



CAPÍTULO I

Discriminación basada en el género



CAPÍTULO I Discriminación basada en el género

1. CONCEPTOS GENERALES

- Los tratados internacionales de derechos humanos consagran la obligación de los Estados de garantizar la igualdad y no discriminación en razón del género.
- Discriminación es toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se base en determinados motivos como la raza, el color, el sexo, el género, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.¹⁰
- El *test estricto* de proporcionalidad determina si una distinción, con base en una categoría protegida, es discriminatoria. Para ello, se requiere preguntar lo siguiente:
 - ¿Persigue la medida en cuestión un fin legítimo en un estado democrático?
 - ¿Son adecuados los medios empleados para conseguir dicho fin?
 - ¿Tiene la medida un impacto proporcional, esto es, sus beneficios superan sus costos?
- La discriminación puede ser directa o indirecta y los tribunales están obligados a determinar si una norma, política o práctica en apariencia neutral tiene efectos discriminatorios para los grupos marginados por razones de género.
- La garantía de igualdad y no discriminación es una obligación inmediata y no progresiva, por lo que los Estados deben adoptar medidas especiales temporales dirigidas a subsanar las desigualdades existentes respecto de grupos históricamente y sistemáticamente marginalizados. Dichas medidas positivas no constituyen discriminación.
- En virtud de la dificultad probatoria que presentan para las víctimas los casos civiles de discriminación, los tribunales nacionales e internacionales han resuelto que la carga de la prueba debe invertirse para satisfacer la obligación internacional de garantizar la igualdad y los recursos efectivos para las víctimas de discriminación.¹¹

10. CDH. (1989). Observación General N° 18, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, No discriminación. 37º período de sesiones, U.N. Dobs. HRI/GEN/1/Rev.7, p. 168, párr. 7. Disponible en: www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom18.html.

11. Ver: Directiva 97/80/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo. Diario Oficial N° L 14, de 20 de enero de 1998, pp. 6-8. Disponible en: eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&type_doc=Directive&an_doc=1997&nu_doc=80; TEDH, caso "Nachova y otros vs. Bulgaria", demanda 43577/98; 43579/98, sentencia del 6 de julio de 2005. Disponible en: www.unhcr.org/refworld/pdfid/414d89254.pdf; CIDH, caso "Simone André Diniz vs. Brasil", informe N° 66/06, fondo, caso 12.001, 21 de octubre de 2006. Disponible en: www.cidh.org/annualrep/2006sp/Brasil12001sp.htm. Ver también, Rojas Vallejo, M.L. y Soto Mourraille, C. (2009, mayo). *Convención Interamericana contra el Racismo y toda forma de Discriminación e Intolerancia*. Documento de toma de posición N° 5. La carga de la prueba en casos de discriminación. Universidad de los Andes, Observatorio de Discriminación Racial, Justicia Global y Derechos Humanos, The University of Texas at Austin School of Law, Human Rights Clinic. Disponible en: www.justiciaglobal.info/docs/Documento%205%20-%20Carga%20de%20la%20prueba%2029%2005%2009%20-%20final.pdf.

2. CASO MODELO: SUP-JDC-461/2009¹²

A. Resumen del caso

Los hechos del caso ocurrieron durante la etapa de selección interna de candidatos al proceso electoral federal de 2009 en México, por el cual se renovó a los miembros de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. La demandante, Mary Telma Guajardo Villarreal, presentó juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano en el que impugnó la resolución emitida por la Comisión Nacional de Garantías del Partido de la Revolución Democrática (PRD) que confirmaba el orden de las candidaturas a diputados federales por el principio de representación proporcional.

La Comisión Nacional de Garantías del PRD desestimó la pretensión de la actora de ser trasladada del cuarto lugar a la tercera posición de la lista de candidaturas a diputados por el principio de representación proporcional, sobre la base de que es admisible que las dos candidaturas de género distinto, a que se refiere el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, se ubiquen una enseguida de la otra en la lista de candidatos. De este modo, el partido sostuvo que, en el caso, se dio cumplimiento a la normativa partidaria y legal porque en la lista impugnada se colocó a una mujer, seguida de dos hombres y luego de dos mujeres. En otras palabras, la lista correspondiente a la Segunda Circunscripción, quedaba ordenada de la siguiente manera: mujer – hombre – hombre – mujer – mujer.

Con base en este orden, la demandante quedaba situada en la cuarta posición. Sin embargo, ella argumentó que “la lista de candidatos a diputados federales por el principio de representación proporcional en la que se incluyó su nombre, no se integró correctamente, ya que no se cumplió con el requisito de alternancia previsto en el código comicial federal”.¹³ Sostuvo que, de haberse cumplido correctamente con esta norma, ella habría quedado ubicada en la tercera posición.

Correspondió al Tribunal Electoral determinar la manera en qué debía aplicarse la regla de alternancia de géneros prevista bajo la siguiente redacción: “en cada uno de los segmentos de cada lista habrá dos candidaturas de género distinto, de manera alternada”.¹⁴

12. México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Expediente: SUP-JDC-461/2009, Magistrado Ponente (MP) Salvador Olimpo Nava Gomar, 6 de mayo de 2009. Disponible en: www.oas.org/sap/docs/DECO/legislacion/mx/SUP-JDC-0461-2009.pdf.

13. *Ibid.*

14. Artículo 220, párrafo 1 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (nuevo Código publicado en el Diario Oficial de la Federación (D.O.F.) el 14 de enero de 2008). Disponible en: www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/COFIPE.pdf.

B. Perspectiva de género en la decisión del caso

Al resolver el caso, el Tribunal declara que el partido político aplicó indebidamente la regla de alternancia de géneros. Por ello, ordenó colocar a la demandante en la tercera posición de la lista electoral.

Para alcanzar esta decisión, el Tribunal recurre a dos criterios: un criterio gramatical y un criterio sistemático. El primero refiere al significado literal del vocablo “alternar”. El segundo, a la finalidad perseguida por la legislatura con la regla de alternancia.

De acuerdo a este segundo criterio, la regla de alternancia persigue aumentar el liderazgo político de las mujeres, finalidad que, conforme a la interpretación de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, es acorde con la obligación del Estado de alcanzar la igualdad sustantiva o material entre hombres y mujeres en el ámbito político.

Esta obligación del Estado de propiciar las condiciones para que la igualdad de las personas sea real y efectiva requiere la eliminación de los obstáculos que impiden el pleno desarrollo de las personas y su efectiva participación en la vida política, “mandatos que pueden entenderse como una directiva de interpretación para los órganos jurisdiccionales”.

El tribunal identifica que la normativa interna establece un deber para los partidos políticos de promover y garantizar la igualdad de oportunidades y procurar la paridad de género en la vida política del país, por medio de las postulaciones a cargos de elección popular. La regla de alternancia de géneros en las listas de representación proporcional permite a los partidos políticos cumplir con este deber, puesto que “incrementa la posibilidad de que los representantes electos a través de ese sistema electoral sean tanto de sexo femenino como masculino y, al mismo tiempo, hace factible que exista mayor equilibrio entre ambos sexos, al menos, en lo referente a los cargos electos por ese principio”. La finalidad de la regla de alternancia es, a la postre, la participación política efectiva en el Congreso de la Unión de hombres y mujeres “en un plano de igualdad sustancial entre ambos sexos, con el objetivo de mejorar la calidad de la representación política”.¹⁵

15. Expediente: SUP-JDC-461/2009, *Op. Cit.*, nota 12.

Esta interpretación es además conforme al derecho internacional de los derechos humanos. La Sala Superior afirma que es dentro de este marco normativo internacional que el Estado mexicano ha adoptado, entre otras medidas legislativas, la regla de alternancia de géneros en la elaboración de las listas de candidatos de representación proporcional. Así, la búsqueda de la igualdad formal y material entre mujeres y hombres es “piedra angular del derecho internacional de los derechos humanos” y, como tal, forma parte de las obligaciones adoptadas por el Estado mexicano. Concretamente, en relación con la CEDAW,¹⁶ el tribunal afirma que “los Estados partes [de la CEDAW] se comprometen a garantizar a las mujeres, en igualdad de condiciones con los hombres, el derecho a participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales”. Con base en el artículo 2 de la CEDAW, la decisión establece: “El texto [citado] pone de relieve la búsqueda de la igualdad formal y material entre mujeres y hombres, como piedra angular del derecho internacional de los derechos humanos. En ese marco, el Estado mexicano ha adoptado entre otras medidas legislativas, la regla de alternancia de géneros en la elaboración de las listas de candidatos de representación proporcional”.¹⁷

16. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981), UN Doc. A/RES/34/180, de 18 de diciembre de 1979. Ratificada por México el 23 de marzo de 1981. Disponible en: www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm.

17. Expediente: SUP-JDC-461/2009, *Op. Cit.*, nota 12.

México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

**Extractos: Expediente SUP-JDC-461/2009, MP Salvador Olimpo Nava Gomar
6 de mayo de 2009**

El artículo 4º, párrafo primero, de la Constitución, establece la garantía de igualdad entre hombres y mujeres. Con el fin de que esa garantía sea observada en materia electoral, los artículos 4, párrafo 1, 38, párrafo 1, inciso s), y 218, párrafo 3, del Código Electoral Federal prevén el deber de los partidos políticos de promover y garantizar la igualdad de oportunidades, y procurar la paridad de género en la vida política del país, por medio de postulaciones a cargos de elección popular.

La regla de alternancia de géneros en las listas de representación proporcional permite a los partidos políticos cumplir con ese deber, puesto que incrementa la posibilidad de que los representantes electos a través de ese sistema electoral sean tanto de sexo femenino como masculino y, al mismo tiempo, hace factible que exista mayor equilibrio entre ambos sexos, al menos, en lo referente a los cargos electos por ese principio.

Si se tiene en cuenta que, según lo dispuesto en el artículo 41, base I, párrafo segundo, de la Constitución, entre los principales fines de los partidos políticos está la postulación de candidatos a cargos de elección popular, es patente que una de las manifestaciones del liderazgo político de las mujeres que deben fomentar tales partidos es, precisamente, la postulación de mujeres candidatas en condiciones de paridad con los candidatos de sexo masculino.

La regla de alternancia entre géneros en las listas de representación proporcional persigue esa paridad; de ahí que sea congruente con la finalidad de lograr el liderazgo político de las mujeres, encomendada a los partidos políticos.

La interpretación sostenida por este órgano jurisdiccional coincide también con el objetivo de lograr la igualdad sustantiva entre hombres y mujeres en el ámbito político, establecido en la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, según la cual es obligación de las autoridades establecer las acciones conducentes a lograr la participación equilibrada entre mujeres y hombres en los cargos de elección popular y dentro de las estructuras de los partidos políticos (artículos 1; 6; 17, párrafo primero y 36, fracciones III y IV).

El significado normativo atribuido a la disposición del artículo 220, párrafo 1, del Código Electoral Federal es acorde también con la obligación del Estado de promover las condiciones para que la igualdad de las personas sea real y efectiva, y de eliminar los obstáculos que impidan el pleno desarrollo de las personas y su efectiva participación en la vida política, mandatos que pueden entenderse como una directiva de interpretación para los órganos jurisdiccionales, establecida en el artículo 2 de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.

3. NORMATIVA INTERNACIONAL EN MATERIA DE DISCRIMINACIÓN BASADA EN EL GÉNERO

Los principios de igualdad y no discriminación son la base de todos los instrumentos internacionales de derechos humanos y un componente fundamental de la interpretación e implementación de los derechos que estos consagran.¹⁸

A pesar de que comúnmente se señala al principio de no discriminación como una especie de corolario negativo y práctico del principio de igualdad, ambos son conceptos autónomos en el sentido de que no todo tratamiento desigual es discriminatorio.¹⁹ Las normas internacionales no obligan al Estado a lograr una estricta igualdad de trato hacia las personas, lo que se requiere es que las personas sean tratadas sin discriminación.²⁰

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Parte final del artículo 1º de la Constitución mexicana (reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación (D.O.F.) el 10 de junio de 2011).

El CDH, a partir de las definiciones de discriminación de la ICERD y de la CEDAW, concretó, en su Observación General N°18, el concepto de discriminación contenido en el PIDCP en los siguientes términos:

“Si bien esas convenciones se refieren sólo a un tipo específico de discriminación, el Comité considera que el término “discriminación”, tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferen-

18. Banda, F. (2008, 6 de marzo). *Project on a mechanism to address laws that discriminate against women*, p. 5. Disponible en: www.ohchr.org/Documents/Publications/laws_that_discriminate_against_women.pdf.

19. Pérez del Río, T. (2005). *Discriminación indirecta, acción positiva y transversalidad de género*, p. 2. Disponible en: es.scribd.com/doc/75140747/Discriminacion-Indirecta-Teresa-Perez-Vasambla.

20. Palacios Zuloaga, P. (2006, junio). *La no discriminación: estudio de la jurisprudencia del Comité de derechos humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación*. Universidad de Chile, Embajada del Reino de los Países Bajos, Centro de Derechos Humanos. Santiago de Chile, Chile: LOM ediciones Ltda. Por su parte, el CDH reconoce el consenso establecido en la doctrina y la jurisprudencia en cuanto a que las diferencias de trato son permitidas e incluso pueden llegar a ser necesarias, siempre y cuando satisfagan los requisitos del test estricto. El párrafo 13 de la Observación General N° 18 sostiene así que: “(...) el Comité observa que no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto.”

cia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.”²¹

El primer elemento que surge de esta definición es que el término “discriminación” se utiliza para denotar la prohibición de las diferenciaciones arbitrarias. Se trata de un grupo de personas que obtienen privilegios por encima de la generalidad de la población, o bien de un grupo que soporta desventajas en relación con el resto.²² Estas diferenciaciones deben basarse en alguna de las categorías protegidas (llamadas categorías “sospechosas”), las cuales se entienden de forma no exhaustiva, dada la inclusión de la categoría “cualquier condición social”, destinada a ampliar los ámbitos de protección.

Además, la diferenciación tiene que tener por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos en cualquier instrumento normativo a favor de todas las personas. Sobre este elemento, se señala que “[l]a anulación o el menoscabo de la igualdad que se produce, ya sea por acción directa, ya sea como consecuencia del privilegio otorgado a otros, es un factor que se debe considerar independientemente de la intención del responsable de la distinción. No importa si es que se tuvo el propósito de discriminar o no, si la diferencia de trato se produjo para efectos de dejar en desventaja a una persona o grupo determinado o si dicha desventaja resultó ser imprevista.”²³

A partir de estos elementos, cualquier distinción que se haga con base en una de las categorías “sospechosas” debe sujetarse a un test estricto de proporcionalidad que determine si la diferenciación en cuestión está justificada.

21. CDH. (1989). *Observación General Nº 18*, Op. Cit., nota 10.

22. Palacios Zuloaga, P. (2006, junio). *La no discriminación: estudio de la jurisprudencia del Comité de derechos humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación*. Op. Cit., nota 20, p. 32.

23. *Ibíd.*, p. 33.

El test estricto de proporcionalidad consiste en lo siguiente:²⁴

- ¿Persigue la medida en cuestión un fin legítimo en un estado democrático?
- ¿Son adecuados los medios empleados para conseguir dicho fin?
- ¿Tiene la medida un impacto proporcional, esto es, sus beneficios superan sus costos?

A. El Género como categoría protegida frente a la discriminación

El GÉNERO ha sido definido como los significados sociales que se confieren a las diferencias biológicas entre los sexos. Es un producto ideológico y cultural, aunque también se reproduce en el ámbito de las prácticas físicas; a su vez, influye en los resultados de tales prácticas. Afecta la distribución de los recursos, la riqueza, el trabajo, la adopción de decisiones y el poder político, y el disfrute de los derechos dentro de la familia y en la vida pública.

Pese a las variantes que existen según las culturas y la época, las relaciones de género en todo el mundo entrañan una asimetría de poder entre el hombre y la mujer como característica profunda. Así pues, el género produce estratos sociales y, en ese sentido, se asemeja a otras fuentes de estratos como la raza, la clase, la etnia, la sexualidad y la edad. Nos ayuda a comprender la estructura social de la identidad de las personas según su género y la estructura desigual del poder vinculada a la relación entre los sexos.[1]

[1] Asamblea General de las Naciones Unidas (1999, 18 de agosto) Estudio Mundial sobre el papel de la mujer en el desarrollo, 1999: Mundialización, género y trabajo, 54º período de sesiones, A/54/227, párr. 16. Disponible en: www.unhcr.org/Huridocda/Huridoca.nsf/0/9997922f6d0cdca18025684000524ad4?OpenDocument.

En relación con la discriminación basada en género, el derecho internacional ha reiterado enfáticamente el derecho a la igualdad ante la ley sin discriminación con base en el sexo, lo que requiere hacer una distinción importante acerca del uso de las palabras sexo y género.

24. Ver por ejemplo, CDH, caso "Karen Noelia Llantoy Huamán vs. Perú", comunicación N° 1153/2003, CCPR/C/85/D/1153/2003, 17 de noviembre de 2005. Disponible en: sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/fulltextccpr.nsf/160f6e7f0fb318e8c1256d410033e0a1/5df0c8c76c57c4e9c12570c9002f8814?OpenDocument; TEDH, caso "The Sunday Times vs. Reino Unido" (Series A No 30), European Court of Human Rights (1979-80) 2 EHRR 245, 26 de abril de 1979. Disponible en: www.hrcr.org/safrica/limitations/sunday_times_uk.html; Canadá, Corte Suprema de Canadá, caso "R. vs. Oakes", caso N° [1986] 1 S.C.R. 103, 1986 CanLII 46 (S.C.C.), MP C.J., Dickson, 28 de febrero de 1986. Disponible en: www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1986/1986canlii46/1986canlii46.pdf; Corte Constitucional colombiana, sentencia C-355/06, MP Dr. Jaime Araújo Rentería, MP Dra. Clara Inés Vargas Hernández, 10 de mayo de 2006. Disponible en: www.avancejuridico.com/actualidad/ultimassentencias/C-355-06.html. En cuanto al desarrollo del test de escrutinio estricto en la jurisprudencia mexicana, ver: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Registro N° 164779. Localización: Novena Época. Instancia: Segunda Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXXI, Abril de 2010 Página: 427. Tesis: 2a./J. 42/2010. Materia constitucional: Amparo en revisión 1155/2008. Ramón Ernesto Jaramillo Politrón. 21 de enero de 2009. Cinco votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Ricardo Manuel Martínez Estrada; Amparo en revisión 221/2009. Wal-Mart de México, S.A. de C.V. (ahora Wal-Mart de México, S.A.B. de C.V.). 20 de mayo de 2009. Cinco votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretaria: Guadalupe de la Paz Varela Domínguez; Amparo directo en revisión 1818/2008. Martha Ponce de León y otros. 24 de junio de 2009. Cinco votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Amalia Tecona Silva; Amparo en revisión 2131/2009. Carlos Ruiz Carrillo y otros. 11 de noviembre de 2009. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretaria: Blanca Lobo Domínguez; Amparo en revisión 50/2010. Minera Peñasquito, S.A. de C.V. 3 de marzo de 2010. Cinco votos. Ponente: José Fernando Franco González Salas. Secretario: Israel Flores Rodríguez. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del catorce de abril de dos mil diez.

“*Sexo*” se utiliza para hacer alusión a las diferencias biológicas entre hombres y mujeres, mientras que “*género*” se refiere a las características que socialmente se atribuyen a las personas de uno y otro sexo.

Esta distinción busca poner en evidencia que “una cosa son las diferencias biológicamente dadas y otra la significación que culturalmente se asigna a esas diferencias.”²⁵ La introducción de la distinción “respondió a la constatación de que el tratamiento que un individuo recibe socialmente depende de la percepción que socialmente se tiene de él y esta percepción responde a lo que se espera de él según su sexo.”²⁶ Es decir, la distinción busca hacer notar que, en últimas, lo importante socialmente no es el sexo, sino el género.²⁷

De esta manera, la categoría “sexo”, incluida en los instrumentos internacionales como rubro prohibido de discriminación, debe interpretarse de manera extensiva para incluir la protección frente a distinciones adversas que tienen su origen en la asignación de estereotipos de género, entendidos como el grupo estructurado de creencias sobre los atributos personales de mujeres y hombres que incluye características de la personalidad, comportamientos y roles, características físicas, ocupaciones y presunciones sobre la sexualidad y la orientación sexual.²⁸ La Carta de Naciones Unidas enuncia como uno de sus propósitos, “realizar la cooperación internacional (...) en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.”²⁹ Por su parte, la DUDH, adoptada por las Naciones Unidas en 1948, dispone que todos los seres humanos son iguales en dignidad y derechos³⁰ y que toda persona detenta los derechos allí consagrados sin distinción alguna de sexo.³¹ El PIDCP establece, en su artículo 26, 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 na-

25. Jaramillo Sierra, I.C. (2009, diciembre). La crítica feminista del derecho. En: Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares (Comp.), *El género en el derecho. Ensayos críticos* (pp. 103-133). Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, UNIFEM, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

26. *Ibíd.*, p. 106.

27. *Ibíd.*

28. Cook, R.J. y Cusack, S. (2010). *Op. Cit.*, nota 9.

29. *Carta de las Naciones Unidas*. 26 de junio de 1945 (entró en vigor: 24 de octubre de 1945). Art. 1.3. Disponible en: www.filosofia.org/cod/c1945uni.htm.

30. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, A/RES/217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, art. 7. Disponible en: www.un.org/es/documents/udhr.

31. *Ibíd.*, art. 2.

cional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.³² En el mismo sentido, las demás convenciones de derechos humanos de Naciones Unidas incorporan de forma implícita o explícita el concepto de igualdad de sexos contenido en la DUDH.³³

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

CEDAW, artículo 1

A pesar de esto, en la práctica, las políticas y normas discriminatorias continúan existiendo y contribuyen a la opresión de las mujeres y de las personas transgénero e intersexuales. Además, la discriminación también se perpetúa por la falta de implementación de leyes que promuevan la igualdad y por la ausencia de mecanismos institucionales que promuevan los derechos humanos de aquellos grupos objeto de discriminación con base en el género.³⁴

La CEDAW es el instrumento internacional fundamental para los derechos de las mujeres. La Convención establece un marco general que obliga a los Estados Partes a tomar medidas concretas para enfrentar la discriminación por medio de leyes y políticas públicas que permitan no sólo la garantía de los derechos, sino también su ejercicio real.

La Convención cuenta con un Protocolo Facultativo que la complementa.³⁵ El Protocolo faculta al Comité de la CEDAW para supervisar las obligaciones de la Convención, recibir comunicaciones de personas particulares que consideren haber sufrido una vulneración a los derechos establecidos en la Convención y para realizar investigaciones en casos de violaciones graves o sistemáticas a los derechos humanos de las mujeres.³⁶

32. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (entró en vigor: 23 de marzo de 1976), UN Doc. A/RES/2200(XXI), de 16 de diciembre de 1966, art. 26. Adhesión de México el 23 de marzo de 1981. Disponible en: www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm.

33. Neuwirth, J. (2005) Inequality before the law: Holding States accountable for sex discriminatory laws under the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women and through the Beijing Platform for Action. *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 18, p. 21. Disponible en: www.law.harvard.edu/students/orgs/hrj/iss18/neuwirth.shtml.

34. Banda, F. (2008, 6 de marzo). *Op. Cit.*, nota 18, p. 2.

35. *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer*, A/54/4, de 6 de octubre de 1999. Ratificado por México el 15 de marzo de 2002. Disponible en: www2.ohchr.org/spanish/law/cedaw-one.htm.

36. Ver por ejemplo: Comité de la CEDAW (2005, 27 de enero). *Informe de México producido por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer bajo el Artículo 8 del Protocolo Facultativo de la Convención y respuesta del Gobierno de México*. 32º período de sesiones, CEDAW/C/2005/OP.8/MEXICO. Disponible en: www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw32/CEDAW-C-2005-OP.8-MEXICO-S.pdf.

La Convención consagra los conceptos de discriminación e igualdad sustantiva.³⁷ El artículo 1 se refiere tanto a la discriminación directa como a la indirecta³⁸ y exige que los Estados Partes garanticen la igualdad sustantiva en oportunidades y resultados y no sólo la igualdad formal.

De acuerdo con la CEDAW, la verdadera igualdad no hace referencia exclusiva a una comparación o al solo hecho de expedir leyes en apariencia neutrales frente al género. De hecho, diferentes cortes nacionales e internacionales han reconocido que existen normas aparentemente neutrales que tienen efectos discriminatorios en contra de las mujeres.³⁹

Para establecer si una ley, política o práctica es discriminatoria, en violación del artículo 1 de la CEDAW, debe determinarse si ésta incorpora una distinción (es decir, no dar igual consideración a los intereses similares o no tener en cuenta las diferencias que requieren medidas distintas), una exclusión (no incluir a las mujeres en todos los sectores de la sociedad en condiciones de igualdad con los hombres) o una restricción (si limita o impone condiciones y cargas que impiden el goce efectivo de derechos), que debe considerarse inadmisibles.⁴⁰

37. Tanto el CDESC como el CDH han adoptado la definición de discriminación del artículo 1 de la CEDAW, cuyo contenido fue redactado a partir de la definición del artículo 1 de la ICERD (entró en vigor: 4 de enero de 1969), A/RES/2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Ratificada por México el 20 de febrero de 1975. Disponible en: www2.ohchr.org/spanish/law/cerd.htm. Ver: CDESC. (2005, 11 de agosto). *Observación General N° 16, 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)*. 34º período de sesiones, E/VS.12/2005/4, párr. 11. Disponible en: www.observatoriopoliticasocial.org/images/PDF/Biblioteca/biblioteca_2010/ONU_docs/Observaciones_Comite_DESC/16_igualdad_de_derechos.pdf; CDH. (1989). *Observación General N° 18, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, No discriminación*. 37º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168, párr. 6. Disponible en: www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom18.html. Finalmente, ver: la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, A/RES/61/106, de 24 de enero de 2007, art. 2. Ratificada por México el 17 de diciembre de 2007. Disponible en: www.google.es/url?sa=t&source=web&cd=1&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.un.org%2Fspanish%2Fdisabilities%2Fdefault.asp%3Fid%3D617&rct=j&q=Convenci%C3%B3n%20sobre%20los%20derechos%20de%20las%20personas%20con%20discapacidad%2C%20A%20%2FRES%2F61%2F106&ei=9BNFTun_ASPDswbSpJ2_CQ&usq=AFQjCNGeoYttyP4mC6KZWGmlK8qDzMpvUw&sig2=qZRMHMi6pDfq2krK4ky9ewn.

38. Para definiciones de discriminación directa e indirecta, ver: CDESC. (2005, 11 de agosto). *Observación General N° 16. Op. Cit.*, nota 37, párr. 12 y 13; Comité de la CEDAW (2004). *Recomendación general N° 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal*. 30º período de sesiones, nota al pie 1 en el párr. 7 (discriminación indirecta). Disponible en: [www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20\(Spanish\).pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20(Spanish).pdf).

39. Algunos ejemplos de decisiones sobre casos de discriminación indirecta basada en el sexo son: España, Tribunal Constitucional, STC 3/2007, 15 de enero de 2007. Disponible en: www.ugt.es/Mujer/artemisa/sentenciat.pdf; TJUE (sala sexta), caso "Arbeiterwohlfahrt der Stadt Berlin e.V. v Monika Bötzel, C-360/90", 4 de junio de 1992. Disponible en: eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61990J0360:EN:HTML; TEDH, caso "Zarb Adami vs. Malta", Aplicación N° 17209/02 2006-VIII. Disponible en: sim.law.uu.nl/sim/caselaw/Hof.ns-f/233813e697620022c1256864005232b7/5209a6b3b3bf67c9c125719300482cfa?OpenDocument.

40. Ver: Cook, R.J. y Cusack, S. (2010). *Op. Cit.*, nota 9, p. 144 y ss.

En su Recomendación General 25, el Comité de la CEDAW introduce un concepto amplio de igualdad: “En opinión del Comité, un enfoque jurídico o programático puramente formal, no es suficiente para lograr la igualdad de facto con el hombre, que el Comité interpreta como igualdad sustantiva. Además, la Convención requiere que la mujer tenga las mismas oportunidades desde un primer momento y que disponga de un entorno que le permita conseguir la igualdad de resultados. No es suficiente garantizar a la mujer un trato idéntico al del hombre. **También deben tenerse en cuenta las diferencias biológicas que hay entre la mujer y el hombre y las diferencias que la sociedad y la cultura han creado.** En ciertas circunstancias será necesario que haya un trato no idéntico de mujeres y hombres para equilibrar esas diferencias. El logro del objetivo de la igualdad sustantiva también exige una estrategia eficaz encaminada a corregir la representación insuficiente de la mujer y una redistribución de los recursos y el poder entre el hombre y la mujer.”⁴¹

La igualdad sustantiva exige que se consideren las formas en que los diferentes roles y posiciones que cumplen las personas en razón de su género (hombres, mujeres y quienes no se identifican como tal) en la sociedad, impactan la capacidad de ejercer los derechos.⁴² También requiere que los Estados “siga[n] de cerca las repercusiones de las leyes, las políticas y los planes de acción, utilizando indicadores mensurables, y a que evalúe[n] los progresos alcanzados en la realización práctica de la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres.”⁴³

El artículo 2 de la CEDAW destaca la responsabilidad del Estado por violaciones a los derechos tanto en la esfera privada como pública y cometidas tanto por actores estatales como no estatales.⁴⁴

En tanto el principio de no discriminación con base en el sexo es una obligación de carácter inmediato y no progresivo,⁴⁵ los Estados Partes deben adoptar medidas especia-

41. Comité de la CEDAW (2004). *Recomendación General Nº 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal.* Op. Cit., nota 38, párr. 8.

42. Banda, F. (2008, 6 de marzo). Op. Cit., nota 18, p. 7.

43. Comité de la CEDAW (2007, 2 de febrero). *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Azerbaijan.* 37º período de sesiones. CEDAW/C/AZE/CO/3, párr. 10. Disponible en: [www.unhcr.ch/tbs/dovs.nsf/\(Symbol\)/CEDAW.VS.AZE.CO.3.Sp?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/dovs.nsf/(Symbol)/CEDAW.VS.AZE.CO.3.Sp?Opendocument).

44. Comité de la CEDAW (1992, 29 de enero). *Recomendación General Nº 19: la violencia contra la mujer.* 11º período de sesiones, A/47/38, párr. 9. Disponible en: www.amdh.org.mx/mujeres3/CEDAW/docs/Recom_grales/19.pdf.

45. CDESC. (1990, 14 de diciembre). *Observación General Nº 3. La índole de las Obligaciones de los Estados Partes.* 5º período de sesiones, UN Doc. E/1991/23, párr. 2. Disponible en: www.derechoalimentacion.org/gestioncontenidosKWDERECHO/imgs-vr/publicaciones/doc/observación%20general%203.pdf; CDESC (2005, 11 de agosto). *Observación General Nº 16.* Op. Cit., nota 37, párr. 16 y 40. CDESC (1999). *Observación General Nº 13. Derecho a la Educación (artículo 13 del Pacto).* 21º período de sesiones, UN Doc. E/VS. 12/1999/10, párr. 31. Disponible en: www1.umn.edu/humanrts/gencomm/epcomm13s.htm.

les temporales en los términos del artículo 4 de la CEDAW.⁴⁶ Ejemplos de estas medidas incluyen la implementación de cuotas en cargos públicos que pretenden aumentar la participación política de las mujeres en posiciones con capacidad de decisión.⁴⁷

El Sistema Interamericano, el TEDH y varios comités del Sistema de Naciones Unidas han reconocido que el uso de medidas especiales de carácter temporal o acción afirmativa no constituye discriminación. Las medidas temporales especiales son “medidas positivas limitadas en el tiempo que buscan mejorar las oportunidades para grupos que histórica y sistemáticamente han estado en situación de desventaja y orientadas a traer a los miembros de tales grupos al centro de la vida política, económica, social, cultural y civil”[1] y constituyen “una estrategia necesaria de los Estados Partes para lograr la igualdad sustantiva o de facto de la mujer y el hombre en el goce de sus derechos humanos y libertades fundamentales”. [2]

[1] Cook, R.J. (2003). Obligations to Adopt Temporary Special Measures Under the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women. En: I. Boerefijn *et al.*, (eds.). *Temporary Special Measures: Accelerating de facto Equality of Women under Article 4(1) UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*. Amberes, Bélgica: Intersentia. Como se cita en Cook, R.J. & Cusack, S. (2010). *Op. Cit.*, nota 9.

[2] Comité de la CEDAW (2004) *Recomendación general N° 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal*. *Op. Cit.*, nota 38, párr. 18.

En el sistema regional interamericano, el artículo 1 de la CADH establece la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar todos los derechos y libertades reconocidos en el tratado sin discriminación por razones de sexo.

La CIDH ha interpretado esta disposición en el sentido de que la prohibición de la discriminación implica la obligación de evitar toda discriminación directa o indirecta, lo que impone la exigencia adicional de examinar las normas y políticas que parezcan neutrales en su formulación para tomar en cuenta el impacto discriminatorio o desproporcionado que puedan tener sobre las mujeres.⁴⁸

46. Artículo 4.1: La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato. Ver por ejemplo: TEDH, caso “Hoogendijk vs. los Países Bajos”, demanda 58641/00, sentencia de 6 de enero de 2005. Disponible en: www.njcm.nl/site/uploads/download/99. El artículo 4 de la CEDAW hace referencia específica a la posibilidad de adoptar medidas de acción positiva para la eliminación de discriminaciones contra las mujeres: “...medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer (...) estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato”.

47. Ver, por ejemplo, Expediente: SUP-JDC-461/2009, *Op. Cit.*, nota 12. El Magistrado ponente ratificó que existía una violación del estatuto electoral cuando no se cumplía con la regla de alternancia por sexo en las listas electorales.

48. CIDH (2007, 20 de enero). *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, párr. 90. Disponible en: www.cidh.org/pdf%20files/Informe%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20Español%20020507.pdf. CIDH (2011, 3 de noviembre). *Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: desarrollo y aplicación*. OEA/Ser.L/V/II.143 Doc. 60, párr. 137. Disponible en: www.politicaspUBLICAS.net/panel/images/stories/docs/2011-cidh-estandares-juridicos-igualdad-genero.pdf.

Debido al reconocimiento de que existe un vínculo causal entre discriminación y violencia, la CIDH ha dejado claro que este precepto debe interpretarse en el sentido de imponer a los Estados el deber de revisión de normas, prácticas y políticas públicas discriminatorias o cuyo efecto pueda resultar discriminatorio en perjuicio de las mujeres.⁴⁹

La prohibición de la discriminación en razón del sexo es una norma de carácter tan imperativo dentro del sistema de protección interamericano, que cuando se utiliza un criterio como el sexo para distinguir, la distinción se justifica sólo si el motivo aducido para dicho trato desigual es de gran importancia o peso,⁵⁰ requiriendo que los Estados implementen un test estricto para determinar si dicha distinción es admisible.

Tomando como referencia la jurisprudencia del TEDH, la CIDH mantiene que, en ciertas circunstancias, es posible esgrimir razones que justifiquen una distinción basada exclusivamente en el sexo, como es el caso de las medidas que alientan a las mujeres casadas a trabajar fuera del hogar como un medio para terminar con los prejuicios y fomentar la igualdad de los sexos. En este sentido, las medidas de acción afirmativa están en pleno cumplimiento del principio de no discriminación y, en línea con lo dispuesto por el artículo 4 de la CEDAW. De hecho, tales medidas pueden ser requeridas para lograr la igualdad sustantiva de oportunidades, y señala que:⁵¹

“Lograr la representación y la participación plena de todos los sectores sociales en la vida pública es uno de los objetivos fundamentales de cualquier sistema democrático. La discriminación contra la mujer, en formas diversas e interrelacionadas, ha restringido a lo largo de la historia su capacidad de participar en el gobierno y en la vida pública.”⁵²

49. CIDH (2007, 20 de enero). *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas*. Op. Cit., nota 48 párr. 71.

50. *Ibíd.*, párr. 85.

51. CIDH (2000, 13 de abril). Capítulo VI, Estudios Especiales: Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1999*, OEA/Ser.L/V/II.106. Doc. 3, apdo. III.C. Disponible en: www.cidh.oas.org/annualrep/99span/capitulo6a.htm.

52. En el documento sobre Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa, la CIDH también ha sostenido que “(...) mientras las constituciones de nuestra región garantizan la igualdad entre la mujer y el hombre, la mujer sigue teniendo una representación minoritaria en virtualmente todos los aspectos de la vida política. Tampoco es cierto que las leyes y políticas neutrales en materia de género necesariamente producen resultados neutrales en materia de género. En consecuencia, los instrumentos y las políticas adoptados tanto a nivel regional como universal requieren de la adopción de medidas especiales, cuando sea necesario, para promover la igualdad de acceso de la mujer a la participación en la vida pública (...) el objetivo de brindar a la mujer una igualdad efectiva de acceso a la participación en la vida pública es, evidentemente, en sí y de por sí, un objetivo legítimo y necesario”. En: *Ibíd.*

La Corte IDH también ha emitido una opinión consultiva sobre discriminación por género. En la OC-4/1984,⁵³ referente a los requisitos para obtener la nacionalidad en Costa Rica, la Corte concluyó que la norma que permitía la obtención automática de la nacionalidad para las mujeres que por razón de su matrimonio con un costarricense perdieran su nacionalidad previa, debía también aplicarse a los hombres que se encontraran en la misma situación. En la OC-18/2003,⁵⁴ la Corte sostuvo que el principio de no discriminación había claramente adquirido el nivel de *jus cogens*.⁵⁵

En el ámbito interamericano, otro instrumento normativo relevante en relación con la discriminación basada en género es la Convención de Belém do Pará,⁵⁶ la cual establece, en su artículo 6, que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye el derecho a estar libre de toda forma de discriminación y el derecho a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

La CIDH ha sostenido que el sistema interamericano se sustenta en los claros términos de la Convención de Belém do Pará y señala que las actitudes tradicionales conforme a las cuales la mujer tiene funciones estereotipadas y es considerada subordinada del hombre perpetúan y fomentan prácticas de violencia o coerción. De esta manera, la violencia contra las mujeres es una forma de discriminación que les impide gravemente el disfrute de derechos y libertades en pie de igualdad con los hombres.⁵⁷ En el mismo sentido, los estereotipos sociales sobre las personas transgénero o intersexuales que impiden el pleno goce de los derechos consagrados en la Convención vulneran el principio de no discriminación.

La Relatoría sobre derechos de las mujeres de la CIDH también ha contribuido a la comprensión por parte del sistema interamericano de la relación entre violencia y discriminación. Como muestra, en su informe sobre la situación de violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez, la Relatoría considera que la discriminación basada en el género cons-

53. Corte IDH (1984, 19 de enero). OC-4/84. Serie A N° 4. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Solicitada por el Gobierno de Costa Rica, párr. 67 Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf.

54. Corte IDH (2003, 17 de septiembre). OC-18/03. Serie A N° 18. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf.

55. Una norma de *jus cogens* es aquella norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma imperativa o que no admite acuerdo en contrario.

56. Convención Interamericana para Prevenir Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará" (entró en vigor: 5 de marzo de 1995), del 9 de junio de 1994. Ratificada por México el 11 de diciembre de 1998. Disponible en: www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos8.htm.

57. CIDH (2007, 20 de enero). Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas. Op. Cit., nota 48, párr. 65.

tituye un obstáculo para la sanción y prevención de asesinatos de mujeres: “La falta de debida diligencia para aclarar y castigar esos delitos y prevenir su repetición refleja el hecho de que los mismos no se consideran como problema grave. La impunidad de esos delitos envía el mensaje de que esa violencia es tolerada, lo que favorece su perpetuación.” Asimismo, la violencia y la falta de respuesta ante este tipo de casos, obedece a la discriminación que afecta a las mujeres y ha señalado que “(...) no se ha prestado suficiente atención a la necesidad de hacer frente a la discriminación que subyace en los delitos de violencia sexual y doméstica, y que igualmente subyace en la ineficacia en cuanto a la aclaración de los delitos y el procesamiento de los culpables. Para resolver esos casos de homicidio, es preciso prestar atención a las causas raigales⁵⁸ de la violencia contra las mujeres en todas sus principales manifestaciones.”⁵⁹

58. Raigales: de origen, de raíz.

59. CIDH (2003, 7 de marzo). *Situación de los Derechos Humanos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: El Derecho a No Ser Objeto de Violencia y Discriminación*. OEA/Ser.L/V/II.117, Doc. 1 rev. 1, párr. 11. Disponible en: www.cidh.oas.org/annualrep/2002sp/cap.vi.juarez.htm.

4. JURISPRUDENCIA Y DISCRIMINACIÓN BASADA EN GÉNERO

A. Jurisdicciones Internacionales

A.1 Sistemas Regionales

En el sistema de protección interamericano, tanto la Comisión como la Corte han sentado precedentes fundamentales en relación con la debida protección del derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación en razón del sexo, en diferentes ámbitos.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

En el caso *María Eugenia Morales de Sierra*,⁶⁰ la peticionaria impugnó las disposiciones del Código Civil de Guatemala que conferían al marido el poder y la responsabilidad de la manutención económica del hogar, de representar públicamente la unión marital y de administrar los bienes comunes. Por su parte, las normas impugnadas disponían que la esposa tenía el derecho y la obligación de cuidar de los hijos y del hogar y condicionaba su derecho al trabajo a su papel de madres y amas de casa y a la autorización de su marido.

La CIDH sostuvo que al exigir que la mujer casada dependiera de su marido para representar a la unión, se impone un sistema en el que la capacidad de aproximadamente la mitad de la población de las personas casadas para actuar en una serie de cuestiones esenciales está subordinada a la voluntad de la otra mitad. Esto tiene el efecto de denegar a la mujer casada su autonomía legal, lo que constituye discriminación.⁶¹ En palabras de la CIDH, la discriminación de género dificulta o anula la capacidad de la mujer para ejercer libre y plenamente sus derechos.⁶²

60. CIDH, caso “*María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala*”, informe N° 4/01, caso 11.625, 19 de enero de 2001. Disponible en: www.cidh.oas.org/women/Guatemala11.625.htm.

61. CIDH, caso “*Janet Espinoza Fera y otras vs. Perú*”, informe N° 51/02, admisibilidad, petición 12.404, 10 de octubre de 2002, párr. 38. Disponible en: www.cidh.org/annualrep/2002sp/Peru12404.htm.

62. Para ver un análisis más detallado sobre el uso de estereotipos de género en el caso *María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala*, ver Cook, R.J. y Cusack, S. (2010). *Op. Cit.*, nota 9.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Extractos: Caso María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala
Caso 11.625. Informe de Fondo N° 28/98
19 de enero de 2001

42. [La peticionaria] alega que, aunque su vida familiar se basa en el principio del respeto recíproco, el hecho de que la ley atribuya autoridad exclusiva a su marido en la representación conyugal y de los hijos menores, crea un desequilibrio en el peso de la autoridad ejercida por cada cónyuge dentro del matrimonio, desequilibrio que puede percibirse dentro de la familia, la comunidad y la sociedad.

43. Como se señaló, los artículos impugnados del Código Civil establecen distintas funciones para cada cónyuge. El marido es responsable del sustento financiero del hogar y la mujer es responsable del cuidado del hogar y de los hijos (artículo 110). La esposa puede trabajar fuera del hogar sólo en la medida en que ello no perjudique sus funciones legalmente definidas en él (artículo 113), en cuyo caso, su marido tiene derecho a oponerse a dichas actividades (artículo 114). El marido representa a la unión conyugal (artículo 109), controla el patrimonio conyugal (artículo 131), representa a los hijos menores y administra sus bienes (artículo 255).

44. La Comisión halla que, lejos de asegurar la "igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades" dentro del matrimonio, las disposiciones citadas institucionalizan desequilibrios en los derechos y deberes de los cónyuges (...). El hecho de que la ley otorgue una serie de capacidades legales exclusivamente al marido establece una situación de dependencia de jure para la esposa y crea un desequilibrio incorregible en la autoridad de los esposos dentro del matrimonio. Además, las disposiciones del Código Civil aplican conceptos estereotipados de las funciones de la mujer y del hombre que perpetúan una discriminación de facto contra la mujer en la esfera familiar y que tienen el efecto ulterior de dificultar la capacidad de los hombres para desarrollar plenamente sus papeles dentro del matrimonio y de la familia. Los artículos en cuestión crean desequilibrios en la vida familiar, inhiben el rol del hombre respecto del hogar y los hijos y, en tal sentido, privan a éstos de una atención plena y equitativa de ambos padres.

La Comisión también ha tenido la oportunidad de conocer sobre casos de discriminación en razón del género en relación con el ejercicio de los derechos políticos en dos casos. El primero de ellos es *María Merciadri vs. Argentina*,⁶³ el cual se resolvió con un acuerdo de solución amistosa y, el segundo, *Janet Espinoza Feria y otras vs. Perú*.⁶⁴ Ambos ponen de manifiesto el tipo de barreras que enfrentan las mujeres en la región para el ejercicio de su derecho a la participación política, a pesar de la existencia de leyes nacionales de acción afirmativa cuyo objetivo es garantizarles el acceso a la

63. CIDH, caso "María Merciadri de Morini vs. Argentina", informe N° 103/01, caso 11.307, 11 de octubre de 2001. Disponible en: www.cidh.oas.org/annualrep/2001sp/Argentina11307.htm.

64. CIDH, caso "Janet Espinoza Feria y otras vs. Perú", informe N° 51/02. *Op. Cit.*, nota 61.

función pública en condiciones de igualdad. Además, han dado la oportunidad a la CIDH de declararse competente para conocer de las presuntas violaciones a los derechos de las mujeres ante el incumplimiento de normas sobre cuotas electorales.⁶⁵

En relación con la violencia de género como discriminación, en el caso *Maria da Penha Fernandes vs. Brasil*,⁶⁶ la CIDH enfatizó el vínculo existente entre la discriminación, la violencia contra la mujer y la ineficacia de los órganos judiciales para perseguir y castigar a los responsables de la violencia. La Comisión recordó que el incumplimiento por parte de los Estados de las obligaciones de igualdad ante la ley y prohibición de la discriminación establecidas en la Convención generan responsabilidad hacia la víctima, de acuerdo con los principios de la responsabilidad internacional, por todos los actos públicos y privados cometidos en virtud de la discriminación efectuada hacia su persona en violación de sus derechos fundamentales.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

El alcance de los principios de igualdad y no discriminación ha sido establecido por la Corte IDH en los siguientes términos:

“[L]a noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, ésta resultará incompatible con 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 que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.”⁶⁷

La Corte IDH también ha sostenido que cualquiera que sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma.⁶⁸

65. Sobre este tema, ver: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2009, abril). *Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación para los derechos humanos de las mujeres en los instrumentos del Sistema Interamericano*. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Disponible en: www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/B-D_945261041/Igualdadynodiscriminacion/igualdad%20y%20no%20discriminacion.pdf.

66. CIDH, caso “*Maria da Penha Fernandes vs. Brasil*”, informe N° 54/01, caso 12.051, 16 de abril de 2001. Disponible en: www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/capituloiii/fondo/brasil12.051.htm.

67. Corte IDH (1984, 19 de enero). OC-4/84. Serie A N° 4. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Solicitada por el Gobierno de Costa Rica. Op. Cit.*, nota 53.

68. *Ibíd.*, párr. 53.

No fue sino hasta 2004 que la Corte IDH emitió una decisión sobre responsabilidad estatal por una violación de derechos relacionada con el género de la víctima.⁶⁹ En el Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, la Corte revisó la denegación de los registros de nacimiento a niñas que fueran descendientes de inmigrantes de Haití y afirmó que debía considerarse la vulnerabilidad de las mujeres como grupo.⁷⁰

En su jurisprudencia posterior, la Corte IDH ha sostenido de manera constante que la violencia contra la mujer constituye una forma de discriminación en razón del sexo, prohibida dentro del marco de protección internacional y regional de los derechos humanos.⁷¹

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

En el sistema de protección europeo, el TEDH ha emitido múltiples decisiones sobre el principio de no discriminación según se consagra en el CEDH. La mayoría de ellas relacionadas con la seguridad social y los derechos laborales.⁷²

En su jurisprudencia, el TEDH ha definido los conceptos de discriminación directa e indirecta. Según el Tribunal, la discriminación directa consiste en tratar de manera diferente, sin que existan razones objetivas y razonables, a personas que se encuentran en situaciones iguales (o muy parecidas). La ausencia de una justificación “objetiva y razonable” significa que la diferenciación en el trato no persigue un fin legítimo, o que no existe una relación razonable entre los medios empleados y el fin perseguido.

69. Palacios Zuloaga, P. (2007). *The Path to Gender Justice in the Inter-American Court of Human Rights*. Tesis de maestría no publicada, Harvard Law School, Cambridge, Massachusetts, EE.UU., p. 7. Disponible en: www.utexas.edu/law/centers/humanrights/get_involved/writing-prize07-zuloaga.pdf.

70. Corte IDH, “Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana”, sentencia de 8 de septiembre de 2005, párr. 134. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf.

71. Corte IDH, caso “González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México”, sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf; Corte IDH, caso “del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”, sentencia de 25 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas) Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf; Corte IDH, caso “Rosendo Cantú y otra vs. México”, sentencia de 31 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en: www.tvs.gob.pe/corte_interamericana/seriec_216_esp.pdf; Corte IDH caso “Fernández Ortega y otros vs. México”, sentencia de 30 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf.

72. Ver por ejemplo: TEDH, caso “Hoogendijk vs. los Países Bajos”, demanda 58641/00. *Op. Cit.*, nota 46; TEDH, caso “Zarb Adami vs. Malta”, demanda 17209/02, sentencia de 20 de septiembre de 2006, párr. 76. Disponible en: www.menschenrechte.avs.at/orig/06_3/Zarb; TEDH, caso “Rasmussen vs. Dinamarca”, demanda. 8777/79, sentencia del 28 de noviembre de 1984. Disponible en: www.humanrights.is/the-human-rights-project/humanrightscasesandmaterials/cases/regionalcases/europeancourtofhumanrights/nr/632. Para más detalles, ver: Women’s Link Worldwide (2011). *La jurisprudencia en materia de Igualdad y discriminación: la aportación de los tribunales europeos. Un estudio elaborado por Women’s Link Worldwide para la Comisión de Igualdad del Consejo General del Poder Judicial*. Madrid, España. Disponible en: www.womenslinkworldwide.org/wlw/bajarFS.php?tl=3&per=11.

En cuanto a la discriminación indirecta, el Tribunal dictaminó por primera vez que ésta es contraria al CEDH en el caso *D.H. y Otros vs. República Checa*.⁷³ En esa ocasión, estableció que aquella ocurre cuando un elemento aparentemente neutral tal como una provisión, criterio o práctica, pone a personas de un determinado grupo en desventaja particular con respecto a personas de otros, definidos estos grupos en términos de raza, sexo, color, idioma, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico, sin que dicho elemento tenga una justificación objetiva y razonable.

En el citado caso *D.H.*, el Tribunal incluso consideró la inversión de la carga de la prueba también para este tipo de discriminación. Al efecto, citó un párrafo de la sentencia del caso *Hoogendijk* que señala:

“cuando un demandante puede demostrar, basándose en estadísticas oficiales, la existencia de un indicio de que una regla específica, a primera vista – y a pesar de que esté formulada de una manera neutra – afecta a un porcentaje claramente más alto de mujeres que de hombres, es obligación del Estado demandado demostrar que esta diferencia es el resultado de factores objetivos que no están basados en discriminación por razón de sexo. Si la obligación de demostrar que el impacto diferencial sobre hombres y mujeres no es discriminatorio no recayera en el gobierno demandado, sería en la práctica extremadamente difícil para los demandantes probar la existencia de discriminación indirecta.”⁷⁴

Así, el TEDH admite la aplicación de reglas probatorias menos estrictas en aquellos casos en los que se alega discriminación indirecta. También señaló que es permisible la discriminación positiva en ciertos casos, considerando que no tomar medidas para corregir la desigualdad a través de un trato diferente, puede constituir, en ocasiones, una violación del principio de no discriminación. Por último, subraya que dicho principio no prohíbe a un Estado miembro tratar a algunos grupos de una manera distinta respecto de otros grupos para corregir “desigualdades de hecho” entre ellos.⁷⁵

73. TEDH, caso “D.H. y otros vs. la República Checa”, demanda 57325, sentencia del 13 de noviembre de 2007, párr. 175-180. Disponible en: www.unhcr.org/refworld/pdfid/469e020e2.pdf.

74. TEDH, caso “Hoogendijk vs. los Países Bajos”, demanda 58641/00. *Op. Cit.*, nota 46.

75. El Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que la discriminación implica un trato diferente, sin que exista una justificación objetiva y razonable para ello, a personas que se encuentran en situaciones similares (ver: TEDH, caso “Willis vs. Reino Unido”, demanda 36042/97, sentencia del 11 de junio de 2002, párr. 48. Disponible en: cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=698376&portal=htm; TEDH 2002-IV; y TEDH, caso “Okpisz vs. Alemania”, demanda 59140/00, sentencia del 25 de octubre de 2005, párr. 33. Disponible en: www.unhcr.org/refworld/pdfid/4406d7ea4.pdf). También ha aceptado que una política o medida general que tiene efectos desproporcionadamente perjudiciales sobre un determinado grupo debe considerarse discriminatoria a pesar de no estar dirigida a ese grupo de forma específica (ver: TEDH, caso “Hugh Jordan vs. Reino Unido”, demanda 24746/94, sentencia del 4 de mayo de 2001, párr. 154. Disponible en: www.patfinucanecentre.org/cases/jordan.pdf; y TEDH, caso “Hoogendijk vs. los Países Bajos”, demanda 58641/00. *Op. Cit.*, nota 46, y que la discriminación potencialmente contraria al Convenio debe derivarse de una situación de facto (ver TEDH, caso “Zarb Adami vs. Malta”, demanda 17209/02, sentencia de 20 de septiembre de 2006. *Op. Cit.*, nota 72).

Respecto de la discriminación basada en el sexo, desde 1985 el TEDH había dictaminado que el avance en la igualdad entre los sexos era un objetivo muy importante para los Estados Miembros de la Comunidad Europea.⁷⁶ Más tarde, el Tribunal reitera que la igualdad de género es uno de los principios clave que subyacen al CEDH.⁷⁷ En el caso *Ünal Tekeli vs. Turquía*,⁷⁸ el Tribunal declara que “tienen que alegarse razones de mucho peso para que una diferencia de trato basada en el sexo pueda ser considerada compatible con el Convenio”.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El TJUE en el caso *Marschall*⁷⁹ recuerda que “el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva tiene como finalidad precisa y limitada autorizar medidas que, aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas efectivamente a eliminar o a reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social. Así, dicha disposición autoriza medidas nacionales en el ámbito del acceso al empleo, incluida la promoción, que, favoreciendo especialmente a las mujeres, están destinadas a mejorar su capacidad de competir en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres.”⁸⁰

En ese mismo caso, el TJUE señala también que incluso en caso de igual capacitación, existe la tendencia a promover preferiblemente a los candidatos masculinos, en perjuicio de las candidatas femeninas, debido, particularmente, a determinados prejuicios e ideas estereotipadas sobre el papel y las capacidades de la mujer en la vida activa, de modo que el hecho de que dos candidatos de distinto sexo presenten igual capacitación no implica por sí solo que tengan iguales oportunidades.⁸¹

76. TEDH, caso “Abdulaziz, Cabales y Balkandali vs. Reino Unido”, demanda 9214/80, 9473/81, 9474/81, sentencia del 28 de mayo de 1985. Disponible en: www.unhcr.org/refworld/country,,CASELAW,MWI,,3ae6b6fc18,0.html.

77. TEDH, caso “Leyla Sahin vs. Turquía”, demanda 44774/98, sentencia del 10 de noviembre de 2005. Disponible en: www.minorityrights.org/download.php?id=386.

78. TEDH, caso “Ünal Tekeli vs. Turquía”, demanda 29865/96, sentencia del 16 de noviembre de 2004. Disponible en: www.uniceub.br/curso/mestrado/MaterialEstudo/01%20CASOS%20CONCRETOS/23%20CONCEITO%20DE%20VITIMA/23.3%20unal%20tekeli%20vs%20turquia/02%20merito._TURKEY.pdf.

79. TJUE, caso “Hellmut Marshall vs. Land Nordrhein-Westfalen”, petición de resolución de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Gelsenkirchen – Alemania, asunto C-409/95, Rec. p. I-6363, 11 de noviembre de 1997. Disponible en:

curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=43455&pageIndex=0&doclang=ES&mode=doc&dir=&occ=first&part=1&cid=26235.

80. *Ibíd.*, párr. 26 y 27.

81. *Ibíd.*, párr. 29 y 30.

Más tarde, en el caso *George Badeck*,⁸² el TJUE, a partir del precedente *Marschall*, sostiene que una acción encaminada a promover prioritariamente a las candidatas femeninas en los sectores de la función pública en los que se encuentran infrarrepresentadas debe considerarse compatible con el derecho comunitario cuando no conceda de modo automático e incondicional preferencia a las candidatas femeninas que tengan una cualificación igual a la de sus competidores masculinos, y cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos.⁸³

A.2 Sistema Universal

En el sistema universal de protección de los derechos humanos de Naciones Unidas, diferentes comités han desarrollado importantes estándares en materia de discriminación basada en género al resolver comunicaciones individuales. A continuación, se exponen algunos de los más relevantes. El CDH, por ejemplo, ha emitido varias decisiones sobre discriminación con base en el género.⁸⁴ En el caso *Alto del Avellanal vs. Perú*, concluyó que el Estado estaba en violación del Pacto al no permitir que una mujer casada representara la propiedad marital ante los tribunales, puesto que ello constituía discriminación con base en el sexo.⁸⁵ Al respecto, el CDH afirmó:

“10.2. En lo que respecta a la discriminación por motivo de sexo, el Comité observa además que en virtud del artículo 3 del Pacto los Estados Partes se comprometen a ‘garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto’ y que el artículo 26 dispone que todas

82. TJUE, caso “*Georg Badeck y otros, con intervención del Presidente de Hessen y el Fiscal del Tribunal Estatal del Estado de Hessen*”, petición de resolución de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Estatal del Estado de Hessen – Alemania, asunto C-158/97, sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de marzo de 2000. Disponible en: curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=45195&pageIndex=0&doclang=ES&mode=doc&dir=&occ=first&part=1&cid=27107. En el caso, se solicitó al Tribunal que dilucidara si el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción de profesionales, y a las condiciones de trabajo (DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70), se opone a una normativa nacional que en los sectores de la función pública en que las mujeres están infrarrepresentadas, en caso de igualdad de cualificación entre candidatos de distinto sexo seleccionados, otorga preferencia a las candidatas femeninas.

83. *Ibid.*, párr. 23.

84. CDH, caso “*Shirin Aumeeruddy-Cziffra vs. Isla Mauricio*”, comunicación N° 35/1978, CCPR/C/12/D/35/1978, 9 de abril de 1981. Disponible en: www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/Caso_Shirin_Aumeeruddy-Cziffra_v- Isla_Mauricio_-_Ingles.pdf; CDH, caso “*Sandra Lovelace vs. Canadá*”, comunicación N° R.6/24, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/36/40) at 166 (1981), 30 de julio de 1981. Disponible en: www1.umn.edu/humanrts/undocs/session36/6-24.htm; CDH, caso “*S. W. M. Brooks vs. los Países Bajos*”, comunicación N° 172/1984, CCPR/C/29/D/172/1984, 9 de abril de 1987. Disponible en: www.unhchr.ch/tbs/dovs.nsf/0/97131f39bfc0e72ac1256abc00464943; CDH, caso “*Graciela Ato del Avellanal vs. Perú*”, comunicación N° 202/1986, CCPR/C/34/D/202/1986, 31 de octubre de 1988. Disponible en: www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/spanish/202-1986.html; CDH, caso “*Michael Andreas Müller y Imke Engelhard vs. Namibia*”, comunicación N° 919/2000, CCPR/C/74/D/919/2000, 28 de junio de 2002. Disponible en: [www.unhchr.ch/tbs/dovs.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/4146c1c4a93bf625c1256c0c003225ad/\\$FILE/919s.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/dovs.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/4146c1c4a93bf625c1256c0c003225ad/$FILE/919s.pdf).

85. CDH, caso “*Graciela Ato del Avellanal vs. Perú*”, comunicación N° 202/1986. *Op. Cit.*, nota 84, párr. 10.2.

las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la Ley. El Comité considera que de los hechos expuestos a su consideración se desprende que en el caso de la autora la aplicación del artículo 168 del Código Civil peruano ha entrañado denegarle su igualdad ante los tribunales y constituye discriminación por motivo de sexo”.

Asimismo, el CDH ha dejado claramente establecido que los Estados no pueden discriminar a las mujeres en razón de su estado civil e impedirles el ejercicio de sus derechos.⁸⁶

En relación con las acciones afirmativas, en *Guido Jacobs vs. Bélgica*,⁸⁷ el Comité ratificó que la implementación de medidas especiales temporales que promuevan una mayor representación en cargos públicos de grupos marginados en razón de su género es compatible con el derecho internacional. En este caso, el peticionario presentó una acción en contra de las medidas de acción afirmativa en el nombramiento de operadores judiciales aduciendo que la falta de mujeres solicitantes para estos cargos demostraba su falta de idoneidad para ejercerlos. El Comité estuvo en desacuerdo y sostuvo que la falta de solicitudes presentadas por mujeres era un indicador de la continua discriminación de la que son objeto las mujeres al interior de la rama judicial, así como en otros campos.

En cuanto al Comité de la CEDAW, éste ha emitido un número de decisiones relativas a casos que involucran víctimas de violencia doméstica y de esterilización forzada en las cuales utiliza un concepto amplio de los principios de igualdad y no discriminación.⁸⁸ Estas decisiones pueden ser consultadas en el capítulo III sobre violencia basada en género.

B. Jurisdicciones Nacionales

Existe una amplia jurisprudencia nacional en temas de discriminación basada en género. Aquí se presentan sólo algunos ejemplos.

86. Ver, CDH, caso “Shirin Aumeeruddy-Cziffra vs. Isla Mauricio”, comunicación N° 35/1978. *Op. Cit.*, nota 84; CDH, caso “Sandra Lovelace vs. Canadá”, comunicación N° R.6/24. *Op. Cit.*, nota 84; CDH, caso “Graciela Ato del Avellanal vs. Perú”, Comunicación N° 202/1986. *Op. Cit.*, nota 84.

87. CDH, caso “Guido Jacobs vs. Bélgica”, comunicación N° 943/2000, CCPR/C/81/D/943/2000, 17 de agosto de 2004. Disponible en: www.cdh.uchile.cl/Libros/dh-mujeres/13jacobs.pdf.

88. Comité de la CEDAW, caso “Şahide Goecke vs. Austria”, comunicación N° 5/2005, CEDAW/C/39/D/5/2005, 6 de agosto de 2007. Disponible en: www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/Caso_Sahide_Goekce_fallecida_v-Austria.pdf; Comité de la CEDAW, caso “Fatma Yildirim vs. Austria”, comunicación N° 6/2005, CEDAW/C/39/D/6/2005, 1 de octubre de 2007. Disponible en: www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/Caso_Fatma_Yildirim_fallecida_v-Austria.pdf; Comité de la CEDAW, Caso “A.T. vs. Hungría”, comunicación N° 2/2003, CEDAW/C/32/D/2/2003, 26 de enero de 2005. Disponible en: www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/protocol/decisions-views/CEDAW%20on%20AT%20vs%20Hungary%20Spanish.pdf; Comité de la CEDAW, caso “A.S. vs. Hungría”, comunicación N° 4/2004, CEDAW/C/36/D/4/2004, 29 de agosto de 2006. Disponible en: www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/protocol/decisions-views/Decision%204-2004%20-%20Spanish.pdf.

En Colombia, la Corte Constitucional cuenta con una amplia jurisprudencia en relación con el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación y ha definido la discriminación como “un acto arbitrario dirigido a perjudicar a una persona o grupo de personas con base principalmente en estereotipos o prejuicios sociales, por lo general ajenos a la voluntad del individuo, como son el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, o por razones irrelevantes para hacerse acreedor de un perjuicio o beneficio como la lengua, la religión o la opinión política o filosófica.”⁸⁹ En la misma decisión, define el acto discriminatorio como “el trato desigual e injustificado que, por lo común, se presenta en el lenguaje de las normas o en las prácticas institucionales o sociales, de forma generalizada, hasta confundirse con la institucionalidad misma, o con el modo de vida de la comunidad, siendo contrario a los valores constitucionales de la dignidad humana y la igualdad, por imponer una carga, no exigible jurídica ni moralmente, a la persona.”⁹⁰

La misma Corte Constitucional colombiana ha contemplado las hipótesis de discriminación constitucionalmente proscritas en la sentencia T-301 de 2004:⁹¹

“5. [están] prohibidas las diferenciaciones cuya finalidad (análisis de consecuencias) sea la exclusión de grupos de personas tradicionalmente señalados, y la negación del ejercicio de sus derechos fundamentales. La segregación está precedida, generalmente, por la carga valorativa que incorpora el lenguaje de las normas o las prácticas institucionales recurrentes, que terminan por confundirse con la institucionalidad misma (criterio deontológico) y que en última instancia, imponen cargas que los sujetos no tienen el deber de soportar ni moral ni constitucionalmente. La discriminación no sólo se configura cuando frente a supuestos de hecho iguales en lo relevante, la ley deriva consecuencias desiguales, sino también cuando las autoridades administrativas, amparadas en sus facultades legales, aplican criterios de diferenciación evidentemente irrazonables resguardados en un supuesto manto de legalidad, cuyo efecto es la vulneración del derecho fundamental a la igualdad.”

“5.1. En la segunda hipótesis, el trato discriminatorio resulta más difícil de probar para el ciudadano presuntamente afectado, por cuanto la vulneración está constituida por una secuencia de episodios aparentemente legales, cuyo contenido tiene como correlato la negación de garantías básicas. En esta serie de actuaciones orientadas a la exclusión de ciertos grupos poblacionales –históricamente ignorados –, la

89. Colombia, Corte Constitucional colombiana, sentencia T-098/94, MP Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, 7 de Marzo de 1994, párr. 10. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-098-94.htm.

90. *Ibid.*, párr. 11.

91. Colombia, Corte Constitucional colombiana, sentencia T-301/04. MP Dr. Eduardo Montealegre Lynett, 25 de marzo de 2004, párr. 5. y 5.1. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-301-04.htm.

autoridad aplica criterios constitucionalmente proscritos, aunque alega como justificación para ello el peligro que entrañan para “la sociedad” y el daño que presuntamente ocasionan a la misma. Por esta razón, dado que es difícil acreditar el móvil ilegítimo que sustenta la actuación administrativa para el ciudadano, es a la autoridad que aplica la disposición jurídica a quien corresponde la carga de probar que no ha empleado razones discriminatorias para ello”.

Por su parte, el Tribunal Constitucional español, en su decisión STC 12/2008,⁹² al conocer de una demanda de inconstitucionalidad de las disposiciones sobre cuotas electorales, ha sentado una interesante jurisprudencia sobre el tema. En el caso, la parte demandante sostuvo que las cuotas restringían la libertad de los partidos políticos a nombrar a sus candidatos.

En su decisión, el Tribunal español señaló que tanto en los textos de Derecho internacional general como en los textos del Consejo de Europa se pone de manifiesto que la búsqueda de la igualdad formal y material entre mujeres y hombres constituye una piedra angular del Derecho internacional de los derechos humanos.⁹³

El Tribunal afirma que se justifica constitucionalmente que el legislador facilite la participación de todos los ciudadanos, removiendo los obstáculos de todo orden, tanto normativos como estrictamente fácticos, que la impidan o dificulten, promoviendo las condiciones garantizadoras de la igualdad de los ciudadanos y añade: “la igualdad sustantiva no sólo facilita la participación efectiva de todos en los asuntos públicos, sino que es un elemento definidor de la noción de ciudadanía”.

Así, exigir a los partidos políticos el cumplimiento de su condición constitucional de instrumento para la participación política, mediante una integración de sus candidaturas que permita la participación equilibrada de ambos sexos, supone servirse de los partidos para hacer realidad la efectividad en el disfrute de los derechos exigidos por la Constitución. Esto es, además, constitucionalmente lícito “pues (...) asegura la incorporación en los procedimientos normativos y de ejercicio del poder público de las mujeres (que suponen la mitad de la población)” en coherencia con el principio democrático que reclama la mayor identidad posible entre gobernantes y gobernados.

92. España, Tribunal Constitucional, Pleno Sentencia 12/2008, de 29 de enero de 2008. Cuestión de inconstitucionalidad 4069-2007 y recurso de inconstitucionalidad 5653-2007 (acumulados). Disponible en: www.boe.es/boe/dias/2008/02/29/pdfs/T00004-00022.pdf.

93. *Ibid.*, Fundamento Jurídico 2, p. 15.

En el caso *Noorfadilla Binit Ahmad Saikin vs. Chayed Bin Basirun y otros*, en donde a una maestra le fue retirada una oferta de trabajo por encontrarse embarazada, la Corte Suprema de Malasia, haciendo referencia a la jurisprudencia de varios países, sostuvo que la discriminación sobre la base de un embarazo es una forma de discriminación de género, ya que biológicamente sólo las mujeres tienen la capacidad de quedar embarazadas. Por tanto, la suspensión de la oferta de trabajo era inconstitucional, ilegal y nula. La decisión también afirma que la CEDAW tiene fuerza de ley y es vinculante para los Estados miembros; por lo tanto, Malasia debe acatar las obligaciones derivadas de esta Convención en la definición y clarificación de la igualdad y la discriminación de género en las disposiciones pertinentes de su Constitución nacional.⁹⁴

Tribunales de varios países han encontrado que las siguientes medidas son discriminatorias:⁹⁵

- Una política laboral que prohíbe la contratación⁹⁶ o ascenso⁹⁷ de las mujeres casadas, pero que no impone ninguna prohibición similar a los hombres casados.
- Una ley, política o práctica que permite o tolera la falta de servicios de salud que sólo las mujeres necesitan, por ejemplo, aquellos relacionados con el embarazo y el parto.⁹⁸

94. Malasia, Corte Suprema en Shah Alam en el Estado de Selangor Darul Ehsan, caso “Noorfadilla Binit Ahmad Saikin vs. Chayed Bin Basirun y Otros”, MP Dato’ Zaleha Binti Yusof, 12 de julio de 2011. Disponible en: www.womenslinkworldwide.org/wlw/new.php?modo=premios&tp=nominados&pagina=3&y=2012&lang=en. Enlace a documento en inglés.

95. Este no es un listado exhaustivo, sino meramente ilustrativo de los diferentes casos que a nivel nacional se han decidido en materia de discriminación en razón al género. Algunos de los ejemplos son tomados de Cook, R.J. & Cusack, S. (2010). *Op. Cit.*, nota 9.

96. Filipinas, Corte Suprema (Segunda División), caso “Compañía de Telégrafos y Teléfonos de las Filipinas vs. Comisión Nacional de Relaciones Laborales y Grace De Guzman”, G.R. N° 118978, MP J. Regalado, 23 de mayo de 1997. (1997). *Supreme Court Annotated Report Vol.* 272, 596. También disponible en: laborlawcompendium.blogspot.com/2009/11/gr-no-118978.html.

97. India, Corte Suprema, caso “V.B. Muthamma vs. India y otros”, [1979] INSC 183. (1980). *Supreme Court Reports Vol.* 1, 668; (1979). *All India Reporter*, 1868; (1979). *Supreme Court Cases Vol.* 4, 260.

98. Colombia, Corte Constitucional colombiana, sentencia C-355/06, MP Dr. Jaime Araújo Rentería, MP Dra. Clara Inés Vargas Hernández, 10 de mayo de 2006. Disponible en: www.avancejuridico.com/actualidad/ultimassentencias/C-355-06.html; CIDH, caso “Paulina del Carmen Ramírez Jacinto vs. México”. Informe N° 21/07. Solución amistosa. Petición 161-02, 9 de marzo de 2007, párr. 13, 19 y 26. Disponible en: www.cidh.oas.org/annualrep/2007sp/Mexico161.02sp.htm; CDH, caso “Karen Noelia Llantoy Huamán vs. Perú”, comunicación N° 1153/2003, CCPR/C/85/D/1153/2003, 17 de noviembre de 2005. Disponible en: sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/fulltextccpr.nsf/160f6e7f0fb318e8c1256d410033e0a1/5df0c8c76c57c4e9c12570c9002f8814?OpenDocument. Con respecto a lo relacionado con la salud, ver también, CDESC (2005, 11 de agosto). *Observación General N° 16. Op. Cit.*, nota 37, párr. 18. Comité de la CEDAW (1999, 2 de febrero). *Recomendación General N° 24: Artículo 12 CEDAW - La mujer y la salud*. 20° período de sesiones, A/54/38/Rev.1, cap. I, párr. 14 y 31 (b), (c) y (e). Disponible en: www.amdh.org.mx/mujeres3/html/cedaw/Cedaw/3_Recom_grales/24.pdf; The Center for reproductive Law and Policy (CRLP) & University of Toronto International Programme on Reproductive and Sexual Health Law. (2002) *Bringing Rights to Bear: An Analysis of the Work of the UN Treaty Monitoring Bodies on Reproductive and Sexual Rights*. Nueva York, Nueva York, EEUU: CRLP, pp. 145-148. Disponible en: www.iiav.nl/epublications/2002/bringing_rights_to_bear.pdf; The Center for Reproductive Rights & Asian-Pacific Resource and Research Center for Women (ARROW). (2005) *Women of the World: Laws and Policies Affecting their Reproductive Lives: East and South Asia*. Nueva York, Nueva York, EEUU: The Center for Reproductive Rights. Disponible en: reproductiverights.org/sites/crr.civicaactions.net/files/documents/Overview.pdf.

- Una ley que impide al esposo de una inmigrante el unirse a ella, mientras que la esposa de un inmigrante varón puede hacerlo automáticamente.¹⁰⁹
- La práctica de no actuar con la debida diligencia en materia de violencia de género contra las mujeres.¹¹⁰
- Los pronunciamientos hechos por un tribunal superior que no reconoce el trabajo en el hogar como trabajo por el que debe recibirse compensación en caso de divorcio.¹¹¹
- Una ley que reconoce licencia parental a las madres empleadas pero no a los padres cuando la mujer no es empleada.¹¹²
- La legislación que no permite que los hombres que prestan servicio militar obtengan una licencia parental por largos períodos de tiempo, iguales a las que se otorgan a las mujeres.¹¹³
- Las disposiciones del código penal sobre adulterio y las de la ley de sucesiones que violan el principio de igualdad de los cónyuges en el matrimonio y su disolución.¹¹⁴

109. TEDH caso “Abdulaziz, Cabales y Balkandali vs. Reino Unido”, demanda 9214/80, 9473/81, 9474/81. *Op Cit.*, nota 76.

110. CIDH, caso “Maria Da Penha Maia Fernandes vs. Brasil”, informe N°. 54/01, fondo, caso 12.051, 16 de abril de 2001. Disponible en: www1.umn.edu/humanrts/cases/S54-01.html; Corte IDH, Caso “Fernández Ortega y otros vs. México”, sentencia de 30 de agosto de 2010. *Op. Cit.*, nota 71; Corte IDH, caso “González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México”, sentencia de 16 de noviembre de 2009. *Op. Cit.*, nota 71.

111. India, Corte Suprema Jurisdicción de Apelación Civil, caso “Arun Kumar Agrawal vs. Compañía Nacional de Seguros y otros”. MP G.S. Singhvi, Apelación Civil N° 5843 de 2010, 22 de julio de 2010. Disponible en: www.womenslinkworldwide.org/wlw/new.php?modo=premios&tp=nominados&pagina=5&y=2011. Enlace a documento en inglés.

112. TJUE, caso “Pedro Manuel Roca Álvarez vs. Sesa Start España ETT SA.”, petición de resolución de cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia – España, asunto C-104/09, sentencia del 30 de septiembre de 2010. Disponible en: curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=83738&pageIndex=0&doclang=ES&mode=doc&dir=&occ=first&part=1&cid=31530.

113. TEDH, caso “Konstantin Markin vs. Rusia”, demanda 30078/06, sentencia del 7 de octubre de 2010. El caso se encuentra actualmente pendiente de resolución definitiva ante la Gran Cámara. Fecha de remisión 21 de febrero de 2011. Disponible en: cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=875216&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649.

114. Uganda, Corte Constitucional de Uganda, caso “Law Advocacy for Women de Uganda vs. Fiscal General de Uganda”, peticiones constitucionales N° 13/05 y 5/06, 5 de abril de 2007. Disponible en: www.womenslinkworldwide.org/wlw/new.php?modo=premios&tp=nominados&y=2011.

5. CONCLUSIÓN

Este capítulo ha expuesto cómo el principio de igualdad y el derecho a la no discriminación son normas imperativas de derecho internacional, frente a las cuales no pueden oponerse excepciones para su debida garantía y protección de parte de los Estados.

Los estándares internacionales y la jurisprudencia aquí compilados muestran la manera en que los Comités Monitores y los tribunales nacionales e internacionales han interpretado el contenido de dichos derechos y el alcance que han atribuido a las obligaciones a cargo del Estado y de los particulares respecto de los mismos.

Además, los criterios judiciales relevantes aquí reseñados –incluido el caso modelo presentado– evidencian la evolución en el entendimiento del derecho a la igualdad y a la no discriminación para hacerse cada vez más cargo de las condiciones reales de desigualdad que enfrentan las personas. Condiciones que, incluso, pueden y deben remediarse con la respuesta jurídica adecuada.