CoIDH sobre los estereotipos aplicados en este caso

En este caso, se advierte que la Corte nombró e impugnó la aplicación de estereotipos de género, y que durante ese proceso, tomó en consideración el contexto de discriminación que sufre la población LGBT.

⁵⁰² Párrafos 267-271.

La Corte declaró en su considerando N° 111 su rechazo a las consideraciones basadas en estereotipos sobre la orientación sexual, entendiendo por tales las pre-concepciones referidas a las conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños. En otras palabras, y de acuerdo a la clasificación antes mencionada sobre los estereotipos de género, se trataría de un **estereotipo compuesto** por un **estereotipo sexual** -esto es, un estereotipo que busca demarcar las formas aceptables de sexualidad para hombres y mujeres, privilegiando la heterosexualidad por sobre la homosexualidad, y que en este caso, se manifestó en el parecer de los jueces de que una mujer lesbiana debería ser privada de criar a sus hijos si es que decide vivir su sexualidad con una pareja de su mismo sexo, privándola de un aspecto esencial de su identidad **estereotipo de sexo** -toda vez que en su condición de mujer lesbiana, se le atribuye a Karen Atala una supuesta incapacidad para ejercer adecuadamente el cuidado de sus hijas, razón por la cual se le privó de ese derecho-deber-. Cabe señalar que la CoIDH no especifica qué clase de estereotipos de género estarían presentes en este caso, pero se deduce que se trataría de un estereotipo compuesto, a partir de la argumentación de esta sentencia.

La Corte hizo, en general, un buen trabajo al impugnar los estereotipos que operaron en este caso. Así, por ejemplo, desmanteló los argumentos conforme a los cuales el Juzgado de Menores de Villarrica –de manera

provisoria-, y más tarde, la Corte Suprema de Chile, decidieron que el cuidado personal de las niñas debía ejercerlo el padre. Al analizar cada uno de esos argumentos, la CIDH dejó en evidencia que estos no se sostenían en un estudio riguroso de la prueba rendida en juicio, sino que en el rechazo a la orientación sexual de la demandante.

Se observa además que la Corte, a diferencia de lo señalado por el TEDH en el asunto *Marckx con Bélgica*, no manifiesta preferencia por un tipo específico de familia, y en cambio, opta por hacer presente los cambios que esta institución ha presentado, tales como la aceptación de parejas interraciales o divorciadas. De esta manera, impugnó los estereotipos asociados al tipo de familia invocados tanto por el tribunal de primera instancia como por la Corte Suprema en las decisiones conforme a las cuales otorgaron el cuidado personal de las hijas de Atala al ex marido de esta.

Asimismo, el análisis de la Corte abarca los efectos nocivos de la aplicación de estos estereotipos en el caso concreto, particularmente, la estigmatización de la fue víctima Karen Atala, y que se refleja tanto en lo referente al cuidado personal de sus hijas como a la visita realizada por sus superiores a su trabajo. En cuanto a cómo la perpetuación de estereotipos de género constituyen una vulneración de derechos, la CoIDH se pronuncia al respecto en el apartado referido a las reparaciones, ocasión en la cual determina una serie de medidas que Chile deberá adoptar para corregir y

desmantelar la estereotipación y discriminación de la cual la población LGTBI históricamente ha sido víctima.

Ahora bien, llama la atención que, al examinar los argumentos de la Corte Suprema referidos a la supuesta confusión de roles sexuales que sufrirían las hijas de la demandante de continuar viviendo con ella y la pareja de esta, la CIDH se haya referido únicamente al carácter especulativo del criterio conforme al cual falló la Corte Suprema, pero que no haya impugnado la división sexual de roles que dicho tribunal tuvo en mente. Considero que es claro que el razonamiento de la Corte Suprema se basó en un estereotipo de roles sexuales, conforme al cual corresponde a la madre ejercer el cuidado personal de los hijos, sólo que en este caso la Corte Suprema hizo una excepción, la cual no se basó en las habilidades parentales de Karen Atala, sino en una supuesta incompatibilidad entre esa labor y su lesbianismo.

Por otro lado, creo desacertado no haber acogido el reclamo de la demandante, en relación a la falta de imparcialidad de los jueces que decidieron otorgar el cuidado de sus hijas al padre, basándose en su orientación sexual y en su relación de convivencia con su pareja del mismo sexo. Lo anterior, considerando que la imparcialidad del juez consiste en *“la **ausencia de prejuicios** frente a un litigio, es decir, la ausencia de interés de que se solucione el tema de una determinada manera. Así, [...] el principio de imparcialidad judicial llama a que la ley pueda ser aplicada por los jueces sin*

*inclinaciones personales o prejuicios hacia los individuos. Los jueces deberían aplicar la ley en forma uniforme y consistente en todas las personas. En otras palabras, la imparcialidad del juez debería ser semejante a la protección ecuánime de la ley*⁵⁰³. En este caso, la misma Corte declaró que el razonamiento de los jueces que otorgaron el cuidado personal de las hijas de Atala al ex marido de esta fue influido por estereotipos, los cuales, como se mencionó anteriormente, constituyen el elemento cognitivo del prejuicio. Sorprende entonces que la Corte, pese a haber declarado que fundaron sus resoluciones en prejuicios tanto los jueces de la Corte Suprema que conocieron el recurso de queja interpuesto por el padre de las hijas de Atala, como el juez titular del Juzgado de Menores de Villarrica que otorgó de manera provisoria el cuidado personal al padre de las hijas de Atala, no estime sin embargo desvirtuada la presunción de imparcialidad subjetiva. Además, tomando en cuenta, por un lado, que en el caso “Campo Algodonero” la Corte definió los estereotipos de género como una **idea pre-concebida** acerca de los atributos y roles de hombres y mujeres, y que, por otro lado, la Corte declaró que en este caso operaron estereotipos de género, resulta desconcertante que la Corte llegue a la conclusión de que en este caso no está fehacientemente acreditado que los jueces claramente se hayan dejado influenciar por aspectos o criterios ajenos a las normas legales, a saber, las preconcepciones referidas a la condición de lesbiana y madre de la demandante.

⁵⁰³ **Picado Vargas, Carlos Adolfo**: “El derecho a ser juzgado por un juez imparcial”. Revista de Iudex, Número 2, agosto de 2014, p. 36.

Destaca en este caso el hecho de que, tal como ocurrió en el asunto E.B. contra Francia, no se rindió prueba que acreditase que Karen Atala estaba inhabilitada para ejercer el cuidado de sus hijas. Más aún, la ausencia de inhabilidades parentales de Atala fue reconocida por el juez titular del Juzgado de Menores de Villarrica en la resolución en que concedió el cuidado personal provisorio al padre de las hijas de Atala. Sin embargo, al igual que en el caso de E.B., su lesbianismo fue determinante para que sus habilidades parentales no se tuvieran en cuenta.

Similarmente, en el caso de E.B., el TEDH determinó que las autoridades judiciales y administrativas consideraron conjuntamente la falta de compromiso de su pareja con la adopción y la orientación sexual de E.B. para rechazar la autorización solicitada por esta última para adoptar, razón por la cual el TEDH declaró que estudiaría ambas causales como un todo para efectos de determinar si se había cometido respecto de E.B. una diferencia injustificada de trato, y sobre esta base, el TEDH concluyó que la orientación sexual de E.B. fue lo suficientemente determinante para que las autoridades rechazaran su solicitud de adoptar como para contaminar toda la decisión de negarle la adopción, de tal modo que si en este caso se hubiera fundado la negativa a la solicitud para adoptar únicamente en la falta de compromiso de la novia de E.B., argumento que por lo demás el TEDH consideró atendible, este Tribunal no habría declarado que a la demandante se le discriminó en virtud de su orientación sexual, por no haber estado fundada en esta causal el rechazo a su

autorización para adoptar. Del mismo modo, en el caso de Karen Atala, la CIDH estableció que no era necesario que toda la decisión estuviera basada en la orientación sexual, sino que era suficiente con que esta se hubiera tenido en cuenta hasta cierto grado en la decisión, lo suficiente como para que la decisión fuera discriminatoria.

Este caso constituyó un hito en la jurisprudencia de la CIDH, pues fue la primera vez que esta Corte utilizó en su razonamiento el **criterio de categoría sospechosa**, el cual fue elaborado inicialmente por la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, para determinar si una regulación afectaba o no la igualdad ante la ley⁵⁰⁴.

Destaca asimismo en este caso la baja recepción que tiene en la CIDH la doctrina del margen de apreciación, surgida en la jurisprudencia del TEDH, y que aquí aparece en el voto de minoría. Esto se explicaría tanto por falta de elementos normativos, toda vez que la Convención Americana de Derechos Humanos no establece condiciones bajo las cuales el control internacional deba inhibirse de calificar ciertos hechos o normas que sean relevantes para la eficaz protección de los derechos humanos, y también debido a la falta de confianza de los órganos de control interamericano de derechos humanos en otorgar un

⁵⁰⁴ **Iñiguez Manzo, Andrea Rosario**: “La noción de "categoría sospechosa" y el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, N° 43, diciembre de 2014, pp. 496-497.,

margen de discrecionalidad a los Estados, que permita a estos definir la forma en que los derechos humanos son gozados y ejercidos⁵⁰⁵.

Finalmente, se desprende de este fallo el reconocimiento por parte de la CoIDH de la población LGBTQI como un grupo vulnerable⁵⁰⁶, vulnerabilidad que sería causada por los estereotipos de los cuales dicha población es objeto, y por los estigmas asociados. Nuevamente, el afán reformador de esta Corte respecto a las condiciones de vulnerabilidad de este grupo se hace presente en el apartado referido a las reparaciones, en el cual la CoIDH hace explícita su intención de que estas tengan una vocación transformadora, de tal forma que tengan un efecto restitutivo y correctivo que apunten a desarticular los estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra la población LGTBQI. Para esos efectos, la Corte ordenó al Estado de Chile implementar programas y cursos permanentes de educación y capacitación a los funcionarios públicos, y particularmente a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial, en las siguientes materias de derechos humanos, orientación sexual y no discriminación; protección de los derechos de la comunidad LGBTQI, así como la discriminación y superación de estereotipos de género en contra de esta población.

⁵⁰⁵ **Nash Rojas, Claudio**: “La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. **ACDI - Anuario Colombiano de Derecho Internacional**, [S.l.], v. 11, feb. 2018. ISSN 2145-4493. P. 96.

⁵⁰⁶ Ver página 230.

c) Caso Fornerón e hija contra Argentina (Sentencia de 27 de abril de 2012)

I.- Hechos del caso

El 16 de junio de 2000, en la ciudad de Victoria, nació “M”, hija de Diana Elizabeth Enríquez y del demandante, Leonardo Fornerón. Ambos tuvieron una relación que terminó antes de que naciera la niña. El demandante sólo se enteró del embarazo de Diana a través de una amiga en común, cuando esta estaba por el quinto mes del mismo. Luego de tomar conocimiento del embarazo, el demandante preguntó varias veces a su ex pareja si él era el padre, negándolo ella en toda ocasión. El nacimiento de “M” fue inscrito por la madre el 20 de junio de 2000⁵⁰⁷.

Al día siguiente del nacimiento de “M”, la madre la entregó al matrimonio B-Z, residentes en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con la intervención del Defensor de Pobres y Menores Suplente de la ciudad de Victoria, quien mediante un acta formal dejó constancia de lo sucedido, y en la cual se lee que la madre “dej[ó] expresa constancia de su voluntad de entregar a su hij[a] en guarda provisoria con fines [de] futura adopción” al referido matrimonio y

⁵⁰⁷ Párrafo 21.

“expres[ó su] voluntad de no ser citada en todo trámite judicial de guarda y/o adopción plena que a los efectos se pudieran realizar”⁵⁰⁸. Posteriormente, la señora Enríquez regresó a la ciudad de Rosario del Tala, luego de lo cual el demandante, quien había tenido conocimiento del nacimiento de la niña a través de la referida amiga en común, consultó de nuevo a la madre si él era el padre de la niña, y que de ser así, podían ir ambos a buscarla y él se encargaría de su cuidado. La señora Enríquez confirmó que él era el padre, pero le indicó que no quería que él fuera a buscarla⁵⁰⁹.

En razón de lo anterior, el 3 de julio de 2000, 17 días después del nacimiento de M, el señor Fornerón y la señora Enríquez comparecieron ante la Defensoría de Pobres y Menores de Rosario del Tala, ocasión en la cual el demandante manifestó su interés en reconocer la paternidad respecto de “M” e indicó que, pese a que no tenía certeza de ser el padre, de serlo, deseaba hacerse cargo de la niña. Ante la Defensoría de Pobres y Menores, la señora Enríquez manifestó que el demandante no era el padre de la niña e informó que ésta se encontraba en la ciudad de Baradero, en casa de una tía. El 4 de julio de 2000 el señor Fornerón comunicó a la Defensoría de Menores su preocupación por el paradero de la niña, así como por su estado de salud, y manifestó sospechas con respecto al relato de la señora Enríquez. Al día siguiente la señora Enríquez compareció nuevamente ante la misma Defensoría

⁵⁰⁸ *Ibíd.*

⁵⁰⁹ Párrafo 22.

y le indicó que había entregado a la niña en guarda para futura adopción a un matrimonio conocido, debido a la escasez de recursos que sufría, y aseguró nuevamente que el señor Fornerón no era el padre de la niña⁵¹⁰.

El 18 de julio de 2000, 15 días después de haber acudido a la Defensoría de Menores, el señor Fornerón se presentó en el Registro Civil y reconoció legalmente a la niña⁵¹¹. A partir de entonces, se llevaron a cabo varios procedimientos judiciales, correspondientes a: a) la causa penal sobre posible comisión de supresión de estado civil; b) la causa civil sobre guarda judicial; c) la causa civil sobre derecho de visitas y d) la causa civil sobre adopción plena⁵¹².

Con respecto a la primera causa judicial, luego de que el demandante denunciara los hechos, la Fiscalía solicitó al Juez de Instrucción la adopción de medidas previas, ante la incertidumbre sobre el destino de la niña y dadas las contradicciones en que había incurrido la madre. En su escrito el Fiscal señaló que no se podía descartar que se hubiera cometido el delito de supresión del estado civil y de la identidad⁵¹³. Algunas de las medidas solicitadas por el Fiscal fueron declaradas como impertinentes, pues en opinión del juez de instrucción “queda[ba] claro que no ha existido en la especie ni se han consumado conductas delictivas de las previstas y sancionadas” en el Código Penal, ello

⁵¹⁰ Párrafo 23.

⁵¹¹ Párrafo 24.

⁵¹² Párrafo 25.

⁵¹³ Párrafo 26.

“sin perjuicio de las particularidades que rodean al nacimiento y posterior entrega de la [niña], en una localidad ubicada a más de cien kilómetros del domicilio de la [madre]”⁵¹⁴.

El 4 de agosto de 2000 el Juez de Instrucción resolvió archivar las actuaciones, pues estimó que los hechos no constituían delitos. El Fiscal apeló esta decisión, la cual fue confirmada el 26 de abril de 2001 la Cámara en lo Criminal de Gualeguay⁵¹⁵.

En cuanto a la causa judicial relativa a la guarda solicitada por el matrimonio B-Z con fecha 1 de agosto de 2000, esto es, un mes y medio después del nacimiento de la niña, el 28 de agosto de 2000 la Defensoría de Menores puso en conocimiento del Juez de Primera Instancia el reconocimiento de la niña por parte del señor Fornerón. Este fue citado a comparecer, y el 18 de octubre de ese año solicitó al Juez de Primera Instancia, como “padre biológico”, la interrupción de la guarda judicial y que la niña le fuera entregada en guarda provisoria. Ante la negativa de la madre biológica sobre la paternidad de Fornerón, el 13 de noviembre de 2000 se dispuso la práctica de una prueba de ADN, cuyos resultados, que confirmaron la paternidad del demandante, fueron recibidos por el Juez de Primera Instancia el 11 de diciembre de 2000.

⁵¹⁴ Párrafo 27.

⁵¹⁵ Párrafos 28-30.

Posteriormente, el señor Fornerón reiteró su solicitud de interrupción de la guarda y la restitución de la niña, con fecha 14 de febrero de 2001⁵¹⁶.

En marzo de 2001, el Juez de Primera Instancia ordenó la realización de un informe psicológico con base en la solicitud de la Defensoría de Menores de una pericia respecto de los posibles daños que podría sufrir “M” en caso de que se ordenase su entrega al señor Fornerón. El referido informe concluyó que “sería sumamente dañino psicológicamente para la niña el traspaso de [la] familia a la que reconoce [...] a otra a la que desconoce[, y que] el alejamiento de la niña de sus afectos y de su ambiente sería sumamente traumático, pudiéndole ocasionar daños emocionales graves e irreversibles, más aún [si] atravesó ya por una primera situación de abandono”⁵¹⁷.

El 7 de mayo de 2001, el señor Fornerón reiteró su solicitud anterior, pero diez días más tarde el Juez de Primera Instancia otorgó la guarda judicial de la niña al matrimonio B-Z, por un plazo de un año. En la sentencia consideró que: a) la **inexistencia de un “noviazgo formal de más de 12 meses” entre el señor Fornerón y la señora Enríquez, el hecho de que la niña “no fue resultado del amor” ni “del deseo de formar una familia”,** y la existencia de una fuerte oposición de la madre biológica a la posible entrega de la niña a su padre, configuraban circunstancias que “acredita[ban] un real conflicto” entre los progenitores de la niña y **“la ausencia de una familia biológica”**; b) el señor

⁵¹⁶ Párrafo 31.

⁵¹⁷ Párrafo 32.

Fornerón no había demostrado ningún tipo de interés ni colaboración con la madre antes del nacimiento de la niña, ni realizó ninguna presentación judicial para resguardar el vínculo con la niña; c) resulta excesivo el plazo contado desde el nacimiento de la niña o del reconocimiento de la misma hasta la fecha de presentación en autos para reclamar la entrega de “M”; d) **de entregarse la niña al padre biológico, no contaría con una familia biológica, faltándole la presencia maternal, y e) sin dejar devaluar los derechos del padre, prima el interés superior de la niña, quien a criterio de la perita, sufriría un daño irreparable si fuese entregada al señor Fornerón.** Finalmente, concluyó que **“de así acceder en un futuro el padre biológico [...], se podría instrumentar un régimen de visitas para mantener un contacto con la niña”**⁵¹⁸.

El 4 de junio de 2001 el señor Fornerón apeló esta sentencia, señalando, *inter alia*, que: a) la **señora Enríquez nunca manifestó en el expediente quién era el padre, por tanto, de no ser por su “obstinada voluntad de querer saber cuál era la verdad [...] y la decisión de reconocer a su hija [...] en forma extrajudicial, nunca se hubiese enterado de su paternidad”;** b) el Juez de Primera Instancia no ordenó pruebas necesarias y no citó al señor Fornerón; c) la **búsqueda, el reconocimiento y la presentación judicial,** especialmente reclamando la interrupción de la guarda, son **indicativos de su preocupación por tener, cuidar, educar y convivir con su hija,** por lo que no

⁵¹⁸ Párrafos 32-33.

puede afirmar el juzgador un desinterés del padre; d) **el juez supone que será más beneficioso para M crecer con el matrimonio que con la presencia del padre, de manera que se prejuzga y se menosprecia la situación del señor Fornerón, quien soltero, pero con todo el apoyo familiar, reclama para sí a su hija;** e) **considerar un impedimento para cuidar a un hijo la ausencia de una familia así como invocar la diferencia entre “familia constituida” y padre biológico** se contrapone, entre otras normas, a la legislación nacional sobre adopción y guarda, así como a la Convención Americana y la Convención sobre los Derechos del Niño, y f) el juez no ha cumplido además los preceptos legales que requieren del consentimiento del padre para otorgar la adopción, ya que el señor Fornerón “ha expresado en forma inequívoca su decisión de no otorgar en guarda a su hija”⁵¹⁹.

Esta sentencia fue revocada con fecha 10 de junio de 2003 por la Sala Primera de la Cámara Segunda de Paraná, toda vez que no se ajustó a derecho, inter alia, pues no se puede atribuir desidia al señor Fornerón en su actuación, además, el reconocimiento de la niña en el registro civil “jurídica y legalmente, y mientras no fuera impugnada su paternidad, le otorgaba el carácter invocado[,] con todos los derechos y deberes que ello conllevaba”, y

⁵¹⁹ Párrafo 34.

porque además en la causa no existió el consentimiento que necesariamente debía dar el señor Fornerón como padre para la guarda en adopción⁵²⁰.

Esta resolución fue revocada por el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, y en consecuencia, confirmó la sentencia de primera instancia. La sentencia consideró, primordialmente, el tiempo transcurrido y su impacto en el interés superior de “M”⁵²¹.

El 4 de diciembre de 2003, el señor Fornerón interpuso un recurso de apelación extraordinaria federal, el cual fue denegado el 2 de abril de 2003 por no cumplir los requisitos formales de admisibilidad⁵²².

El 15 de noviembre de 2001 se inició la tercera causa judicial referida, luego de que el señor Fornerón iniciara un juicio de derecho de visitas⁵²³. El 21 de octubre de 2005 tuvo lugar el único encuentro entre este y su hija⁵²⁴.

El 4 de mayo de 2011 se celebró una audiencia ante la Sala Civil y Comercial del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, en la que se escuchó a la niña, al señor Fornerón y al matrimonio B-Z. En esa ocasión, la niña manifestó que el señor Fornerón es un desconocido para ella y, aunque en momentos de su declaración indicó que no quería ver a su padre biológico. Luego de este juicio, las partes acordaron establecer un régimen de visitas de

⁵²⁰ Párrafo 35.

⁵²¹ Párrafo 36.

⁵²² Párrafo 37.

⁵²³ Párrafo 39.

⁵²⁴ Párrafo 40.

común acuerdo y en forma progresiva; que el señor Fornerón se desistiría del recurso de inaplicabilidad de ley; un pacto de confidencialidad, cesando todo tipo de publicidad, entrevistas o declaraciones sobre el caso, y que el señor Fornerón no realizaría nuevas denuncias penales o civiles, que perturben la vida familiar de la menor y de sus padres adoptivos⁵²⁵

Por otra parte, el 6 de julio de 2004 el matrimonio B-Z interpuso una demanda de adopción plena. En este juicio, el señor Fornerón manifestó su oposición a la adopción en varias ocasiones, entre ellas el 6 de abril de 2005, momento en que también informó al juez de la interposición de una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, adopción que fue otorgada el 23 de diciembre de ese año⁵²⁶.

En virtud de estos hechos, la Comisión solicitó a la Corte que declarase la responsabilidad internacional del Estado por la violación del derecho del señor Fornerón y de su hija a un debido proceso, a las garantías judiciales y a sus derechos a la protección a la familia, consagrados en los artículos 8.1, 25.1 y 17 de la Convención Americana, respectivamente, en relación con los artículos 19 y 1.1 del mismo instrumento y por el incumplimiento del artículo 2 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 19 de la misma.

⁵²⁵ Párrafo 42.

⁵²⁶ Párrafo 43.

II.- Razonamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte señala que Tribunal ha indicado anteriormente que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia, y en este sentido, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal. Asimismo, cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, y tomando en consideración los **daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios, en el bienestar del niño. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia**⁵²⁷.

Por otra parte, esta Corte reitera que en vista de la importancia de los intereses en cuestión, los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentra en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades, ya que, como lo ha indicado en otras ocasiones la Corte, el mero transcurso del tiempo en casos de custodia de menores de edad puede constituir un factor que favorece la creación de lazos con la familia tenedora o acogedora. Por ende, la mayor dilación en los

⁵²⁷ Párrafo 50.

procedimientos, independientemente de cualquier decisión sobre la determinación de sus derechos, podía determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho y volver perjudicial para los intereses de los niños y, en su caso, de los padres biológicos, cualquier decisión al respecto⁵²⁸.

En cuanto a la denuncia de haberse vulnerado las garantías procesales y la protección judicial del señor Fornerón, la Corte sostiene que la falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales, y que esta razonabilidad está dada por los siguientes elementos: a) complejidad del asunto; b) actividad procesal del interesado; c) conducta de las autoridades judiciales, y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso⁵²⁹. Al respecto, la Corte destaca en este caso la actividad procesal desplegada por señor Fornerón, entre cuyas actuaciones la Corte refiere que este **manifestó a las autoridades desde un inicio su oposición a la solicitud de guarda judicial que el matrimonio B-Z había interpuesto y, desde que tuvo conocimiento de que podía ser el padre de la niña, solicitó hacerse cargo de ella, sometiéndose a varios estudios**. La Corte concluye que la evidencia demuestra que señor Fornerón participó activamente haciendo todo lo posible para avanzar en la resolución de los mismos, dejando en claro a las autoridades su voluntad de cumplir sus derechos y deberes como padre, sin perjuicio de lo cual la CoIDH estima que en un caso como el presente, la responsabilidad de acelerar el procedimiento recae no en la actividad procesal del padre, sino sobre las autoridades judiciales, en consideración al deber de especial protección que deben brindar a la niña por su condición de menor de edad⁵³⁰. Habida cuenta que la dilación de los cuatro procesos judiciales impidieron que el demandante y su hija se hayan conocido y establecido un vínculo en 12 años, etapa que la

⁵²⁸ Párrafos 50-51.

⁵²⁹ Párrafo 66.

⁵³⁰ Párrafos 68-69.

Corte califica como primordial, estima que efectivamente se violaron en este caso los derechos alegados⁵³¹.

Con respecto a la fundamentación con base en estereotipos de género de la decisión referida la guarda, la Corte parte refiriéndose en primer lugar a la sentencia pronunciada por el juez de primera instancia, quien fundó su decisión de otorgar la guarda judicial de “M” al matrimonio B-Z, entre otras razones, a la falta de una relación formal entre el señor Fornerón y la madre de “M”; al hecho de que la relación entre ambos había sido casual, a que la madre habría mantenido al menos otra relación con otra persona-lo cual, si bien expresó que no era algo reprochable, demostraba que la niña no fue el resultado del amor o del deseo de formar una familia-; a que, por otro lado, el señor Fornerón supo del embarazo al menos durante los dos meses anteriores al nacimiento, no obstante lo cual este no habría mostrado interés al respecto ni en relación a resguardar el vínculo con “M”; y, finalmente, a que si se entregaba la niña al señor Fornerón, esta *“no contaría con una familia biológica, entendiéndose por tal al padre y a la madre, faltándole en consecuencia [...] la presencia materna”*, reiterando en su argumentación que el padre biológico *“no conoce a la menor y no se encuentra casado”*⁵³²..

A continuación, la Corte se refiere al pronunciamiento de uno de los jueces del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, quien afirmó que el señor Fornerón había demostrado indiferencia rayana en el abandono hacia su hija, hasta el momento de reconocerla, mientras que otro de los jueces de ese Tribunal manifestó que *“la madre en un comienzo cumplió con lo suyo que no es poco, conservó el embarazo y seguramente cuidó de la niña que estaba en su vientre, y lo hizo hasta el parto; el padre estuvo al tanto de ese embarazo, tanto es así que con posterioridad a la entrega de la menor a sus guardadores, la reconoce en el Registro Civil de Victoria. Con ello quiero decir que el padre,*

⁵³¹ Párrafos 76-77.

⁵³² Párrafo 91.

*indirectamente, tuvo que ver con la entrega de la menor, pues antes había tenido una actitud pasiva, lo que seguramente contribuyó con la decisión tomada por la madre*⁵³³.

Respecto a las expresiones vertidas por esos jueces en sus razonamientos, la Corte hace presente que estas se refieren, en primer lugar, a las características de la relación del señor Fornerón y la señora Enríquez, a las circunstancias en las que se produjo el embarazo, a unas supuestas indiferencia, pasividad y falta de colaboración del padre, todo lo cual habría motivado a la madre a la entrega de la niña. En segundo lugar, las expresiones de estos jueces hacen referencia a las circunstancias posteriores al nacimiento, que coinciden con el reclamo del señor Fornerón respecto de su hija entregada a otra familia por la madre⁵³⁴.

En cuanto a las apreciaciones vertidas en relación a las circunstancias previas al nacimiento, la Corte señala que el Juez de Primera Instancia no indicó qué consecuencias tendría en la relación de un padre y una hija la supuesta falta de amor entre los padres de ésta en el pasado, o la falta un noviazgo formal de más de 12 meses. Tampoco fundamentó de qué manera esos elementos perjudicarían el bienestar y el desarrollo de “M”, ni por qué eso impediría a un padre ejercer sus funciones parentales, ni analizó los motivos por los que la madre biológica se opuso a la entrega de la niña a su padre, ni por qué éste no pudo cuidar o colaborar con la madre embarazada, especialmente habida cuenta de que la entrega inicial de la niña al matrimonio B-Z se produjo de manera irregular, hecho que incluso motivó el inicio de acciones penales por la posible entrega de la niña a cambio de dinero. Además, -prosigue la Corte-, **los referidos jueces se refirieron a una supuesta indiferencia, desinterés o pasividad del señor Fornerón respecto de la mujer embarazada elogiando, uno de ellos, la conducta de la madre, obviando los reclamos del padre**

⁵³³ Párrafo 91.

⁵³⁴ Párrafo 92.

biológico respecto de la posible entrega de su hija recién nacida a cambio de dinero. Además se atribuyó esta decisión de la madre a la conducta del padre biológico, no obstante que de la prueba allegada al juicio se ha constatado que el señor Fornerón ofreció a la madre hacerse cargo de la niña. La Corte declara al respecto que la decisión unilateral de una mujer de no considerarse en condiciones para asumir su función de madre, no puede constituir para la autoridad judicial interviniente una fundamentación para negar la paternidad, y **observa que tales afirmaciones responden a ideas preconcebidas sobre el rol de un hombre y una mujer en cuanto a determinadas funciones o procesos reproductivos**, en relación con una futura maternidad y paternidad. Se trata de **nociones basadas en estereotipos que indican la necesidad de eventuales vínculos afectivos o de supuestos deseos mutuos de formar una familia, la presunta importancia de la “formalidad” de la relación, y el rol de un padre durante un embarazo, quien debe proveer cuidados y atención a la mujer embarazada, pues de no darse estos presupuestos se presumiría una falta de idoneidad o capacidad del padre en sus funciones con respecto a la niña, o incluso que el padre no estaba interesado en proveer cuidado y bienestar a ésta**⁵³⁵.

Por otro lado, a juicio de la Corte, las consideraciones del Juez de Primera Instancia demuestran también una **idea preconcebida de lo que es ser progenitor único, ya que al señor Fornerón se le cuestionó y condicionó su capacidad y posibilidad de ejercer su función de padre a la existencia de una esposa.** El estado civil de soltero del señor Fornerón, equiparado por uno de los jueces a “la ausencia de familia biológica”, como fundamento para privarle judicialmente del ejercicio de sus funciones de padre, **constituye una denegación de un derecho basada en estereotipos sobre la capacidad, cualidades o atributos para ejercerla paternidad de manera**

⁵³⁵ Párrafos 93-94.

individual, ello sin haber considerado las características y circunstancias particulares del progenitor que quiere, en su individualidad, ejercer su función de padre. Al respecto, la Corte reitera que **en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo de la misma,** y que ya se pronunciando en el sentido de que el término **“familiares” debe entenderse ampliamente, abarcando a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano** –como los abuelos, como ocurrió en este caso-. Por otra parte, no hay evidencia de que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños⁵³⁶.

La Corte reitera asimismo que una determinación a partir de presunciones y estereotipos sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para asegurar el interés superior del niño, y que este interés no puede ser utilizado para negar el derecho de su progenitor a tener un vínculo con su hija en razón de su estado civil, privilegiando en cambio a aquellos que cuentan con un estado civil que se ajusta a un determinado concepto de familia. A partir de lo anteriormente expuesto, la Corte concluye que **las decisiones judiciales que privaron al señor Fornerón de ejercer su función de padre y crear un vínculo con su hija, no velaron efectivamente por el interés superior de la niña ni por los derechos del padre, y que se basaron en aseveraciones que revelan una idea predeterminada referida a las circunstancias en las que se produjo su paternidad, y también a que un progenitor solo no puede hacerse cargo de un hijo.** Por otra parte, afirma que no puede invocarse el interés superior del niño para legitimar la inobservancia de requisitos legales, la demora o errores en los procedimientos judiciales, por lo cual la Corte declara que las autoridades judiciales a cargo del proceso de guarda no actuaron con la debida diligencia y por ello el Estado violó el derecho

⁵³⁶ Párrafo 98.

a las garantías judiciales previsto en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 17.1 y 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Fornerón y de su hija “M”, así como en relación con el artículo 19 de la misma en perjuicio de esta última⁵³⁷.

Por último, en cuanto a la eventual vulneración de la protección al derecho a la familia, la Corte declara que en el presente caso no se cumplió con el requisito de excepcionalidad de la separación de la niña respecto de su familia biológica, toda vez que el juez que otorgó la guarda judicial y posterior adopción no tuvo en cuenta la voluntad del señor Fornerón de cuidar y de no continuar separado de su hija, aun cuando este manifestó dicha voluntad de manera expresa y reiterada ante diversas autoridades, y particularmente ante dicho funcionario en los procesos de guarda y de adopción. Por otra parte, el referido juez tampoco determinó, a criterio de la CoIDH, la existencia de alguna de las circunstancias excepcionales establecidas por la Convención sobre los Derechos del Niño, tales como “casos en los que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres”, que hubieran permitido, excepcionalmente, la separación del padre de su hija.

Por otra parte, la CoIDH señala que durante el proceso de adopción, no se dispusieron medidas para vincular al señor Fornerón con su hija, no obstante que en las decisiones judiciales de guarda y adopción se determinó esta posibilidad. Tampoco consta que en más de once años se haya dispuesto judicialmente un régimen de visitas que hubiera permitido la vinculación entre padre e hija, pese al acuerdo de las partes celebrado ante el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos en mayo de 2011⁵³⁸.

Cabe señalar que dentro de las reparaciones ordenadas por la Corte al Estado de Argentina en este caso, se encuentra la obligación de implementar, un **programa o curso** obligatorio dirigido a operadores judiciales, incluyendo

⁵³⁷ Párrafos 98-106.

⁵³⁸ Párrafo 122.

jueces, defensores, fiscales, asesores y demás funcionarios de la Provincia de Entre Ríos –lugar donde ocurrieron los hechos-, vinculados a la administración de justicia respecto de niños y niñas que contemple, entre otros aspectos, los estándares internacionales en derechos humanos, **particularmente, en materia de los derechos de los niños y niñas y su interés superior y el principio de no discriminación**⁵³⁹.

III.- Comentarios acerca del razonamiento de la CoIDH sobre los estereotipos aplicados en este caso

En este caso, la Corte reconoció que el demandante fue privado de ejercer el cuidado personal de su hija debido a que los tribunales que decidieron su guarda y adopción, lo hicieron basados en estereotipos que indican la necesidad de supuestos deseos mutuos de formar una familia, la presunta importancia de la “formalidad” de la relación, y el rol de un padre durante un embarazo.

Ahora bien, no obstante que la CoIDH detectó y nombró la presencia de estereotipos de género, omitió mencionar que se trataría de un **estereotipo compuesto**, en el cual se entrecruzan los siguientes estereotipos:

⁵³⁹ Párrafo 182.

- El **estereotipo que prescribe una familia heterosexual**, formada por una madre y un padre que estén casados y que tengan deseos recíprocos de tener hijos;
- El **estereotipo de roles sexuales que prescribe que es tarea de la madre, y no del padre, criar a los hijos**;
- El **estereotipo de roles sexuales que prescribe a la mujer llevar a término un embarazo bajo cualquier circunstancia** –de ahí que los jueces se hayan dado el tiempo de elogiar el hecho de que la ex pareja del demandante no hubiese abortado, hecho que terminó eclipsando los repetidos intentos del demandante de reconocer su paternidad y ejercer el cuidado personal de su hija;
- El **estereotipo de sexo**, en virtud del cual se atribuye desinterés en siquiera tener una relación con sus hijos al padre soltero.

Se advierte además que en este caso, la Corte reiteró algunos de los criterios aplicados en el caso Atala, conforme a los cuales no es aceptable invocar el interés superior del niño con fines discriminatorios para las personas y para las familias. En este caso, la Corte condenó las decisiones judiciales que privaron al señor Fornerón del cuidado de su hija, en razón de una supuesta afectación al interés superior de esta que conllevaría el ejercicio de su paternidad como padre soltero, y afirmó además que no existe evidencia de que las familias monoparentales no sean idóneas para ejercer el cuidado de los

niños y niñas. En suma, la Corte se refirió a los efectos nocivos de los estereotipos de género aplicados en este caso, esto es, la privación al señor Fornerón de su derecho a reconocer su paternidad y ejercer el cuidado personal de su hija, la privación de su derecho a acceder a la justicia, así como la privación del demandante y su hija de sus derechos a la protección de la familia, y la perturbación que sufrió esta última respecto a su derecho a la identidad. No obstante, faltó expresar cómo la perpetuación este estereotipo compuesto referido al tipo de familia deseable socialmente y a los roles que corresponde ejercer en ese modelo de familia a las madres y a los padres, favorece, por un lado, la discriminación a las familias monoparentales y a sus hijos, y por otro, la separación de hijos y padres, por razones que no tienen nada que ver con el interés superior del niño o niño ni con las habilidades de sus padres para ejercer la crianza de sus hijos.

Se advierten similitudes en este caso con respecto al Asunto Marckx antes visto, pues tanto el señor Fornerón como la señora Marckx fueron discriminados en el ejercicio de sus respectivas funciones de padre y madre, en atención a sus estados civiles, y los roles y conductas prescritos a hombres y mujeres en relación a la maternidad y paternidad. En ambos casos, además, la perpetuación de este estereotipo compuesto refuerza los estereotipos referidos a la forma en que deben estar conformadas las familias, y a los supuestos impactos en el desarrollo que tendría en sus hijos el hecho de no nacer dentro del matrimonio. En ambos casos, además, los respectivos tribunales

determinaron que estas ideas preconcebidas resultaron en una discriminación arbitraria para los demandantes.

Ahora bien, no obstante que en ambos casos los respectivos tribunales declararon la arbitrariedad de establecer distinciones en relación al tipo de familia, se observa que en el Caso Fornerón, tal como ocurrió en el caso Atala – y a diferencia de lo que ocurrió en el asunto Marckx-, la Corte no manifiesta preferencia por un tipo determinado de familia. Sin embargo, es de justicia hacer presente que entre la sentencia pronunciada en el asunto Marckx y la sentencia dictada en el Caso Fornerón transcurrieron 35 años, tiempo en cual el criterio antiestereotipación ha experimentado un desarrollo tanto en doctrina como en jurisprudencia, a lo cual hay que agregar los cambios sociales tanto en Europa como en América Latina, que han flexibilizado los estándares respecto de lo que socialmente se considera “familia” –sin perjuicio de que esta discusión no se encuentra superada, según se desprende del hecho de que en una fecha tan reciente como 2014 la Corte se pronuncie respecto la variedad de formas que puede presentar esta institución-.

Se advierten asimismo similitudes con el asunto Konstantin Markin, ya que ambos casos se refieren a padres que fueron privados de un derecho en atención a un estereotipo que prescribe la división sexual de roles, y conforme a la cual la crianza de niños no es materia de hombres sino que de mujeres.

Por último, y habida cuenta de que la Corte se refirió a la aplicación de estereotipos de género en este caso, y a los efectos nocivos que estos tuvieron en el mismo, se echa de menos que no haya ordenado alguna medida que apunte a dismantelarlos, como ocurrió, por ejemplo, en el caso Atala. En efecto, si bien la capacitación que ordenó para los funcionarios judiciales de la provincia de Entre Ríos debía referirse a los estándares internacionales en materia de interés superior del niño y del principio de no discriminación, estándares dentro de los cuales se entienden incorporados los estereotipos de género, habría sido deseable una declaración de la Corte en el sentido de explicitar que estas capacitaciones debían referirse también a esos estereotipos y a sus efectos en materia de derechos humanos.

d) Caso Artavía Murillo y Otros (“Fecundación *In Vitro*”) Vs. Costa Rica (sentencia de fecha 28 de noviembre de 2012)

I.- Hechos del caso

En Costa Rica, el Decreto Ejecutivo No. 24029-S de 3 de febrero de 1995, emitido por el Ministerio de Salud, autorizaba la práctica de la fecundación in vitro (en adelante, FIV), para parejas conyugales. En su artículo

1° el Decreto Ejecutivo regulaba la realización de técnicas de reproducción asistida entre cónyuges, y establecía reglas para su realización. En el artículo 2° se definían las técnicas de reproducción asistida como *“todas aquellas técnicas artificiales en las que la unión del óvulo y el espermatozoide se logra mediante una forma de manipulación directa de las células germinales a nivel de laboratorio”*⁵⁴⁰.

La FIV fue declarada inconstitucional por la Sala Constitucional de Costa Rica mediante de 15 de marzo de 2000, declarando que este infringía el principio de reserva legal, según el cual *“solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales”*.

Asimismo, la Sala Constitucional determinó que las prácticas de FIV *“atentan claramente contra la vida y la dignidad del ser humano”*⁸⁶. Para su fundamentación, la Sala Constitucional indicó que: i) ***“el ser humano es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no sólo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida; ii) en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico, y iii)***

⁵⁴⁰ Párrafo 68.

como el derecho [a la vida] se declara a favor de todos, sin excepción, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer”. De acuerdo a lo anterior, la Sala concluyó que el Decreto Ejecutivo regulaba el “derecho a la vida y a la dignidad del ser humano”, razón por la cual la regulación de estos derechos por el Poder Ejecutivo resultaba incompatible con el Derecho de la Constitución⁵⁴¹.

Los magistrados Arguedas Ramírez y Calzada Miranda presentaron conjuntamente su salvamento de voto a la sentencia, en el cual señalaron que la FIV “**no es incompatible con el derecho a la vida ni a la dignidad humana**, sino por el contrario, constituye un instrumento que la ciencia y la técnica han concebido al ser humano para favorecerla, ya que la infertilidad [...] debe ser vista como la consecuencia de un estado genuino de enfermedad”. Igualmente, manifestaron que las “[t]écnicas de [r]eproducción [a]sistida [...] se ofrecen como un medio para ejercer el legítimo ejercicio del derecho a la reproducción humana, que, aunque no está expresamente reconocido en [la] Constitución Política, se deriva del derecho a la libertad y la autodeterminación, el derecho a la intimidad personal y familiar y a la libertad para fundar una familia”⁵⁴².

Por otra parte, en un intento por cumplir con las recomendaciones efectuadas por la Comisión Interamericana, se presentó en la Asamblea

⁵⁴¹ Párrafos 70-75.

⁵⁴² Párrafo 77.

Legislativa durante el año 2010 un proyecto de ley tratando de regular la FIV, el cual contemplaba, entre otras cosas, la protección de todos los derechos de la persona humana a partir de la fecundación y establecía que podía practicarse la FIV, siempre que todos los óvulos fertilizados en un ciclo de tratamiento fuesen transferidos a la misma mujer que los produjo. Además, prohibía la reducción o destrucción de embriones, bajo sanción de prisión de uno a seis años. Este proyecto de ley no fue aprobado⁵⁴³.

. La Corte menciona las impresiones de la Organización Panamericana de la Salud (OPS) contra el proyecto, quien resaltó los *“riesgos de múltiples embarazos que pueden ocurrir cuando todos los óvulos fertilizados en un ciclo de tratamiento son transferidos a la misma mujer que los produjo, lo cual a su vez incrementa el riesgo del aborto espontáneo, complicaciones obstétricas, nacimientos prematuros y morbilidad neonatal[lo cual] puede poner en peligro el derecho a la vida de la mujer e incluso ocasionar la realización de un aborto terapéutico lo que a su vez afecta negativamente el goce del derecho a la salud”*⁵⁴⁴.

La Comisión Interamericana presentó ante la CIDH una demanda en contra de Costa Rica, alegando que la prohibición absoluta de la FIV violaba los artículos 11.2, 17.2 y 24 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, en perjuicio de Grettel Artavía Murillo,

⁵⁴³ Párrafo 84.

⁵⁴⁴ *Ibidem*.

Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón Porras, Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega, Carlos E. Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriéster Rojas Carranza. De ellos, algunos tuvieron que viajar fuera de Costa Rica para realizarse un tratamiento in vitro; otros, terminaron divorciándose, y señalaron la imposibilidad de tener hijos como un factor para terminar el matrimonio. En algunos casos, se interrumpieron tratamientos de FIV que estaban en curso, mientras que otros tantos tramitaron la adopción, proceso que en uno de esos casos no concluyó con el otorgamiento del cuidado de un niño o niña⁵⁴⁵.

II.- Razonamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte invocó el artículo 11 de la Convención Americana, el cual establece la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar, prohibiendo toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, y enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. Al respecto, la Corte reitera que el ámbito de la privacidad se caracteriza por

⁵⁴⁵ Párrafos 80-125.

quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. Asimismo, reitera que el artículo 7 de la Convención Americana, que consagra **el derecho a la libertad personal**, debe interpretarse en forma amplia, entendiendo que incluye la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido, y que consiste en el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones; de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, **de modo tal que es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana**⁵⁴⁶.

La Corte declara que en el presente caso, se da una **combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada**, que se relacionan con el derecho **a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental, y específicamente los derechos reproductivos de las personas**. Al respecto, la Corte reitera que el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, **de la manera más amplia**, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Asimismo, la Corte señala que el derecho a la vida privada se relaciona con la **autonomía reproductiva, y el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho**. La Corte señala que el derecho

⁵⁴⁶ Párrafo 142.

a la autonomía reproductiva está reconocido además en el artículo 16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y que este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad, por lo cual **la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos**⁵⁴⁷.

La Corte hace presente que los derechos a la vida privada y a la integridad personal se hallan también directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud, y que la **falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva**. Existe por tanto una **conexión entre la autonomía personal, la libertad reproductiva y la integridad física y psicológica**⁵⁴⁸.

La Corte reitera además que los Estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y a la integridad personal. En relación con este último derecho, la Corte destaca la definición de salud genésica otorgada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conforme a la cual **“la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean**

⁵⁴⁷ Párrafos 144-146.

⁵⁴⁸ Párrafo 147.

reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud⁵⁴⁹. En consecuencia, la Corte establece que **el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones**, y que del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia, se deriva **el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona**⁵⁵⁰.

Con respecto al ejercicio de estos derechos y a su eventual vulneración producto de la prohibición absoluta en Costa Rica de la práctica de la FIV, la Corte señala que la sentencia de la Sala Constitucional generó la interrupción del tratamiento médico que habían iniciado algunas de las presuntas víctimas del presente caso, mientras que otras se vieron obligadas a viajar a otros países para poder acceder a la FIV, **hechos que a su juicio constituyen una**

⁵⁴⁹ Párrafo 148.

⁵⁵⁰ Párrafo 150.

interferencia en la vida privada y familiar de las presuntas víctimas, en tanto debieron modificar o variar las posibilidades de acceder a la FIV, lo cual constituía una decisión de las parejas respecto a los métodos o prácticas que deseaban intentar con el fin de procrear un hijo o hija biológicos.

La Corte precisa que la injerencia en el presente caso no se encuentra relacionada con el hecho de que las familias hayan o no podido tener hijos, pues aún si hubieran podido acceder a la técnica de la FIV, no es posible determinar si dicho objetivo se hubiera podido alcanzar. **La injerencia se circunscribe a la posibilidad de tomar una decisión autónoma sobre el tipo de tratamientos que querían intentar para ejercer sus derechos sexuales y reproductivos.** Sin perjuicio de lo anterior, la Corte observa que algunas de las presuntas víctimas señalaron que una de las causas que influyó en la ruptura del lazo matrimonial se relacionó con el impacto de la prohibición de la FIV en la imposibilidad de tener hijos⁵⁵¹.

En cuanto a la eventual infracción al artículo 4.2 de la Convención Americana, en la cual se basó la Sala Constitucional de Costa Rica para prohibir la práctica de la FIV, la Corte establece que es necesario definir cómo debe interpretarse el término “concepción”, de conformidad a la Convención Americana. Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en

⁵⁵¹ Párrafo 161.

diferenciar **dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. Sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción.** Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, la Corte constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, **lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas, y en consecuencia, la Corte entiende que el término “concepción” no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer.** Prueba de lo anterior, es que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez que se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada “Gonodotropina Coriónica”, que sólo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes de esto es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación⁵⁵². Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte entiende el término **“concepción” desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana.** Asimismo, la expresión "en general" permite

⁵⁵² Párrafos 186-187.

inferir excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no permite precisar el alcance de dichas excepciones⁵⁵³.

Por otro lado, la Corte declara que la Sala Constitucional se basó en el artículo 4 de la Convención Americana, el artículo 3 de la Declaración Universal, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. **No obstante, de ninguno de estos artículos o tratados ni de los trabajos preparatorios o de una interpretación sistemática de los derechos consagrados en la Convención Americana o en la Declaración Americana es posible sustentar que el embrión pueda ser considerado persona en los términos del artículo 4 de la Convención.** En suma, la finalidad del artículo 4.1 de la Convención es la de **salvaguardar el derecho a la vida sin que ello implique la negación de otros derechos que protege la Convención.** En ese sentido, la cláusula "en general" tiene como objeto y fin el permitir que, ante un conflicto de derechos, sea posible invocar excepciones a la protección del derecho a la vida desde la concepción. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte sostiene que no es admisible el argumento del Estado en el sentido de que sus normas constitucionales otorgan una mayor protección del derecho a la vida y, por consiguiente, procede hacer prevalecer este derecho en forma absoluta. Por el contrario, **esta visión niega la existencia de derechos que pueden ser objeto de restricciones desproporcionadas bajo una**

⁵⁵³ Párrafo 188.

defensa de la protección absoluta del derecho a la vida, lo cual sería contrario a la tutela de los derechos humanos, aspecto que constituye el objeto y fin del tratado⁵⁵⁴.

La ColDH hace presente además que **toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial**, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. Al respecto, al Corte recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, **ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad**. En este sentido, la Corte declara que **es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, con el fin de garantizar que las limitaciones anteriormente descritas sean desmanteladas. Por tanto, es necesario que los Estados promuevan prácticas de inclusión social y adopten medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras⁵⁵⁵**. Sobre esta base, y teniendo en

⁵⁵⁴ Párrafos 258-259.

⁵⁵⁵ Párrafo 292.

cuenta además la definición desarrollada por la OMS, según la cual la infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo, **la Corte concluye que la infertilidad es una limitación funcional reconocida como una enfermedad y que las personas con infertilidad en Costa Rica, al enfrentar las barreras generadas por la decisión de la Sala Constitucional, debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad**, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva. **Dicha condición demanda una atención especial para que se desarrolle la autonomía reproductiva**⁵⁵⁶.

Con respecto al impacto que tuvo la prohibición de la FIV en las mujeres, la Corte considera, por un lado, que la **prohibición de la FIV puede afectar tanto a hombres como a mujeres, y por otro, que les puede producir impactos desproporcionados diferenciados por la existencia de estereotipos y prejuicios en la sociedad**⁵⁵⁷. Al respecto, cita a la Organización Mundial de la Salud, la cual ha señalado que si bien el papel y la condición de la mujer en la sociedad no deberían ser definidos únicamente por su capacidad reproductiva, la feminidad es definida muchas veces a través de la maternidad, y que **en estas situaciones el sufrimiento personal de la mujer infecunda es exacerbado y puede conducir a la inestabilidad del matrimonio, a la violencia doméstica, la estigmatización e incluso el**

⁵⁵⁶ Párrafo 293.

⁵⁵⁷ Párrafo 294.

ostracismo, mientras que según datos de la Organización Panamericana de la Salud, existe una brecha de género con respecto a la salud sexual y reproductiva, por cuanto las enfermedades relacionadas con la salud sexual y reproductiva tienen el impacto en aproximadamente el 20% entre las mujeres y el 14% de los hombres⁵⁵⁸. Por otro lado, la Corte cita al Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer, el cual ha señalado que cuando una "*decisión de aplazar la intervención quirúrgica debido al embarazo estuvo influenciada por el estereotipo de que la protección del feto debe prevalecer sobre la salud de la madre*", ésta resulta discriminatoria.

La Corte considera que en el presente caso se está ante una situación parecida de influencia de estereotipos, por cuanto la Sala Constitucional dio prevalencia absoluta a la protección de los óvulos fecundados, sin considerar la situación de discapacidad de algunas de las mujeres⁵⁵⁹.

Asimismo, aunque la infertilidad puede afectar a hombres y mujeres, la utilización de las tecnologías de reproducción asistida se relaciona especialmente con el cuerpo de las mujeres, por lo que la prohibición de la FIV tiene un impacto negativo desproporcional sobre las mujeres, aunque aparezca neutral por no estar expresamente dirigida hacia las mujeres. En este sentido, la Corte considera que interrupción del tratamiento tiene un impacto diferenciado

⁵⁵⁸ Párrafo 296.

⁵⁵⁹ Párrafo 297.

en las mujeres, porque era en sus cuerpos donde se llevaban a cabo intervenciones asociadas a la FIV. Por otra parte, las mujeres podrían acudir a la FIV sin necesidad de una pareja, y al respecto, la Corte manifiesta estar de acuerdo con el CEDAW en cuanto a que es necesario considerar *“los derechos de salud de las mujeres desde una perspectiva que tome en cuenta sus intereses y sus necesidades en vista de los factores y los rasgos distintivos que las diferencian de los hombres, a saber: (a) factores biológicos [...], tales como [...] su función reproductiva”*⁵⁶⁰.

Con respecto al **impacto de la infertilidad en los hombres**, la Corte cita las palabras de la perita Alicia Neuburger, quien manifestó que en ellos, la infertilidad genera un fuerte sentimiento de impotencia, cuestionamientos referentes a su identidad de género, y una necesidad de ocultar su infertilidad, a fin de evitar burlas y cuestionamientos por parte de otros hombres⁵⁶¹.

Respecto al impacto diferenciado de la infertilidad en hombres y mujeres, **la Corte resalta que estos estereotipos de género son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y se deben tomar medidas para erradicarlos, y declara que no está validando dichos estereotipos, sino que tan sólo los reconoce y visibiliza para precisar el**

⁵⁶⁰ Párrafos 299-300.

⁵⁶¹ Párrafo 301.

impacto desproporcionado de la interferencia generada por la sentencia de la Sala Constitucional⁵⁶².

Finalmente, la Corte declaró que la prohibición de la FIV en Costa Rica tuvo un impacto desproporcionado en las parejas que no contaban con los medios económicos para costear un tratamiento de FIV en el extranjero⁵⁶³.

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente señalado, la Corte concluye que en este caso, Costa Rica violó los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de las personas antes individualizadas, y en consecuencia, decidió condenar a ese Estado a adoptar, con la mayor celeridad posible, las medidas apropiadas para dejar sin efecto la prohibición de practicar la FIV, y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo. Asimismo, condenó a Costa Rica a regular los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV, teniendo en cuenta los principios establecidos en esta Sentencia; a incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación; y a implementar programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación, dirigidos a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial.

⁵⁶² Párrafo 302.

⁵⁶³ Párrafo 303.

III.- Comentarios acerca del razonamiento de la CIDH sobre los estereotipos aplicados en este caso

Lo primero que destaca en este fallo es que la Corte aclara que sólo busca poner en evidencia los estereotipos de género que afectan a hombres y mujeres en relación a la fertilidad, a fin de que resulte ilustrativo del impacto desproporcionado en unos y otras la dificultad o imposibilidad de reproducirse. Con esta aclaración, se deduce que la Corte pretende eliminar cualquier sospecha de que en su razonamiento, hizo suyos esos estereotipos.

Ahora bien, la CoIDH no especifica la clase de estereotipo de género presente en este caso, a saber, un estereotipo de sexo, toda vez que tiene que ver con características físicas y biológicas de hombres y mujeres, que en este caso, tienen que ver con sus respectivas funciones reproductivas.

Sí menciona la CoIDH, en cambio, los efectos nocivos de esos estereotipos en general, a saber, el impacto desproporcionado que tienen en hombres y mujeres, y los efectos nocivos de esos estereotipos en este caso en particular, tales como la interrupción de tratamientos FIV que estaban en curso, imposibilidad de acceder a una FIV fuera de Costa Rica, sentimientos de impotencia, desgastes en las relaciones de pareja de algunas de las víctimas hasta culminar en divorcio, entre otras consecuencias.

Asimismo, del razonamiento de la Corte se deduce que la perpetuación de estos estereotipos **contribuye a atribuir una menor importancia a una condición de salud que afecta de manera desproporcionada la integridad física y psíquica de las mujeres -como es la infertilidad-, en favor de la protección absoluta de la vida de los óvulos fecundados.** Para arribar a esa conclusión, la Corte utiliza el **principio de proporcionalidad**, según se desprende de la justificación de esta sentencia, toda vez que declara que la protección absoluta a la vida del nasciturus, en cuanto restringe o priva a las mujeres de sus derechos –tales como la libertad, el derecho a la vida privada, y a beneficiarse del progreso de la ciencia, entre otros-, no configura una restricción legítima por parte del Estado.

Se desprende además del párrafo N° 293 de esta sentencia que la CoIDH considera a la población costarricense como un grupo vulnerable⁵⁶⁴, por cuanto la Sala Constitucional de Costa Rica impuso barreras de acceso a las técnicas sanitarias necesarias para resolver problemas de salud reproductiva, barreras que se impusieron a consecuencia del valor desproporcionado que otorgó ese tribunal a la vida del nasciturus con respecto a una condición de salud que afecta desproporcionadamente a las mujeres, en virtud de estereotipos de género.

⁵⁶⁴ Ver página 230.

Por otro lado, establece los derechos que fueron vulnerados, tales como la libertad, la vida privada, a su autonomía reproductiva, a beneficiarse del progreso científico y a fundar una familia. Sin embargo, hubiese sido deseable que la Corte, en virtud del principio *jura novit curia*, al cual ha recurrido en otras ocasiones, hubiese declarado que en el caso se incurrió en una vulneración al artículo 4 letras a, b, c, e y f⁵⁶⁵; y el artículo 6⁵⁶⁶ de la Convención de Belém de Pará, toda vez que en la motivación de la sentencia, nombró los estereotipos de género que conllevaron un impacto desproporcionado en las mujeres al prohibirse la FIV en Costa Rica. De haber sido así, la Corte habría declarado frente a los Estados respecto de los cuales tiene competencia que este estereotipo constituye una forma de violencia contra la mujer. De paso, serviría como llamado a la Comisión Interamericana a reforzar la aplicación de la Convención de Belém de Pará, cuando le corresponda conocer casos donde se hayan aplicado estos estereotipos.

⁵⁶⁵ **Artículo 4:** Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros:

- a. el derecho a que se respete su vida;
- b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral;
- c. el derecho a la libertad y a la seguridad personales;
- e. el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia.

⁵⁶⁶ **Artículo 6:** El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros:

- a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y
- b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

Cabe señalar que el razonamiento de la Corte, en tanto declaró que en el presente caso se está ante una situación de influencia de estereotipos de género, en la cual la Sala Constitucional de Costa Rica hizo prevalecer de manera absoluta la protección de los óvulos fecundados a costa de la situación de discapacidad de algunas de las mujeres, causó inquietud y polémica, por cuanto utiliza un argumento recurrente en un tema respecto del cual no existe aún consenso: El aborto. En efecto, del razonamiento de la Corte se desprende que el nasciturus no es titular de derechos, toda vez que este no tiene vida independiente de la mujer, quien sí es titular de derechos. Está por ver las repercusiones que pueda traer este fallo, si se aplica la doctrina del Control de Convencionalidad de la CIDH⁵⁶⁷.

e) Caso I.V. contra Bolivia (sentencia de 30 de noviembre de 2016).

I.- Hechos del caso

I.V., ciudadana peruana refugiada en Bolivia, comenzó a concurrir al Hospital de la Mujer La Paz a partir de febrero del año 2000, a fin de controlar su tercer embarazo. Por ese entonces, I.V. tenía 35 años⁵⁶⁸.

⁵⁶⁷ **Chía, Eduardo; y Contreras, Pablo:** “Análisis De La Sentencia Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica De La Corte Interamericana De Derechos Humanos”. Estudios Constitucionales, Año 12, N° 1, 2014, pp. 576-582.

⁵⁶⁸ Párrafo 62.

Durante la tarde del 1 de julio de 2000, I.V. ingresó al Hospital de la Mujer de La Paz, luego de que se le produjera una ruptura espontánea de membranas a la semana 38.5 de gestación y dolor a nivel de una cesárea anterior. Esto último, sumado a que I.V. no había iniciado el trabajo de parto, y a que el feto se encontraba en situación transversa, decidió a su médico tratante someterla a una cesárea. En dicho procedimiento participaron como parte del equipo quirúrgico el médico ginecólogo obstetra, quien era el Jefe de Guardia en esa fecha, y actuó como cirujano instructor y segundo ayudante; el médico residente de tercer año, quien ofició como primer cirujano; la anesthesióloga y la instrumentadora. Además, se encontraban presentes durante el acto operatorio un interno segundo ayudante y una circulante⁵⁶⁹.

La cesárea fue iniciada por el médico residente de tercer año pasadas las 19:00 horas. Durante el transcurso del procedimiento quirúrgico de la cesárea se verificó la presencia de múltiples adherencias a nivel del segmento inferior del útero, y ante la dificultad del caso, el médico ginecólogo obstetra se hizo cargo de la cirugía en su condición de instructor. Luego de que el neonatólogo se llevó a la niña recién nacida, se realizó a I.V. una salpingoclasia bilateral bajo la técnica pomero, conocida comúnmente como ligadura de las trompas de Falopio. **Ambos procedimientos quirúrgicos fueron realizados encontrándose la paciente bajo anestesia epidural.**

⁵⁶⁹ Párrafo 63.

Su marido, en tanto, firmó de forma previa al procedimiento quirúrgico un formulario denominado de “autorización familiar para cirugía o tratamiento especial” respecto a la cesárea, el cual no fue firmado por I.V. durante el transoperatorio. Por otro lado, el médico ginecólogo obstetra solicitó que se buscara al esposo de I.V., a fin de que otorgara la autorización para realizar la ligadura de las trompas de Falopio, pero este no fue localizado⁵⁷⁰.

El protocolo operatorio de la intervención quirúrgica de I.V. consigna que esta se encontraba bajo anestesia, y que “se decide por la presencia de múltiples adherencias, por la incisión corporal uterina la realización de salpingoclasia bilateral en tipo pomerooy **para salvaguardar la vida futura de la madre, se comunica a la misma en el transoperatorio dando su consentimiento verbal** y se realiza la salpingoclasia con dificultad por adherencias”. Dos días después de la cirugía, el médico residente hizo la siguiente anotación en la hoja de evolución de la paciente: “3/07/00. El día de ayer se comunicó a la paciente de que la salpingoclasia bilateral fue realizada por indicación médica, la misma que fue aceptada por la paciente al comprender que con futuro embarazo su vida corre peligro”⁵⁷¹.

La Corte consigna que **I.V. ha negado de forma consistente ante los tribunales internos, durante el procedimiento en la Comisión y ante la CIDH haber otorgado un consentimiento de forma verbal para la**

⁵⁷⁰ Párrafos 64-65.

⁵⁷¹ Párrafos 66-67.

realización de la ligadura de las trompas de Falopio, y asegura que fue durante la visita médica del residente el día 2 de julio de 2000, que tomó conocimiento de que le habían realizado la ligadura de las trompas de Falopio⁵⁷².

Tras los reclamos de I.V. por los hechos antes referidos, se realizaron auditorías al Hospital. En la segunda de esas auditorías, el Comité de Auditoría del Hospital de la Mujer concluyó que la ligadura de trompas se realizó para preservar “*el futuro bienestar materno*”. La tercera auditoría médica, la cual fue realizada por el Comité de Decisiones de Auditoría Médica de la Dirección General de Servicios de Salud del Ministerio de Salud y Previsión Social, estableció que se cometieron errores en la confección de la historia clínica, en las notas de evolución y en los registros del Hospital. Aseguró además que la vida de I.V. no corría peligro y, consecuentemente, concluyó que la esterilización de I.V. no fue justificada de acuerdo con las normas de salud vigentes⁵⁷³.

El Tribunal de Ética del Colegio Médico Departamental de La Paz emitió un informe con fecha 5 de julio de 2001, manifestándose en desacuerdo con la decisión a la que arribó el Comité de Decisiones de Auditoría Médica de la Dirección General de Servicios de Salud del Ministerio de Salud y Previsión Social, que realizó la auditoría anterior. Entre sus consideraciones, sostuvo que

⁵⁷² Párrafo 68.

⁵⁷³ Párrafo 72-78.

en la documentación analizada se encontraba un formulario institucional del Hospital de la Mujer **firmado por el esposo de la paciente que autorizaba la operación cesárea** y, que cualquier “tratamiento especial” que tuviera que efectuarse *“en previsión de los diferentes hallazgos, contingencias y/o complicaciones quirúrgicas que se podrían presentar en el curso de una operación de cesárea, obligando a ejecutar procedimientos adicionales correctivos o preventivos”*. El Tribunal de Ética consideró que la salpingoclasia bilateral de tipo pomero y entraría dentro de este concepto. Adicionalmente, el Tribunal de Ética sostuvo que *“no se podía contar con el consentimiento informado[,] escrito y específico para la realización de la salpingoclasia bilateral, al ser este un procedimiento no previsto, que lo efectuó el cirujano por el estado de necesidad de los hallazgos operatorios”, de modo tal que bastaría la autorización verbal que habría dado la paciente*. Indicó además como el riesgo a la vida de la paciente *“el peligro futuro de ruptura de útero en un próximo embarazo, por la debilidad de la pared uterina subsecuente a la cesárea corporal”*. Finalmente, recomendó que se brindara a la señora I.V. una explicación exhaustiva de todo lo acontecido, así como la normalización y aplicación sistemática del consentimiento escrito informado en los servicios de salud⁵⁷⁴.

El 12 de mayo de 2002, el Director Técnico del Servicio Departamental del Salud de la Paz instruyó a la Unidad de Asesoría Jurídica del Servicio

⁵⁷⁴ Párrafos 81-85.

Departamental de Salud de La Paz para que iniciara un proceso administrativo en este caso, el cual se inició con fecha 17 de mayo de ese año, en contra del médico instructor y del residente. Más tarde, el 25 de julio de 2002 la Jefa de la Unidad de Asesoría Jurídica del SEDES La Paz emitió la Resolución Final dentro del proceso administrativo, la cual resolvió establecer responsabilidad administrativa en contra del médico instructor y disponer su destitución, a la vez que declaró sobreseído al médico residente, ya que actuó en calidad de residente y, según la normativa interna, *“estaba completamente prohibido de realizar intervención quirúrgica, sin el asesoramiento del ‘Profesor’”*. En dicha resolución además constan las declaraciones de ambos médicos, uno de los cuales -el médico residente-, declaró que *“era necesario efectuar la cesárea, como también la ligadura de trompas desde un punto de vista médico, pero incorrecto desde un punto de vista legal, porque se debería esperar a que la Sra. [I.V.] posterior a la [c]irugía tome la decisión, para hacerse o no ligar las trompas”*⁵⁷⁵.

Contra esa resolución, el médico instructor recurrió de apelación con fecha 12 de febrero de 2003, la cual fue acogida el 10 de marzo de ese año, dejando sin efecto su declaración de responsabilidad administrativa y destitución, declarándolo, en consecuencia, sobreseído⁵⁷⁶.

⁵⁷⁵ Párrafos 86-88.

⁵⁷⁶ Párrafos 89-90.

El 31 de agosto de 2002, el Ministerio Público de Bolivia presentó acusación penal en contra del médico instructor por el delito de lesiones gravísimas en perjuicio de I.V., fundamentando la acusación en que la salpingoclasia bilateral practicada a I.V. habría sido realizada en forma arbitraria y sin sujetarse al procedimiento legal vigente para este tipo de cirugías irreversibles. El proceso penal fue seguido ante el Tribunal de Sentencia Segundo de La Paz, el cual, con fecha 18 de noviembre de ese año, por unanimidad lo condenó por el delito de lesiones gravísimas en contra de I.V, a la pena de tres años de reclusión, la cual fue suspendida condicionalmente⁵⁷⁷.

El médico instructor apeló esa sentencia el 5 de diciembre de 2002, apelación que fue acogida el 12 de febrero de 2003 por la Sala Penal Tercera de la Corte Superior del Distrito Judicial de La Paz, declarando la procedencia del recurso y anulando totalmente la sentencia apelada, por lo que se ordenó la reposición del juicio por otro Tribunal de sentencia⁵⁷⁸. Luego de diversos problemas que se presentaron al momento de constituir el tribunal que conocería este segundo juicio, finalmente la causa fue conocida y fallada por el Tribunal de Sentencia de Copacabana, el cual declaró con fecha 13 de agosto de 2004 que el médico instructor era culpable del delito de lesión culposa en contra de I.V., resolución contra la cual este interpuso un recurso de apelación restringida, alegando principalmente la excepción de falta de acción, en cuanto

⁵⁷⁷ Párrafos 92-93.

⁵⁷⁸ Párrafo 94.

a que no fue legalmente promovida por el Ministerio Público, y que al ser un profesional médico su actuación se sujeta a normas específicas⁵⁷⁹.

El recurso de apelación fue resuelto por la Sala Penal Segunda de la Corte Superior de Justicia de La Paz el 22 de octubre de 2004. La Sala anuló totalmente la sentencia apelada, por considerar que esta no cumplía a cabalidad con las disposiciones legales que regulan los requisitos de forma y la fundamentación de la sentencia, y ordenó la reposición del juicio por otro Tribunal. En contra de esta resolución, I.V. interpuso recurso de casación, el cual fue declarado inadmisibile por la Sala Penal Primera de la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 1 de febrero de 2005, al considerar que no se habían especificado en el recurso los hechos, ni que estaba explicado “*con claridad el sentido jurídico contradictorio entre el Auto de Vista impugnado y los precedentes que acompaña, incumpliendo así con los requisitos de fondo*”⁵⁸⁰.

Finalmente, el 30 de agosto de 2005 el médico instructor solicitó ante el Tribunal de Sentencia de Sica Sica la extinción de la acción penal por duración máxima del proceso. Al reinstalarse el juicio oral el 1 de junio de 2006, el Tribunal de Sentencia Cuarto de La Paz declaró probado el incidente de extinción de la acción y dispuso el archivo de la causa⁵⁸¹.

⁵⁷⁹ Párrafos 95-101.

⁵⁸⁰ Párrafos 102-103.

⁵⁸¹ Párrafos 106-111.

Tanto el Fiscal como I.V. interpusieron recurso de apelación incidental contra esta resolución, recursos que fueron declarados inadmisibles por la Sala Penal Primera de la Corte Superior del Distrito de La Paz, por lo cual confirmó la resolución. Dicha decisión reiteró que los **retrasos en el proceso resultaban imputables a los tribunales**⁵⁸².

En cuanto a las afectaciones físicas y psicológicas que sufrió I.V. con posterioridad a la intervención quirúrgica, la Corte señala que entre agosto y septiembre del año 2000, a I.V. le diagnosticaron restos placentarios en la cavidad endometrial, endometritis aguda y absceso de pared abdominal. En marzo de 2002, en tanto, le diagnosticaron endometritis atrófica, y a raíz de estas secuelas, fue necesario someterla a una nueva cirugía.

Por otra parte, la ligadura de las trompas de Falopio provocó en I.V. sentimientos de angustia y frustración, pues consideró que su derecho a ser nuevamente madre había sido mutilado, declarando que se sentía “*menos mujer por el hecho de no poder tener más hijos*”. En 2002, el hogar de I.V. se desintegró, y ella quedó a cargo de dos hijas. Asimismo, y a pesar de la psicoterapia a la cual estaba asistiendo, I.V. experimentó agudas crisis emocionales, lo que la llevó a solicitar a la Comisión Interamericana el otorgamiento de medidas cautelares en favor suyo y de sus dos hijas. La más severa de esas crisis tuvo lugar en noviembre de 2013, producto de la cual I.V.

⁵⁸² Párrafo 112.

destruyó prácticamente todos los archivos que guardaba en su casa, en los que figuraban su nombre o datos personales. Luego de este hecho, fue internada de emergencia en el pabellón de salud mental del Hospital de Clínicas de La Paz por el lapso de tres semanas, entre el 12 de noviembre y el 2 de diciembre 2013. Desde entonces, I.V. está medicada. Cabe señalar que el estado mental de I.V. afectó también a sus hijas⁵⁸³.

La Comisión Interamericana presentó una demanda ante la CoIDH, fundada en que la intervención quirúrgica a la que fue sometida I.V. constituye una violación a la integridad física y psicológica de esta, así como a su derecho a vivir libre de violencia y discriminación, de acceso a la información y a la vida privada y familiar, entendiendo la autonomía reproductiva como parte de tales derechos. Asimismo, la Comisión consideró que el Estado no proveyó a I.V. de una respuesta judicial efectiva frente a tales vulneraciones.

II.-Razonamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte parte recordando que **el consentimiento a cualquier acto médico debe ser previo, no obstante lo cual admite que en determinados casos puede haber excepciones**, como ocurre cuando este no pueda ser brindado por la persona, o cuando sea necesario un **tratamiento médico o quirúrgico inmediato, de urgencia o de emergencia**, ante un grave riesgo

⁵⁸³ Párrafos 114-115.

contra la vida o la salud del paciente, entendiendo por emergencia la inminencia de un riesgo y, por ende, a una situación en que la intervención es necesaria ya que no puede ser pospuesta. En relación con la ligadura de las trompas de Falopio, **la Corte destaca que esta intervención quirúrgica, cuyo propósito es prevenir un embarazo futuro, no puede ser caracterizada como un procedimiento de urgencia o emergencia de daño inminente, de modo tal que esta excepción no es aplicable**⁵⁸⁴.

Por otra parte, la Corte destaca que **el consentimiento debe ser brindado de manera libre**, voluntaria, autónoma, sin presiones de ningún tipo, sin utilizarlo como condición para el sometimiento a otros procedimientos o beneficios, sin coerciones, amenazas, o desinformación. Asimismo, **el consentimiento es personal**, por lo que debe ser brindado por la persona que accederá al procedimiento⁵⁸⁵.

Para casos de esterilización, **la Corte considera que por la naturaleza y las consecuencias graves en la capacidad reproductiva, en relación con la autonomía de la mujer** -la cual a su vez implica respetar su decisión de tener hijos o no y las circunstancias en que quiera tenerlos-, **sólo ella será la persona facultada para brindar el consentimiento, y no terceras personas, por lo que no se deberá solicitar la autorización de la pareja ni de ninguna otra persona para la realización de una esterilización**. Además, reitera que

⁵⁸⁴ Párrafos 176-178.

⁵⁸⁵ Párrafos 181-182.

en general, la esterilización no consiste en un procedimiento de emergencia, por lo que si la mujer no pudiera dar su consentimiento no se deberá acudir a una tercera persona, sino que se deberá esperar hasta que ella pueda brindarlo. Al respecto, la Corte cita la Recomendación General N° 21 del año 1994 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, la Observación General N° 28 del año 2000 del Comité de Derechos Humanos, así como la guía de la OMS del año 1993, y la Declaración Interinstitucional de las Naciones Unidas. **Todos esos instrumentos coinciden en señalar que si bien la decisión de esterilización puede tomarse en pareja, ello no implica que se exija la autorización del marido respecto al sometimiento de la mujer a dicha intervención quirúrgica, al ser la decisión únicamente de ella, con base en su autonomía y libertad reproductiva.**

A partir de lo anterior, la Corte concluye que un consentimiento no podrá reputarse libre si es solicitado a la mujer cuando no se encuentra en condiciones de tomar una decisión plenamente informada, por encontrarse en situaciones de estrés y vulnerabilidad, *inter alia*, como durante o inmediatamente después del parto o de una cesárea. Al respecto, **el Tribunal resalta que el elemento de la libertad de una mujer para decidir y adoptar decisiones responsables sobre su cuerpo y su salud reproductiva, sobre todo en casos de esterilizaciones, puede verse socavado por motivos de discriminación en el acceso a la salud; por las diferencias en las relaciones de poder, respecto del esposo, de la familia, de la comunidad y**

del personal médico; por la existencia de factores de vulnerabilidad adicionales, y debido a la existencia de estereotipos de género y de otro tipo en los proveedores de salud. Declara además que factores tales como la raza, discapacidad, o la posición socio-económica, no pueden ser un fundamento para limitar la libre elección de la paciente sobre la esterilización ni obviar la obtención de su consentimiento⁵⁸⁶.

La Corte reconoce además que la relación de poder entre el médico y la paciente, puede verse exacerbada por las relaciones desiguales de poder que históricamente han caracterizado a hombres y mujeres, así como por los estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes que constituyen de forma consciente o inconsciente la base de prácticas que refuerzan la posición de las mujeres como dependientes y subordinadas. Al respecto, la Corte ha reconocido que la obligación de eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer incluye la obligación de eliminar la discriminación basada en estereotipos de género⁵⁸⁷.

Los estereotipos de género, señala la Corte, se refieren a una pre-concepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. **En el sector de la salud, señala la Corte, los estereotipos de género pueden resultar en distinciones, exclusiones o restricciones que menoscaban o**

⁵⁸⁶ Párrafos 181-185.

⁵⁸⁷ Párrafos 185-186.

anulan el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos, y específicamente, de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer con base en su condición.

La Corte advierte además que **los estereotipos de género negativos o perjudiciales pueden impactar y afectar el acceso a la información de las mujeres en materia de salud sexual y reproductiva, así como el proceso y la forma en que se obtiene el consentimiento**, y al respecto, decide visibilizar algunos estereotipos de género frecuentemente aplicados a mujeres en el sector salud, que generan efectos graves sobre la autonomía de las mujeres y su poder decisorio:

- a) Las mujeres son identificadas como seres vulnerables e incapaces de tomar decisiones confiables o consistentes, lo que conlleva a que profesionales de la salud nieguen la información necesaria para que las mujeres puedan dar su consentimiento informado;
- b) Las mujeres son consideradas como seres impulsivos y volubles, por lo que requieren de la dirección de una persona más estable y con mejor criterio, usualmente un hombre protector;
- c) Las mujeres deben ser quienes deben llevar la responsabilidad de la salud sexual de la pareja, de

modo tal que es la mujer quien dentro de una relación tiene la tarea de elegir y usar un método anticonceptivo.

En virtud de lo anteriormente señalado, la **Corte decide brindar particular atención sobre este aspecto a fin de reconocer y rechazar los estereotipos que provocan el menoscabo de los derechos establecidos en la Convención**. Al respecto, la Corte estima que es trascendental evitar que el personal médico induzca a la paciente a consentir como consecuencia de la falta de entendimiento de la información brindada, y que se abstenga de actuar prescindiendo del mismo, particularmente en casos en donde la mujer posee escasos recursos económicos y/o niveles bajos de educación, bajo el pretexto de que la medida es necesaria como medio de control de la población y de la natalidad. **Esto último, señala la Corte, puede conllevar a una situación en que se induzca la toma de decisión en favor de la esterilización de la mujer y no del hombre, con base en el estereotipo de que la mujer es quien ostenta el rol primario de la procreación y debe ser la responsable de la contracepción**⁵⁸⁸.

Por otra parte, la Corte señala que la obligación de brindar información consiste en un deber reforzado debido a la naturaleza y entidad de la esterilización, y enfatiza que debe ser informada apropiadamente de los efectos de este procedimiento, de su carácter permanente, y de la existencia de

⁵⁸⁸ Párrafos 187-188.

métodos anticonceptivos alternativos menos intrusivos, incluso métodos de anticoncepción masculina, ya que podría ser una alternativa apropiada. Finalmente, recalca la Corte que la decisión de ser esterilizada corresponde únicamente a la mujer -aunque pueda ser discutida con la pareja-, y que incluso si una esterilización fuere aconsejable médicamente, no es un método de urgencia o emergencia, y que el consentimiento para ser esterilizada debe otorgarse por escrito, dadas las implicancias de este procedimiento médico⁵⁸⁹. De este modo, la Corte concluye que al momento de la ocurrencia de los hechos del presente caso, existía una obligación internacional del Estado de Bolivia de obtener, a través de su personal de salud, el consentimiento de los pacientes para actos médicos y, en especial, de la mujer para el caso de esterilizaciones femeninas, el cual debía cumplir con las características de ser previo, libre, pleno e informado luego de un proceso de decisión informada⁵⁹⁰.

Asimismo, y luego de examinar la legislación vigente en Bolivia a la época en que ocurrieron los hechos, el consentimiento para que una mujer fuera esterilizada debía otorgarse por escrito, no obstante lo cual en este caso la decisión de esterilizar a I.V. se adoptó durante el transoperatorio, no existiendo ninguna constancia de que ella hubiera otorgado el consentimiento por algún medio escrito. Por consiguiente, la Corte concluye que, a pesar de la existencia de normativa general en cuanto al consentimiento informado, el

⁵⁸⁹ Párrafo 193-196.

⁵⁹⁰ Párrafo 201.

Estado de Bolivia no adoptó medidas de prevención suficientes para que el personal de salud garantizara a I.V. su derecho a tomar sus propias decisiones sobre su salud reproductiva y los métodos anticonceptivos que mejor se ajustaban a su proyecto de vida, de modo tal que no fuera sometida a una esterilización sin su consentimiento previo, libre, pleno e informado. En virtud de ello, la Corte considera que el Estado no adoptó las medidas preventivas regulatorias necesarias que establecieran con claridad la obligación médica de obtener el consentimiento en casos como el de la señora I.V. y faltó, por tanto, a su deber de actuar con debida diligencia para prevenir que ocurra una esterilización no consentida o involuntaria, infringiendo los artículos 5, 7, 11, 13 y 17 de la Convención Americana y 7.b) de la Convención de Belém do Pará⁵⁹¹.

Los hechos anteriormente relatados llevan a la Corte a considerar que el hecho de que se haya sometido a la señora I.V. a un procedimiento de ligadura de las trompas sin brindarle información completa, adecuada y comprensible, con el fin de obtener su consentimiento libre, significó una afectación e intromisión en su cuerpo, la pérdida permanente de su capacidad reproductiva y la vulneración de su autonomía en las decisiones relacionadas con su salud sexual y reproductiva. A su vez, la esterilización sin consentimiento generó la **anulación de su derecho a tomar libremente las decisiones respecto a su cuerpo y capacidad de reproducción**, perdiendo en forma completa el control sobre sus decisiones más personales e íntimas, y se vulneraron valores y

⁵⁹¹ Párrafos 219-220.

aspectos esenciales de la dignidad y vida privada de la señora I.V., puesto que dicha esterilización implica una **intromisión en su autonomía y libertad reproductiva y una injerencia arbitraria y abusiva en su vida privada**, razones por las cuales la Corte declara que el Estado violó los derechos a la integridad personal, a la libertad personal, a la dignidad, a la vida privada y familiar, de acceso a la información y a fundar una familia, en perjuicio de I.V.⁵⁹². Al respecto, la Corte hace hincapié en la gravedad de esta violación a los derechos de las mujeres, y **considera necesario visibilizar prácticas como las verificadas en este caso, las que pueden esconder estereotipos de género negativos o perjudiciales asociados a los servicios de atención en salud, y asimismo, pueden conllevar a legitimar, normalizar o perpetuar esterilizaciones no consentidas que afectan de forma desproporcionada a las mujeres. En este caso, la Corte considera que la decisión médica de practicar la esterilización a la señora I.V. sin su consentimiento previo, libre, pleno e informado, estuvo motivada por una lógica de cuidado paternalista y bajo la pre-concepción de que la esterilización debía realizarse mientras I.V. se encontraba en el transoperatorio de una cesárea, a pesar de que su caso no era una urgencia o emergencia médica, debido a que se partía de la idea de que ella no tomaría decisiones confiables en el futuro para evitar un nuevo embarazo. El médico actuó, al parecer de la Corte, en clave **paternalista** de manera**

⁵⁹² Párrafo 235.

injustificada, al no reconocerla como un agente moral de toma de decisiones, y considerar en cambio que, de acuerdo a su criterio médico, debía protegerla tomando la decisión que consideraba pertinente, sin brindarle la oportunidad de evaluar las opciones que tenía a su disposición, anulando así su capacidad de decidir con base en su autonomía. Asimismo, la Corte señala que el médico actuó con la lógica del estereotipo según el cual I.V. era la única responsable de la anticoncepción de la pareja, lo cual queda en evidencia al haber omitido plantear al marido de I.V. la posibilidad de practicarle una vasectomía, lo cual demuestra que su visión de I.V. es que esta cumple un rol principal en la reproducción. En este sentido, **la Corte entiende que el médico actuó con base en estereotipos de género frecuentemente aplicados a las mujeres en el sector salud, ante la desconfianza de su poder decisorio**⁵⁹³.

Respecto a la infracción, alegada por la Comisión, al deber de no discriminar en cuanto al respeto y garantía de los derechos reconocidos en los artículos 5, 7, 11, 13 y 17 de la Convención Americana, la Corte consideró que en el presente caso, el procedimiento de esterilización anuló de forma, discriminatoria el poder decisorio de I.V. y su autonomía ya que el médico consideró únicamente su criterio y no tuvo en cuenta los deseos y necesidades específicas de su paciente. Además, el hecho de que el médico haya tratado de localizar al esposo para obtener su autorización o, en la mejor de las hipótesis, reforzar el consentimiento supuestamente obtenido de I.V. durante el

⁵⁹³ Párrafo 237.

transoperatorio, demuestra, a juicio de la Corte, que actuó bajo el estereotipo de que ella no era capaz de tomar una decisión autónoma sobre su cuerpo, y en este entendido, la Corte reitera que se trató de una conducta paternalista injustificada⁵⁹⁴.

En cuanto al alegato de que I.V. sufrió discriminación múltiple, o que los distintos criterios alegados convergieron de forma interseccional en la configuración de una situación particular y específica de discriminación, la Corte reitera que ciertos grupos de mujeres padecen discriminación a lo largo de su vida con base en más de un factor combinado con su sexo, lo que aumenta su riesgo de sufrir actos de violencia y otras violaciones de sus derechos humanos. Sobre este punto, **la Corte subraya que la esterilización sin consentimiento es un fenómeno que en diversos contextos y partes del mundo ha tenido un mayor impacto en mujeres que son parte de grupos con una mayor vulnerabilidad a sufrir esta violación de derechos humanos, ya sea por su posición socio-económica, raza, discapacidad o vivir con el VIH.** En el presente caso, la Corte considera que de los hechos del caso, **no se desprende que la decisión de practicar la ligadura de las trompas de Falopio a la señora I.V. haya obedecido a su origen nacional, condición de refugiada o posición socio-económica, pero que sí fueron factores que incidieron sobre la magnitud de los daños que sufrió I.V. en la esfera de su integridad personal.** Por este motivo, la Corte concluye que el Estado incurrió

⁵⁹⁴ Párrafo 246.

en responsabilidad internacional por la discriminación sufrida por la señora I.V. por su condición de mujer en el goce y ejercicio de los derechos establecidos en los artículos 5.1, 7.1, 11.1, 11.2, 13.1 y 17.2 de la Convención Americana⁵⁹⁵.

Asimismo, la Corte establece que los hechos de este caso configuran una infracción al artículo 7.a) de la Convención de Belém do Pará, toda vez que la esterilización no consentida o involuntaria a la que fue sometida I.V. en un hospital público, bajo estrés y sin su consentimiento informado, le causó un grave daño físico y psicológico que implicó la pérdida permanente de su capacidad reproductiva, **constituyendo una acto de violencia y discriminación contra ella**. El derecho de la mujer a vivir una vida libre de violencia, según el parecer de la Corte, está íntimamente ligado con el derecho a la discriminación, y en este caso, el hecho de que el médico se arrogara una decisión personalísima de I.V., bajo el supuesto de que él estaba mejor capacitado para decidir, implica un incumplimiento de la obligación del Estado de abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación, siendo de este modo responsable de la violación a los derechos reconocidos en los artículos 5.1, 7.1, 11.1, 11.2, 13.1 y 17.2, en relación con el artículo 1.1 de la Convención

⁵⁹⁵ Párrafos 247-249.

Americana, y del incumplimiento de las obligaciones establecidas bajo el artículo 7.a) y b) de la Convención de Belém do Pará⁵⁹⁶.

En relación a los procedimientos administrativos y penales que se llevaron a cabo en el presente caso, la Corte señala que a las diversas actuaciones estatales a raíz de los reclamos de la señora I.V., **la Corte señala que ninguna persona ha sido declarada responsable, disciplinaria, administrativa o penalmente, por la esterilización no consentida a la que fue sometida la señora I.V., quien tampoco ha sido reparada civilmente** por causa de la decisión que extinguió la acción penal. En razón de lo anterior, la Corte estima oportuno, antes de pronunciarse, desarrollar unas breves consideraciones generales sobre el acceso a la justicia en caso de violaciones a los derechos sexuales y reproductivos, y al respecto, reitera que al interpretar el artículo 25.1 de la Convención, la Corte ha sostenido que la obligación del Estado de proporcionar un recurso judicial no se reduce a la mera existencia de los tribunales o procedimientos formales ni a la posibilidad de recurrir a los tribunales, sino que esa obligación comprende además el deber del Estado de adoptar medidas positivas para garantizar que los recursos que proporciona a través del sistema judicial sean “verdaderamente efectivos para establecer si ha habido o no una violación a los derechos humanos y para proporcionar una reparación, Asimismo, la Corte recuerda que ha sostenido reiteradamente que el derecho de acceso a la justicia debe asegurar, **en un tiempo razonable**, el

⁵⁹⁶ Párrafos 250-256.

derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido, establecer las respectivas responsabilidades y sancionar a los responsables⁵⁹⁷.

La Corte declara que no basta con que los recursos existan formalmente, sino que deben reconocer y resolver los factores de desigualdad entre los justiciables, a fin de que esos recursos sean considerados efectivos. **En casos de violencia contra la mujer, la Corte sostiene que las obligaciones genéricas establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana se complementan y refuerzan, para aquellos Estados que son Parte, con las obligaciones derivadas del tratado interamericano específico, la Convención de Belém do Pará,** norma esta última que exige de los Estados una actuación orientada a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, a través de la adopción de una serie de medidas y políticas públicas que incluyen:

- Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;
- Incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;

⁵⁹⁷ Párrafos 290-294.

- Establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;
- 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 eficaces⁵⁹⁸.

Por otro lado, **la Corte reitera que, ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla** y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección. Al respecto, **la Corte considera que la esterilización no consentida o involuntaria constituye una de las diversas prácticas que encierra el concepto de violencia contra la mujer**, por lo cual deben aplicarse los estándares desarrollados en la jurisprudencia de la CIDH. Sin embargo, a diferencia de casos anteriores, que trataban sobre violaciones sexuales, muerte, malos tratos y afectaciones a la libertad personal en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres, la Corte hace presente que

⁵⁹⁸ Párrafos 294-295.

este caso se refiere a una **violación de los derechos sexuales y reproductivos, en la que un médico privó a la señora I.V. de su función reproductiva sin su consentimiento informado en un hospital público durante un procedimiento de cesárea.** Según la prueba presentada, dicha esterilización no consentida no formó parte de una política estatal ni ocurrió en un conflicto armado o como parte de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil. Sin embargo, a criterio de esta Corte, esto no implica que dicho acto sea calificado meramente como una impericia por parte del médico, sino que configura una violación de derechos humanos de significativa gravedad y, en particular, un craso desconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos y de la autonomía de la mujer⁵⁹⁹. En efecto, la violencia y las violaciones de la salud reproductiva de la mujer pueden deberse tanto a la acción directa del Estado, o a que el Estado no cumpla sus obligaciones fundamentales de promover a la mujer, lo cual lleva implícita la obligación del Estado de actuar con la diligencia debida para impedir, investigar y castigar las violaciones⁶⁰⁰.

De lo anterior se desprende que la protección de los derechos de las mujeres a través del acceso a recursos oportunos, adecuados y efectivos para remediar de forma integral estas violaciones, y evitar la recurrencia de estos hechos, resulta de suma relevancia si se toma en consideración que

⁵⁹⁹ Párrafos 296-297.

⁶⁰⁰ Párrafo 298.

actualmente, en el marco de la atención médica y el acceso a los servicios de salud, **las mujeres siguen siendo vulnerables a sufrir violaciones a sus derechos sexuales y reproductivos, en la mayoría de los casos a través de prácticas discriminatorias que son consecuencia de la aplicación de estereotipos en su perjuicio.** Ahora bien, con respecto a la necesidad de criminalizar ciertas violaciones a los derechos sexuales y reproductivos, la Corte considera que el derecho penal internacional establece una obligación de tipificar, como recepción normativa nacional del Estatuto de Roma, la esterilización forzada como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra, práctica que incluso puede constituir un acto de genocidio. Esa obligación trae aparejada, evidentemente, una obligación de investigar *ex officio* dichas conductas⁶⁰¹.

La Corte hace presente que el CEDAW se ha pronunciado sobre la obligación de los Estados de adoptar medidas efectivas para prevenir y remediar la ocurrencia de esterilizaciones no consentidas, involuntarias, bajo coacción o forzadas, entre ellas que los Estados establezcan sanciones apropiadas y medidas de compensación, y que en un sentido similar se han pronunciado el Comité de Derechos Humanos; el Comité contra la Tortura; el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Relator Especial

⁶⁰¹ Párrafos 299-301.

sobre la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, y el Comité Interamericano de Mujeres⁶⁰².

Por otro lado, la Corte señala que, dado que un requisito fundamental para que una esterilización no sea contraria a los parámetros internacionales es el consentimiento previo, libre, pleno e informado, debe también existir la posibilidad de reclamar ante las autoridades correspondientes en aquellos casos en que el médico no haya cumplido con este requisito ético y legal de la práctica médica, a fin de establecer las responsabilidades correspondientes y acceder a una indemnización. Dichas medidas deben incluir, la disponibilidad y el acceso a recursos administrativos y jurisdiccionales para presentar reclamos, y que dichos reclamos sean examinados sin demora y de forma imparcial⁶⁰³.

De todo lo anterior **la Corte concluye que existe un reconocimiento cada vez mayor de que las prácticas de esterilización no consentida, involuntaria, forzada o coercitiva no pueden quedar impunes, ya que lo anterior conduciría a perpetuar desde lo institucional estereotipos discriminatorios en el ámbito de la salud reproductiva que se basan en la creencia de que las mujeres no son personas competentes para la toma de decisiones sobre su cuerpo y salud.** Lo anterior no implica necesariamente que la vía penal sea exigible en todos los casos, pero sí que el Estado debe disponer de mecanismos accesibles para presentar reclamos, que

⁶⁰² Párrafos 302-308.

⁶⁰³ Párrafos 309-310.

sean adecuados y eficaces para el establecimiento de responsabilidades individuales, a fin de reparar a la víctima de forma adecuada⁶⁰⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, la Corte ha establecido en su jurisprudencia que la obligación de investigar por la vía penal las esterilizaciones involuntarias, y el correspondiente derecho de la presunta víctima o de los familiares se desprende tanto de las normas convencionales de derecho internacional imperativas para los Estados Parte, como de la legislación interna que hace referencia al deber de investigar de oficio ciertas conductas ilícitas, y dado que en el presente caso se inició un proceso penal por el delito de lesiones, la Corte estima conveniente analizar las actuaciones penales encaminadas a establecer la responsabilidad penal del médico por la esterilización no consentida de la señora I.V. con la Convención Americana. Al respecto, la Corte hace presente que la jurisprudencia ampliamente difundida en los países del continente entiende que las intervenciones quirúrgicas con finalidad terapéutica (curativas o paliativas), son atípicas del delito de lesiones, y que en este caso, la intervención practicada a I.V. tuvo una finalidad terapéutica preventiva. Ahora bien, **la atipicidad está condicionada por la observación del deber de cuidado conforme a las reglas del arte médico**, el cual obliga al médico a extremar el cuidado para asegurarse de que su intervención mejorará la salud de la paciente y no provocará nuevos y mayores daños o efectos paradójales. Para estos efectos, la Corte considera la definición del concepto de salud

⁶⁰⁴ Párrafo 311.

elaborada por la OMS, conforme a la cual esta consiste en un estado de equilibrio bio-psíquico⁶⁰⁵.

En el caso de I.V., la Corte considera que está probado que como resultado de la esterilización, si bien resultó neutralizado el riesgo de un futuro y eventual embarazo, ella sufrió un gravísimo daño real en la esfera psíquica, consistente en un episodio psicótico o de similar severidad, cuyo signo más evidente fue un delirio persecutorio, al parecer en forma de brote, que requirió su internación psiquiátrica, lo cual lleva a concluir a la Corte **que la víctima ha sufrido un perjuicio ante la privación de la posibilidad de obtener una sentencia**⁶⁰⁶.

La Corte considera que el Estado tenía en este caso un deber de actuar con debida diligencia y adoptar las medidas pertinentes con el fin de evitar retrasos en la tramitación de los procesos, de manera que se garantizara la pronta resolución del caso, a fin de prevenir que los hechos quedaran en una situación de impunidad, como de hecho ocurrió. Al examinar las actuaciones del Estado en el proceso penal llevado a cabo por los hechos ocurridos, la Corte constató que se verificaron una serie de obstáculos y falencias que minaron la efectividad del proceso, y llevaron a que se declarara la extinción de la acción penal luego de transcurridos cuatro años sin una decisión final. En conclusión,

⁶⁰⁵ Párrafos 312-314.

⁶⁰⁶ Párrafo 314.

la Corte considera que las autoridades no garantizaron un efectivo acceso a la justicia a la señora I.V. para remediar las violaciones a sus derechos⁶⁰⁷.

La Corte, por otra parte, reitera que la **ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general, y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia. Dicha ineficacia o indiferencia constituye en sí misma una discriminación de la mujer en el acceso a la justicia**⁶⁰⁸.

Asimismo, la Corte declara que en el caso de I.V. **confluyeron en forma interseccional múltiples factores de discriminación** en el acceso a la justicia **asociados a su condición de mujer, su posición socio-económica y su condición de refugiada**, toda vez que se constata que la discriminación sufrida por I.V. se cruza con una vulneración al acceso a la justicia con base en su posición socio-económica de la demandante, pues los cambios de jurisdicción para la radicación de la causa en distintos tribunales hicieron que se presentara un obstáculo geográfico en la accesibilidad al tribunal por parte de I.V., lo cual

⁶⁰⁷ Párrafo 316.

⁶⁰⁸ Párrafo 317.

implicó un elevado costo en los traslados, y un evidente menoscabo en su derecho de acceder a la justicia. Lo anterior, a juicio de la Corte, constituyó una discriminación en el acceso a la justicia con base en la situación socio-económica, en los términos del artículo 1.1 de la Convención⁶⁰⁹.

Por otra parte, la Corte nota que **el hecho de que I.V. tuviese la condición de persona con estatuto de refugiado**, es decir, de ser persona que se vio obligada a huir de su país de origen y buscar protección internacional por tener un temor fundado a ser objeto de persecución, **determinó que la señora I.V. y su esposo se sintieran nuevamente desprotegidos en la búsqueda de justicia** toda vez que, a raíz de sus reclamos, recibieron diversos tipos de presiones, incluyendo averiguaciones sobre la calidad de su residencia en Bolivia, y en consecuencia, la Corte considera que la discriminación que vivió I.V. en el acceso a la justicia no sólo fue ocasionada por múltiples factores, sino que **derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente**⁶¹⁰.

Por todo lo anterior, la Corte concluye que el Estado de Bolivia incumplió su obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia en los términos de los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana,

⁶⁰⁹ Párrafos 318-319.

⁶¹⁰ Párrafos 320-321.

en relación el artículo 1.1 del mismo instrumento, y que incurrió en un incumplimiento de su obligación positiva de tomar medidas para prevenir y remediar situaciones discriminatorias en violación del artículo 7.b), c), f) y g) de la Convención de Belém do Pará. No obstante, considera que no existen elementos suficientes que sustenten un pronunciamiento sobre la alegada violación del artículo 25.2.a) de la Convención Americana.

En cuanto a las reparaciones que determinó la Corte para este caso, se ordenó que Bolivia tendría que diseñar una publicación o cartilla que desarrolle en forma sintética, clara y accesible los derechos de las mujeres en cuanto a su salud sexual y reproductiva, contemplados en los estándares internacionales, los establecidos en esta Sentencia y en las leyes internas de Bolivia, así como las obligaciones del personal médico al proveer la atención en salud sexual y reproductiva, en la que se deberá hacer mención específica al consentimiento previo, libre, pleno e informado, publicación que además deberá estar disponible en todos los hospitales públicos y privados de Bolivia. Por otro lado, la Corte ordenó a Bolivia adoptar, dentro del plazo de un año, programas de educación y formación permanentes dirigidos a los estudiantes de medicina y profesionales médicos, así como a todo el personal que conforma el sistema de salud y seguridad social, programas que se referirán a los temas de

consentimiento informado, discriminación basada en género y estereotipos, y violencia de género⁶¹¹.

III.- Comentarios acerca del razonamiento de la CoIDH sobre los estereotipos aplicados en este caso

En este caso, se advierte que la Corte nombró los estereotipos de género que se aplicaron, a saber:

- a) Estereotipo que atribuye a la mujer incapacidad para tomar decisiones respecto a su cuerpo y vida, por ser volubles e impulsivas.
- b) Estereotipo que prescribe a la mujer encargarse de la anticoncepción.
- c) Estereotipo de subordinación de la mujer al hombre.

Ahora bien, lo que la Corte no señala es que el primero de esos estereotipos es un **estereotipo de sexo**, mientras que los dos últimos corresponden a **estereotipos de roles sexuales**.

Por otro lado, se observa que al momento de identificar los estereotipos presentes en este caso, la CoIDH considera el contexto en el cual se despliegan, esto es, la atención médica, la cual, según la Corte, se caracteriza

⁶¹¹ Párrafos 341-342.

por relaciones de poder, que replican las relaciones de poder que subordinan a las mujeres respecto de los hombres.

En relación a los efectos nocivos de estos estereotipos en este caso, la Corte señala que la esterilización a la que fue sometida I.V. la privó de su función reproductiva sin que se respetara su derecho a ser informada y a otorgar su consentimiento informado al respecto. De este modo, se transgredió la autonomía de I.V., lo cual produjo secuelas físicas y psicológicas en ella, afectando además su relación de pareja y a sus hijas. De este modo, se vulneró la integridad física y psíquica de I.V., por medio de un acto que constituye violencia contra la mujer.

La CoIDH, además, acertadamente expone estos estereotipos de género, señalando además que los visibiliza por cuanto conllevan una exclusión, menoscabo, distinción o restricción que afecta el reconocimiento, ejercicio y goce de los derechos humanos, en especial, los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. De esta manera, la CoIDH evidencia el impacto de la perpetuación de estos estereotipos de género en los derechos humanos.

La perpetuación de estos estereotipos de género impacta además, a decir de la CoIDH, en los derechos de acceso a la justicia y a las garantías judiciales. Al respecto, la Corte expuso cómo las dificultades con que se encontró I.V. para acceder a la justicia en Bolivia, y en general, la ineficacia mostrada por el sistema judicial boliviano para perseguir responsabilidades y

sanciones para este caso, configuran un ambiente propicio para la impunidad de casos individuales de violencia contra las mujeres, impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general, creando así la impresión de que la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, y refuerza la persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia, todo lo cual constituye una discriminación a la mujer en el acceso de esta a la justicia. En este caso, además, la discriminación sufrida por I.V. a causa de los estereotipos de género, se presenta en intersección con otras causales de discriminación, a saber, su posición socioeconómica y su condición de refugiada -condición esta última que impactó, a juicio de la CoIDH, en lo referente a la magnitud del daño sufrido por la demandante-, de un modo tal que si alguna de estas causales no hubiera estado presente, la discriminación sufrida por la demandante se hubiera manifestado de una forma distinta a la que se manifestó en este caso en particular.

Si bien considero que el análisis de la CoIDH con respecto a los estereotipos de género en este caso es acertado, por cuanto identificó los estereotipos en cuestión, los nombró y los impugnó, analizando además los efectos nocivos de los estereotipos de género en el caso en concreto, y el impacto de la perpetuación de los mismos en los derechos humanos, estimo que la Corte debió invocar en su razonamiento, aplicando el **principio jura novit curia**, por un lado, el derecho establecido en el **artículo 6 de la**

Convención de Belém do Pará -norma que reconoce como uno de los derechos de las mujeres, a fin de vivir una vida libre de violencia, a no ser discriminadas y a ser valoradas sin atender a estereotipos de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación-, y por otro, lo dispuesto **en el artículo 9 de la misma Convención**, conforme al cual, para la adopción de las medidas que trata el capítulo III de la Convención de Belém do Pará, “los **Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras**, de su raza o de su condición étnica, de migrante, **refugiada** o desplazada. **En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada**, es discapacitada, menor de edad, anciana, **o está en situación socioeconómica desfavorable** o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad”. Claramente, en este caso el derecho establecido en el artículo 6 de la Convención de Belém do Pará fue infringido, mientras que, por otro lado, el Estado demandado no adoptó las medidas establecidas en el artículo 7 -lo cual sí fue señalado por la CoIDH-, ni tuvo en consideración las características que hacían a I.V. especialmente vulnerable a la violencia como mujer, entre ellas, el hecho de estar embarazada, su condición de refugiada y su situación socioeconómica, todas las cuales fueron mencionadas por la CoIDH en su razonamiento, pero sin hacer mención a esta norma que forma parte del único

tratado internacional que sanciona específicamente la violencia perpetrada en contra de la mujer.

Si bien la CoIDH desarrolló de mejor manera que su par europea la identificación e impugnación de los estereotipos de género, en comparación al asunto V.C. con Eslovaquia, se echa de menos la mención expresa a la violencia obstétrica presente en este caso, por las mismas razones antes señaladas para el caso de V.C., máxime si se toma en cuenta que es el primer caso de violencia obstétrica respecto del cual se pronuncia la CoIDH, y que ya cinco años antes de que la Corte dictara sentencia, el Comité de Expertas del MESECVI se pronunció al respecto, recomendando a los Estados parte penalizar la violencia obstétrica, en consideración a lo dispuesto en el artículo 9 de la Convención de Belém do Pará⁶¹².

En relación a este último punto, destaca además que la Corte, al nombrar los estereotipos de género presentes en este caso, ahonde respecto del contexto en el cual estos se desarrollaron, el cual se caracteriza por la presencia de relaciones de poder, y por la concurrencia de una serie de factores, además del género, que favorecieron el trato discriminatorio que recibió I.V. De este análisis se desprende que la Corte que esta considera que las mujeres, respecto el ejercicio de sus derechos reproductivos, configuran un

⁶¹² Segundo Informe de Seguimiento a la Implementación de las Recomendaciones del Comité de Expertas del MESECVI, 27 de noviembre de 2014, p. 45.

grupo vulnerable⁶¹³, vulnerabilidad que se ve agravada en el marco de la atención de salud con motivo, la cual, como se señaló anteriormente, replica en la relación médico/paciente las relaciones de poder entre hombres y mujeres. Lo anterior, se deduce a partir del hincapié que hace la CoIDH respecto a la importancia de tipificar este hecho como delito, en atención a lo dispuesto en el Estatuto de Roma, y a la necesidad de que las mujeres puedan acceder a un juicio oportuno y a recursos eficaces para perseguir la sanción de estos hechos. Asimismo, y tal como ocurrió en los otros casos donde la CoIDH reconoció la vulnerabilidad de algún grupo, la Corte condenó al Estado infractor a adoptar una serie de medidas que apunten a dismantelar las condiciones de vulnerabilidad de estas mujeres, tales como el diseño de una publicación o cartilla explicativa tanto de los derechos de las mujeres en cuanto a su salud sexual y reproductiva -según los estándares internacionales y los establecidos en esta Sentencia y en las leyes internas de Bolivia-, como de las obligaciones del personal médico al proveer la atención en salud sexual y reproductiva, haciendo mención expresa al consentimiento previo, libre, pleno e informado. Además, la CoIDH ordenó a Bolivia adoptar, dentro del plazo de un año desde el pronunciamiento de esta sentencia, programas de educación y formación permanentes referidos al consentimiento informado, a la discriminación basada en género y estereotipos, y a la violencia de género, programas que deben

⁶¹³ Ver página 230.

estar dirigidos a los estudiantes de medicina y profesionales médicos, así como a todo el personal que conforma el sistema de salud y seguridad social.

CAPÍTULO VI: LOS ESTEREOTIPOS DE GÉNERO, Y SU TRATAMIENTO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH Y DE LA COIDH

De acuerdo a lo señalado a lo largo de este trabajo es posible afirmar que el feminismo, surgido como una consecuencia no buscada de la Ilustración,

es un antecedente histórico de los movimientos feministas surgidos en la década de los sesenta del siglo pasado, en cuyo seno se desarrollaron las reflexiones acerca del género y el sexo, en distintas disciplinas de las ciencias sociales, tales como el derecho, la filosofía y la antropología, entre otras.

Si bien la Ilustración se caracterizó por el desafío a los paradigmas católicos imperantes en esa época a lo largo de Europa, las corrientes filosóficas surgidas por ese entonces no cuestionaron el rol de subordinación que la Iglesia Católica otorgaba a las mujeres con respecto a los hombres. Más aún, la corriente contractualista surgida en esa época, con sus filósofos e instituciones jurídicas, legitimaron esta subordinación e inferioridad atribuidas tradicionalmente a la mujer, situación que fue generalmente aceptada, hasta que surgieron durante la Ilustración las primeras voces que se atrevieron a cuestionar este rol de subordinación que se imponía a las mujeres, y a reclamar derechos para estas.

Pioneros en impugnar por esta época esta subordinación de la mujer al hombre, y la consiguiente inferioridad de una respecto del otro, fueron François Poullain de la Barre, Mary Wollstoncraft y Olympe de Gouges. Las obras de estas dos últimas, en particular, -“*Vindicación de los derechos de la mujer*” y “*Declaración de los Derechos de la Mujer y de la ciudadana*”, respectivamente-, marcaron el inicio de lo que se conoce como la primera ola del feminismo, caracterizada precisamente por el surgimiento de la primeras voces que cuestionaron el desmejorado lugar al que la religión, la filosofía y el derecho relegaban a las mujeres.

Esta primera ola concluyó con el nacimiento del movimiento sufragista en Inglaterra y Estados Unidos, en el siglo XIX, movimiento que dio inicio a la segunda ola feminista. Para estos efectos, destaca en esta segunda ola la intelectual francesa Simone de Beauvoir, con su libro “*El segundo sexo*”, obra

respecto de la cual se discute aún si marca el término de la segunda ola feminista, o el inicio de la tercera ola feminista.

Como sea, “El segundo sexo” es indiscutiblemente una obra fundamental del pensamiento feminista, siendo su aporte más destacado la afirmación que hace su autora de que **las mujeres no nacen mujeres, sino que llegan a serlo, producto del influjo que ejerce al respecto la civilización**. Este planteamiento será muy importante más tarde, para el desarrollo del concepto de *género* en las ciencias sociales.

Como señalaba anteriormente, se discute si “El segundo sexo” forma parte de la segunda o de la tercera ola feminista. No obstante, hay dos hechos respecto de los cuales hay acuerdo en cuanto a que marcan el inicio de la tercera ola feminista: Uno de ellos es la publicación en el año 1963 de “*La mística de la felicidad*”, escrito por la estadounidense Betty Friedan. El otro hecho es el surgimiento durante la década de los sesenta en Estados Unidos del *movimiento de defensa de los derechos civiles*, en el seno de los cuales surgieron otros movimientos que buscaban demandar derechos para grupos que por distintos motivos eran más vulnerables, tales como la población afroamericana, las minorías sexuales, los campesinos de origen migrante, y por cierto, las mujeres.

En cuanto a “*La mística de la felicidad*”, su importancia radica en que por primera vez en el Estados Unidos de la posguerra, una mujer se atrevió a afirmar que ni el matrimonio ni los hijos no cumplían con otorgar la felicidad que prometían a las mujeres, y que por el contrario, ambos eran fuentes de profundas insatisfacciones, puesto que las mujeres eran presionadas por la sociedad a casarse y a tener hijos, en desmedro de cualquier otro deseo que tuvieran. Por otro lado, -siguiendo a Friedan-, dado que el modelo social de felicidad y realización para las mujeres estaba constituido por un marido e hijos, aquellas mujeres que estaba casadas y eran madres, y que pese a ello –o a

causa de ello-, se sentían infelices, optaban por guardar silencio y no compartir su sentir con otras mujeres, creando, por un lado, el sentimiento de que esta insatisfacción sólo la sentían ellas, y por otro, la falsa impresión de que esta insatisfacción no existía. A esta situación, Friedan se refirió como “el problema que no tiene nombre”, problema al cual denominó “la mística de la felicidad”.

Una vez obtenido el derecho a voto –lucha fundamental de la segunda ola feminista-, el feminismo no desapareció, sino que se orientó a otros objetivos. Por un lado, se cuestiona que el matrimonio y la maternidad sean los únicos y mejores destinos posibles para la mujer. Por otro, el movimiento de los derechos civiles en Estados Unidos –que buscaba combatir la segregación racial en ese país-, dio pie a otros movimientos, formados por grupos que buscaban reivindicar sus derechos, entre ellos, las mujeres.

Estos movimientos de mujeres surgidos al alero del movimiento antirracista de los derechos civiles en Estados Unidos, dieron origen además a “*los estudios de las mujeres*” o “*estudio de la mujer*”, a raíz de la inquietud que provocaba en estos movimientos la insuficiente información en el campo de las ciencias sociales que diera cuenta de la subordinación y la inferioridad atribuida tradicionalmente a la mujer respecto del hombre.

En este punto, se hace necesario retroceder a la década de los cincuenta del siglo XX –específicamente, al año 1955-, época durante la cual el sexólogo John Money, en el marco de sus estudios de doctorado referidos a la psicología y sexualidad de hermafroditas, hizo la distinción entre *sexo*, *sexo roles psicológico* y *roles de género*. Trece años más tarde, otro sexólogo –Robert Stoller-, planteó la distinción entre sexo y género, ocupando por un lado la palabra sexo para referirse a las características físicas que distinguen al macho de la hembra, y por otro, denominó *género* a los sentimientos, pensamientos y fantasías que se relacionan con los sexos, pero que no tienen una base biológica.

En el marco de “los estudios de la mujer”, la socióloga británica Ann Oakley fue la primera en recoger la distinción entre sexo y género, según los planteamientos de Money y Stoller, en su libro “*Sex, gender and society*”, publicado el año 1972. A partir de ahí, la relación sexo/género fue estudiada por distintas científicas sociales ligadas al feminismo y al “estudio de la mujer”, tales como la antropóloga Gayle Rubin, la historiadora Joan Wallach Scott, la filósofa Judith Butler, la abogada Catharine Mackinnon, entre otras. En Latinoamérica, destacan la antropóloga Marta Lamas, las sociólogas Teresita de Barbieri y Julieta Kirkwood, y las abogadas Alda Facio y Lorena Fries.

En estos distintos planteamientos, vemos que el sexo y el género están interrelacionados. En algunos casos, la relación entre ambos elementos ha sido usada para explicar las relaciones entre hombres y mujeres –como ocurre en el caso de Rubin, Wallach Scott, Lamas y Mackinnon-, también para significar las relaciones de poder –como de hecho lo plantea también Wallach, junto con Mackinnon y de Barbieri-, y también para explicar la identidad y la sexualidad –Mackinnon y Butler, y antes que ellas, Simone de Beauvoir-.

Para algunas -por ejemplo, Rubin y Lamas-, el sexo estaría dado por un factor biológico, mientras que el género estaría dado por un factor cultural. A estas teorías se les ha denominado **esencialistas**. Para otras, por el contrario, tanto el sexo como el género serían expresiones culturales –en este sentido, Butler, Facio, Fries, Kirkwood y Wallach-.

Si hay algo claro a estas alturas con respecto al género, es que este no es un concepto unívoco. No obstante, es común que la palabra género y sexo se usen como sinónimos, o que la palabra género se use como sinónimo de “mujer”. Las diversas conceptualizaciones que se han hecho de este vocablo, así como las erróneas sinonimias que suele hacerse entre sexo y género, han llevado a cuestionar cuál es la utilidad que este término ofrece como categoría analítica de las ciencias sociales. No obstante estos cuestionamientos, los

distintos usos de la palabra *género*, ya sea para referirse a las relaciones entre hombres y mujeres, para explicar las relaciones de poder, o para explicar la identidad y sexualidad de las personas, siguen plenamente vigente.

De paso, las reflexiones acerca del sexo y el género han dado pie a la creación de distintas normas y organismos nacionales e internacionales, los cuales surgieron, sobre todo, como consecuencia del reconocimiento a las relaciones de poder entre hombres y mujeres, y las consecuencias que sufren quienes están en posición más desmejorada en estas relaciones: Las mujeres . Ejemplo de ello es la cuarta conferencia internacional sobre la mujer, celebrada en Beijing en el año 1995, ocasión en la cual se adoptó el **mainstreaming de género** –esto es, la incorporación progresiva de la perspectiva de género en el ordenamiento jurídico y en las políticas públicas-, como un objetivo a perseguir. También destacan la “**Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer**”, aprobada en 1979, y la “**Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer**” -conocida también como *Convención de Belém do Pará*, adoptada en 1994-, junto con sus respectivos Comités.

En el caso de los estereotipos, se reconoce al intelectual estadounidense **Walter Lippman** haber introducido esta palabra a las ciencias sociales, al utilizarla en su libro “*Public Opinion*”, publicado en 1922, para nombrar la imagen que se viene a la cabeza cada vez que se piensa en un determinado grupo social. Sin embargo, fue el psicólogo social estadounidense **Gordon Allport** quien en su libro “*La Naturaleza del Prejuicio*”–considerada una obra fundamental de las ciencias sociales-, publicado en el año 1954, elaboró por primera vez una teoría respecto de los prejuicios y los estereotipos.

Del trabajo de Allport, destaca la **distinción entre pre-juicio, prejuicio y estereotipo**, y sus planteamientos respecto de la formación de **categorías**. En efecto, para este autor, el pre-juicio vendría a ser un error común de juicio,

mientras que el prejuicio consistiría la actitud hostil o prevenida hacia una persona, en razón de su pertenencia a un determinado grupo. El pre-juicio deviene en prejuicio cuando la persona, confrontada con la evidencia, se resiste a cambiar su actitud de prevención u hostilidad.

Fundamental en la formación de los pre-juicios y prejuicios son las inevitables categorías conforme a las cuales, según Allport, pensamos. **Nuestra mente recurre a las categorías para ordenarnos la vida, y siempre tienen un “germen de verdad”**: En efecto, la utilidad de las categorías radica en que estos nos facilitan la percepción y la conducta, y por tanto, simplifican nuestros ajustes a la vida.

Por otro lado, **para Allport, los estereotipos son creencias exageradas referidas a determinadas categorías**. Estos, como recurso para justificar la creencia que tenemos acerca de una determinada categoría, aseguran el mantenimiento de la simplicidad en la percepción y en el juicio.

Otra obra fundamental para el entendimiento de estereotipos y prejuicios es "*Estigma: La identidad deteriorada*", del sociólogo **Erving Goffman**. En este libro, Goffmann reitera el planteamiento de Allport referido a las categorías como una forma de facilitar nuestra cotidianidad. Además, afirma que la sociedad provee los medios para elaborar estas categorías, así como las características asociadas a estas, de tal modo que, al enfrentarnos a un desconocido, y formarnos nuestra primera impresión de este, podremos establecer de qué categoría forma parte, y por tanto, cuáles son sus atributos, esto es, podremos determinar cuál es su identidad social -la cual, por cierto, tiene carácter normativo-. Ahora bien, cuando el individuo presenta algún rasgo que lo distingue del resto de los integrantes de ese grupo, a consecuencia del cual se vuelve una persona menos atractiva, estamos en presencia de un **estigma**, el cual provoca que la persona sea minimizada, reducida a un ser inferior. De este modo, es posible afirmar que **hay una relación de causa y**

efecto entre categorizar a un grupo y atribuir características a ese grupo, y el estigma.

Allport y Goffman fueron pioneros en el estudio acerca de los prejuicios, estereotipos y estigmas. A partir de entonces, se ha desarrollado una profusa investigación, sobre todo en el campo de la psicología social, destacando al respecto el trabajo de John Dovidio, Jo Phelan, Bruce J. Link, Charles Stangor, Peter Glick, Victorias Esses, entre otros. A partir de las teorías e investigaciones realizadas desde el campo de la sociología y de la psicología social, es posible afirmar que **los estereotipos consisten en la atribución de determinadas características o prescribir determinados roles o conductas a un grupo de personas, o a una persona, en razón de su pertenencia a un determinado grupo**. En resumen, los estereotipos son mecanismos de control que consisten en la asignación de determinadas características o roles a un grupo o a sus integrantes, lo cual genera expectativas respecto a cómo son o deben actuar estos, y que **en general, tienen como efecto la estigmatización y discriminación respecto de grupos y de personas pertenecientes a esos grupos**.

A partir de estas investigaciones, es posible desprender ciertas **características de los estereotipos**. Así, por ejemplo, hay acuerdo en que la base de los estereotipos la constituyen las categorías conforme a las cuales funciona nuestra mente, y las características –positivas y negativas-, que socialmente se asignan a esas categorías. Estas categorías van formando endogrupos y exogrupos –estos últimos, formados por aquellos que presentan características indeseables, esto es, estigmas, que los hacen formar parte de un grupo distinto al cual pertenecemos-. Por otro lado, dotar de etiquetas indeseables a otro grupo -esto es, estigmatizar-, requiere que el grupo que etiqueta tenga poder, elemento fundamental para la formación de exogrupos.

Pertenecer a un grupo estigmatizado, por otra parte, genera a sus integrantes la presión de calzar con el estereotipo, limitando de este modo su potencial. A esto se le denomina “la amenaza del estereotipo”. Asimismo, los estereotipos suelen interactuar entre ellos, situación que es denominada “interseccionalidad”.

Los estereotipos pueden manifestarse de distintos modos. Así, por ejemplo, los estereotipos pueden ser descriptivos o estadísticos –lo serán si se basan en una observación común-, prescriptivos –el tipo de estereotipo que fija un determinado comportamiento o rol a un grupo y a sus integrantes, delimitando de este modo identidades-, o bien, pueden ser falsos –estereotipos que pueden o no estar basados en prejuicios, pero que no son ciertos desde un punto de vista estadístico. A menudo dan lugar a un estigma-.

Teniendo en cuenta lo señalado anteriormente con respecto al género ya los estereotipos, **se concluye que los estereotipos de género consisten en la atribución de características y roles a las personas, en razón de su pertenencia a los grupos “hombre” o “mujer”, categorías que están definidas por la genitalidad masculina o femenina.**

Estos estereotipos suelen dar lugar al **sexismo**, que consiste tanto en los prejuicios como en las prácticas institucionales que reflejan, por un lado, la estigmatización hacia los individuos en razón de ser hombre o mujer, y por otro, la creencia de que hombres y mujeres deben estar en desigualdad de condiciones.

Los estereotipos de género se caracterizan por ser **socialmente resilientes**, y en ello juega un rol importante el hecho de que estos estereotipos han logrado colarse en leyes y en la práctica jurídica.

Por otro lado, estos estereotipos son **altamente prescriptivos**, volviéndose auténticas profecías autocumplidas, producto de la internalización

de los atributos y roles delimitados para unos y otras, y también como consecuencia de la “amenaza del estereotipo”.

No obstante que los estereotipos de género afectan a hombres y mujeres, son éstas las que padecen los efectos más perjudiciales, a consecuencia de la histórica subordinación e inferioridad de roles y atributos prescritos a las mujeres. De este modo, los estereotipos de género manifiestan y perpetúan el sexismo. Dicho de otro modo, estos estereotipos funcionan como un mecanismo de control para conservar la subordinación e inferioridad de las mujeres respecto de los hombres, mecanismo que se refuerza cuando concurre con otros estereotipos que buscan a su vez mantener y fortalecer roles y características en función de la raza, la edad, la clase social, etc.

Consecuencia de lo anterior es que los estereotipos de género provocan **diferencias con respecto a la representación de las personas, y también con respecto a la distribución de beneficios.** En ello, influye también el hecho de que actuamos conforme a estereotipos de manera inconsciente, debido al profundo arraigo mental de los estereotipos en general –y de los estereotipos de género en particular-. Por ejemplo, en virtud de la arraigada presencia de los estereotipos de género, las mujeres suelen estar representadas en una menor medida, por ejemplo, en cargos públicos, decanatos y rectorías de universidades, directorios de empresas, etc. Asimismo, en cuanto a la distribución de beneficios, ello se refleja en el hecho de que las mujeres suelen acceder en menor medida a beneficios, mientras que en mayor medida soportan cargas. Por ejemplo, una carga que deben soportar las mujeres en razón de su pertenencia al grupo “mujer”, podemos mencionar la violencia que se les prescribe tolerar por parte de maridos, padres, hermanos o hijos varones, violencia que en muchos lugares no está sancionada legalmente,

o está permitida legalmente, o bien, en caso de estar sancionada penalmente, su castigo no es perseguido por las autoridades judiciales y/o policiales.

Se distinguen distintas clases de estereotipos de género. Así, por ejemplo, existe el **estereotipo de sexo** –esto es, una preconcepción referida a los atributos físicos, biológicos, emocionales y cognitivos que presentan o deberían presentar hombres y mujeres-, el **estereotipo sexual** -referido a las características sexuales o comportamientos que hombres y mujeres tienen o deberían tener en sus interacciones-, los **estereotipos sobre los roles sexuales** –estereotipos basados en las diferencias biológicas entre hombres y mujeres, y que en virtud de esa diferencia prescriben pautas de comportamiento para unos y otras, las que se refuerzan mutuamente-, y los **estereotipos compuestos** –la forma en que más comúnmente se manifiestan los estereotipos de género. Esta clase de estereotipo aglutina diferentes clases de estereotipos de género con otros estereotipos, los cuales pueden estar referidos a etnicidad, clase social, edad, etc.-.

Los efectos de los estereotipos de género en cuanto a representación, distribución de beneficios o imposición de cargas, impactan de manera ostensible en los derechos humanos, y de acuerdo a lo que se ha visto en este trabajo, existe evidencia de que son las mujeres las que principalmente – aunque no exclusivamente-, se ven afectadas al respecto. Al respecto, en el ámbito latinoamericano destacan los informes realizados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación a la violencia intrafamiliar, el acceso a la información y a la justicia; así como los informes de seguimiento de la implementación de la Convención de Belém do Pará, realizados por el Mecanismo de seguimiento de la Convención de Belém do Pará. En el ámbito internacional, destaca el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, que en su jurisprudencia y sus informes anuales se ha pronunciado reiteradamente acerca del efecto pernicioso de los estereotipos de género en

los derechos humanos de las mujeres. De este modo, el impacto de los estereotipos de género respecto de los derechos humanos de las mujeres ha sido reconocido por el sistema universal de protección de los derechos humanos, lo cual se manifiesta tanto en la celebración de tratados internacionales enfocados en la protección de los derechos humanos de estas, como en los informes, seguimientos a tratados, opiniones consultivas y observaciones generales pronunciadas por órganos internacionales de protección de los derechos humanos tales como el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Comité contra la Tortura, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, entre otros.

En el ámbito de las normas de derecho internacional, se ha reconocido el impacto nocivo de los estereotipos de género en los derechos humanos, a través de dos tratados internacionales –concretamente, la “*Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*” (CEDAW), que data del año 1979, y la “*Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*”, aprobada en el año 2006-, y también a través de instrumentos tales como las observaciones generales emitidas por distintos Comités, a través de los cuales estos han desarrollado los estereotipos de género como una vulneración a las disposiciones del respectivo tratado, y han visibilizado las afectaciones que sufren las personas a causa de los estereotipos de género, así su interacción con otros estereotipos, basados en raza, edad, clase social, etc. Por ejemplo, tal como se señaló en el capítulo III, el *Comité contra la Tortura y los Tratos Inhumanos y Degradantes* reconoció a los estereotipos de género como un factor que hace a mujeres y niñas más vulnerables a la tortura y tratos degradantes, y además, las hace susceptibles a formas especiales de tortura y tratos degradantes. Asimismo, el *Comité de los Derechos del Niño* ha exhortado a los Estados miembro a que dicten leyes y realicen campañas de sensibilización que tengan por fin erradicar prácticas

basadas en estereotipos de género, y que vulneran los derechos humanos de los niños, tales como los matrimonios precoces y la ablación femenina.

Es posible afirmar entonces, llegados a este punto, que los **movimientos feministas y los estudios de mujeres han sido fundamentales para el conocimiento y reconocimiento de los efectos de los estereotipos de género en los derechos humanos, y para su inclusión en cuerpos legales internacionales**. En efecto, incluso en aquellos casos donde el tratado internacional no condena expresamente los estereotipos de género –la mayoría, como se indicó anteriormente-, el Comité respectivo, a través de instrumentos como las observaciones generales, se ha encargado de interpretar armónicamente las disposiciones del tratado, de forma tal de llamar la atención a los Estados parte respecto de la necesidad de identificar la aplicación de estereotipos de género, sus efectos, su interacción con otros estereotipos, y la importancia de la erradicación de estos.

En la práctica judicial, tanto en la argumentación presentada por las partes e intervinientes de los procesos judiciales, como en las sentencias pronunciadas por los tribunales, se recurre con mayor o menor frecuencia a los estereotipos, particularmente aquellos referidos al género. A la aplicación y perpetuación de estereotipos se le denomina “**estereotipación judicial**”, práctica que no es inocua, y es además inicua. En efecto, la estereotipación judicial produce distorsiones en los jueces, que afectarán tanto la interpretación que estos hagan de la ley, como la valoración de las pruebas. Afectará asimismo la valoración que hagan de los testigos de un caso, y de las declaraciones de las víctimas. Más aún, la aplicación de estereotipos puede ser decisiva a la hora de que los tribunales evalúen quién es la víctima en los casos que son llamados a conocer. De este modo, **la estereotipación judicial se configura como un entorpecimiento tanto a la calidad de la justicia como al acceso a la justicia**.

Si a lo anterior sumamos el rol irremplazable del derecho como palabra pública y oficial, en cuanto a declarar o constituir situaciones, a través de pronunciamientos dotados de autoridad, y que tratándose de una sentencia condenatoria, su cumplimiento es exigible por medio de la fuerza pública de ser necesario, se desprende entonces que **tanto una sentencia judicial argumentada conforme a un estereotipo como una sentencia judicial que no revoca un fallo pronunciado por un tribunal inferior con base en estereotipos, desplegará los efectos nocivos de estos respecto de las partes del juicio, al tiempo que legitimará ese estereotipo al proclamar su reconocimiento, públicamente y en virtud de la autoridad que se le confiere a las declaraciones de ese tribunal, pudiendo incluso, en determinados casos, valerse de la fuerza pública para que las partes se ciñan al estereotipo en cuestión.** De ahí la importancia de un criterio antiestereotipación que desafíe estos estereotipos, tanto en el ámbito de las argumentaciones presentadas por las partes de un proceso, como en las argumentaciones elaboradas por los jueces para justificar sus fallos. En el caso de los jueces, la importancia de un criterio antiestereotipación radica precisamente en que están dotados de autoridad, lo cual los sitúa en una posición privilegiada para visibilizar estereotipos e impugnar sus efectos, contribuyendo de esta manera a la erradicación de aquellos.

A la abogada estadounidense Ruth Bader Ginsburg se le atribuye haber creado un criterio jurídico que desafiara la estereotipación judicial. Según sus propias palabras, durante la época que vivió y trabajó en Suecia, como investigadora para la Universidad de Columbia, se nutrió del movimiento de mujeres sueco, el cual estaba mucho más avanzado por ese entonces –década de los sesenta del siglo XX-, en Suecia que en Estados Unidos –y que en el resto del mundo, dicho sea de paso-. El mérito de Ruth Bader en materia de estereotipos de género es haber introducir su criterio antiestereotipación en la jurisprudencia estadounidense, a través de dos casos fallados en los años 1971

y 1972, en los cuales esta abogada impugnó la inconstitucionalidad de la discriminación sufrida por sus representados, discriminación que se basó en el sexo de estos, y que se tradujeron tanto en la privación de algún derecho como en la denegación de algún beneficio.

Pasos fundamentales en un criterio antiestereotipación, con miras a detectar un estereotipo de género e impugnarlo, son los siguientes:

- A. Identificar el estereotipo de género aplicado en el caso concreto, señalando la clase de estereotipo de género que corresponda, y analizando el contexto en el cual se despliega** -por ejemplo, ¿ha afectado históricamente a algún grupo en particular de mujeres?-;
- B. Nombrar e impugnar el estereotipo de género.**
- C. Mencionar cuáles son los efectos nocivos del estereotipo de género presente en el caso concreto.**
- D. Señalar de qué manera la aplicación o perpetuación de estereotipos de género implican una vulneración a los derechos fundamentales.**

En el ámbito de la jurisprudencia internacional, los dos tribunales internacionales cuya jurisprudencia aquí se analiza –el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos-, han mostrado aciertos y desaciertos en cuanto a la aplicación del criterio antiestereotipación antes mencionado.

Al comparar los razonamientos de las sentencias referidas a los estereotipos de género y pronunciadas por ambos tribunales, es necesario hacer presente primeramente que el TEDH es más antiguo que la CoIDH, y que

dicta sentencias con una mayor frecuencia que esta última Corte, por lo cual es esperable que haya acumulado un mayor número de equivocaciones, básicamente porque lleva más tiempo de “ensayo/error” en sus deliberaciones.

Dicho lo anterior, de la lectura de las diez sentencias analizadas, se observa que el TEDH no intenta explicar qué es el género ni los estereotipos de género. En el caso de la **CoIDH**, tampoco explica qué entiende por género, pero **ha elaborado una definición de estereotipo de género**, a saber, “*una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente*”⁶¹⁴.

En segundo lugar, al comparar los casos analizados en el capítulo V, se advierte que la **CoIDH ha desarrollado más latamente que el TEDH el criterio de antiestereotipación**. En efecto, en el caso del TEDH, se observa en los cinco casos estudiados en esta tesis que este tribunal, por largo tiempo, no ha identificado la aplicación de estereotipos de género, y debido a que estos estereotipos han sido mayormente inadvertidos por este Tribunal, este no suele nombrarlos -más aún: de los casos analizados, solamente en el “asunto Konstantin Markin con Rusia” identificó y nombró el estereotipo de género en virtud del cual se le había negado un derecho al demandante, a saber, el estereotipo de género conforme al cual corresponde a los hombres generar ingresos para proveer a su hogar, mientras que a las mujeres les corresponde encargarse de la crianza de los hijos-.

En contraste, en cada uno de los cinco casos fallados por la CoIDH, y que fueron analizados anteriormente, la Corte declaró -correctamente, por lo demás-, que se habían aplicado estereotipos de género. Asimismo, en el razonamiento de estos fallos, la CoIDH explica en qué consistió o consistieron los estereotipos aplicados al caso. Por ejemplo:

⁶¹⁴ Considerando N° 401 del “Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México”; y considerando N° 187 del “Caso I.V. vs. Bolivia”.

- En el caso “Campo Algodonero”, la CoIDH señaló que operó el estereotipo de género que atribuye un menor valor a la vida de las mujeres, haciendo irrelevante la persecución de crímenes en donde ellas sean las víctimas. Asimismo, la Corte identificó estereotipos prescriptivos del vestuario, labores, preferencia sexual y conducta de las mujeres, en virtud de los cuales las autoridades policiales minimizaron la desaparición de las tres víctimas del caso, y manifestaron indolencia a sus familiares cuando intentaron interponer la denuncia respectiva.
- En el caso “Atala Riffo con Chile”, la Corte identificó el estereotipo de género según el cual las mujeres lesbianas carecen de idoneidad para criar hijos, junto con el estereotipo de género que prescribe a las mujeres lesbianas que son madres, abstenerse de entablar una relación de pareja conforme a su orientación sexual.
- En el caso “Fornerón contra Argentina”, en tanto, la CoIDH declaró que se aplicaron estereotipos de género que, por un lado, atribuían a los hombres que eran padres sin estar casados con las madres de sus hijos, un desinterés con respecto a ejercer cuidado de sus hijos y a mantener un vínculo con estos, y que por otra parte prescribían a los padres encargarse de proveer recursos para sus familias, mientras que prescribía a las madres el rol de criar a los hijos.
- Por otro lado, la CoIDH declaró en el caso “Artavía Murillo contra Costa Rica” que la prohibición de la fertilización in vitro en ese país se debía al estereotipo que atribuía un menor valor a una condición de salud que impactaba de manera desproporcionada a las mujeres -a saber, la infertilidad-, en relación a la vida de óvulos fecundados.

- Por último, en el caso “I.V. contra Bolivia”, la CoIDH declaró que se aplicó el estereotipo que atribuye a la mujer incapacidad para tomar decisiones respecto a su cuerpo y vida, por ser -supuestamente-, voluble e impulsiva. Asimismo, se aplicó el estereotipo que prescribe un rol de dependencia y subordinación de la mujer con respecto a los hombres, que replica el estereotipo que prescribe a las mujeres un rol de subordinación al hombre. Por otro lado, se aplicó el estereotipo que prescribe a la mujer encargarse de la anticoncepción, en el marco de una relación de pareja heterosexual.

Por otro lado, tanto el TEDH como el CoIDH logran identificar las distintas causales sobre las cuales se estereotipa en un caso en concreto, no obstante, en el caso del TEDH -como mencioné anteriormente-, por lo general no logró advertir que se trataba estereotipos, ni mucho menos logró detectar la interacción entre esos distintos estereotipos, al contrario de la CoIDH, que hace explícita la interseccionalidad. Así, por ejemplo, el TEDH advierte, en el “asunto E.B. versus Francia”, que la orientación sexual de la demandante fue el factor fundamental para que se le negara la adopción que estaba tramitando, lo cual se entrecruzó con la idea preconcebida -y muy arraigada entre las autoridades que conocieron de su solicitud de adopción-, que por ser ella lesbiana carecía de las competencias necesarias para criar un hijo. Asimismo, en el “asunto V.C. vs. Eslovaquia”, el TEDH detectó que el origen romaní de la demandante fue determinante en la esterilización forzada sufrida por esta, la cual se le practicó bajo engaño, y prescindiendo de su consentimiento informado. Sin embargo, en ninguno de esos casos este tribunal se percató de la estereotipia, ni tampoco analizó la intersección entre esos diversos estereotipos, y los efectos que ejercían en combinación. Por el contrario, la CoIDH sí analiza la

interseccionalidad. Ejemplo de ello son el “caso Atala” y el “caso Fornerón”, en los cuales la Corte expone la combinación de estereotipos de género con estereotipos basados en el tipo de familia en que se cría a los hijos.

En cuanto a los efectos nocivos de los estereotipos de género, el TEDH - pese a que suele no advertir la presencia de estos estereotipos, y por lo mismo, omite nombrarlos-, en cuatro de los cinco casos analizados declaró que los demandantes habían sufrido discriminación -y esto, reitero, a pesar de no notar la relación causal entre estereotipos y discriminación-. El único caso en que inexplicablemente el TEDH consideró innecesario pronunciarse respecto de si había o no discriminación fue el “asunto V.C. vs. Eslovaquia”, omisión que a mi parecer fue correctamente controvertida por la jueza en el voto de minoría, Ljiljana Mijović, quien señaló que la discriminación era la esencia misma de este caso, y lamentó la escasa atención prestada por el TEDH a la discriminación de la cual fuera víctima la demandante de ese caso, no obstante la abundante evidencia de la histórica discriminación hacia el pueblo romaní -al cual pertenece V.C.-, y al hecho de que ante ese tribunal existían otros casos similares, pendientes de conocimiento y fallo, que necesariamente llevan a concluir que se está frente a un caso de discriminación de larga data en ese país⁶¹⁵. En efecto, la situación de V.C. era, por sobre todo, una discriminación provocada por la interacción de estereotipos de género y de raza.

La CoIDH, en tanto, muestra una mejor comprensión del nexo causal entre los estereotipos y la discriminación, según se desprende de la lectura de los casos antes citados. Por ejemplo, en el caso “Campo Algodonero”, la CoIDH señaló que *“el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado [...], es posible asociar la*

⁶¹⁵ Ver página 191.

*subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. **La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer [...] Por ello, el Tribunal considera que en el presente caso la violencia contra la mujer constituyó una forma de discriminación***⁶¹⁶. Asimismo, en el caso “I.V. contra Bolivia”, la CoIDH señaló que “los estereotipos de género se refieren a una pre-concepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. En el sector de la salud, los estereotipos de género pueden resultar en **distinciones, exclusiones o restricciones que menoscaban o anulan el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos, y específicamente, de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer con base en su condición**”⁶¹⁷.

Por otro lado, pese a las falencias en que incurre el TEDH en cuanto a detectar y nombrar estereotipos de género, se ha mostrado eficiente al impugnar la estereotipación judicial en que han incurrido las autoridades judiciales de los Estados, en los casos en que estas intervinieron y vulneraron derechos consagrados en la Convención Europea de Derechos Humanos. Lo anterior se explica porque si bien el TEDH ha mostrado dificultades en identificar y nombrar estereotipos, se muestra más eficaz al momento de detectar la discriminación. Así, por ejemplo, en el “asunto Opuz vs. Turquía”, declaró que “el Tribunal considera que la demandante ha demostrado, apoyándose en información estadística incuestionable, la existencia de un *indicio prima facie* de que la violencia doméstica afectaba principalmente a

⁶¹⁶ “Caso González y otros (“Campo Algodonero”) contra México”. Considerandos N° 401 y 402.

⁶¹⁷ “Caso I.V. contra Bolivia”, considerando N° 187.

mujeres y que la pasividad judicial general y discriminatoria en Turquía creaba un clima que contribuía a la violencia doméstica [...] **Teniendo en cuenta su consideración anterior de que la pasividad judicial general y discriminatoria en Turquía, si bien no intencionada, afectaba principalmente a las mujeres, el Tribunal afirma que la violencia sufrida por la demandante y su madre podría considerarse violencia de género que es una forma de discriminación contra la mujer. A pesar de las reformas llevadas a cabo por el Gobierno en años recientes, la completa indiferencia del sistema judicial y la impunidad de que gozaban los agresores, como se constata en el presente asunto, indican que existía un compromiso insuficiente para adoptar una acción adecuada para combatir la violencia doméstica [...]** Teniendo en cuenta la ineffectividad de los recursos internos para proveer amparo jurídico a la demandante y a su madre en el disfrute de sus derechos garantizados por los artículos 2 y 3 del Convenio, el Tribunal considera que existían circunstancias especiales que eximían a la demandante de su obligación de agotar los recursos internos”⁶¹⁸.

A su vez, en el “Asunto E.B. contra Francia”, el TEDH declaró que “a pesar de las precauciones tomadas por el **Tribunal Administrativo de Apelaciones de Nancy, y posteriormente por el Consejo de Estado, para justificar el "estilo de vida" de la demandante, la ineludible conclusión es que su orientación sexual estuvo siempre en el centro de las deliberaciones, y omnipresente en cada etapa de los procedimientos administrativos y judiciales. El Tribunal considera que la referencia a la homosexualidad de la demandante era, si no explícita, al menos implícita. Se ha establecido la influencia de la homosexualidad declarada de la demandante en la evaluación de su solicitud y, teniendo en cuenta lo anterior, fue un factor decisivo que condujo a la decisión de denegar su autorización para**

⁶¹⁸ Asunto Opuz vs. Turquía, considerandos N° 197-201.

adoptar. Por lo tanto, la demandante sufrió una diferencia de trato [...] Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal no puede menos que observar que el rechazo de la solicitud de autorización de adopción por parte de la demandante, las autoridades hicieron una distinción basada en consideraciones relativas a su orientación sexual, una distinción que no es aceptable en virtud de la Convención⁶¹⁹.

La CoIDH, por su parte, también se ha mostrado eficiente impugnando la estereotipación judicial de los tribunales nacionales. Citaré dos ejemplos al respecto: En el “caso Fornerón contra Argentina”, la CoIDH señaló que *“respecto de las circunstancias previas al nacimiento, el Juez de Primera Instancia no indicó qué implicancias tiene en la relación de un padre y una hija la supuesta falta de amor entre los padres de ésta en el pasado, ni la ausencia de “un noviazgo formal de más de 12 meses” entre ellos, ni fundamentó de qué manera esos elementos perjudicarían el bienestar y el desarrollo de M, ni por qué eso impediría a un padre en el ejercicio de sus funciones parentales. Tampoco analizó cuáles eran los motivos por los que la madre biológica se oponía a la entrega de la niña a su padre, ni por qué éste no pudo cuidar o colaborar con la madre embarazada, especialmente cuando la entrega inicial al nacer al matrimonio B-Z se produjo de manera irregular, lo cual incluso había llevado al inicio de acciones penales por la posible entrega de la niña a cambio de dinero. Además, los referidos jueces se refirieron a una supuesta indiferencia, desinterés o pasividad del señor Fornerón respecto de la mujer embarazada elogiando, uno de ellos, la conducta de una madre que, obviando los reclamos del padre biológico, decidió entregar su hija recién nacida a una familia ajena a la misma presumiblemente a cambio de dinero. Incluso sugiere que esta decisión de la madre es derivada de la conducta del padre biológico, cuando, como ha sido indicado el señor Fornerón ofreció a la madre hacerse*

⁶¹⁹ Asunto E.B. vs. Francia, considerandos N° 87-96.

cargo de la niña. La Corte considera en el presente caso que la decisión unilateral de una mujer de no considerarse en condiciones para asumir su función de madre, no puede constituir para la autoridad judicial interviniente una fundamentación para negar la paternidad. **Por el contrario, la Corte observa que tales afirmaciones responden a ideas preconcebidas sobre el rol de un hombre y una mujer en cuanto a determinadas funciones o procesos reproductivos, en relación con una futura maternidad y paternidad. Se trata de nociones basadas en estereotipos que indican la necesidad de eventuales vínculos afectivos o de supuestos deseos mutuos de formar una familia, la presunta importancia de la “formalidad” de la relación, y el rol de un padre durante un embarazo, quien debe proveer cuidados y atención a la mujer embarazada, pues de no darse estos presupuestos se presumiría una falta de idoneidad o capacidad del padre en sus funciones con respecto a la niña, o incluso que el padre no estaba interesado en proveer cuidado y bienestar a ésta**⁶²⁰.

Asimismo, en el “caso Atala Riffo con Chile”, la ColDH declaró que **“la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia [...] En cuanto al argumento de que el principio del interés superior del niño puede verse afectado por el riesgo de un rechazo por la sociedad, la Corte considera que un posible estigma social debido a la orientación sexual de**

⁶²⁰ Caso Fornerón contra Argentina, considerandos N° 93-94.

la madre o el padre no puede considerarse un "daño" válido a los efectos de la determinación del interés superior del niño. Si los jueces que analizan casos como el presente constatan la existencia de discriminación social es totalmente inadmisibles legitimar esa discriminación con el argumento de proteger el interés superior del menor de edad. En el presente caso, el Tribunal resalta que, además, la señora Atala no tenía porque sufrir las consecuencias de que en su comunidad presuntamente las niñas podrían haber sido discriminadas debido a su orientación sexual. Por tanto, la Corte concluye que el argumento de la posible discriminación social no era adecuado para cumplir con la finalidad declarada de proteger el interés superior de las niñas M., V. y R.⁶²¹.

En los cuatro casos citados, se observa, por un lado, que la CoIDH reconoció e impugnó los estereotipos de género conforme a los cuales las autoridades judiciales locales fallaron. En el caso del TEDH, en tanto, si bien, no nombró la presencia de estereotipos de género, se advierte que de todos modos impugnó los efectos discriminatorios de las sentencias de los tribunales administrativos franceses que conocieron de la solicitud de adopción de E.B., así como la desidia de las autoridades judiciales turcas en cuanto a sancionar los hechos de violencia doméstica sufrida por Nahide Opuz.

En el caso de la CoIDH, además, -y de una forma más clara que en el caso del TEDH-, la impugnación de las sentencias dictadas por los tribunales nacionales con arreglo a estereotipos de género, sirve para evidenciar el efecto distorsionador de la estereotipación judicial, en cuanto a la valoración que se otorga a las declaraciones de las partes del juicio -nula, en el "caso Fornerón"-, y a la valoración de la prueba rendida en juicio -nula, también, en el "Caso Atala", donde la prueba indicaba que ella tenía aptitudes parentales y que sus hijas no presentaban ningún daño atribuible a la orientación sexual y a la

⁶²¹ Caso Atala Riffo contra Chile, considerandos N° 109, 121-122.

relación de pareja de la demandante, no obstante lo cual la Corte Suprema de Chile la privó del cuidado personal de sus hijas a causa de su relación amorosa con otra mujer-.

Por otro lado, se observa que la CoIDH, a diferencia del TEDH, tiene en consideración en sus fallos el efecto estigmatizante de los estereotipos. Nuevamente, el hecho de que la CoIDH haya podido identificar y nombrar los estereotipos, facilita asimismo identificar sus efectos, uno de los cuales es el estigma, que constituye una forma especial de discriminación, en tanto transforma en parias a quienes presentan el rasgo que los identifica como parte del grupo etiquetado con una estigma -esto es, la característica en virtud de la cual se margina a un grupo y a sus integrantes-. Así, por ejemplo, en el “caso Atala”, la CoIDH se refiere al estigma asociado a la comunidad LGTBQI, y al posible estigma que sufrirían los hijos de estas personas. Del mismo modo, la CoIDH aborda en el “caso Artavía Murillo” el estigma asociado a la infertilidad, y su relación con los estereotipos de género.

El TEDH, en cambio, omite pronunciarse al respecto, no obstante que en tres de los casos analizados es posible identificar estigmas asociados. Así, por ejemplo, en el caso de Paula Marckx, el estigma históricamente asociado a las mujeres que tenían hijos sin estar casadas, en virtud del cual se marginaba socialmente a estas y a sus hijos, es clave para entender por qué la ley belga vigente en ese entonces estaba tan poco dispuesta a reconocerles derechos filiativos y sucesorios. En el caso de E.B., en tanto, fue el estigma asociado a la comunidad LGTBQI lo que la marginó del proceso de adopción, haciendo invisibles a los ojos de las autoridades que intervinieron en el proceso de adopción sus competencias para ejercer el cuidado de un niño. Del mismo modo, en el caso de V.C., el estigma asociado a la comunidad romaní en Eslovaquia fue clave para que los médicos que la esterilizaron sin su consentimiento, valiéndose de información engañosa respecto del estado de

salud de V.C., brindasen a esta un “trato especial”, que se tradujo en una intervención médica irreversible y no consentida.

De todo lo anteriormente señalado, es posible concluir que, al menos en lo que a los estereotipos de género concierne, la CoIDH demuestra una mejor comprensión de la perspectiva de género, en comparación al TEDH, lo cual le ha facilitado la identificación de los estereotipos de género, y un entendimiento respecto de la importancia de nombrarlos, desafiarlos, y apuntar a erradicarlos. En suma, el enfoque de género demostrado por la CoIDH en sus sentencias lleva a concluir que esta ha desarrollado mejor que su contraparte europea el criterio antiestereotipación antes referido, por cuanto se observa en las cinco sentencias analizadas que esta Corte, de manera concomitante, nombra los estereotipos de género presentes en un caso, los impugna, y se refiere a los efectos nocivos de estos respecto de los derechos humanos.

Asimismo, es posible afirmar que la CoIDH muestra una perspectiva jurídica feminista radical, toda vez que hace mención en sus fallos a relaciones de subordinación que afectan a las mujeres, subordinación que estaría dada por la construcción social acerca de los roles que corresponden desempeñar a hombres y mujeres, así como los atributos y conductas que son propios de hombres o mujeres.

Por otra parte, en los casos citados, la CoIDH evita argumentar conforme a estereotipos. El TEDH, en cambio, y tal como se observó en los comentarios sobre el “asunto Marckx vs. Bélgica”, al impugnar los efectos discriminatorios de los estereotipos de género presentes en ese caso, utilizó un estereotipo prescriptivo de familias, mostrando preferencia por un tipo de familia -la tradicional-, lo cual evidencia cómo los distintos estereotipos se refuerzan mutuamente, pasando generalmente inadvertidos. Ahora bien, es necesario tener en consideración que el pensamiento expresado en esta sentencia por el TEDH se debe a razones históricas, pues este caso se conoció y falló cuando

los estudios de la mujer estaban en pleno desarrollo, al igual que la elaboración del criterio judicial de antiestereotipación. Desde entonces y hasta ahora, huelga decir que tanto la sociedad belga como el resto del mundo han experimentado cambios en relación a los tipos de familia, y a la mayor aceptación de la familia monoparental.

Se observa además que en la jurisprudencia de ambos tribunales, los estereotipos configuran un factor de vulnerabilidad respecto de ciertos grupos. En efecto, tanto si los estereotipos son o no nombrados -según lo que se ha mencionado anteriormente-, tanto el TEDH como la CoIDH, con más o menos aciertos, han sabido reconocer sus efectos nocivos, y cómo en ocasiones estos estereotipos despliegan sus efectos discriminadores y estigmatizantes de manera más intensa respecto de ciertos grupos, dejándolos en una posición especialmente desmejorada. Así, por ejemplo, el TEDH declaró en el “asunto Opuz” que las mujeres turcas residentes en el sudeste de ese país constituyen un grupo vulnerable, por la alta prevalencia de la violencia de género en ese sector, agravada por la ineficiencia judicial para perseguir responsabilidades y establecer sanciones respecto de los agresores. Sin embargo, al declinar el TEDH desarrollar la arista del caso V.C. referida a la discriminación, privó a las mujeres romaníes de ser reconocidas como un grupo vulnerable, no obstante que, tal como lo señala el voto de minoría de ese caso, las esterilizaciones forzadas hacia esas mujeres en Eslovaquia tienen larga data, y que a esa fecha habían varios casos similares pendientes de resolución por ese Tribunal, lo que da cuenta de un patrón generalizado de violencia hacia las mujeres romaníes eslovacas.

En contraste, de la jurisprudencia de la CoIDH analizada en esta tesis, se desprende que son considerados como grupos vulnerables las mujeres de Ciudad Juárez -por razones similares a las del “asunto Opuz”-, las personas afectadas por infertilidad en Costa Rica; la población LGTBQI; y las mujeres en

general, con respecto al ejercicio de sus derechos reproductivos, especialmente en el marco de la atención médica, el cual replica en la relación médico/paciente las relaciones de poder y subordinación entre hombres y mujeres. En el reconocimiento de esta vulnerabilidad, la CoIDH se ha erigido como un factor de resiliencia, esto es, un tribunal con vocación transformadora, por cuanto apunta con sus medidas a dismantelar las condiciones que convierten en vulnerable a un determinado grupo (por ejemplo, los estereotipos de género). No obstante, al revisar en la página web de la Corte el avance del cumplimiento de las medidas ordenadas para cada uno de los casos analizados en esta tesis, es posible advertir que ninguno de ellos ha sido archivado por cumplimiento. En efecto, todos ellos tienen medidas pendientes de cumplimiento: Por ejemplo, en el caso de Costa Rica, si bien este Estado cumplió con implementar programas y cursos permanentes de educación y capacitación a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial, en las materias de derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación, aún está pendiente de cumplimiento la revocación de la prohibición de la FIV, no obstante que la Corte ordenó que esta medida se adoptara con la mayor celeridad posible -esto, en noviembre de 2012-. En el caso de México, en tanto, se ha cumplido con implementar programas en educación en perspectiva de género y derechos humanos tanto a funcionarios judiciales y policiales, como a la población de Chihuahua. Sin embargo, están pendientes de cumplimiento las medidas que apuntan a remover las barreras para una adecuada investigación y establecimiento de sanciones por el asesinato de las tres víctimas del caso “Campo Algodonero”. Chile, en tanto, aún tiene pendiente de cumplimiento la implementación de programas y cursos permanentes de educación y capacitación dirigidos a funcionarios públicos y judiciales referidos a estereotipos de género y derechos humanos, según lo ordenado por la CoIDH en el “caso Atala”. En el “caso Fornerón”, sólo una de las siete medidas prescritas por la Corte se ha cumplido: el pago de una suma de dinero al Fondo

de Asistencia Legal de Víctimas. En el caso de Bolivia, en tanto, no ha cumplido con elaborar la cartilla informativa referida a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, ni tampoco ha implementado los programas de educación para médicos y profesionales de salud, sobre las materias de consentimiento informado, discriminación basada en género y estereotipos, y violencia de género; todo lo anterior, según lo ordenado por la Corte en el “caso I.V.”.

El TEDH, en tanto, no se muestra tan ambicioso como la CoIDH en estas sentencias: Sus sanciones consisten en condenar al Estado responsable de haber vulnerado alguna de las disposiciones de la Convención Europea de Derechos Humanos al pago de una indemnización. No obstante, este tribunal ostenta mejores índices de cumplimiento que la CoIDH, y es precisamente esta dificultad para que los Estados cumplan las medidas ordenadas explica que la CoIDH se muestre reacia a acoger la doctrina del margen de apreciación en estos casos, pues de lo contrario, se dificultaría aún más el resguardo efectivo que pudiera hacer esta Corte respecto de los derechos humanos.

Finalmente, de todo lo anteriormente señalado, queda claro que los estereotipos de género tienen un impacto negativo en los derechos humanos, por sus efectos discriminatorios y estigmatizantes, efecto este último especialmente preocupante, por cuanto convierte en parias a las personas que comparten el estigma, formando así grupos estigmatizados que terminan viviendo en los márgenes de la sociedad. De ahí la importancia que los tribunales nacionales e internacionales identifiquen, nombren y desafíen los estereotipos en sus sentencias, sea que se trate de la esterotipación presente en la argumentación de alguna de las partes del juicio, o de la estereotipación presente en el razonamiento de alguna sentencia pronunciada por un tribunal inferior. Esta es, sin duda, la mejor contribución que puede hacer cada tribunal para evitar la perpetuación de los estereotipos de género, y erradicarlos.

CONCLUSIONES

A partir de todo lo expuesto en los capítulos anteriores, se deduce que los estereotipos conducen a una distinción de trato, distinción que en la mayoría de los casos tiene efectos negativos, pues se trataría de discriminaciones arbitrarias, basadas en causales como el sexo, la raza, la orientación sexual, entre otras. Asimismo, en varios casos, los estereotipos conducen a la estigmatización de individuos, lo cual desde luego que los expone a sufrir discriminación arbitraria por parte del grupo social dominante.

En el caso de los estereotipos de género, cualquiera sea su clase, sus efectos discriminatorios y estigmatizantes repercuten especialmente –aunque no únicamente-, en las mujeres, privándolas de derechos –tales como sus derechos a no ser discriminadas, a acceder a la justicia, a la vida e integridad física-, imponiéndoles cargas –por ejemplo, soportar torturas, o un trato cruel o degradante-, o negándoles beneficios –por ejemplo, acceder a puestos de poder-.

En el caso de los hombres, se observa que los estereotipos de género operan primordialmente de manera prescriptiva, fijando roles y atributos que les son exclusivos y excluyentes, de manera tal que si intentan desafiar esa norma, la consecuencia es que suelen ser privados de un derecho –por ejemplo, el derecho a gozar de una licencia paternal para cuidar un hijo, en términos equivalentes a las licencias maternas postnatales-.

Los estereotipos de género se encuentran tan arraigados socialmente, que no extraña que las autoridades –administrativas, legislativas y judiciales-, no pocas veces actúen de conformidad a ellos. Así, por ejemplo, se observan en los casos analizados en esta tesis situaciones en que la policía no toma acción en un caso, movida por visiones estereotipadas. Asimismo, se da de manera habitual que los jueces dicten sentencias argumentadas conforme a estereotipos de género –sea que hayan fallado de esta manera motivados por visiones estereotipadas propias, o bien, por haber acogido los argumentos

estereotipados presentados por alguna parte en un determinado juicio-. Otras veces, el aparato judicial simplemente no persigue las consecuencias civiles y/o penales de una acción u omisión causada por estereotipos de género.

Por todo lo anterior, es importante que las autoridades administrativas, legislativas y judiciales sean educadas en materia de estereotipos en general, y estereotipos de género en particular, a fin de que tomen conciencia de su impacto mayormente negativo, y de las sanciones legales que conllevan sus acciones u omisiones motivadas por estereotipos. Asimismo, es importante que las autoridades tomen conciencia de las interacciones entre distintos estereotipos –fenómeno denominado como *interseccionalidad*-, y sus efectos combinados en materia de discriminación, estigmatización y vulnerabilidad de determinados grupos.

Si bien sólo dos tratados internacionales prohíben expresamente los estereotipos de género, diversos Comités de la ONU han interpretado las disposiciones de sus respectivos tratados internacionales, mediante la dictación de observaciones generales, en el sentido de reconocer a los estereotipos de género como una vulneración a dichos tratados, de lo cual se sigue que los Estados pueden comprometer su responsabilidad internacional a través de acciones u omisiones motivadas por estereotipos de género, ya que por esta vía podrían eventualmente infringir esos tratados internacionales a los cuales hayan adherido.

En el capítulo V de esta tesis, se analizaron diez casos de responsabilidad internacional de distintos Estados, tanto en Europa como en Latinoamérica, responsabilidad que fue declarada y condenada tanto por el TEDH como por la CoIDH. En todos esos casos, se advierte que las víctimas sufrieron discriminación arbitraria, como consecuencia de visiones

estereotipadas de diversas autoridades nacionales⁶²². De este modo, se comprueba la hipótesis en esta tesis: Los estereotipos de género promueven una distinción en el trato capaz de vulnerar los derechos humanos, por lo cual su aplicación y/o reconocimiento legal puede acarrear responsabilidad internacional de los Estados, y en consecuencia, estos pueden ser sancionados por este motivo por tribunales internacionales, de conformidad a diversos tratados internacionales.

BIBLIOGRAFÍA

1. **Abramovich, Víctor:** “Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso “Campo Algodonero” en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: Anuario de

⁶²² Sin perjuicio de que, como se mencionó anteriormente, en el “Asunto V.C. vs. Eslovaquia”, el TEDH inexplicable y desacertadamente desistió de pronunciarse respecto a la discriminación sufrida por la demandante.

Derechos Humanos, año 2010, Centro de Estudios de Derechos Humanos, Universidad de Chile, pp. 167-182.

2. **Adichie, Chimamanda Ngozie:** “El peligro de una sola historia”. Conferencia ofrecida en el marco del evento TED Global Ideas Worth Spreading en Julio de 2009, Oxford, Inglaterra.

Disponible en video y transcripción en:
http://www.ted.com/talks/lang/spa/chimamanda_adichie_the_danger_of_a_single_story.html.

3. **Allport, Gordon:** “La Naturaleza del prejuicio”. Editorial Universitaria de Buenos Aires, Cuarta Edición. Año 1971.

4. **Alonso Álvarez, Alba:** “El mainstreaming de género y sus nuevos desafíos: repensando el concepto de igualdad(es)”. Revista del CLAD Reforma y Democracia, No. 47, Jun. 2010.

5. **Alto Comisionado para los Derechos Humanos – Naciones Unidas:** “Gender stereotypes and Stereotyping and women’s rights”. Septiembre de 2014. Disponible en:

www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/OnePagers/Gender_stereotyping.pdf

6. **Amorós, Celia:** “El Feminismo: Senda no transitada de la Ilustración”. Revista Isegoría, N° 1, España, año 1990. Pp. 139-150.

7. **Arango, Rodolfo:** “Derechos sociales”. Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, vol. 2, año 2015. pp. 1677-1711.

8. **Bourdieu, Pierre:** “Elementos para una sociología del campo jurídico”. En: “La fuerza del Derecho”. Bourdieu, Pierre y Teubner, Günther. Siglo del Hombre Editores y Ediciones Uniandes, Bogotá, 20ª edición, 2005.

9. **Butler, Judith:** “Sex and Gender in Simone de Beauvoir's Second Sex”. Yale French Studies, No. 72, Simone de Beauvoir: Witness to a Century (1986), pp. 36-49.

10. **Butler, Judith:** “El género en disputa”. El feminismo y la subversión de la identidad. Paidós Ediciones, Santiago, 2018. 320 pp.

11. **Cardoso Onofre de Alencar, Emanuela:** “Mujeres y estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Eunomía, Revista de

Cultura en la Legalidad. N° 9, octubre de 2015-marzo 2016. pp. 26-48.

12. Carpizo, Jorge: “Los Derechos Humanos: Naturaleza, Denominación y Características”. Revista Mexicana de Derecho Constitucional Núm. 25, julio-diciembre 2011, pp. 3-29.

13. Case, Mary Anne: “Very Stereotype the Law Condemns: Constitutional Sex Discrimination Law as a Quest for Perfect Proxies”. Cornell LawReview, Volume 85, Issue 5 July 2000. Pp. 1447-1491.

14. Casas, Lidia, González, Juan Pablo y Molina, María Soledad: “Estereotipos de género en sentencias del tribunal constitucional”. Anuario de Derecho Público de la Universidad Diego Portales, N° 1, 2012. Pp. 250-268.

15. Castillo-Mayén, Rosario, & Montes-Berges, Beatriz: “Analysis of current gender stereotypes”. Anales de Psicología, 30(3), (2014). Pp. 1044-1060. Disponible en:

<https://dx.doi.org/10.6018/analesps.30.2.138981>

16. Centro de Investigación Periodística (Ciper): “La historia no contada de la pastora aymara condenada por extraviar a su hijo”. 1 de junio de 2012. Disponible en: <https://ciperchile.cl/2012/06/01/la-historia-no-contada-de-la-pastora-aymara-condenada-por-extraviar-a-su-hijo/>

17. Chía, Eduardo; y Contreras, Pablo: “Análisis De La Sentencia Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica De La Corte Interamericana De Derechos Humanos”. Estudios Constitucionales, Año 12, Nº 1, 2014, pp. 567-585.

18. Cook, Rebecca J. y Cusack, Simone: “Estereotipos De Género: Perspectivas Legales Transnacionales”. Año 2010. Disponible en: www.law.utoronto.ca/utfl_file/count/documents/reprohealth/estereotipos-de-genero.pdf.

19. Cook, Rebecca J: “Estereotipos de Género: Perspectivas Legales Transnacionales”. Entrevista de Nicole Lacrampette. En: Anuario De Derechos Humanos, No. 10, 2014. pp. 197-204.

20. Comité contra la Tortura: Comité contra la Tortura: “Observación General Nº 2: Aplicación del artículo 2 por los

Estados Partes”. 24 de enero de 2008. Disponible en:
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8782.pdf?view>

21. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

Observación general N° 16 sobre la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). 11 de agosto de 2005.

22. Comité de Derechos Humanos: “Observación General N° 28, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos en relación al Artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres”, 68º período de sesiones. Año 2000.

23. Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares:

“Observación general N° 1 sobre los trabajadores domésticos migratorios”. 23 de febrero de 2011.

24. Comité sobre los derechos del niño: Observación General N° 4: La salud y el desarrollo de los adolescentes en el

contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño. 21 de julio de 2003.

25. Comité sobre los derechos del niño: Observación General Nº 13: Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia. 18 de abril de 2011.

26. Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas”. Año 2011. Disponible en:

www.cidh.oas.org/pdf%20files/mesoamerica%202011%20esp%20final.pdf

27. Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “Acceso a la Información; Violencia contra las mujeres y administración de justicia”. Año 2015. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Acceso-informacion.pdf>

28. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: “Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer”. Año 2011. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=A%2f73%2f38&Lang=en

29. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: “Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer”. Año 2013. Disponible en:

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=A%2f73%2f38&Lang=en

30. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: “Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer”. Año 2017. Disponible en:

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=A%2f73%2f38&Lang=en

31. Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva OC-18/03, Solicitada por Los Estados Unidos Mexicanos Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. 17 De Septiembre De 2003.

32. Cunningham-Parmeter, Keith: “(Un)Equal Protection: Why Gender Equality Depends On Discrimination”. Northwestern University Law Review. Vol. 109, No. 1, 2015.

33. Cusack, Simone: “Gender Stereotyping as a Human Rights Violation”. United Nations Human Rights, Office of the High Commissioner, Año 2013. Disponible en:

www.ohchr.org/EN/Issues/Women/WRGS/Pages/GenderStereotypes.aspx

34. Cusack, Simone: “Eliminating judicial stereotyping: Equal access to justice for women in gender-based violence cases”. Junio de 2014. Disponible en:

www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/StudyGenderStereotyping.doc

35. De Barbieri, Teresita: “Sobre La Categoría Género. Una Introducción Teórico- Metodológica”. Revista “Debates en Sociología”, Departamento de Ciencias Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Perú. Número 18 (1993). Pp. 145-169.

36. De Beauvoir, Simone: “El segundo sexo”. Novena edición en español, Random House Editores. Buenos Aires, 2013. 728 pp.

37. De los Ríos, Patricia: “Los movimientos sociales de los años sesentas en Estados Unidos: un legado contradictorio”. Sociológica, Universidad Autónoma Metropolitana de México.

Año 1, Numero 38. 1998. Significados y efectos sociales
Septiembre – diciembre de 1998. Pp. 13-30.

38. Devine, Patricia G., y Sharp, Lindsay B.: “Automaticity and Control in Stereotyping and Prejudice”. En: “Handbook of Prejudice, Stereotyping and Discrimination”. Editado por Todd Nelson, Psychology Press, Nueva York, año 2009, pp. 61-88.

39. Diniz, Debora: “Estereótipos de gênero nas cortes internacionais - um desafio à igualdade: entrevista com Rebecca Cook”. Revista Estudos feministas, 2011, vol.19, N° 2. Pp. 451-462.

40. Dovidio, John F.; Hewstone, Miles; Glick, Peter y Esses; Victoria M: “Prejudice, Stereotyping and Discrimination: Theoretical and Empirical Overview”. Año, 2013. Disponible en: pdfs.semanticscholar.org/b1ce/a4d91d9593ba5b9790c8159bf35004cd8ac5.pdf

41. Echeverría Echeverría, Rebelín: “Estereotipos y Discriminación hacia Personas Indígenas Mayas: Su Expresión En Las Narraciones De Jóvenes De Mérida, Yucatán”. En: Aposta. Revista de Ciencias Sociales ISSN 1696-7348 N° 71, Octubre, Noviembre y Diciembre 2016. Pp. 95-127.

- 42. Emmenegger, Susan:** “Perspectivas de género en el derecho”. Anuario de derecho penal, Universidad de Friburgo, número 1999-2000. Pp. 37-47.
- 43. Estupiñan Silva, Rosmerlin:** (2014) “La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología” [Vulnerability in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights: sketch of a typology]. En: Derechos humanos y políticas públicas, Manual, Coords., L. Bourgogue-Larsen et al (Barcelona: Edo-Serveis), pp. 193-231; International Meeting on Public Policies and Human Rights, Alfa III Project of the European Union, Universidad de Los Andes, 13 de diciembre de 2013, Bogotá, Colombia.
- 44. Facio, Alda y Fries, Lorena.** “Feminismo, Género y Patriarcado”. En: “Género y Derecho”. Editorial LOM, Santiago, año 2000. Pp. 6-38.
- 45. Fernández-Montesinos, Andrea:** “Los estereotipos: Definición y funciones”. Iberic@l, Revue d'études ibériques et ibéro-américaines, Sorbonne, Paris. Numéro 10 – Automne 2016. Pp. 53-63.

- 46. Fernández Rodríguez de Liévana, Gema:** “Los Estereotipos de Género en los Procedimientos Judiciales por Violencia de Género: El Papel del Comité CEDAW en la Eliminación de la Discriminación y de la Estereotipación”. *Oñati Socio-legal Series* [online], 2015, 5 (2), pp. 498-519. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2611539>
- 47. Fernández Ruiz-Gálvez, Encarnación:** “Mainstreaming de Género y Cambio Social”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada*, Número 49, año 2015. Pp. 333-365.
- 48. Fondimare, Elsa:** “Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination”, *La Revue des droits de l’homme* [En línea], 5 | 2014, mis en ligne le 20 mai 2014. PP. 1-42. Disponible en : revdh.revues.org/755 ; DOI : 10.4000/revdh.755
- 49. Franklin, Cary:** “The Anti-Stereotyping Principle in Constitutional Sex Discrimination” *Law* (April 14, 2010). *New York University Law Review*, Vol. 85, No. 1, 2010. Pp. 83-173.
- 50. Friedan, Betty:** “The Feminine Mystique”. W.W. Norton & Company, Inc. Nueva York, Estados Unidos, año 1963. 32 pp.

- 51. Fries, Lorena, y Matus, Verónica:** “El derecho. Trama y Conjura patriarcal”. Editorial LOM/La Morada, Santiago, año 1999. 142 pp.
- 52. Fries, Lorena; y Lacrampette, Nicole:** “Feminismos, Género y Derecho”. En: Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica. Universidad de Chile; Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos. Año 2014. Pp. 33-68.
- 53. García-Mine, Ana María:** “Desarrollo del género en la feminidad y en la masculinidad”. Narcea Ediciones, Madrid, año 2010. 125 pp.
- 54. Goffman, Erving:** "Estigma: La identidad deteriorada". Amortorru Editores, 10° edición. Buenos Aires, 2006. 172 pp.
- 55. González Gabaldón, Blanca.** “Los estereotipos como factor de socialización en el género”. Comunicar: Revista científica iberoamericana de comunicación y educación, ISSN 1134-3478, N° 12, 1999, págs. 79-88.
- 56. Herald, Marybeth:** “Situations, Frames, and Stereotypes: Cognitive Barriers on the Road to Nondiscrimination”. Michigan Journal of Gender and Law, 2010. Volumen 17 N° 1. Pp. 39-55.

57. Hernández Sampieri, Roberto; Fernández Collado, Carlos y Baptista Lucio, Pilar: Metodología de la investigación. Editorial McGraw Hill, Colombia, año 1997.

58. Hewitt, Nancy A., editora: "No Permanent Waves: Recasting Histories of U.S. Feminism". New Brunswick: Rutgers University Press, 2010. xiv, 453 pp.

59. Holmaat, Rikki; y Naber, Jonneke: "Women's Human Rights and Culture; From Deadlock to Dialogue". Intersentia, Cambridge, 2011. Disponible en:

<https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/35157>

60. Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. Organización de las Naciones Unidas, Beijing, 1995. Disponible en: www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf

61. Iñíguez Manzo, Andrea Rosario: "La noción de "categoría sospechosa" y el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, N° 43, diciembre de 2014. Pp. 495-516.

62. Jewkes R, Penn-Kekana L: (2015) "Mistreatment of Women in Childbirth: Time for Action on This Important Dimension of Violence against Women". PLoS Med 12(6): e1001849. En: <https://doi.org/10.1371/journal.pmed.1001849>

63. Jussim, Lee et al: "The Unbearable Accuracy of Stereotypes". En: "Handbook of Prejudice, Stereotyping and Discrimination". Editado por Todd Nelson, Psychology Press, Nueva York, año 2009, pp. 199-228.

64. Kirkwood Bañados, Julieta: "Feminarios". Ediciones Documentas, Santiago de Chile, 1987, 143 pp. Disponible en: www.memoriachilena.cl/archivos2/pdfs/MC0049940.pdf

65. Lamas, Marta: "La antropología feminista y la categoría 'género'". Nueva antropología, N° 30, México, 1986, noviembre-diciembre, pp. 173-198.

66. Lamas, Marta: "Género, diferencia de sexo y diferencia sexual". En: ¿Género?, Debate Feminista, Año 10, Vol. 20, México, edición de octubre de 1999, pp. 1-24.

67. Link, Bruce G. y Phelan, Jo C.: "Conceptualizing Stigma".
Annu. Rev. Sociol. 2001, N° 27, pp. 363-385.

68. Mackinnon, Catharine: "Hacia una teoría feminista del Estado". Ediciones Cátedra Universitat de Valencia. Instituto de la Mujer. España, 1989. 453 pp.

69. Mackinnon, Catharine: "Feminismo inmodificado. Discursos sobre la vida y el derecho". Siglo Veintiuno Editores, Argentina, 2014. 368 pp.

70. MESECVI (Mecanismo de seguimiento de la Convención de Belém do Pará): "Primer informe de seguimiento a la Implementación de la Convención de Belém do Pará". Comisión Interamericana de Mujeres, año 2010. Disponible en: <http://www.oas.org/es/mesecvi/docs/InformeHemisferico2008-SP.pdf>

71. MESECVI (Mecanismo de seguimiento de la Convención de Belém do Pará): "Segundo informe de seguimiento a la Implementación de la Convención de Belém do Pará". Comisión Interamericana de Mujeres, año 2014. Disponible en: www.oas.org/es/mesecvi/docs/MESECVI-SegundoInformeSeguimiento-ES.pdf

72. MESECVI (Mecanismo de seguimiento de la Convención de Belém do Pará): “Primer informe hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belém do Pará”. Comisión Interamericana de Mujeres, año 2008. Disponible en:
www.oas.org/es/mesecvi/docs/InformeHemisferico2008-SP.pdf

73. MESECVI (Mecanismo de seguimiento de la Convención de Belém do Pará): “Segundo informe hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belém do Pará”. Comisión Interamericana de Mujeres, año 2012. Disponible en:
www.oas.org/es/mesecvi/docs/MESECVI-SegundoInformeSeguimiento-ES.pdf

74. MESECVI (Mecanismo de seguimiento de la Convención de Belém do Pará): “Guía para la aplicación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)”. Año 2014. Disponible en:
www.oas.org/es/mesecvi/docs/BdP-GuiaAplicacion-Web-ES.pdf

75. MESECVI (Mecanismo de seguimiento de la Convención de Belém do Pará): Segundo Informe de Seguimiento a la Implementación de las Recomendaciones del Comité de Expertas del MESECVI, 27 de noviembre de 2014.

76. Nash, Claudio; Milos, Catalina; Nogueira, Andrés y Núñez, Constanza: “Derecho internacional de los derechos humanos en Chile: recepción y aplicación en el ámbito interno”. Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2007. Disponible en:

<http://libros.uchile.cl/index.php/sisib/catalog/book/371>

77. Nash Rojas, Claudio: “La Concepción De Derechos Fundamentales En Latinoamérica. Tendencias jurisprudenciales”. Tesis para optar al grado de doctor en Derecho, Facultad de Derecho Universidad de Chile, año 2008. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/106789>.

78. Nash, Claudio: “Estudio Introductorio: Derechos Humanos y Mujeres. Teoría y Práctica”. En: “Derechos Humanos y Mujeres. Teoría y Práctica”. Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Año 2013. Pp. 13-29.

79. Nash Rojas, Claudio: “La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. ACIDI - Anuario Colombiano de Derecho Internacional, [S.l.], v. 11, feb. 2018. ISSN 2145-4493. Pp. 71-100.

80. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: “Gender stereotypes and Stereotyping and women’s rights”. Septiembre 2014. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/OnePagers/Gender_stereotyping.pdf

81. Pérez Luño, Antonio: “La fundamentación de los derechos humanos”. En: Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), N° 35, septiembre-octubre de 1983. Pp. 7-71.

82. Peroni, Lourdes, y Timmer, Alexandra: “Vulnerable Groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention Law”. En: Oxford University Press and New York University School of Law, 2013, pp. 1.056-1.085.

83. Picado Vargas, Carlos Adolfo: “El derecho a ser juzgado por un juez imparcial”. Revista de Iudex, Número 2, agosto de 2014, pp. 33-62.

84. Plous, Scott: The “Psychology of Prejudice, Stereotyping and Discrimination: An Overview”. En: In S. Plous (Ed.),

Understanding Prejudice and Discrimination (pp. 3-48). Nueva York, Editorial McGraw-Hill. Disponible en:

pdfs.semanticscholar.org/c6c0/2f8929a48871689d757122c1bb346c6265b5.pdf

85. Poder Judicial de la República de Chile: “Poder Judicial Instala Mesa De Trabajo Sobre Perspectiva De Género”. 1 de Julio de 2015. En: www.poderjudicial.cl.

86. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en Chile: “Representación política de mujeres en el poder legislativo: Análisis de la aplicación de las cuotas de género en las elecciones parlamentarias de 2017”. Febrero de 2018, 48 pp. Disponible en:

http://www.cl.undp.org/content/chile/es/home/library/democratic_governance/representacion-politica-de-mujeres-en-el-poder-legislativo.html

87. Radio Cooperativa: “Niño extraviado en Laguna Verde fue hallado muerto”. 17 de julio de 2012. Disponible en: <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/region-de-valparaiso/nino-extraviado-en-laguna-verde-fue-hallado-muerto/2012-07-17/132628.html>

88. Radio Cooperativa: “Universidad manipuló pruebas de acceso para admitir a menos mujeres en Japón”. Disponible en:

<https://www.cooperativa.cl/noticias/mundo/japon/universidad-manipulo-pruebas-de-acceso-para-admitir-a-menos-mujeres-en/2018-08-02/005801.html>.

89. Radl Philipp, Rita: “Derechos Humanos y Género”. Cad. Cedes, Campinas, volumen 30, N° 81, pp. 135-155, mayo-agosto 2010. Disponible en: www.scielo.br/pdf/ccedes/v30n81/a02v3081

90. Roca Fernández, María José: “Luces y sombras en la argumentación de la jurisprudencia reciente del TEDH sobre el art. 9 del Convenio”. En: Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 aniversario. Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, España, 2016, pp. 187-205.

91. Rubin, Gayle: “El tráfico de mujeres: notas sobre la "economía política" del sexo”. Nueva Antropología, vol. VIII, núm. 30, noviembre, 1986, pp. 95-145 Asociación Nueva Antropología A.C. Distrito Federal, México.

- 92. Sarmiento Ramírez, Claudia:** “Mirando la discriminación con otros ojos”. En: *Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica*. Universidad de Chile; Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos. Año 2014. Pp. 147-180.
- 93. Schönsteiner, Judith; Fuentes, Claudio; Benítez, Dinka y Mariángel, Sylvana:** “Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 2011: Algunos avances, retrocesos y desafíos”. En: *Anuario de Derecho Público 2012*, Universidad Diego Portales. Pp. 515-539.
- 94. Scott, Joan Wallach:** "Gender: A Useful Category of Historical Analysis". *The American Historical Review*, Vol. 91, No. 5. (Dec., 1986), pp. 1.053-1.075.
- 95. Scott, Joan Wallach:** “Algunas reflexiones adicionales sobre género y política”. En: “*Género e Historia*”. Fondo de Cultura Económica, México, 2008. Pp. 245-270.
- 96. Scott, Joan Wallach:** “Género: Todavía una categoría útil para el análisis?” *La Manzana de la Discordia*, Cali, Enero-Junio, año 2011, Vol. 6 N° 1. Pp. 95-101.

- 97. Stark, Barbara:** "Anti-Stereotyping and 'the End of Men'", 92 Boston University Law Review, Annex 1 (2012), pp. 1-12.
- 98. Stangor, Charles:** "The Study of Stereotyping, Prejudice, and Discrimination within Social Psychology. A quick history of Theory and Research". En: "Handbook of Prejudice, Stereotyping and Discrimination". Editado por Todd Nelson, Psychology Press, Nueva York, año 2009, pp. 1-22.
- 99. Stolke, Verena:** "La mujer es puro cuento: la cultura del género". Estudios Feministas, Florianópolis, 12(2): 264, maio-agosto/2004. Pp. 77-105.
- 100. Swim, Janet K. y Hyers, Lauri L.:** "Sexism". En: "Handbook of Prejudice, Stereotyping and Discrimination". Editado por Todd Nelson, Psychology Press, Nueva York, año 2009, pp. 407-430.
- 101. Timmer, Alexandra:** "Toward an anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights". Human Rights Law Review 11:4 (2011), pp. 707-738.
- 102. Timmer, Alexandra:** "Judging Stereotypes: What the European Court of Human Rights Can Borrow from American

and Canadian Equal Protection Law”. The American Journal of Comparative Law, Volume 63, Issue 1, 1 January 2015, Pp. 239–284.

103. **Timmer, Alexandra:** “Gender Stereotyping in the case law of the EU Court of Justice”. En: European Equality Law Review, N° 1, pp. 37-46.

104. Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle, causa RIT 29-2016, considerando décimo cuarto.

105. U.S. Supreme Court Reed v. Reed, 404 U.S. 71 (1971).

106. US Court of Appeals for the Tenth Circuit - 469 F.2d 466 (10th Cir. 1972). Nov. 22, 1972.

107. **Valcárcel, Amelia:** “La memoria colectiva y los retos del feminismo”. En: Serie Mujer y desarrollo, N° 31, CEPAL, Santiago de Chile, año 2001. Pp. 5-.34.

108. **Varela, Nuria:** “Feminismo para principiantes”. Ediciones B, Barcelona, año 2008, 416 pp.

- 109.** **Wollstoncraft, Mary:** “Vindicación de los derechos de la mujer”. Taurus Great Ideas, año 2012, 152 pp.