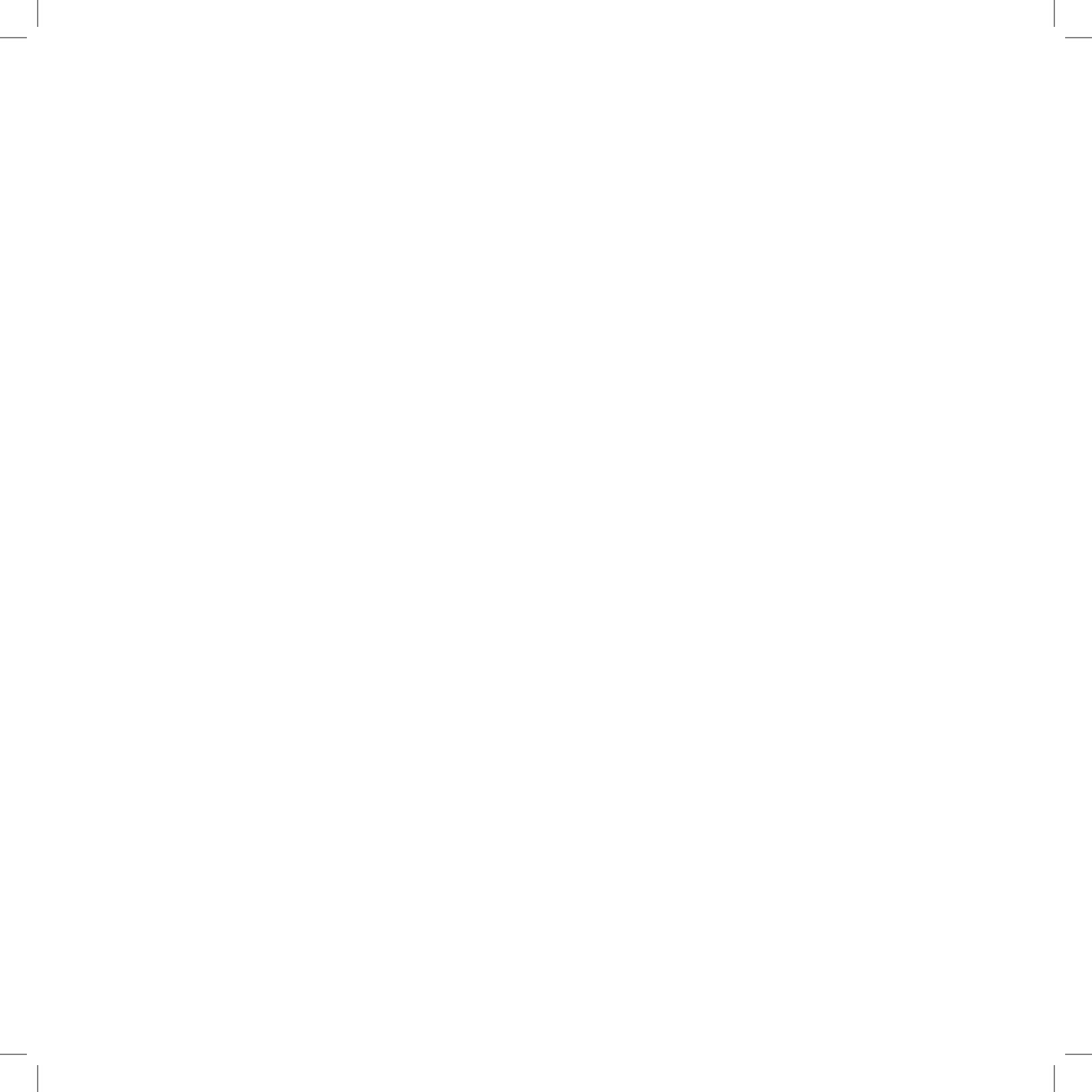


El Derecho de acceso a la justicia de mujeres



MÓDULO INFORMATIVO PARA OPERADORES JUDICIALES Y PERIODISTAS



El Derecho de acceso a la justicia de mujeres



MÓDULO INFORMATIVO PARA OPERADORES JUDICIALES Y PERIODISTAS

El Derecho de acceso a la justicia de mujeres

Módulo Informativo para operadores de Judiciales y periodistas

Primera edición: 500 ejemplares

Enero, 2015

Depósito Legal: 4-1-421-15

Esta publicación se ha realizado con el financiamiento de la Embajada del Canadá en el marco del proyecto: “Promoción del derecho de acceso a la justicia, de grupos en situación de vulnerabilidad y auditoría social/ “Promoting Equal Access to Justice for Vulnerable Groups in Bolivia” (CFLI-2014-BOL-0002) y la Unión Europea proyecto: “Fortalecimiento del acceso igualitario a una justicia independiente y transparente en la región andina: auditoría social y transparencia” (EIDHR/2012/297-064)

Una publicación de: Fundación CONSTRUIR, Comisión Andina de Juristas (CAJ), Centro sobre Derecho y Sociedad (CIDES), Instituto Latinoamericano para una sociedad y un Derecho Alternativos (ILSA) y la Universidad de Chile.

Fundación CONSTRUIR

Calle Lisímaco Gutiérrez N°379

(entre av. 20 de octubre y av. 6 de agosto)

Sopocachi/ La Paz- Bolivia

Tel.: (591-2) 2432732

(591-2) 2004424

www.fundacionconstruir.org

Comisión Andina de Juristas

Calle los Sauces 285, Lima 27

Tel.: (51-1) 440-7907

Fax.: (51-1) 202-7199

www.cajpe.org.pe

Elaborado por:

Soraya Santiago Salame

Equipo Editorial:

Coordinación General:

Director Ejecutivo -Fundación CONSTRUIR

Ramiro Orias

Coordinador Nacional:

Eddie Condór Chuquiruna

Coordinadora Local:

Moira Vargas

Comunicación y visibilidad:

Nezsa Cruz

Diseño y diagramación:

Salinas & Sánchez

Impresión:

Presencia

Esta publicación se distribuye sin fines de lucro, en el marco de la cooperación de la Embajada de Canadá y la Unión Europea.

El contenido así como las opiniones expresadas en esta publicación son responsabilidad exclusiva de las organizaciones socias del Proyecto (Fundación CONSTRUIR, Comisión Andina de Juristas (CAJ), Centro sobre Derecho y Sociedad (CIDES), Instituto Latinoamericano para una sociedad y un Derecho Alternativos (ILSA) y la Universidad de Chile) y en modo alguno debe considerarse que refleja la posición de los financiadores.

ÍNDICE

■ PRESENTACIÓN	9
<hr/>	
■ INTRODUCCIÓN	13
<hr/>	
El punto de partida: La Constitución Política del Estado de 2009	
<hr/>	
■ Capítulo I / PRESUPUESTOS FUNDAMENTALES PARA ABORDAR EL TEMA	21
<hr/>	
1. La necesaria distinción entre sexo y género	23
2. La Distinción entre mujer y género	25
3. Diferencia entre género y grupo vulnerable	27
4. Las instituciones a través de las cuales se mantiene el patriarcado	28
4.1. El lenguaje como poder	29
4.2. El Poder del Derecho	32
5. Los estereotipos de género. Su necesario análisis	35
a) Estereotipos de sexo	36
b) Estereotipos sexuales	37
c) Estereotipos sobre rol sexual	37

d) Estereotipos compuestos	37
■ Capítulo II / IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN	41
1. Consideraciones previas	43
2. La Igualdad y la no Discriminación como principios rectores de los derechos humanos	45
3. Tratos diferentes y discriminación. Su línea divisoria	47
a) Discriminación directa	55
b) Discriminación indirecta	55
c) Discriminación interseccional	55
d) Discriminación estructural	56
e) Discriminación Inversa y Medidas Afirmativas	58
4. Tratos diferentes y discriminación. Criterios para diferenciar	58
a) Objetividad y razonabilidad	59
b) Categorías sospechas	60
c) Afectación y/o vulneración de un derecho	62
5. Test de Discriminación o Razonabilidad	63
■ Capítulo III / EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS MUJERES	65
1. Breve introducción al Debido Proceso	67
2. La relación del debido proceso con la igualdad procesal y el acceso a la justicia	73
a) Igualdad procesal y debido proceso	73
b) El debido proceso y el acceso a la justicia	75
3. El acceso a la justicia de las mujeres	79

4. El acceso a la justicia. Su configuración constitucional con especial mención a la garantía de una vida libre de violencia para las mujeres	90
a) La garantía de la vida libre de violencia	91
b) El acceso a la justicia de mujeres indígenas	94
c) Breve referencia al Código de las Familias y del Proceso Familiar	98

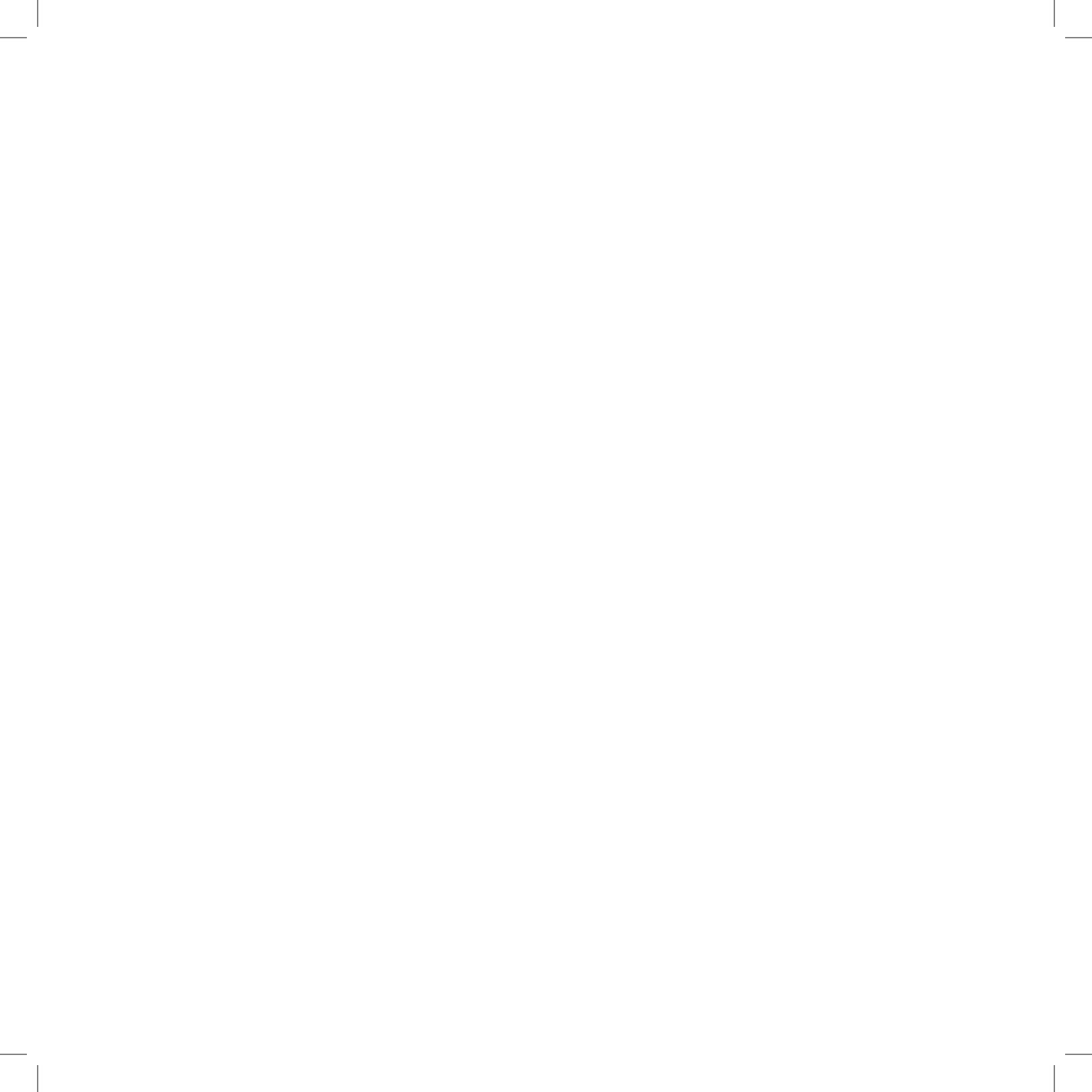
■ Capítulo IV / LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA 101

1. Breve referencia al rol de las juezas y jueces a partir de nuestro modelo de Estado	103
a) El principio de supremacía constitucional	103
b) La vinculatoriedad de los precedentes	104
c) La pluralidad de fuentes normativas	105
2. La perspectiva de género como Método de Análisis del Derecho	107
3. ¿Qué implica juzgar con perspectiva de género?	109
4. Especial mención a la argumentación con perspectiva de género	111

A MODO DE CONCLUSIÓN:

El punto de llegada: La igualdad desde la diferencia como presupuesto para garantizar el acceso a la justicia de las mujeres	113
--	-----

Bibliografía	115
--------------	-----



PRESENTACIÓN

La nueva Constitución Política del Estado de Bolivia, aprobada en referéndum nacional el 25 de enero del 2009, es la primera Constitución del país que incorpora una agenda específica que tiene que ver con el avance de los derechos de las mujeres y las políticas de equidad de género.

La nueva Constitución Política del Estado de Bolivia, aprobada en referéndum nacional el 25 de enero del 2009, es la primera Constitución del país que incorpora una agenda específica que tiene que ver con el avance de los derechos de las mujeres y las políticas de equidad de género.

Una conquista importante es haber constitucionalizado el principio de equidad social y de género, la democratización y el reconocimiento del valor del trabajo doméstico, la acción positiva, la igualdad y la no discriminación, los derechos sexuales y derechos reproductivos, el derecho a una vida libre de violencia en todas sus manifestaciones, la visión intercultural de género y derechos, el ejercicio de cargos públicos, el acceso a la vivienda y servicios, a la tierra, el uso de lenguaje no sexista, entre otros, así como a la autodeterminación y a la identidad cultural.

En ese marco, la igualdad de derechos entre hombres y mujeres no significa “igualar” a las mujeres con los hombres sino “reparar” los niveles de subordinación a los que históricamente han estado sometidas las mujeres, a través de tratos preferentes, en algunos casos y principalmente mediante la reconstrucción de políticas, leyes, instituciones, etc. desde la perspectiva de género para que así el referente del ser humano no sea solamente el hombre sino también la mujer.

Este nuevo entendimiento de la igualdad es evidente que impactará en el efectivo acceso a la justicia de las mujeres que el Estado en el marco de sus obligaciones de respeto y garantía debe garantizar a todos los habitantes de su territorio, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición; lo cual a partir de la nueva lectura de la igualdad no quiere decir que la obligación estatal reside en garantizar un acceso a la justicia exactamente igual para todas las personas, sino que El Estado está obligado a eliminar todas las barreras físicas, económicas, culturales, lingüísticas, etc. que obstaculicen o impiden el acceso a la justicia de las mujeres.

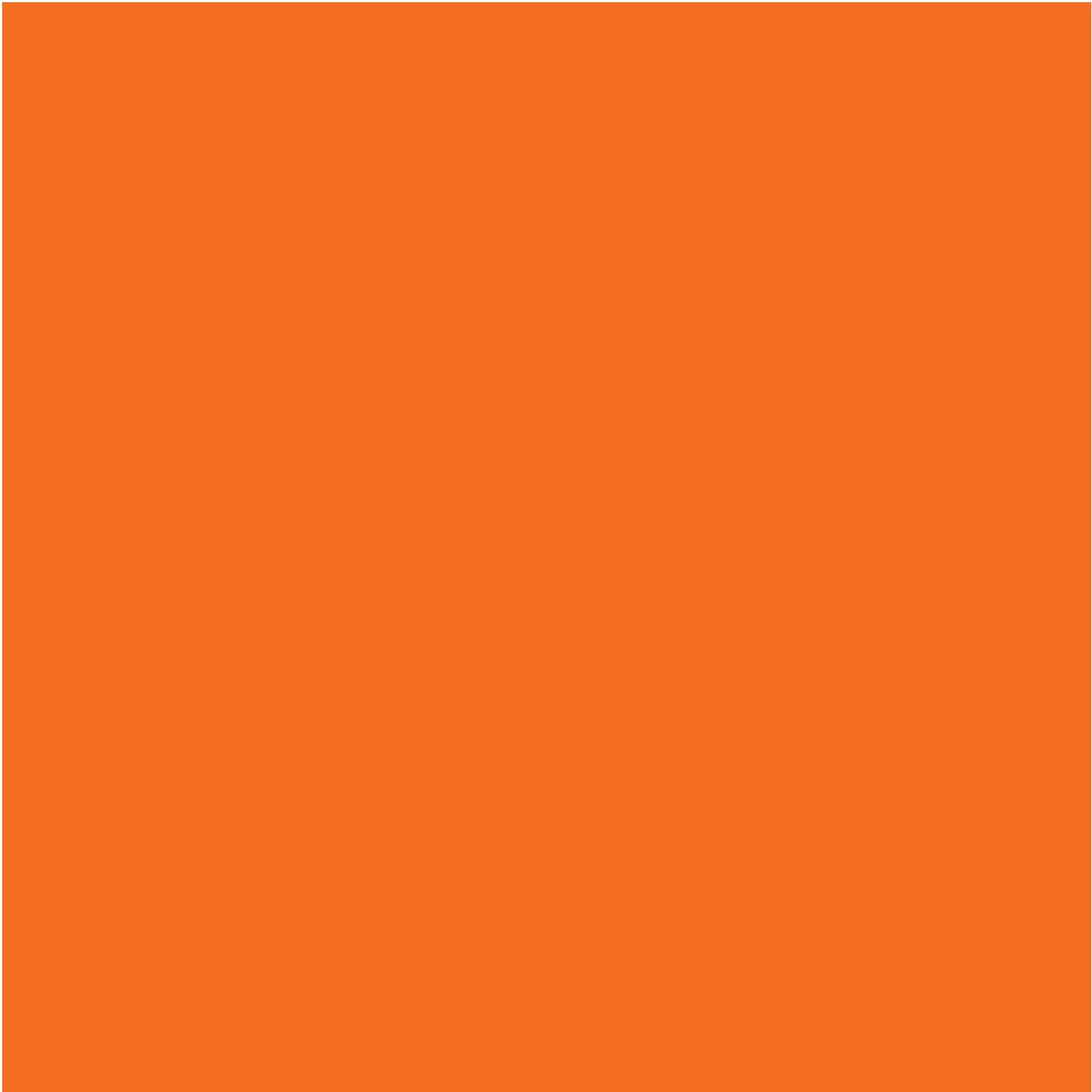
El presente documento buscará aproximarse a aquellas definiciones operativas que caracterizan, al derecho de acceso a la justicia de las mujeres, a partir de una mirada de las normas y decisiones nacionales e internacionales. Tiene en cuenta -además- los alcances y perspectivas del nuevo Código de Familias y las implicancias del matrimonio forzado. Además, busca hacer entendible la relación entre el derecho nacional y el derecho internacional relativo a las mujeres; a partir de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia nacional e internacional.

En este marco, Fundación Construir, en la perspectiva de fortalecer el Estado de Derecho, en Bolivia, a través de un mayor acceso a la justicia para la tutela efectiva de los derechos humanos de sectores que se encuentra en situación de vulneración de derechos, en especial mujeres, gracias al apoyo de la Embajada de Canadá (en Lima), ha planificado desarrollar y difundir materiales sobre derechos de las mujeres, a nivel de las universidades, la población en general, operadores del Sistema de Justicia y comunicadores sociales de La Paz, Cochabamba y Sucre. Esta iniciativa (Proyecto “Promoción del derecho de acceso a la justicia, de grupos en situación de vulnerabilidad y auditoria social”- CFLI-2014-BOL-0002), busca afianzar actividades específicas del Proyecto “Fortalecimiento del acceso igualitario a una justicia independiente y transparente en la región andina: auditoria social y transparencia”, que Fundación Construir, promueve en alianza con instituciones de cuatro países de la región andina: Ecuador (CIDES), Colombia (ILSA), Perú (CAJ) y Chile (Universidad de Chile), bajo el liderazgo de la Comisión Andina de Juristas (CAJ), gracias al apoyo de la Unión Europea (EIDHR/2012/297-064).

Un reconocimiento especial a Soraya Santiago Salame, consultora de Fundación Construir, quien elaboró el presente Módulo, bajo la coordinación de Eddie Córdor Chuquiruna y a Moira Vargas Salas y Neyza Cruz Varela, quienes acompañaron el proceso de diseño, diagramación e impresión de esta publicación.

Ramiro Orias Arredondo
Director Ejecutivo
Fundación Construir

La Paz, enero de 2015

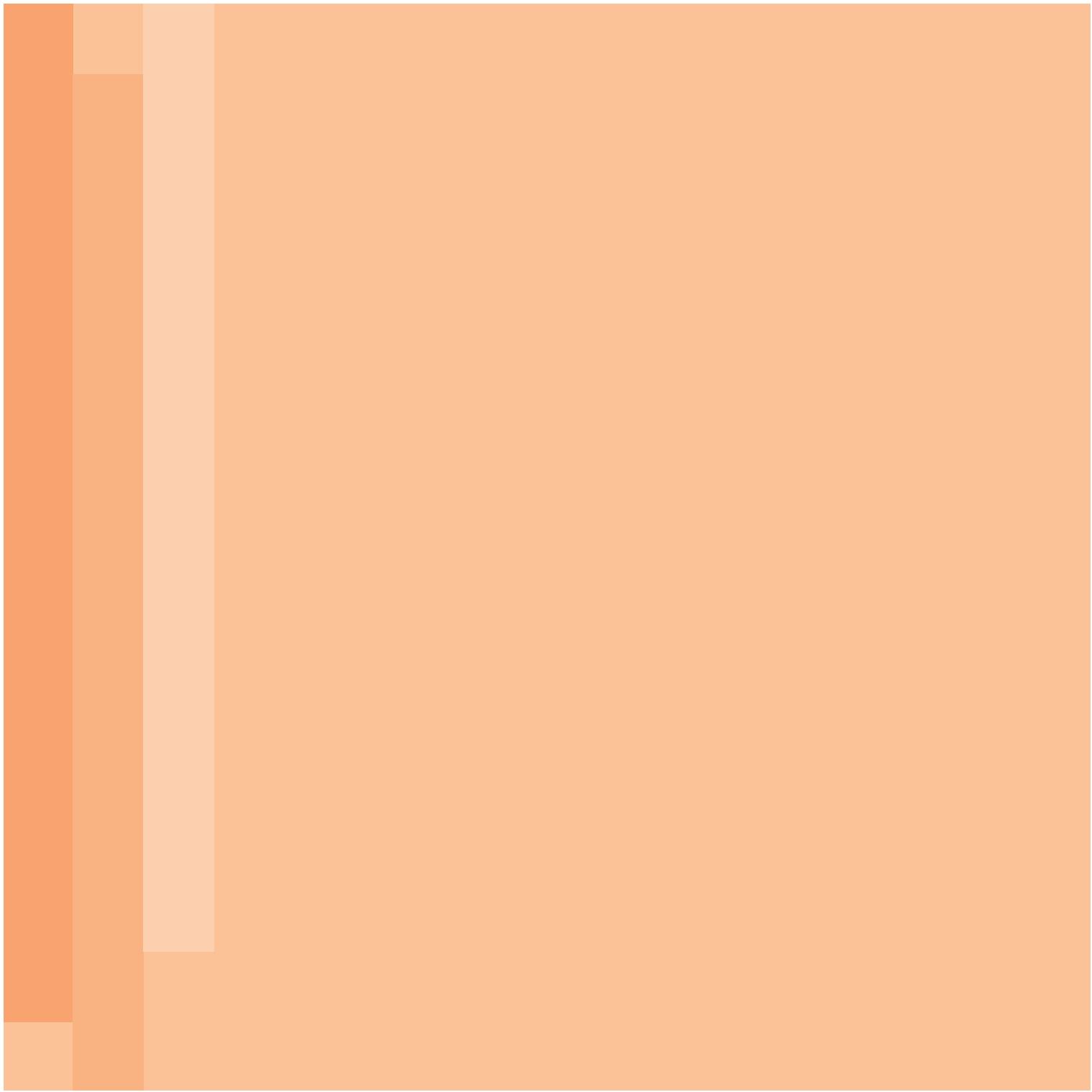




INTRODUCCIÓN



El punto de partida: La Constitución Política del Estado de 2009



INTRODUCCIÓN

EL PUNTO DE PARTIDA : LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE 2009

El art. 1 de la Constitución Política del Estado establece que “Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.”

Conforme a la redacción del primer artículo constitucional, es evidente que el modelo de Estado diseñado en la Constitución Política del Estado es complejo, en la medida en que es un Estado Unitario que no puede concebirse sin lo social, sin lo plurinacional ni comunitario, ni sin la característica de Estado de Derecho. Ello supone, entonces, que las formas clásicas para designar al Estado como Estado de Derecho, Estado Social y Democrático de Derecho, resultan insuficientes para caracterizar al nuevo modelo y clasificarlo, pues se nutre de diferentes principios y valores que vienen de la tradición del constitucionalismo liberal (Estado de Derecho), del constitucionalismo social (Estado Social y Democrático de Derecho) hasta desembocar en el Estado Constitucional de Derecho (neoconstitucionalismo), pero además, con características propias que le imprimen un sello particular a nuestro modelo.

Efectivamente, debe considerarse que entre los principios fundamentales del Estado de Derecho, se encuentran el de legalidad, el principio de división de poderes (separación de funciones), el reconocimiento de derechos y libertades fundamentales de corte individual; principios que,

aunque con una nueva formulación, se encuentran en el texto constitucional; los cuales se complementan con los principios del Estado Social de Derecho, como el de igualdad material, constitución económica, reconocimiento de derechos de carácter económico y social, etc., que también se encuentran de manera ampliada en el texto constitucional.

En el Estado Constitucional, la Constitución es una norma con contenido jurídico vinculante a todo el poder y a la sociedad en su conjunto; lo que significa que la ley (principio de legalidad) se encuentra plenamente subordinada a la Constitución, no sólo en cuanto a su forma de producción, sino también a su contenido. Así, la Constitución es entendida no sólo de manera formal, como reguladora de las fuentes del Derecho, de la distribución y del ejercicio del poder entre los órganos estatales, sino como la Ley Suprema que contiene los valores, principios, derechos y garantías (parte dogmática) que deben ser la base de todos los órganos del poder público.

En ese orden, en el Estado Constitucional se apuesta por constituciones con un ambicioso programa normativo, con principios y valores plurales, y un amplio catálogo de derechos y garantías; pues, como anota Zagrebelsky, la condición espiritual del tiempo en que vivimos podría describirse como la aspiración no a uno, sino a los muchos principios o valores que conforman la convivencia colectiva: la libertad de la sociedad, pero también las reformas sociales; la igualdad ante la ley y, por tanto, la generalidad del trato jurídico, pero también la igualdad respecto a las situaciones, y por tanto la especificidad de las reglas jurídicas; el reconocimiento de los derechos de los individuos, pero también de los derechos de la sociedad; la valoración de las capacidades materiales y espirituales de los individuos, pero también la protección de los bienes colectivos frente a la fuerza destructora de aquéllos; el rigor de la aplicación de la ley, pero también la piedad ante sus consecuencias más rígidas; la responsabilidad individual en la determinación de la propia existencia, pero también la intervención colectiva para el apoyo de los más débiles, etc.”¹.

Si se contrasta nuestra Constitución Política del Estado con las características anotadas,



1 ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Editorial Trotta, séptima edición 2007, p. 16.

efectivamente constatamos que tenemos principios y valores plurales, derechos y garantías de tipo liberal y social, derechos individuales y colectivos, resaltando el reconocimiento de los valores y principios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y el reconocimiento de sus derechos.

En el ámbito del Estado Constitucional, las constituciones, además, se encuentran garantizadas porque existe un órgano jurisdiccional para la salvaguarda de sus normas, a través de los mecanismos de protección previstos en la misma Ley Fundamental. En el caso boliviano, ese órgano es el Tribunal Constitucional Plurinacional, el cual, de conformidad a las características de plurinacionalidad e interculturalidad de nuestro modelo de Estado, se encuentra conformado pluralmente.

Como anota Prieto Sanchis, el Estado constitucional representa una fórmula mejorada del Estado de Derecho, pues se busca no sólo el sometimiento a la ley, sino a la Constitución, que queda inmersa dentro del ordenamiento jurídico como una norma suprema: Los operadores jurídicos ya no acceden a la Constitución a través del legislador, sino que lo hacen directamente, y, en la medida en aquella disciplina numerosos aspectos sustantivos, ese acceso se produce de manera permanente, pues es difícil encontrar un problema jurídico medianamente serio que carezca de alguna relevancia constitucional.”²

Además se debe enfatizar en el hecho de que nuestra Constitución, de un lado, ha positivado el bloque de constitucionalidad integrado por los Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados por el Estado boliviano (art. 410.II); y, de otro, ha interrelacionando el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, constitucionalizando diversos criterios de interpretación, como la interpretación conforme a los tratados internacionales (art. 13.IV), el principio *pro-hómine* en sus directrices de preferencia de normas y preferencia interpretativa (art. 256) y emanado de éste, el principio *pro operario* (art. 48.II).



2 PRIETO SANCHIS, Luis, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, AFDUAM 5 (2001), pp. 201-228, p. 206.

Efectivamente el art. 410.II de la Constitución boliviana establece que ésta es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa; añadiendo que el bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. En virtud a dicha jerarquía, los Tratados y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos y, en concreto, la Convención Americana de Derechos Humanos, pueden ser invocados a nivel interno, con la misma fuerza que la Constitución Política del Estado. Así, en la justicia constitucional, es posible alegar la lesión de sus disposiciones, sea en el ámbito de control tutelar de constitucionalidad, a través de la presentación de acciones de defensa, o en el ámbito del control normativo de constitucionalidad, como parámetro para analizar la constitucionalidad de las normas internas.

Es así que a partir del texto constitucional vigente existe en Bolivia un nuevo techo de interpretación a la hora de realizar el control de constitucionalidad, que no se agota en los preceptos de la Constitución (sus principios y valores); por cuanto, el parámetro de juicio de constitucionalidad también está integrado por las Normas Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por el Estado.

Ahora bien, como adelantamos antes, la Constitución también ha constitucionalizando diversos criterios de interpretación conforme a los Tratados y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos, así por ejemplo el art. 256 constitucional establece el carácter supraconstitucional de los Tratados e Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos a los que se hubiera adherido Bolivia, cuando éstos declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, lo cual implica que el criterio de interpretación conforme a los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos, tiene su salvedad en los casos en los que las normas internas desarrollen de manera más amplia, extensiva y favorable el derecho.

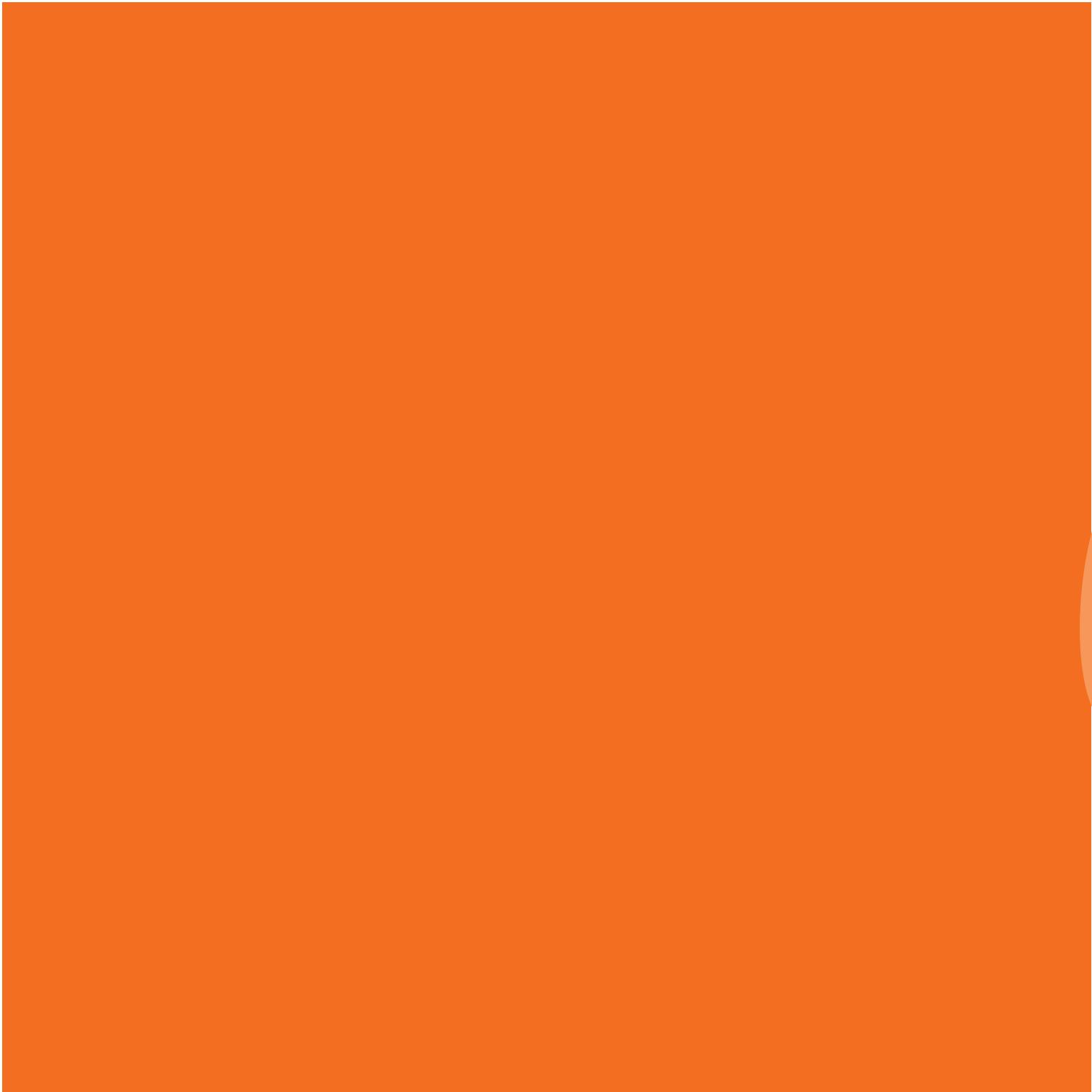
De esta manera nuestra Constitución permite la apertura del diálogo jurisprudencial horizontal entre la jurisdicción internacional y la jurisdicción interna. Cabe advertir, además, que el Tribunal Constitucional a través de la SC 0110/2010-R de 10 de mayo, ha establecido que la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por ende sus decisiones, forman parte también del bloque de constitucionalidad boliviano; con lo que en mérito a lo previsto en el art. 203 de

la Constitución, a partir de la vigencia de la citada jurisprudencia forma parte del bloque de constitucionalidad la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Todo lo explicado supone una remoción en la teoría del derecho y en la labor de las juezas y jueces que se convierten en la figura central a la hora de solucionar los conflictos que se someten a su conocimiento, pues, tendrá que aplicar más principios que reglas, más ponderación que subsunción, tomando en cuenta que la Constitución Política del Estado se encuentra presente en todos los conflictos.

Bajo este nuevo enfoque, las juezas y jueces, al igual que las demás autoridades, están sometidos, antes que al principio de legalidad, al principio de constitucionalidad y, en virtud al mismo, deben interpretar las leyes y las otras normas jurídicas desde y conforme a la Constitución Política del Estado, aplicando directamente, inclusive los principios contenidos en la Constitución Política del Estado y, en algunos casos deberán efectuar la ponderación respectiva entre principios, derechos y garantías, que podrían estar en conflicto, siendo fundamental, para ello, tomar en cuenta los criterios de interpretación de los derechos humanos contenidos en los arts. 13 y 256 de la CPE.

Por otro lado, es importante señalar que el nuevo diseño constitucional establece como uno de sus pilares fundamentales el principio de igualdad de derechos entre hombres y mujeres. Este principio está previsto además, como valor del Estado en el art. 9.II de la CPE, lo que significa que -como principio y valor es transversal a todo el conjunto de disposiciones e instituciones constitucionales y del ordenamiento jurídico en su conjunto.

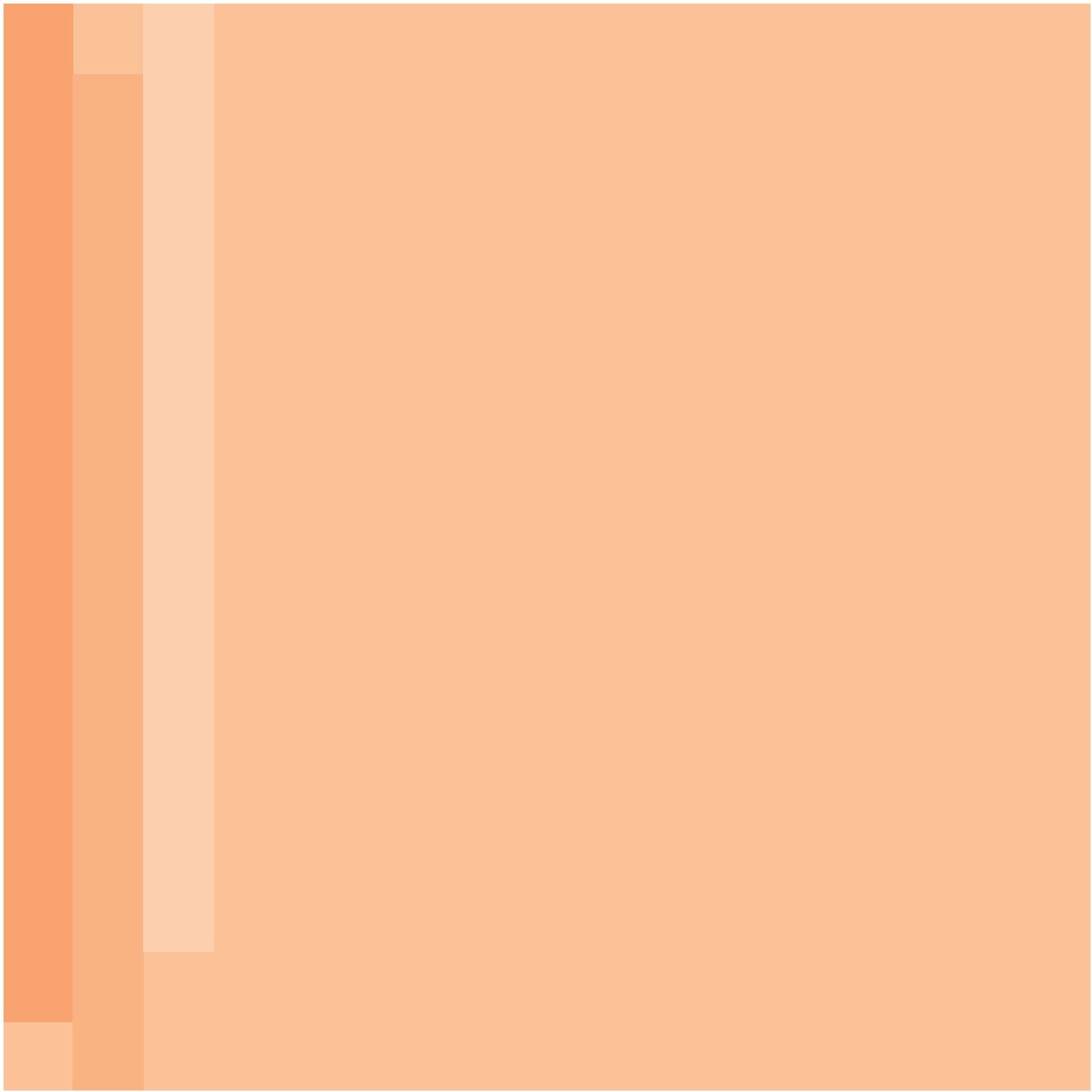




CAPÍTULO UNO

Presupuestos fundamentales para abordar el tema





CAPÍTULO I

PRESUPUESTOS FUNDAMENTALES PARA ABORDAR EL TEMA

1. La necesaria distinción entre sexo y género

En 1949, Simone de Beauvoir, publicó su obra “El segundo sexo”, donde afirmaba que la mujer no nace, se hace. “No nacemos mujeres, nos hacemos mujeres. No existe ningún destino biológico, psicológico o económico que determine el papel que un ser humano desempeña en la sociedad; lo que produce ese ser indeterminado, entre el hombre y el eunuco, que se considera femenino es la civilización en su conjunto”.

Es a partir de ese momento que el movimiento feminista empieza a preocuparse por diferenciar desde la academia los conceptos de sexo y género, entendiendo el primero como un aspecto biológico y el segundo como una construcción social y cultural. Si bien es evidente que actualmente la distinción entre sexo y género no es tan categórica como se creía en los inicios del desarrollo de las teorías de género. La importancia de la primigenia distinción entre sexo y género es que sin ella hubiese sido muy difícil entender la subvaloración de lo femenino o entender que los roles y características que se le atribuyen a cada sexo, aunque se basaran en diferencias biológicas, no son una consecuencia ineludible de esas supuestas diferencias y que, por lo tanto, pueden ser transformadas.

Es precisamente esta distinción conceptual entre sexo y género la que ha permitido entender que ser mujer o ser hombre, más allá de las características anatómicas, hormonales o biológicas, es una construcción social y no una condición natural³.

Efectivamente el concepto de género se refiere al conjunto de prácticas, creencias, representaciones y prescripciones sociales que surgen entre los integrantes de un grupo humano en función de la diferencia anatómica entre hombres y mujeres. Por esta clasificación cultural se definen no sólo la división del trabajo, las prácticas rituales y el ejercicio del poder, sino que se atribuyen características exclusivas a uno y otro sexo en materia de moral, psicología y afectividad. La cultura marca a los sexos con el género y el género marca la percepción de todo lo demás: lo social, lo político, lo religioso, lo cotidiano⁴.

De esta forma, en cada cultura las mujeres y los hombres no son un reflejo de la realidad “natural”, sino que son el resultado de una producción histórica y cultural, basada en los roles y características que se le atribuyen a cada sexo. Esta construcción es dicotómica, así a los hombres se les asigna la racionalidad, y a las mujeres la sensibilidad, a los hombres se les asigna el espacio público y a las mujeres el privado, además de ello a las mujeres se les asigna características, actitudes y valores diferentes a los asignados a los hombres y el problema no radica en que sean diferentes sino en que las características, actitudes y roles que históricamente se han asignado al hombre son los que la sociedad más valora ya que están asociados con lo humano y la cultura, en cambio los roles asignados a las mujeres siempre están relacionados con la naturaleza.

En ese orden esta asignación de la identidad de género no solo es dicotómica sino que sobretodo es jerarquizada al lado masculino que es tomado como referente, parámetro, modelo e incluso como definitorio de lo femenino, lo que obviamente tiene consecuencias negativas para el ejercicio pleno de los derechos por parte de las mujeres.



- 3 FACIO MONTEJO Alda y FRIES Lorena, Género y Derecho, Colección Contraseña Estudios de Género, Serie Casandra, American University, Washington, 1999, pág. 21.
- 4 LAMAS Marta, Diferencias de Sexo, Género y Diferencia Sexual. Disponible en: www.redalyc.org/pdf/351/35101807.pdf

En este sentido, si bien es importante reconocer que el género es una construcción, que por lo menos en principio se basó únicamente en el sexo, más importante aún es entender que esa construcción no es imparcial sino que privilegia a los hombres y a todo lo masculino, y que por ende para que pueda darse la igualdad jurídica entre hombres y mujeres es indispensable eliminar los privilegios basados únicamente en la diferencia de sexo de las cuales gozan los hombres.

En este contexto es importante comprender que el género no es un término que ha venido a sustituir el sexo, sino que esencialmente mediante la palabra género debemos entender todo lo construido socialmente sobre la base del sexo que se percibe como dado por la naturaleza⁵.

2. La Distinción entre mujer y género

Una vez claro que la palabra género implica al conjunto de características sociales, culturales, políticas, psicológicas, jurídicas, económicas asignadas a las personas en forma diferenciada de acuerdo a su sexo; categorización que se refleja en las diferentes sociedades a través de la percepción que cada una de ellas tenga sobre lo que implica uno u otro sexo, se entiende pues que el género ha trascendido al sexo pues ya no basa su distinción en el sexo, sino más bien en la identidad sexual, así como acertadamente señala Judith Butler, a través del género se constituye la identidad sexual, como parte de un proceso que articula sexo, deseo sexual y práctica sexual, y que deriva en actos de transformación. Así el género es el resultado de un proceso mediante el cual las personas recibimos significados culturales, pero también los innovamos⁶.

Lo anterior nos lleva a pensar que de alguna forma el género puede ser transformado por la voluntad de la propia persona, si esto es así, entonces las personas no solamente somos construidas social y culturalmente sino que en cierta medida tenemos la capacidad de construirnos a nosotras mismas y de esta forma elegir nuestro género e incluso construir nuestra propia visión de lo que es género, con lo cual es evidente que el género implica no solamente la diferenciación sexual binaria, sino que abre un sinfín de posibilidades que también pertenecen a la categoría género.



5 FACIO MONTEJO Alda y FRIES Lorena, op. cit. pág. 23

6 BUTLER, Judith, Actos Performativos y constitución del género: Un Ensayo sobre fenomenología y teoría feminista. Disponible en: <http://www.debatefeminista.com/PDF/Articulos/actosp433.pdf>

En este sentido si bien es evidente que el género trasciende al sexo y como tal no solamente engloba a las mujeres y hombres, es muy común que su significado siempre se halle vinculada a las mujeres, esto se debe a que el inicio del proceso de construcción del género como categoría científica se vincula con la primera ola feminista, que si bien no tuvo un fundamento teórico que permitiera definirlo claramente, develaba las realidades que vivían hombres y mujeres. En este contexto está claro que si hacemos una revisión histórica de las diferentes culturas y sociedades veremos que son precisamente los grupos oprimidos quienes identifican las estructuras que los oprimen y es lógico entonces que el término género en un principio haya sido desarrollado por las feministas para explicar y definir las estructuras que subordinan u oprimen a las mujeres de todas las clases, etnias, edades etc⁷.

Ahora bien, el sistema de asignación de género, no es únicamente dicotómico y jerarquizado hacia el lado masculino que es considerado como referente y que como tal no requiere justificación porque está tan profundamente arraigado que se impone así mismo como autoevidente, y se considera “natural” gracias al acuerdo “casi perfecto e inmediato” que obtiene de estructuras sociales tales como la organización social de espacio y tiempo y la división sexual del trabajo, y por otro lado, de estructuras cognitivas inscritas en los cuerpos y en las mentes. Estas estructuras cognitivas se traducen en “esquemas no pensados de pensamiento” mediante la división universal binaria que de todo lo que nos rodea se ha hecho, en forma de pares que no son producto de la naturaleza sino que más bien tienen como base las relaciones de poder que históricamente se han construido en las cuales es normal conceptualizar la relación dominante/ dominado como natural⁸.

De esta manera se considera cierto que la identidad social de las personas como “mujeres” u “hombres”, la identidad de género y la identidad sexual se subsumen una dentro de otra y en consecuencia se tiende a pensar que son lo mismo y por ello cuando estas identidades entran en contradicción se consideran como algo que no responde a lo construcción de lo que es natural, pues es evidente que en todas las sociedades y culturas del mundo existen personas



7 FACIO MONTEJO, Alda, op. cit. pág. 23

8 BUTLER, Judith, op. cit.

cuya identidad sexual no corresponde con su identidad de género y entonces es cuando cobra mayor sentido la afirmación de Judith Butler, en sentido de que el género puede transformarse no únicamente de fuera para dentro sino también de dentro para fuera, derrumbando de esta forma las concepciones biologicistas, en el entendido de que tener identidad de mujer, posición psíquica de mujer, sentirse mujer, y ser femenina, o sea, asumir los atributos que la cultura asigna a las mujeres no son procesos mecánicos, inherentes al hecho de tener cuerpo de mujer. Contar con ciertos cromosomas o con matriz no implica asumir las prescripciones del género y los atributos femeninos; ni viceversa en el caso de los hombres⁹.

Así las conceptualizaciones que sobre sexo, género e identidad sexual que entienden éstas como un sistema en el cual todo lo que ocurre está determinado por una cadena causal claramente definida se estrellan contra la multiplicidad de “identidades” que hoy en día observamos en mujeres y hombres¹⁰.

Es por ello que actualmente los conceptos de género y de diferencia sexual están vinculados a cuestiones relativas a la identidad sexual, pues como señala Bourdieu ya no se trata de analizar sólo la dominación masculina; ahora es preciso reflexionar sobre la dominación de la ideología heterosexista, de las personas heterosexuales sobre las personas homosexuales, las lesbianas y los gay, los transexuales, etc., es decir todas aquellas personas que no asumen los hábitos femeninos y masculinos que corresponden a la prescripción de género en materia de sexualidad y afectividad.

3. Diferencia entre género y grupo vulnerable

El concepto de género como señala Alda Facio no es sinónimo de sector o grupo vulnerable de la sociedad, aunque usualmente suelen asociarse ambos términos, precisamente, porque como dijimos anteriormente el género ha estado íntimamente vinculado a la mujer y ésta aún en la actualidad suele ser vista como una minoría social o un grupo vulnerable, cuando debe quedar



9 Ibidem.

10 BOURDIEU Pierre, La dominación masculina, en La Ventana, Revista de Estudios de Género, número 3, julio, Universidad de Guadalajara, Guadalajara.

claro que las mujeres no somos ni lo uno ni lo otro, no somos minoría social porque confirmamos la mitad de la humanidad y no somos un grupo vulnerable sino un grupo que ha sido históricamente vulnerabilizado, que no es lo mismo y es precisamente por el tratamiento de grupo vulnerable que ha recibido la mujer a través del tiempo que los propios Estados han creado ciudadanas dependientes mediante la implementación de políticas públicas similares y hasta idénticas que las destinadas al acceso de los derechos sociales, con lo que si bien se han podido detectar y clasificar las carencias de las mujeres y sus dificultades para un ejercicio pleno de sus derechos en ningún caso se han cuestionado las relaciones de poder y subordinación en las que ha vivido históricamente la mujer, para a partir de este análisis redefinir los roles de mujeres y hombres.

En este ámbito, los Estados no han terminado de asumir que la única forma de que las mujeres puedan acceder al uso y goce pleno de sus derechos es a través de una profunda transformación en los sistemas productivos, en la organización del trabajo, en la visibilización y ponderación del trabajo reproductivo y sobre todo, en la superación de las fronteras entre lo público y lo privado¹¹.

4. Las instituciones a través de las cuales se mantiene el patriarcado

Si bien un análisis de las diferentes teorías que a lo largo del tiempo han tratado de definir lo que es el patriarcado excedería el ámbito de este trabajo, es importante señalar que el patriarcado en general es entendido como aquel sistema de poder y por lo tanto de dominio del hombre sobre la mujer, dominio que se extiende a la sociedad en general y que implica que los hombres crean y manejan todas las instituciones “importantes” de la sociedad justificando este hecho en la supuesta inferioridad biológica de las mujeres.

Así el patriarcado se origina en la familia en la figura del *pater familias* y se proyecta a todo el orden social a través de diversas instituciones que se articulan para mantener y reforzar el



11 FRIES Lorena, Los derechos humanos de las mujeres: aportes y desafíos. Disponible en: <http://www.flacso.org.ec/docs/safisuras.pdf>

consenso expresado en un orden social, económico, cultural, religioso y político, que determina que las mujeres como categoría social siempre estarán subordinadas a los hombres¹². Entre estas instituciones podemos citar: la familia, la maternidad forzada, la educación androcéntrica, la heterosexualidad obligada, las religiones misóginas, el trabajo sexuado, el lenguaje, el derecho, etc.; ahora bien es evidente que no podríamos hacer un análisis exhaustivo de cada una de estas instituciones en el contexto de este trabajo, por lo cual nos abocaremos a dos de ellas por su evidente vinculación con la igualdad y el acceso a la justicia de las mujeres.

4.1. El lenguaje como poder

Empecemos recordando, lo que señalamos al empezar este trabajo en cuanto a que el concepto de género refiere a las formas o maneras como los roles, las actitudes, los valores y las relaciones entre hombres y mujeres son construidos por todas las sociedades en todo el mundo¹³, también dijimos que si bien esta construcción difiere entre cada una de las diversas culturas que habitan el mundo, en todos los casos los géneros son construidos de manera tal que el género femenino es subordinado al masculino, siendo la base de dicha construcción la familia que se reproduce en todo el orden social y en el conjunto de instituciones de la sociedad política y civil.

Sin duda una de estas instituciones por medio de las cuales el patriarcado se mantiene es el lenguaje, ya que como acertadamente señala Alda Facio el poder de nombrar, es decir, de proporcionar a las cosas identidad, es el poder de conformar una cultura determinada, es el poder de establecer lo que existe y lo que no existe, lo que se considera natural y lo que no lo es, lo bueno y lo malo. En síntesis, el poder de la palabra es el poder de escoger los valores que guiarán a una determinada sociedad¹⁴.



12 FACIO MONTEJO Alda, El principio de igualdad ante la Ley. Disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t_20100304_05.pdf

13 FACIO MONTEJO Alda, op. cit.

14 FACIO MONTEJO Alda, El principio de igualdad ante la Ley. Disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t_20100304_05.pdf

Ahora bien es evidente que este poder de proporcionar a las cosas identidad ha sido vetado a las mujeres hasta hace muy poco, e incluso en la actualidad existen diversas tensiones entre las academias de lenguas, históricamente conformadas por hombres y por los movimientos feministas que reclaman el derecho de poder definir las palabras teniendo como parámetro no únicamente al hombre sino estableciendo la diferencia entre mujeres y hombres y así construir un lenguaje inclusivo en el que lo femenino no esté incluido en lo masculino o su significado no dependa de éste.

Un claro ejemplo de lo anterior son los significados que contienen los diccionarios en los que si buscamos palabras como: gata, vaca, yegua, etc. encontraremos que todas ellas tienen como definición: “hembra del gato, toro, caballo”. De esta forma resulta evidente que el lenguaje tiene como paradigma a lo masculino y lo femenino es ese otro que existe en función de lo masculino¹⁵. Por ello está claro que el lenguaje no es neutral, como afirman muchos, sino que es claramente masculino simplemente porque parte de la existencia de lo masculino para la construcción de lo femenino.

Efectivamente, el lenguaje es el reflejo de cómo está construida nuestra concepción del mundo y de la realidad, ya que nuestros pensamientos se plasman mediante las palabras, de esta forma a través del lenguaje no sólo se crean realidades, sino que principalmente se construye la identidad social de los seres humanos. Nuestra identidad se construye mediante el nombre que la sociedad nos asigna, mediante la utilización de ese nombre por la gente que nos rodea, por lo que se dice y también sobre lo que no se dice¹⁶.

En ese sentido, sí la realidad siempre puede ser nombrada desde más de una perspectiva, el lenguaje utilizado para nombrar la realidad y por ende a los seres humanos siempre condicionará la imagen de esa realidad y de esos seres humanos, es por ello que históricamente siempre se ha luchado por controlar el lenguaje como un medio para influir en nuestras mentes, en nuestra



15 FACIO MONTEJO ALDA, El principio de igualdad ante la Ley, op. cit.

16 BENGOCHEA BARTOLOMÉ Mercedes, El Lenguaje Instrumento de Igualdad, Seminario sobre la aplicación del principio de igualdad de oportunidades, 18 de diciembre de 2003, España.

conceptualización del mundo, en nuestras opiniones, en nuestra visión de lo que es real, de lo que es correcto, de cómo deben ser las cosas y, muy especialmente, de quiénes son las personas que merecen respeto o admiración y quiénes no merecen ni lo uno ni lo otro¹⁷.

Por ello a lo largo de la historia y en todas las civilizaciones conocidas, los grupos que han detentado el poder se han ocupado fundamentalmente de definir la realidad conforme a sus propios intereses y de conseguir que la sociedad nombrase de acuerdo a tal definición y obviamente la relación entre mujeres y hombres no quedó exenta de estos mecanismos verbales de dominación. De hecho, la sociedad patriarcal se constituyó como tal en parte gracias al control del orden simbólico por parte del grupo masculino.

En ese orden, el no poder de lo femenino en el lenguaje, refleja, perpetúa, condiciona y estructura, el no poder representativo de las mujeres en la cultura¹⁸. Ahora bien, sin duda uno de los problemas fundamentales que se presenta a la hora de abordar este tema, es que como el lenguaje nos ha sido impuesto históricamente, es que ya no logramos percibir la parcialidad masculina del mismo y ni siquiera cuestionamos el hecho de que en el lenguaje las mujeres solamente existimos en función del hombre, como complemento del mismo y en el mejor de los casos como co-protagonistas de la historia, es por ello que no resulta nada extraño que las mujeres y lo femenino estemos invisibilizadas o marginadas del quehacer humano ya que el mismo lenguaje que utilizamos se encarga de ocultarnos tras el género masculino, o por lo menos minimizarnos, relativizarnos o banalizarnos frente al hombre.

En ese marco es indispensable reflexionar sobre la íntima relación que existe entre el lenguaje y la propia realidad en la que es evidente que aún en la actualidad mujeres y hombres no gozamos de iguales oportunidades, por lo que un primer gran paso, en la búsqueda de la igualdad sustancial, es modificar el lenguaje que usamos cambiándolo por un lenguaje inclusivo en el que las mujeres sean tratadas como algo diferente pero equivalente a los hombres y su existencia no esté determinada por éstos.



17 BENGOCHEA BARTOLOMÉ Mercedes, op. cit.

18 MAFFIA Diana, Hacia un lenguaje inclusivo. ¿Es posible? Disponible en: <http://dianamaffia.com.ar/archivos/Traducci%C3%B3n-y-lenguaje-inclusivo.pdf>

4.2. El Poder del Derecho

Si bien es cierto, como ya dijimos, que el Derecho no es la única institución mediante la que se recrea el patriarcado, es quizás la más fuerte por dos motivos principales: el primero porque el Derecho está íntimamente vinculado con otros sistemas normativos de dominación como el sistema social y el moral que tienen como finalidad el disciplinamiento de género y en segundo término porque el poder normativo del derecho es coercitivo. Así a través del derecho más que por medio de las otras instituciones del patriarcado se consolida el poder de los sujetos creadores del mismo que no son otros que los hombres.

En este sentido como afirma Alessandra Facchi, el Derecho puede ser ambiguo y controversial ya que por un lado, se constituye en una herramienta poderosa para mejorar la condición femenina, pero por otro, es una de las expresiones más radicales y “peligrosas” de la cultura masculina¹⁹. Ejemplo de lo primero son las reformas legales que propician una igualdad de derechos formales pero la sospecha de lo segundo obliga al género como categoría analítica a desconstruirlo como producto histórico y social, revelando como elaboró las diferencias entre hombres y mujeres cómo desigualdades jurídicas y ejercicio masculino del poder²⁰.

En ese orden, la crítica feminista ha analizado al Derecho tanto desde sus contenidos como desde su naturaleza y la utilidad de recurrir a él. Este análisis se puede estudiar a través de tres fundamentales proposiciones.²¹

a) ¿El derecho es sexista?

De acuerdo a esta posición el derecho es sexista porque al hacer una diferenciación entre hombres y mujeres, ubicó a esta última en una posición de desventaja en términos de acceso



19 FACCHI Alessandra, El pensamiento feminista sobre el Derecho. Un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl en Revista sobre enseñanza de Derecho, Buenos Aires, 2005, pág. 42.

20 FRIES Lorena, op. cit.

21 OLSEN Francis, El sexo del Derecho en Desde otra mirada; textos de Teoría Crítica del Derecho. Cristián Courtis (Comp.) Editorial Eudeba, Buenos Aires 2011, pág. 56.

a recursos, de estándares aplicables, de no-reconocimiento a daños específicos (porque estos daños constituían ventajas para los varones), etc.; por lo que de acuerdo a esta crítica habría que corregir la mirada prejuiciada que el derecho tiene sobre las mujeres en tanto éstas son tan racionales y competentes como los varones, lo que podría llevarnos a afirmar que el Derecho debería tratar de manera igual a hombres y mujeres, lo que talvez podría darnos una solución superficial que pase por erradicar toda distinción a través de lenguajes neutros o si se quiere enfrentar la política y la cultura en la que se encuentra enraizado el Derecho. En este último caso se trataría de abrir más espacios a las mujeres para que estas accedan a posiciones que tradicionalmente ocupan los hombres y de esta manera convertir la diferenciación en ineficaz.

Sin embargo, si esta fuera realmente la solución el varón seguiría siendo la medida que se toma en cuenta para juzgar las acciones de las mujeres y la igualdad se entendería como el hecho de ser tratada igual que los hombres y la diferencia en ser tratada de manera distinta a los varones, con lo que la idea de igualdad siempre se construiría a través de la asimilación a lo masculino y la diferencia se constituiría en discriminación.

b) ¿El derecho es masculino?

Otra de las críticas que sobre el Derecho se ha hecho desde las teorías feministas surge de lo señalado por Catherine Mackinnon sobre el hecho de que los valores de neutralidad y objetividad del Derecho no son universales sino que son masculinos con pretensiones que han llegado a ser universales. Insistir en la objetividad, igualdad y neutralidad equivale a insistir, de acuerdo a Mackinnon, en ser juzgadas de acuerdo con los valores de lo masculino²².

Sin embargo, si se aspirase a una universalidad total en la que la categoría mujer hombre fuese unitaria y como tal no sujeta a diferencias tendríamos que entender que la diferencia biológica entre hombres y mujeres es la única realmente relevante, lo que dejaría fuera a otras categorías de diferenciación como la clase, la raza o la etnia, etc.



22 MACKINNON Catherine, Integrando el feminismo en la educación práctica, en Revista sobre Enseñanza el Derecho de Buenos Aires, 2005, págs. 157-174.

c) El derecho como discurso social

El Derecho es poder, es el instrumento legitimador del poder, incentiva e impone conductas, instituye y excluye sujetos, mandata o prohíbe acciones, copando todos los espacios de la vida social y marcándolas en términos de un determinado modelo de convivencia, es por ello que el Derecho en tanto expresión de las relaciones sociales incorpora o tiene género.

De acuerdo a esta concepción no habría una forma única de ser mujer o de ser hombre y más bien se trataría de analizar el Derecho desde una postura que evite la trampa del “punto de partida” esto es, de una mujer precultural que habría que utilizar como vara de medición de las distorsiones del patriarcado, y de la del “punto de llegada”, esto es que habría una forma de ser mujer una vez derrotado el patriarcado.

En ambos casos, como señala Lorena Fries se llega a lo mismo que se critica, esto es, la asignación rígida y fija del género²³ debido a que el Derecho como estrategia creadora de género supone un modelo o ideal de mujer, que es un sujeto dotado de género que existe en el discurso jurídico. Junto con esta mujer, que no son las mujeres el Derecho define *tipos* de mujeres (infanticida, criminal, prostituta). Cuando el discurso jurídico refiere a la mujer lo hace en oposición al varón mientras que cuando habla de tipos de mujeres constituye diferencias al interior de la categoría mujer. Paralelamente a la crítica sobre la función del derecho se desarrolla otra, más casuística y por ende ligada a la estructura y aspectos procedimentales del fenómeno jurídico. Se abordan en particular críticas sobre campos regulatorios como el derecho de familia o el derecho penal develando normas e instituciones que explícitamente subordinan a las mujeres.

La importancia de esta postura es que a través de ella se puede deconstruir el Derecho tanto en su conceptualización como en su práctica. En términos de resultados, esto significó pasar de la etapa de derogación de normas explícitamente discriminadoras a normas que reconocían problemáticas invisibilizadas en el Derecho.



23 FRIES Lorena, op. cit.

En síntesis sin importar las críticas que se formulen sobre el Derecho debemos tener cuidado de que las mismas no reproduzcan lo que criticamos, así es importante entender que las mujeres no buscamos un trato diferente por razón de nuestro sexo, buscamos que a través del Derecho se establezcan normas sustanciales y procedimentales que partiendo de la diferencia, expresen valores, intereses, objetivos y modalidades de acción femeninas²⁴. Comprender como lo hace Dahl que el Derecho no es masculino por estructura y vocación; lo es en cuanto ha sido históricamente elaborado por varones²⁵, con lo que depende de las mujeres lograr una nueva interpretación del mismo con el fin de mejorar las condiciones políticas, morales, jurídicas, sociales, etc. de las mujeres, ya que como explica Olsen es imposible separar el derecho de la política, de la moral y del resto de las actividades humanas: por el contrario, es una parte integral del entramado de la vida social²⁶. Por lo que su contenido dependerá en último caso de la interpretación que se haga del mismo, lo cual releva el papel de aquellos que interpretan el derecho que no son otros que los operadores judiciales.

5. Los estereotipos de género. Su necesario análisis

Los estereotipos son todas aquellas características, actitudes y roles que son atribuidas estructuralmente en una sociedad a las personas en razón de alguna de las condiciones enumeradas como “categorías sospechosas” o rubros prohibidos de discriminación como el sexo, el género, la pertenencia étnica, el origen nacional, entre otras.

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



24 FACCHI Alessandra, op. cit.

25 Dahl Tove Stang, An Introduction to Feminist Jurisprudence. Disponible en: <http://www.jstor.org/discover/10.2307/40919059?sid=21105691106753&uid=3737656&uid=4&uid=2>

26 OLSEN Francis, op. cit.

De esta forma los estereotipos de género instauran desequilibrios de poder entre hombres y mujeres porque asignan diferentes roles a las mujeres y hombres basándose en las ideas preconcebidas sobre cómo son y deben ser los hombres y las mujeres, cómo son y deben ser las relaciones entre ellos y cuáles deben ser sus respectivos roles en la familia y la sociedad. Siendo éstos los efectos que producen los estereotipos, se puede explicar que ellos generen normas, políticas o prácticas que establezcan distinciones, restricciones o exclusiones que se funden en el sexo, en la diferencia sexual y en los roles asignados a cada sexo.

Ahora bien, el mayor problema a la hora de hablar de estereotipos es que éstos están profundamente arraigados y aceptados por la sociedad que los crea, reproduce y transmite, por lo que muchas veces no se suele distinguir que a través de un estereotipo se puede limitar el acceso a los derechos de las personas, pues en muchos casos las leyes están reguladas sobre la base de estereotipos, dando lugar de esta forma a la naturalización y aceptación de los mismos, perpetuando e invisibilizando de esta manera la desigualdad histórica de las mujeres.

De esta forma los estereotipos de género tienen como norma aplicar a las personas individuales una generalización prescriptiva y por ello afectan negativamente la autonomía de las personas, pues les impide auto determinarse de acuerdo a sus propias concepciones de vida. Entre los estereotipos más comunes tenemos a los siguientes:

a) Estereotipos de sexo

Los estereotipos de sexo se basen en las ideas preconcebidas sobre cómo son y deben ser los hombres y las mujeres lo que incluye las características físicas y psicológicas de ambos:

- i. el hombre tiene habilidades “duras” mientras que las mujeres tienen habilidades “blandas”,
- ii. el hombre es más competitivo, tiene mayor capacidad analítica, mayor tolerancia al riesgo, mayores habilidades para la toma de decisiones en contextos de incertidumbre y más ambición de poder que la mujer,
- iii. la mujer es más sensible, mientras que el hombre es más racional,
- iv. la mujer es más conciliadora, mientras que el hombre es más agresivo,
- v. la mujer es menos ambiciosa que el hombre.

b) Estereotipos sexuales

Son aquellos estereotipos que establecen cómo son y deben ser las relaciones entre mujeres y hombres. Son estereotipos sexuales porque reflejan cómo se miran las relaciones entre hombres y mujeres, incluso en el contexto laboral: necesariamente susceptibles de “sexualizarse”.

- i. el hombre, frente a una mujer, debe actuar no solo con respeto, como debiera hacerlo frente a cualquier persona, sino con una especial cortesía y cuidado en razón de su género,
- ii. La sexualidad de las mujeres está siempre vinculada y condicionada por la procreación

c) Estereotipos sobre rol sexual

Se fundan en los papeles o el comportamiento que son atribuidos y esperados de hombres y mujeres a partir de construcciones culturales y sociales, o bien, sobre su físico, así este tipo de estereotipos prescriben cuáles deben ser los roles de mujeres y hombres tanto en la familia como en la sociedad.

- i. la mujer es quien se hace cargo del cuidado de los niños,
- ii. la mujer debe priorizar sus responsabilidades familiares por sobre su trabajo,
- iii. las responsabilidades familiares no afectan (o no deben afectar) el trabajo de los hombres,
- iv. la mujer debe probar capacidades en el trabajo, pero sin perder su “femineidad”,
- v. los hombres se enfocan (o deben enfocarse) en potenciar su carrera, las mujeres no lo hacen.

d) Estereotipos compuestos

Son aquellos estereotipos que interactúan con otros estereotipos de género, atribuyendo características y roles a diferentes subgrupos de mujeres:

- i. la mujer de alto nivel profesional es complicada de personalidad,
- ii. las mujeres en edad fértil no cumplen con los requerimientos técnicos para el trabajo,
- iii. Las mujeres lesbianas no son buenas madres

Finalmente se debe señalar que los estereotipos están influenciados por diversos factores como ser:

a) Factores individuales

Son aquellos que operan en la mente de las personas, en sus modos de pensar de acuerdo a cómo han sido criadas y socializadas. Para saber si hay factores individuales influyendo en la operación de estereotipos hay que hacerse preguntas como las siguientes:

- i. ¿cómo piensa la persona que está haciendo el juicio respecto de las mujeres y los hombres?
- ii. ¿qué tipo de educación ha recibido respecto de cómo son y cómo deben ser las mujeres y los hombres?
- iii. ¿qué estilo o experiencia de vida o qué tipo de personalidad tiene que pueda influir sobre sus opiniones respecto de hombres y mujeres?

b) Factores situacionales

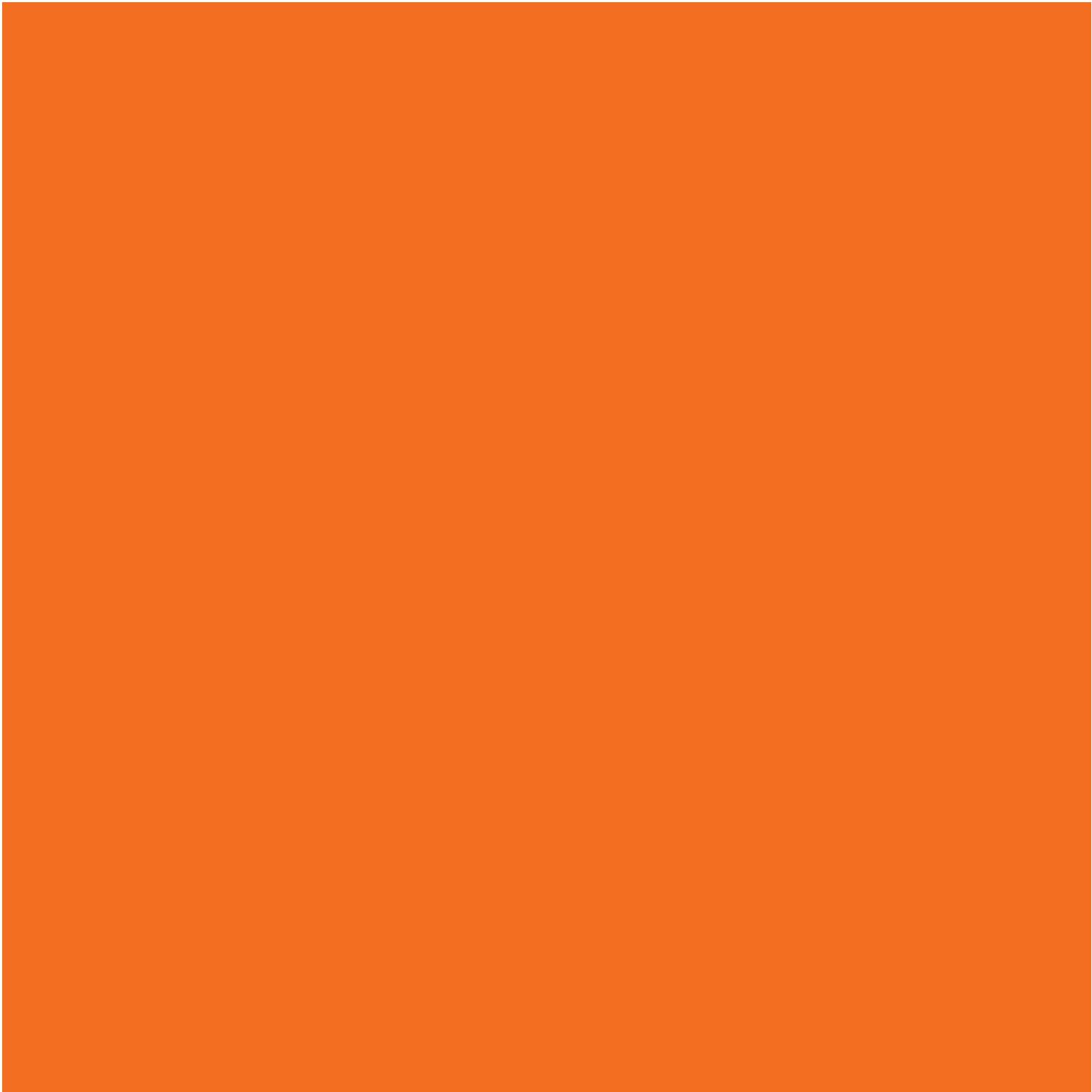
Los factores situacionales tienen que ver con el lugar, institución o contexto en que funcionan los estereotipos (ej. órgano judicial, fuerzas armadas, institución religiosa, institución bancaria, colegio, etc). Así como hay distintos tipos de individuos, hay lugares de trabajo o estudio que tienen características especiales que pueden ser más o menos formales, más o menos pluralistas, más o menos heterogéneos, etc.

c) Factores generales

Se refieren al contexto más amplio de la cultura, coyunturas económicas o procesos sociales. Dentro de los factores generales deben tomarse en cuenta las estructuras e ideologías familiares en las que viven algunas mujeres, con demandas de parte de sus parejas y familias, que restringen enormemente los espacios de libertad para dedicarse a trabajos intensos. Al respecto podrían formularse las siguientes interrogantes:

- i. ¿Cómo es la sociedad en que están operando los estereotipos?
- ii. ¿Qué fenómenos culturales ha experimentado que puedan influir en la opinión que esa sociedad tenga de hombres y mujeres? (ej. migraciones, guerra, boom económico, entrada masiva de las mujeres al mundo del trabajo, transiciones políticas, etc.)

Finalmente es importante señalar que si bien no todo estereotipo constituye *per se* discriminación, ya que en determinadas circunstancias el trato diferenciado basado en una estereotipación puede estar legalmente justificado siempre y cuando a través del mismo no se disminuya el ejercicio de los derechos y libertades de las mujeres y sea proporcional con la finalidad que se busca tutelar, es evidente que los estereotipos de género y la discriminación están íntimamente vinculados, en el entendido de que la aplicación, imposición y perpetuación de los estereotipos son el motivo principal por el que se han anulado y desconocido los derechos humanos y libertades fundamentales de las mujeres, como veremos a momento de abordar la discriminación y los tratos diferenciados.

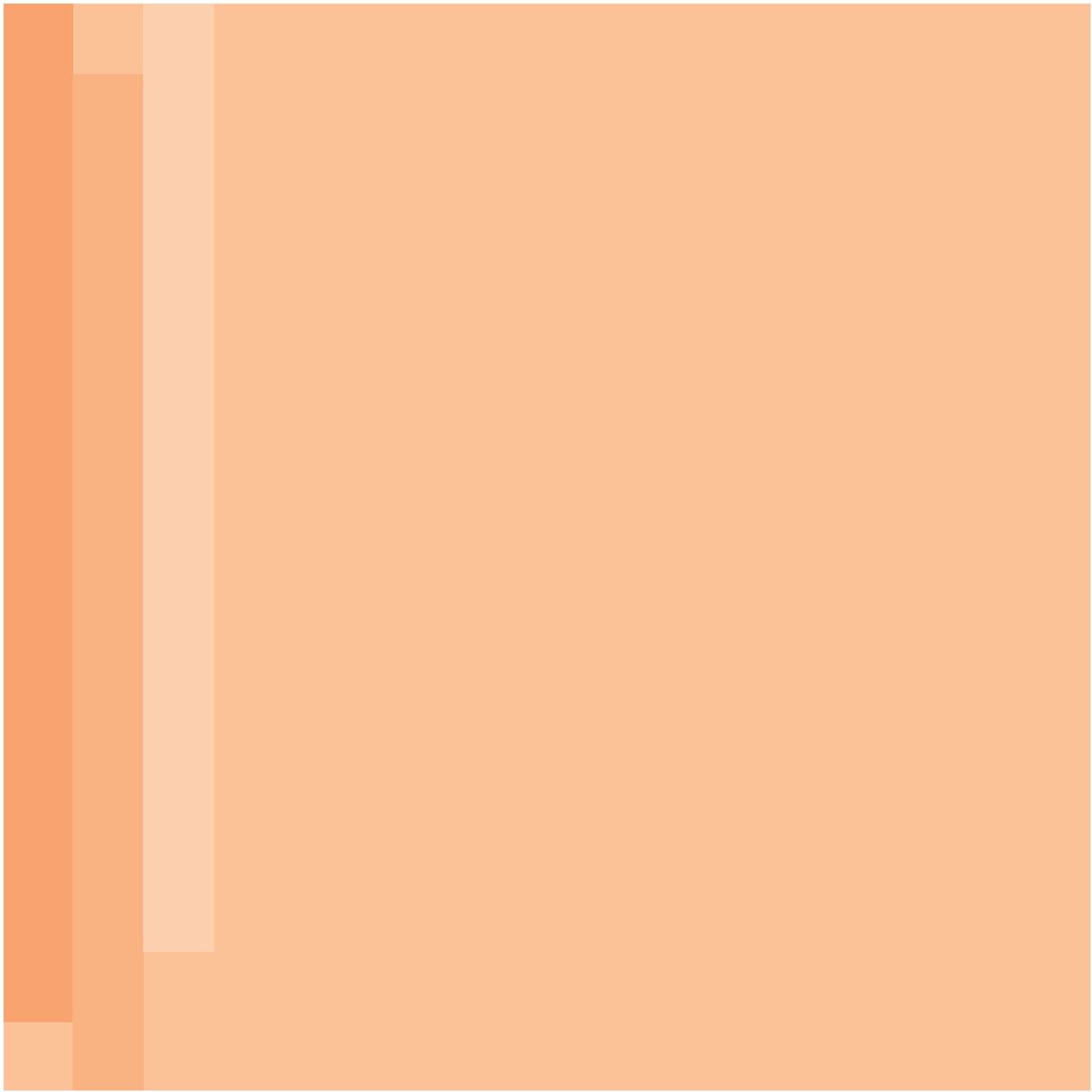




CAPÍTULO DOS

Igualdad y no discriminación





CAPÍTULO II

IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

1. Consideraciones previas

El mayor problema a la hora de abordar el principio, valor, derecho y garantía de la igualdad es que las construcciones que hasta ahora se han hecho de la igualdad, están basadas en una conceptualización lingüística que refiere a la igualdad como similitud, semejanza, incluso como sinónimo de idéntico, sin embargo, la igualdad engloba muchos otros significados y por ello aún hasta la fecha no es pacífica la noción de que todas las personas somos igualmente diferentes.

La concepción de la igualdad como semejanza no es casual, está fundada en el modelo de ser humano que en principio se pensó como ideal a ser alcanzado, que excluía, empero, a grandes grupos de dicha aspiración. Así, bajo un lenguaje aparentemente neutral y extensivo, el derecho y los derechos humanos, inicialmente excluyeron de su ámbito a grupos de personas, como por ejemplo las mujeres, no otra cosa significa que en el siglo XVIII al referirse a los derechos humanos se denominase a éstos como derechos del hombre (*droits de J'homme*).

Así tuvieron que pasar años hasta que la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su preámbulo hizo referencia a la igualdad de los derechos de hombres y mujeres, igualdad que fue reiterándose en los diferentes Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos posteriores; sin embargo, es evidente que la idea que subyace a la concepción de

igualdad es precisamente el de la semejanza a un parámetro o un modelo de ser humano y, en ese sentido, se tiende a la homogeneización, sin respetar las diferencias, siendo una prueba evidente de ello el principio de universalidad que es rector de los derechos humanos; sin embargo está claro que la igualdad desde la perspectiva de los derechos humanos no se refiere a la semejanza ni de capacidades, ni de méritos, ni de atributos físicos, ni a la condición social, económica o cultural, la igualdad como derecho humano, como señala Alda Facio, no es descriptiva de la realidad, es decir que no se presenta en términos de ser sino de un deber ser, en otras palabras la igualdad no sugiere que somos idénticos, ni siquiera semejantes sino que somos equivalentes, esto es que valemos lo mismo como seres humanos a pesar de nuestras diferencias²⁷.

Fue precisamente la identificación de que todos los seres humanos somos diferentes y que a veces esa diferencia causaba discriminación la que hizo que la Declaración Universal de los Derechos Humanos estableciera que todas las personas nacemos libres e iguales en dignidad y derechos, es de esta forma cómo surgió lo que algún sector de la doctrina ha catalogado como el hijo del derecho a la igualdad, el derecho a la no discriminación, sin embargo más que hablar de un hijo o un hermano del derecho a la igualdad, se debe abordar ambos derechos de manera complementaria, es decir se debe analizar cada uno de ellos partiendo del otro, así las construcciones que de la igualdad se hagan siempre estarán asentadas en la diferencia y en la diversidad.

Sin embargo, está claro que eliminar años de entender a la igualdad como semejanza no es un proceso simple, incluso en muchas ocasiones desde el Derecho se ha confundido la igualdad con el trato idéntico en circunstancias similares, como si todos los seres humanos nos encontráramos en un plano de igualdad real. En este sentido toda construcción que se haga de la igualdad debe partir precisamente de la diferencia existente entre seres humanos ya que asumir un entendimiento contrario, es decir, construir la igualdad a partir de un modelo de ser humano único, sería asumir que todas las personas que han vivido históricamente discriminadas deben demostrar que son iguales o similares a todos aquellos que siempre han gozado de todos sus derechos.



27 FACIO Alda, El concepto de Igualdad, Revista Métodos, de investigación aplicada en Derechos Humanos de la CDHDF, N° 6, enero-junio 2014.

2. La Igualdad y la no Discriminación como principios rectores de los derechos humanos

Como señala Alda Facio la historia de la lucha de las mujeres por la igualdad, ha sido realmente por el reconocimiento de su pertenencia a la especie humana, condición que ya habían alcanzado la mayoría de los hombres²⁸. Por eso de acuerdo a la citada autora, es entendible que algunas veces esta lucha pareciera ser más una por ser iguales a los hombres, que una por lograr derechos para todas las mujeres; sin embargo es importante señalar que esta reivindicación librada por las mujeres tuvo su primera respuesta en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en su art. 2 el principio de igualdad y el principio de no discriminación, para luego en su art. 1 proclamar que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad.

Esta definición es de vital importancia ya que proporciona los elementos necesarios que permiten a todas las personas identificarse y ser parte de la construcción y la comprensión del paradigma de lo que es ser humano. Como consecuencia de ello, se logra que uno de los parámetros de la igualdad sea la diversidad²⁹.

A partir de ese momento, la igualdad se constituye como un principio jurídico universal reconocido en diversos textos internacionales sobre derechos humanos, entre los que destaca la CEDAW, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1979, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965), el Convenio 169 de la OIT, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos



28 FACIO MONTEJO Alda, El derecho a la igualdad entre hombres y mujeres. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a22083.pdf>

29 ARROYO VARGAS Roxana, Acceso a la justicia para las mujeres... El laberinto androcéntrico del derecho. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26673.pdf>

Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) y la Convención de Belém do Pará (1994). De esta forma, la igualdad se convierte en un principio rector y transversal en el quehacer del Estado y sus instituciones, y de las relaciones sociales, convirtiéndose en una exigencia, en la base de cómo deberían ser tratados los seres humanos en la sociedad.

Ahora bien, como señalamos precedentemente la igualdad guarda íntima relación con la no discriminación e incluso se puede afirmar que una es complementaria de la otra y viceversa, sin embargo, se debe tener claro que no son idénticas ya que el principio que se desprende de la expresión “no discriminación, implica que ésta no prevalezca por alguna razón de nacimiento, raza, sexo, religión, o cualquier otra condición, o circunstancia personal o social. Esto supone que el criterio de razonabilidad de la diferencia de trato que se desprende del principio de igualdad no es suficiente, y la aplicación de la cláusula de no discriminación conlleva tener una mayor exigencia de razonabilidad pero también una interdicción de la arbitrariedad.

En el ámbito universal, la importancia del tema se evidencia en la adopción de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965 que reconoce el derecho a disfrutar y ejercer sin discriminación los mismos derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos consagrados por la Declaración Universal de Derechos Humanos, y posteriormente por los respectivos Pactos Internacionales y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 que reconoce el derecho de las mujeres de disfrutar y ejercer sin discriminación los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales consagrados por la Declaración Universal y por los dos Pactos Internacionales. Si bien dicha Convención no reconoce derechos nuevos, aclara el contenido de algunos de los ya consagrados por la normativa internacional y reconoce expresamente, por ejemplo, la igualdad de la mujer con respecto a la libertad de domicilio y residencia (art. 15.2); el derecho de la mujer casada a mantener su nacionalidad (art. 9.1) y a escoger su apellido, profesión y ocupación (art. 16.1 g), y el derecho a firmar contratos y administrar bienes (art. 15.2). Sin embargo lo verdaderamente relevante de este Instrumento de protección de derechos de las mujeres es que no se limita a conceptualizar la discriminación contra las mujeres sino que sobretodo, en su art. 5, exige a los Estados la transformación de las costumbres y tradiciones que discriminan a las mujeres, partiendo de la idea de que el patriarcado se expresa en diferentes

culturas que aunque muy diversas entre sí, tienen en común la discriminación contra las mujeres que en muchos casos genera violencia contra éstas.

En el ámbito interamericano, la igualdad de la mujer ha recibido una atención especial, primero con la adopción durante la primera mitad del siglo XX de una serie de instrumentos sobre sus derechos civiles y políticos y sobre todo por la adopción en 1994 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer también denominada “Convención Belém Do Pará”, este Instrumento tiene suma importancia ya que en su preámbulo señala que la violencia contra la mujer es “una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres” y por ello señala que la necesidad de su eliminación es una “condición indispensable para el desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de la vida”.

Otro aspecto relevante de la Convención Belém Do Pará es la amplia definición de violencia contenida en su art. 2 que incluye como formas de violencia contra la mujer: la violencia física, sexual y psicológica, dentro del ámbito público o privado, perpetrada o tolerada por el Estado y la afirmación sin restricciones del derecho de toda mujer a una vida libre de violencia que incluye el no ser valoradas a partir de patrones estereotipados de comportamiento basados en conceptos de inferioridad o subordinación.

3. Tratos diferentes y discriminación. Su línea divisoria

Tanto la doctrina como la jurisprudencia internacionales han elaborado a lo largo de la segunda mitad del siglo XX un complejo conjunto de conceptos jurídico- políticos tendentes a definir tratos desiguales dirigidos a la búsqueda de la igualdad material y a la superación de situaciones “endémicas” de discriminación de grupos y colectivos”. No obstante, en muchos casos estos tratos desiguales se han confundido con tratos paternalistas, discriminatorios y arbitrarios. La confusión se intensifica siempre a la hora de distinguir cuándo la diferenciación tiene como finalidad salvar situaciones de desigualdad de sujetos individuales o la de grupos especialmente marginados. Hoy en día es muy poco frecuente distinguir entre medidas de aplicación del principio de igualdad y medidas de aplicación del derecho a no ser discriminado.

En la doctrina jurídica moderna se suele diferenciar entre un sentido amplio de discriminación, como equivalente a toda infracción del principio de igualdad, y un significado estricto, cuando la violación de la igualdad se debe a alguno de los criterios diferenciadores prohibidos, previstos en el art. 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y reiterados en casi todos los Instrumentos Internacionales de protección de derechos humanos e interpretados tanto por los órganos de supervisión del Sistema Universal como por los órganos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Así la Observación General N° 18 del Comité de Derechos Humanos señaló que:

13. Por último, 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 Pacto³⁰.

En el Sistema Interamericano se debe señalar que el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en adelante la Convención, recoge la obligación general de respetar y garantizar los derechos contenidos en su texto con apego a un principio fundamental de no discriminación. En este sentido la Corte Interamericana analizó la problemática de la igualdad y la discriminación en su Opinión Consultiva OC-4/84 señalando que:

55. 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 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.



30 Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 18, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, No discriminación, 1989. Disponible en: <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom18.html>

56. Sin embargo, por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. (..) Existen, en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles. Mal podría, por ejemplo, verse una discriminación por razón de edad o condición social en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores o no gozar de salud mental, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio.

57. No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana³¹.

En este sentido de acuerdo a la Corte Interamericana, una distinción implica discriminación siempre y cuando:

- i. haya una diferencia de tratamiento entre situaciones análogas o similares;



31 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, 19 de enero de 1984. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf

- ii. la diferencia no tiene una justificación objetiva y razonable;
- iii. no hay razonable proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo cuya realización se persigue.

A su vez la Comisión Interamericana con referencia a la discriminación contra la mujer se ha pronunciado en ocasión de analizar si el Código Civil de la República de Guatemala al definir el papel de cada cónyuge dentro del matrimonio, establecía distinciones entre hombres y mujeres discriminatorias y por tanto violatorias de la Convención. La Comisión, entre sus fundamentos más relevantes señaló:

37. Las distinciones de género objeto de estudio han sido defendidas dentro del marco del derecho interno esencialmente sobre la base de la necesidad de la certeza y seguridad jurídicas, de la necesidad de proteger el hogar y a los hijos, respecto de valores guatemaltecos tradicionales, y, en ciertos casos, de la necesidad de proteger a la mujer en su calidad de esposa y madre. Sin embargo, la Corte de Constitucionalidad no intentó probar la validez de estos asertos o sopesar otras posiciones, y la Comisión no está persuadida de que las distinciones citadas sean siquiera congruentes con los objetivos articulados. Por ejemplo, el hecho de que el artículo 109 excluya a la mujer casada del ejercicio de la representación conyugal, excepto en circunstancias extremas, no contribuye a una administración ordenada de la justicia ni favorece su protección, la de su hogar o la de sus hijos. Por el contrario, priva a la mujer casada de la capacidad jurídica necesaria para invocar la protección judicial que una administración ordenada de la justicia y la Convención Americana exigen esté a disposición de toda persona.

38. Al exigir que la mujer casada -en este caso María Eugenia Morales de Sierra- dependa de su marido para representar a la unión, los términos del Código Civil imponen un sistema en el que la capacidad de aproximadamente un 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. El efecto global de las disposiciones impugnadas es denegar a la mujer casada su autonomía legal.

El hecho de que el Código Civil prive a María Eugenia Morales de Sierra, como mujer casada, de la capacidad legal a la que otros guatemaltecos tienen derecho, hace vulnerables sus derechos a una violación sin recurso.

39. En el caso actual, la Comisión considera que las distinciones basadas en el género establecidas en los artículos impugnados no pueden justificarse y contravienen el derecho de María Eugenia Morales de Sierra establecido en el artículo 24. Esas restricciones tienen efecto inmediato y se plantean sencillamente en virtud del hecho de que las disposiciones citadas están vigentes. Como mujer casada, se le han negado en base a su sexo protecciones de que gozan los hombres casados y otros guatemaltecos. Las disposiciones que impugna restringen, entre otras cosas, su capacidad jurídica, su acceso a los recursos, su posibilidad de concertar cierto tipo de contratos (vinculados, por ejemplo, al patrimonio conyugal), de administrar esos bienes y de invocar recursos administrativos o judiciales, y tienen el efecto ulterior de reforzar las desventajas sistemáticas que impiden la capacidad de la víctima para ejercer una serie de otros derechos y libertades³².

Concluyendo la Comisión, en el caso analizado que:

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. Si bien el artículo 110 sugiere una división de tareas entre las responsabilidades financieras del marido y las responsabilidades domésticas de la esposa, corresponde señalar que, de acuerdo con el artículo 111, la esposa con una fuente separada de ingreso tiene que contribuir al mantenimiento del hogar o sustentarlo en su totalidad, si su marido no puede hacerlo. El hecho de que la



32 CIDH. Caso María Eugenia Morales de Sierra –Guatemala, Informe N° 4/01 de 19 de enero de 2001. Disponible en: <http://www.escr-net.org/es/docs/i/404574>

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. “Una familia estable es aquella que se basa en los principios de equidad, justicia y realización individual de cada uno de sus integrantes³³”

Es importante señalar que la protección del derecho internacional de los derechos humanos a las mujeres es relativamente reciente, ya que tradicionalmente el Derecho Internacional rige las relaciones entre el individuo y el Estado y además la tipificación de un hecho como violación de un derecho humano en el Sistema Interamericano, hasta la célebre Sentencia en el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, requería de algún tipo de participación de parte de una institución o agente del Estado, estos dos aspectos sin duda determinaron que la discriminación que afecta a las mujeres dentro de la familia y la sociedad haya sido considerada ajena al campo de los derechos humanos³⁴.

Esta situación en los últimos tiempos se ha modificado gradualmente, así en el Sistema Universal, en 1994 se nombra una Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer y en el año 2000 entra en vigor un Protocolo que permite al Comité sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer conocer denuncias provenientes de víctimas de la Convención correspondiente. En el ámbito del Derecho Penal Internacional, el Estatuto de Roma adoptado en 1998 y vigente desde 2001, reconoce diversas formas de violencia sexual como delitos de



33 Ibidem.

34 O DONNELL Daniel, pág. 969

guerra o delitos de lesa humanidad. De igual manera en el Sistema Interamericano en 1994 se proclama la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y en 1998 la Comisión Interamericana publica el primer informe temático sobre la “Condición de la mujer en las Américas”, y a partir de 1997 los informes sobre la situación de los derechos humanos en países específicos comienzan a incluir, por lo general, un capítulo sobre los derechos de la mujer.

Es así como la discriminación adquiere en el marco de la protección internacional de los derechos humanos un sentido más específico y concreto relativo a desigualdades de trato que son injustas o arbitrarias por basarse en concretas razones especialmente odiosas o rechazables al suponer la negación de la propia igualdad entre hombres y mujeres, la adopción de los referidos Instrumentos Internacionales y la profusa jurisprudencia de los órganos de supervisión refleja el reconocimiento cada vez mayor de la necesidad de desarrollar un enfoque coherente e integrado en materia de lucha contra la discriminación de las mujeres. Este enfoque tiene por objeto maximizar los esfuerzos conjuntos para combatir la discriminación y aprovechar las transferencias de experiencias y buenas prácticas en los distintos ámbitos. Ofrece una base más eficaz para abordar las situaciones de discriminación múltiple y permite planteamientos jurídicos y políticos comunes que abarquen los diferentes motivos, incluyendo definiciones comunes de la discriminación.

En nuestra Constitución Política del Estado la igualdad y el principio de no discriminación están previstos en el art. 14.I y II de la siguiente manera:

- i. Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica con arreglo a las leyes y goza de los derechos reconocidos por esta Constitución, sin distinción alguna.
- ii. El Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo, u otras que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona.

Por su parte, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha definido a la igualdad como un valor, principio, derecho y garantía. Así, la SCP 0080/2012 estableció que:

(...) La arquitectura jurídica e institucional de un Estado de Derecho, se fundamenta en los valores elegidos como sociedad, tales como la igualdad y la no discriminación entre otros. La comunidad entiende que necesita proteger, reforzar y profundizar los valores, mismos que evolucionan permanentemente a la par de la mutación permanente de las circunstancias y retos, con los cuales el ser colectivo se va enfrentando. La igualdad, por tanto es un valor guía y eje del todo colectivo, que se halla reconocido en el art. 8.II de la CPE, cuando señala: “El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad (...)

La Constitución Política del Estado considera a la igualdad, no únicamente como un valor supremo, sino también como un principio motor de todo el aparato jurídico, siempre en procura del logro de un régimen de igualdad real, donde no se reconozcan privilegios y se erradique toda forma de discriminación, consolidando los rasgos e impronta de nuestro nuevo modelo de Estado (...).

El Tribunal Constitucional Plurinacional, en la Sentencia de referencia ha establecido que: “La igualdad, además de ser un valor y un principio, es también un derecho y una garantía. Es **un derecho que a su vez reivindica el derecho a la diferencia** y es una garantía porque avala su ejercicio activando la tutela judicial y constitucional en caso de su violación”. Señalando también que como la igualdad, la no discriminación debe ser concebida en todas sus dimensiones, es decir como valor, principio, derecho y garantía.

De esta forma el Tribunal Constitucional Plurinacional ha efectuado una interpretación de la igualdad que engloba el entendimiento que de ella debe tenerse de acuerdo a los derechos humanos, entendiendo a la igualdad no como semejanza, sino partiendo, precisamente de la diferencia, con la finalidad de construir las condiciones que permitan reparar los niveles de subordinación a los que históricamente fueron sometidas algunos grupos de personas, con la finalidad de garantizar el goce pleno de sus derechos.

Ahora bien es importante señalar que la discriminación puede adoptar diversas formas y matices que se encuentran vinculadas a la igualdad tanto formal como sustancial, señalaremos las más importantes:

a) Discriminación directa

La discriminación directa consiste en aquellos actos u omisiones, que produciendo un resultado perjudicial, tienen como condicionante último y dominante la atención al factor discriminatorio que se trata de erradicar por la norma. La discriminación directa puede ser intencional y explícita con respecto al motivo prohibido.

b) Discriminación indirecta

Este tipo de discriminación se genera a través de una disposición, criterio o práctica, “aparentemente” neutro que puede ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto a otras personas salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios.

c) Discriminación interseccional

La discriminación interseccional o múltiple se basa en el enfoque interseccional que pretende demostrar que no es suficiente analizar dos o más factores de discriminación de manera aislada, ya que cada factor de discriminación se autoalimentara de otro, dando como resultado una marginación y posterior exclusión social del grupo afectado.

En este sentido, para analizar los factores discriminatorios es preciso diferenciar qué grupos específicos están siendo afectados. Así no es lo mismo una discriminación racial dirigida hacia las mujeres, porque en muchos de estos casos, el género será preponderante a la hora de discriminar por raza; es decir que muchas veces la justificación a la discriminación racial es precisamente el hecho de ser mujer. Ahora bien, el enfoque interseccional no busca únicamente establecer

diferencias entre los factores de discriminación, atendiendo únicamente al género; ya que en muchos casos la discriminación contra mujeres también puede ser diferente, si consideramos que no todas las mujeres son iguales y tampoco se encuentran en situaciones análogas, así será muy diferente la discriminación hacia una mujer migrante, o de clase social baja o con preferencias sexuales diferentes; por ello este enfoque no solo se centra en la diferencia de género sino preponderantemente en la diferencia entre mujeres.

d) Discriminación estructural

La discriminación estructural es la situación que enfrentan determinados sectores de la población que por complejas prácticas sociales, culturales e institucionales no gozan de sus derechos en la misma medida que lo hace el resto de la sociedad. Se trata de ciertos grupos que han sido históricamente marginados del acceso a la justicia, la educación, la participación política, entre otras muchas esferas. Estas constantes y prolongadas exclusiones no obedecen en su mayoría, al menos en la actualidad, a una marginación de origen normativo, sino que responden a los procesos de subordinación a los que han estado sometidas lo cual ha generado un complejo tejido social de prácticas, prejuicios y estereotipos que inhibe la igualdad de derechos³⁵.

La Corte Interamericana, ha definido lo que debe entenderse como discriminación estructural, en el Caso denominado Campo Algodonero, en el que relaciona la situación de discriminación estructural de las mujeres como una de las causas para la violencia contra éstas.

133. Distintos informes coinciden en que aunque los motivos y los perpetradores de los homicidios en Ciudad Juárez son diversos, muchos casos tratan de violencia de género que ocurre en un contexto de discriminación sistemática contra la mujer. Según Amnistía Internacional, las características compartidas por muchos de los casos demuestran que el género de la víctima parece haber sido un factor significativo del crimen, influyendo tanto en el motivo y el contexto del crimen



35 NASH Claudio y DAVID Valeska, Igualdad y no discriminación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos, Santiago, 2010.

como en la forma de la violencia a la que fue sometida. El Informe de la Relatoría de la CIDH señala que la violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez “tiene sus raíces en conceptos referentes a la inferioridad y subordinación de las mujeres”. A su vez, el CEDAW resalta que la violencia de género, incluyendo los asesinatos, secuestros, desapariciones y las situaciones de violencia doméstica e intrafamiliar “no se trata de casos aislados, esporádicos o episódicos de violencia, sino de una situación estructural y de un fenómeno social y cultural enraizado en las costumbres y mentalidades” y que estas situaciones de violencia están fundadas “en una cultura de violencia y discriminación basada en el género”.

134. Por su parte, la Relatora sobre la Violencia contra la Mujer de la ONU explica que la violencia contra la mujer en México sólo puede entenderse en el contexto de “una desigualdad de género arraigada en la sociedad”. La Relatora se refirió a “fuerzas de cambio que ponen en entredicho las bases mismas del machismo”, entre las que incluyó la incorporación de las mujeres a la fuerza de trabajo, lo cual proporciona independencia económica y ofrece nuevas oportunidades de formarse. Estos factores, aunque a la larga permitan a las mujeres superar la discriminación estructural, pueden exacerbar la violencia y el sufrimiento a corto plazo. La incapacidad de los hombres para desempeñar su papel tradicionalmente machista de proveedores de sustento conduce al abandono familiar, la inestabilidad en las relaciones o al alcoholismo, lo que a su vez hace más probable que se recurra a la violencia. Incluso los casos de violación y asesinato pueden interpretarse como intentos desesperados por aferrarse a normas discriminatorias que se ven superadas por las cambiantes condiciones socioeconómicas y el avance de los derechos humanos³⁶.



36 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: <https://www.cjf.gob.mx/Reformas/articulosInteres/Caso%20Campo%20Algodonero.pdf>

e) Discriminación Inversa y Medidas Afirmativas

La discriminación inversa se refiere a cualquier medida adoptada en favor de un determinado grupo con la finalidad de corregir o compensar por una discriminación presente o pasada, o para impedir que la discriminación se produzca en el futuro. Así la discriminación inversa actúa a través de acciones afirmativas como ser: reservas directas de plazas, porcentajes, puntos o calificaciones especiales en los sistemas de selección para los miembros de los colectivos que se consideran marginados y que se quieren favorecer.

En este sentido las acciones afirmativas implican una clase de tratamiento diferenciado que busca favorecer explícitamente a un colectivo. Imaginémos una acción que promueva el empleo sólo de mujeres madres de familia y de las zonas rurales. Es un tratamiento que podría ser considerado desigual porque toma en cuenta la categoría sexo para otorgar un trato más favorable, pero este trato está justificado por la finalidad que persigue que es lograr la inserción de mujeres madres campesinas al campo laboral para fomentar la igualdad sustancial. En consecuencia, la acción afirmativa será permisible siempre que tenga la finalidad de remediar una situación de desigualdad histórica a través de un trato preferente que tenga carácter temporal.

4. Tratos diferentes y discriminación. Criterios para diferenciar

La prohibición de discriminación es un principio general del Derecho Internacional de Derechos Humanos según el cual un Estado está obligado a no discriminar, si bien es cierto que puede establecer diferencias de tratamiento estas diferencias no deben implicar discriminación.

Para determinar cuándo un trato diferente constituye discriminación se debe partir por preguntarnos en qué somos iguales los seres humanos y la respuesta nos la da precisamente el derecho internacional de los derechos humanos, que nos dice que: somos iguales en dignidad y en derechos. Así todos tenemos los seres humanos tenemos la misma dignidad y los mismos derechos. Esto entraña una obligación para los Estados que deben velar y actuar para que esto sea realidad, dicha obligación no se agota en tratar a todos de manera igual, sino emprender las acciones necesarias para que todos y todas podamos ejercer libre y plenamente nuestros derechos humanos, lo que lleva necesariamente a desarrollar una diversidad de acciones para que esto sea

una realidad. De allí que la academia y la jurisprudencia hayan desarrollado algunos elementos que permiten distinguir cuándo un trato diferente se constituye en discriminación.

a) Objetividad y razonabilidad

Como señalamos precedentemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que no todo tratamiento jurídico diferenciado es necesariamente discriminatorio, ya que no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana³⁷. Siguiendo a la Corte Interamericana, la discriminación se encuentra en actos que carecen de justificación objetiva y razonable:

57. No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana³⁸.

De esta forma es la objetividad de una distinción, exclusión, restricción o preferencia la determina el hecho de que haya sido tomada de acuerdo a criterios libres de estereotipos y basados en los derechos humanos. Mientras que la razonabilidad está en la proporcionalidad entre la finalidad -diseño y ejecución de un proyecto de vida digna enmarcado en la autonomía de la persona y sus derechos humanos- y la medida tomada.



37 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84, op. cit.

38 Ibidem.

En opinión del Comité de Derechos Humanos las acciones afirmativas son un ejemplo de tratos diferenciados objetivos y razonables, ya que estas acciones se constituyen como medidas temporales cuyo fin es acelerar la participación, en condiciones de igualdad, de quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad o desventaja en el ámbito político, económico, social, cultural y en cualquier otro³⁹.

En igual sentido el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, las medidas positivas tienen como finalidad la eliminación de “las causas y consecuencias de la desigualdad sustantiva o de facto” y que se lleven a cabo “los cambios estructurales, sociales y culturales necesarios para corregir las formas y consecuencias pasadas y presentes de la discriminación contra la mujer, así como compensarlas⁴⁰”.

En consecuencia, para el referido Comité la aplicación de las acciones afirmativas no constituye una excepción a la regla de no discriminación, sino parte de una estrategia necesaria para lograr la igualdad sustantiva entre la mujer y el hombre en el goce de sus derechos humanos y libertades fundamentales. Es decir, resultan medidas objetivas y razonables que responden a un esquema de desigualdad estructural⁴¹.

b) Categorías sospechas

Otro elemento que se debe tomar en cuenta para analizar si un trato diferenciado puede constituirse en discriminación es verificar si dicha distinción se basa en las denominadas categorías sospechosas que son aquellos rubros prohibidos como ser: sexo, género, preferencias/ orientaciones sexuales, edad, discapacidades pasadas, presentes o futuras, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, estado civil, raza, color, idioma, linaje u origen



39 Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 18, op. cit., párrafos 10 y 13.

40 Comité CEDAW, 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, párrafos 14, 15 y 18. Disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20%28Spanish%29.pdf>

41 Corte Suprema de Justicia de la Nación, Distinciones o discriminación, México, 2012.

nacional, social o étnico, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Se debe hacer notar que esta enumeración de ningún modo es limitativa, así lo ha entendido la Corte Interamericana en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile* en el que estableció que:

83. La Corte ha establecido, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

84. En este sentido, al interpretar la expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1 de la Convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano.

85. 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. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo⁴².



42 Corte IDH. Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

De esta forma si alguna de estas categorías sospechosas están en la base de un trato diferenciado, dicho trato debe presumirse ilegítimo; sin embargo es necesario analizar esta presunción de ilegitimidad para confirmar, o en su caso, negar que constituya discriminación, para lo cual es preciso demostrar que la distinción, aunque fundada en una categoría sospechosa, es objetiva, razonable y persigue un fin constitucionalmente válido. Por ejemplo, como ya se dijo, las acciones afirmativas a favor de las mujeres suelen ser distinciones objetivas y razonables que atienden a las condiciones de facto o estructurales de un grupo históricamente excluido en razón del sexo. Es decir, aunque el sexo es la razón de la distinción, ésta no constituye discriminación.

c) Afectación y/o vulneración de un derecho

Finalmente otro elemento primordial que hay que tomar en cuenta para establecer si un trato distinto constituye discriminación es si mediante dicho trato no se está afectando un derecho. Así para ser discriminatorio, el trato deberá tener por objeto y/o resultado impedir, anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales dentro de cualquier esfera.

Al respecto cabe advertir que para ser discriminatorio no basta con que el trato diferente tenga un enfoque ético y moral, ya que en estos casos, el trato podrá considerarse injusto, pero no constituirá discriminación. Un ejemplo de lo anterior pueden ser las decisiones de establecer relaciones personales con un cierto prototipo de personas y excluir a quienes no cumplen con un parámetro de belleza occidental, esta actitud es injusta y puede ser reprochada desde un punto de vista ético y moral. Sin embargo, en principio, no se está impidiendo, anulando o menoscabando un derecho y por tanto, este acto no puede ser considerado discriminatorio. Si, por el contrario, ese parámetro de belleza, y los estereotipos que conlleva, se utiliza para negar el acceso al trabajo a una persona que cumple con los requisitos técnicos necesarios para realizarlo, habrá, entonces, una afectación a un derecho y, presumiblemente, una discriminación, la cual, al mismo tiempo, no estará exenta de un cuestionamiento ético y moral⁴³.



43 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género. Haciendo realidad e derecho a la igualdad, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013, p. 80.

5. Test de Discriminación o Razonabilidad

En base a los elementos antes analizados, es posible efectuar un test de discriminación o razonabilidad, para establecer de manera clara si un trato diferente constituye discriminación. Para aplicar el test se debe identificar, primero:

1. ¿Cuál es el trato diferenciado?
2. ¿Cuál es el criterio o categoría para diferenciar (en este caso el sexo)?
3. ¿Cuál es el objetivo que se persigue al establecer el trato diferenciado?

Teniendo claro lo anterior podemos aplicar el test, que exige examinar:

1. ¿El criterio para diferenciar es **objetivo**? (En este caso, sexo es un criterio objetivo)
2. ¿Es **razonable** la diferenciación? Esto supone analizar:
 - a. ¿Se persigue una finalidad legítima con la diferenciación? Debe tratarse de un **fin legítimo** con arreglo a los tratados de derechos humanos
 - b. ¿Es **proporcional** la medida para el fin que se persigue? La medida debe ser necesaria y conducente para alcanzar el fin legítimo: “la medida que introduce la distinción debe ser idónea, la única alternativa posible y la menos lesiva para obtener el objetivo perseguido.

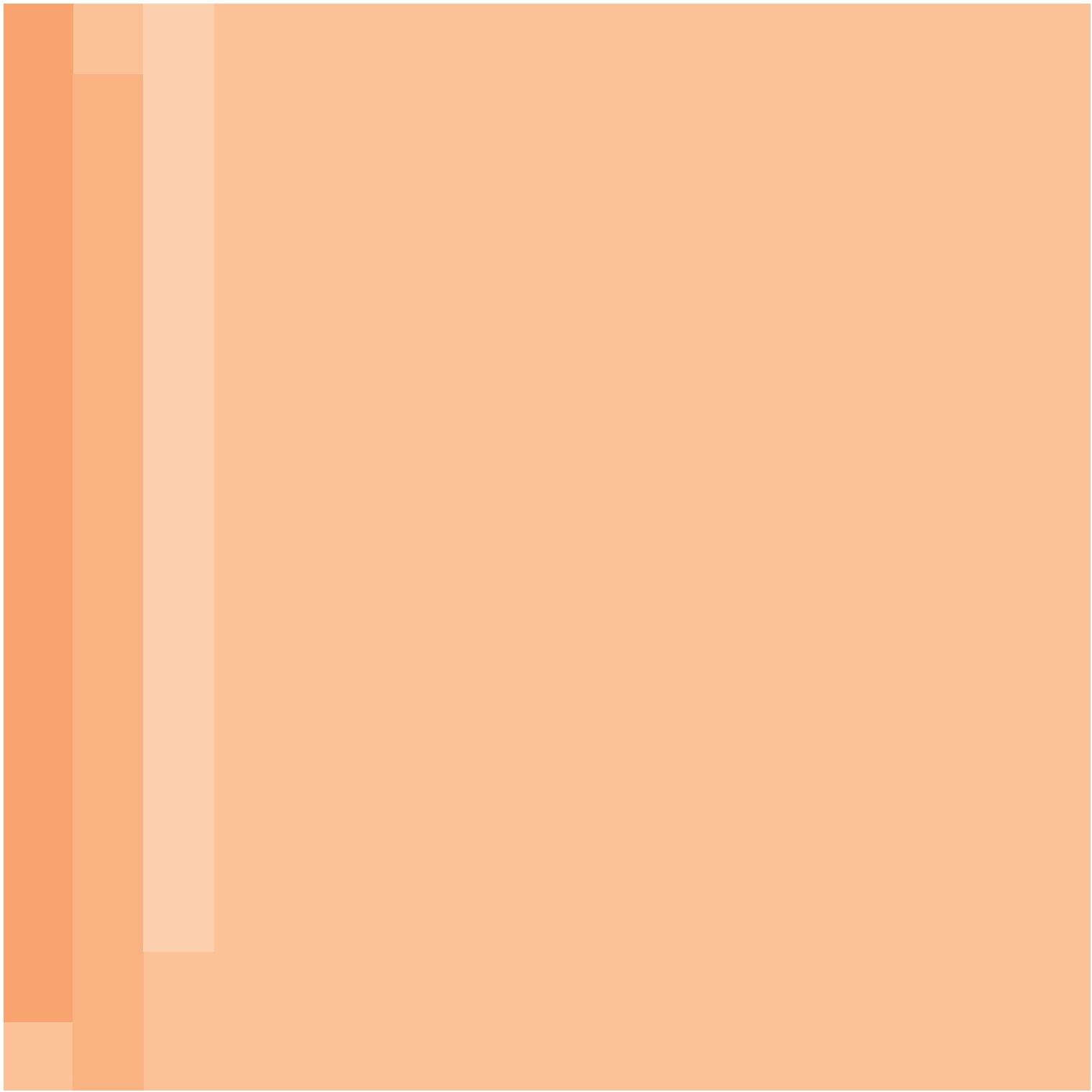




CAPÍTULO TRES

El acceso a la justicia de las mujeres





CAPÍTULO III

EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS MUJERES

1. Breve introducción al Debido Proceso

El debido proceso implica, a su vez, un conjunto de otros derechos, por lo que definirlo precisamente es sumamente complejo, por ello las conceptualizaciones que de él se han hecho son diversas y en gran medida parten de la norma en la cual se encuentre contenido. De esta forma, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su art. 10, consagra el derecho de toda persona a “ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial (...)”; el art. 14 del PIDCP desarrolla en la misma dimensión el derecho al debido proceso, al igual que lo hace el art. 8 de la CADH, como el derecho de la persona “a ser oída con las debidas garantías”, frase que no se limita a las garantías específicas previstas en los arts. 14 del PIDCP o 8 de la CADH, sino que trasciende la suma de las mismas y requiere que el proceso en su totalidad sea justo y equitativo⁴⁴.

En este sentido, la Observación General N° 32 emitida por el Comité de Derechos Humanos, ha señalado que las exigencias formuladas en el párrafo 3 del art. 14 del PIDCP, son requisitos mínimos, cuya observancia no es siempre suficiente para asegurar un proceso justo y equitativo⁴⁵.



44 O DONNELL, Daniel, op. cit. pág. 368.

45 COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación General N° 32 (1997), Continuidad de las obligaciones.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido al debido proceso como un medio para asegurar en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia, a la que contribuyen el conjunto de actos de diversas características, generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. Dichos actos sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho y son condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial⁴⁶.

En nuestro país, el debido proceso fue interpretado primeramente en el marco de la Constitución abrogada⁴⁷, habiendo desarrollado el Tribunal Constitucional una amplia línea jurisprudencial, partiendo por establecer su marco conceptual, sus alcances, su ámbito de aplicación y los elementos que lo integran⁴⁸.

Disponible en: <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Shrc-gencomments.html>

- 46 COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación General N° 13 (1984), *Administración de Justicia (artículo 14)* párr. 5. Disponible en: <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Shrc-gencomments.html>.
- 47 Art. 16 CPE.abrog: “I. Se presume la inocencia del encausado mientras no se pruebe su culpabilidad.
II. El derecho de defensa de la persona en juicio es inviolable.
III. Desde el momento de su detención o apresamiento, los detenidos tienen derechos a ser asistidos por un defensor.
IV. Nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado previamente en proceso legal; ni la sufrirá si no ha sido impuesta por sentencia ejecutoriada y por autoridad competente. La condena penal debe fundarse en una ley anterior al proceso y sólo se aplicarán las leyes posteriores cuando sean más favorables al encausado.”
- 48 En efecto, el Tribunal Constitucional desde el inicio de sus actividades jurisdiccionales se preocupó de desarrollar la garantía constitucional prevista en el entonces art. 16 de la Constitución abrogada. Así la SC 369/99-R de 26 de noviembre fue la primera que se ocupó del tema, estableciendo: “Que el debido proceso exige que los litigantes tengan el beneficio de un juicio imparcial ante los tribunales y que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar, es decir, implica el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo.” Posteriormente, desarrolló el concepto de debido proceso, en la SC 418/2000-R de 2 de mayo: “... el debido proceso consiste en el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar.” Luego, tomando en cuenta la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional boliviano mediante SC 1276/2001-R de 5 de diciembre señaló: “El debido proceso comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos”. Partiendo de ese marco conceptual, el Tribunal Constitucional en la SC 222/2001-R de 22 de marzo, estableció que la importancia del debido proceso estaba ligada a la búsqueda del orden justo, por lo que su finalidad no se agotaba en movimiento mecánico las reglas de procedimiento sino buscar un proceso justo, para lo cual era

La Constitución actual ha plasmado el debido proceso desde una triple dimensión: como un derecho fundamental, como una garantía jurisdiccional y como un principio en la administración de justicia. Así, el art. 115.II del texto constitucional a la hora de establecer las garantías jurisdiccionales señala: “El Estado garantiza el derecho al **debido proceso**, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones.”; de igual forma el art. 117 de la CPE establece al debido proceso como una garantía en el ejercicio de los derechos humanos, al vincular el mismo con los principios del juez natural, principio de legalidad y del principio non bis in ídem. Por otro lado, el art. 180 de la CPE, en su párrafo I, establece: “La jurisdicción ordinaria se fundamenta en los principios procesales de gratuidad, publicidad, transparencia, oralidad, celeridad, probidad, honestidad, legalidad, eficacia, eficiencia, accesibilidad, inmediatez, verdad material, **debido proceso**, e igualdad de las partes ante el juez.”

El Tribunal Constitucional ha desarrollado esta triple dimensión a la hora de interpretar la Constitución vigente, a partir de la SC 0896/2010-R de 10 de agosto:

La Constitución Política del Estado, en consideración a la naturaleza y los elementos constitutivos del debido proceso, como instituto jurídico y mecanismo de protección de los derechos fundamentales, lo consagra como un principio, un derecho y una garantía; es decir, su naturaleza está reconocida por la misma Constitución en su triple dimensión: como derecho fundamental de los justiciables, un principio procesal y una garantía de la administración de justicia; de ella, se desprende como derecho fundamental autónomo e indirecto o garantía, que a decir de Carlos Bernal Pulido, en “El Derecho de los Derechos”: El derecho fundamental al debido proceso protege las facultades del individuo para participar en los procedimientos del Estado constitucional democrático y el ejercicio dentro del marco de dichos procedimientos de las facultades de hacer argumentaciones, afirmaciones, aportar pruebas, y las capacidades de rebatir

imprescindible respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba, los derechos fundamentales como el derecho a la defensa y a la igualdad.

los argumentos de los demás y de autocriticarse (...) es un mecanismo para la protección de otros derechos fundamentales en el estado democrático.

Dicho entendimiento jurisprudencial ha sido asumido por el Tribunal Constitucional Plurinacional, pudiendo citar entre las últimas sentencias constitucionales que abordaron esta temática, a la SCP 399/2014 de 10 marzo de 2014, que consolidó todos los entendimientos jurisprudenciales que sobre el debido proceso se habían realizado, unificando los mismos de la siguiente forma:

Sobre la naturaleza jurídica que hace al debido proceso, se desarrolló jurisprudencia por el anterior Tribunal Constitucional, así la SC 0316/2010-R de 15 de junio, señala lo siguiente: “La Constitución Política del Estado en consideración a la naturaleza y los elementos constitutivos del debido proceso como instituto jurídico y mecanismo de protección de los derechos fundamentales, lo consagra como un principio, un derecho y una garantía, es decir, la naturaleza del debido proceso es reconocida por la Constitución en su triple dimensión: como derecho fundamental de los justiciables, de quien accede reclamando justicia, la víctima y de quien se defiende el imputado. A la vez es un principio procesal, que involucra la igualdad de las partes art. 119.I CPE y una garantía de la administración de justicia, previniendo que los actos del proceso se ceñirán estrictamente a reglas formales de incuestionable cumplimiento. De esa triple dimensión, se desprende el debido proceso como derecho fundamental autónomo y como derecho fundamental indirecto o garantía...”.

La misma Sentencia Constitucional, más adelante estableció que: “Esa doble naturaleza de aplicación y ejercicio del debido proceso, es parte inherente de la actividad procesal, tanto judicial como administrativa, pues nuestra Ley Fundamental instituye al debido proceso como:

1. Derecho fundamental: Como un derecho para proteger al ciudadano en primer orden de acceso a la justicia oportuna y eficaz, como así de protección de los posibles abusos de las autoridades originadas no sólo en actuaciones

u omisiones procesales, sino también en las decisiones que adopten a través de las distintas resoluciones dictadas para dirimir situaciones jurídicas o administrativas y que afecten derechos fundamentales, constituyéndose en el instrumento de sujeción de las autoridades a las reglas establecidas por el ordenamiento jurídico.

2. Garantía jurisdiccional: Asimismo, constituye una garantía al ser un medio de protección de otros derechos fundamentales que se encuentran contenidos como elementos del debido proceso como la motivación de las resoluciones, la defensa, la pertinencia, la congruencia, de recurrir, entre otras, y que se aplican toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, constituyendo las distintas garantías jurisdiccionales inherentes al debido proceso, normas rectoras a las cuales deben sujetarse las autoridades pero también las partes intervinientes en el proceso en aplicación y resguardo del principio de igualdad.

En cuanto a la importancia del debido proceso, la jurisprudencia constitucional precisó que: "...está ligada a la búsqueda del orden justo. No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento sino buscar un proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba; los derechos fundamentales como el derecho a la defensa, a la igualdad, etc., derechos que por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa por autoridad alguna, pues dichos mandatos constitucionales son la base de las normas adjetivas procesales en nuestro ordenamiento jurídico, por ello los tribunales y jueces que administran justicia, entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se lleven sin vicios de nulidad, como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes⁴⁹.



49 SC 0999/2003-R de 16 de julio.

Así también sobre los elementos que componen al debido proceso, el Tribunal Constitucional señaló que: “En consonancia con los tratados internacionales citados, a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a la congruencia entre acusación y condena; el principio del non bis in idem; derecho a la valoración razonable de la prueba; derecho a la motivación y congruencia de las decisiones⁵⁰.”

Cabe hacer notar, sin embargo, que la lista de elementos que configuran al debido proceso, en el marco del principio de progresividad no es limitativa, sino más bien enunciativa, pues a ella se agregan otros elementos que hacen al debido proceso como garantía general y que derivan del desarrollo doctrinal y jurisprudencial de éste como medio para asegurar la realización del valor justicia, en ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, ha manifestado:

En opinión de esta Corte, para que exista ‘debido proceso legal’ es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. (...) Es así como se ha establecido,



50 Entre otras, SSCC 0082/2001-R, 0157/2001-R, 0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003-R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 0022/2006-R, entre otras).

en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional⁵¹.

2. La relación del debido proceso con la igualdad procesal y el acceso a la justicia

Como dijimos al empezar este apartado, el debido proceso, como derecho complejo, no solamente engloba diferentes derechos en su contenido, sino que también guarda íntima relación con otros derechos autónomos previstos en los Instrumentos Internacionales de protección de derechos humanos y en los ordenamientos internos de todos los Estados, así para efectos de este trabajo desarrollaremos la relación del debido proceso con la igualdad procesal y el acceso a la justicia.

a) Igualdad procesal y debido proceso

Empecemos señalando que el derecho de igualdad procesal deriva del derecho de igualdad, que como vimos precedentemente es uno de los principios en los cuales se asienta todo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Ahora bien, es importante señalar que el derecho a la igualdad procesal tiene suma importancia en la búsqueda del orden justo, por ello está previsto en el art. 10 de la DUDH que establece: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia (...)”. En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos desarrolla este principio en diferentes partes de su contenido, el art. 14 empieza su texto estableciendo que: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia”, para posteriormente en la parte introductoria del numeral 3 establecer: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas.” Otra alusión a la igualdad procesal se encuentra en el apartado del mismo numeral 3 del art. 14 del PIDCP que señala que es un derecho fundamental el “obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las



51 Criterio asumido por la SC 0915/2011-R de 6 de junio.

mismas condiciones que los testigos de cargo.” En igual sentido la Convención Americana reconoce la importancia de este principio para el debido proceso en el artículo 8.2 de la CADH que establece que durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías establecidas en el mismo.

En ese marco el art. 1.1 de la CADH recoge la obligación general de respetar y garantizar los derechos contenidos en su texto con apego a un principio fundamental de no discriminación que al igual que el principio de igualdad es uno de los principios fundamentales en los que se asienta el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El principio de no discriminación también puede aplicarse al debido proceso y por ello la Corte ha relacionado de manera consistente el debido proceso con el principio de no discriminación en el caso de mujeres, niños, indígenas, migrantes etc.

La Comisión Interamericana también se ha pronunciado sobre el debido proceso y la garantía de igualdad de armas en su Informe sobre el Acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el que estableció:

185. Al haber una relación directa entre la idoneidad del mecanismo judicial y la integridad de los derechos económicos, sociales y culturales, la fijación de un plazo razonable de los procesos en materia social, la efectiva igualdad de armas en el proceso, y la adecuada revisión judicial de las decisiones administrativas, entre otras cuestiones, representa un camino para la exigibilidad de estos derechos⁵².

De igual manera la Corte en la Opinión Consultiva OC-16/99, del 1 de octubre señaló que en un proceso donde exista una desigualdad real para ejercer una defensa apropiada existe la obligación de adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar esos obstáculos y deficiencias. Para la Corte, “... si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir



52 CIDH. El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Informe de 7 de septiembre de 2007, párr. 185. Disponible en: <http://www.cidh.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf>

que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas⁵³”

En nuestra Constitución la igualdad procesal está configurada como una garantía jurisdiccional en el art. 119 de la CPE cuando señala que las partes en conflicto gozarán de igualdad de oportunidades para ejercer durante el proceso las facultades y los derechos que les asistan, sea por la vía ordinaria, agroambiental o por la indígena originaria campesina.

Sobre esta norma se pronunció el Tribunal Constitucional Plurinacional en la SCP 1462/2013 de 21 de agosto en la que declaró la inconstitucionalidad del art. 41.I inc. b) del Acuerdo 165/2012 en la frase que señalaba lo siguiente: “Estas diligencias investigativas podrán ser practicadas por el Juez Disciplinario, antes de ser citado el denunciado con el Auto de Admisión y Apertura del Proceso Disciplinario”, por ser manifiestamente contraria al art. 119 de la Constitución que consagra el derecho a la igualdad procesal.

b) El debido proceso y el acceso a la justicia

La Convención Americana relaciona de manera textual el debido proceso y el acceso a la justicia así el art. 8.1 de la CADH desarrolla específicamente el derecho al debido proceso, pero también consagra el “derecho a ser oído” por los tribunales (...); en igual sentido el art. 25.2.c) de la CADH reconoce la obligación del Estado de desarrollar recursos de carácter judicial.

Es en este marco que la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha abordado el tema de la vinculación entre los artículos 8 y 25 de la CADH, desde dos ángulos: El primer planteamiento, asume la evidente relación que existe entre ambos derechos, lo que conlleva que el análisis de



53 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99, del 1 de octubre de 1999, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal., párr. 119. Disponible en: <http://www.cidh.org/migrantes/Opini%C3%B3n%20Consultiva%2016.htm>

ambas normas debía ser siempre conjunto y que, en consecuencia, la violación de uno de ellos implica siempre la del otro; el segundo, sostiene la división de ambas normas en situaciones diferenciadas que autonomizan su eventual cumplimiento o violación⁵⁴. Si bien todavía no es posible señalar que uno de estos dos planteamientos prime sobre el otro, parece que en la actualidad la Corte ha optado por partir del análisis del caso concreto para efectuar una lectura ya sea conjunta o diferenciada de ambas normas; sin embargo es necesario señalar que es relevante el voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, en la Opinión Consultiva OC-18/03, en el que analiza el vínculo entre el derecho al debido proceso y el acceso a la justicia, estableciendo que es precisamente el debido proceso el medio por el cual es posible acceder a la justicia.

La proclamación de derechos sin la provisión de garantías para hacerlos valer queda en el vacío. Se convierte en una formulación estéril, que siembras expectativas y produce frustraciones. Por ello es preciso establecer las garantías que permitan reclamar el reconocimiento de los derechos, recuperarlos cuando han sido desconocidos, restablecerlos si fueron vulnerados y ponerlos en práctica cuando su ejercicio tropieza con obstáculos indebidos. **A esto atiende el principio de acceso igual y expedito a la protección jurisdiccional efectiva, es decir, la posibilidad real de acceder a la justicia a través de los medios que el ordenamiento interno proporciona a todas las personas, con la finalidad de alcanzar una solución justa a la controversia que se ha suscitado.** En otros términos: acceso formal y material a la justicia (...) A ese acceso sirve el debido proceso, ampliamente examinado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ejercicio de sus competencias consultiva y contenciosa. **En rigor, el debido proceso es el medio consecuente con el más avanzado concepto de los derechos humanos para asegurar la efectiva realización de esos derechos: un método o factor para la eficacia del derecho en su conjunto y de los derechos subjetivos en casos concretos.** El debido proceso, concepto dinámico guiado y desarrollado bajo un modelo garantista que sirve a los intereses y derechos



54 Ibid., pág. 75

individuales y sociales, así como al supremo interés de la justicia, constituye un principio rector para la debida solución de los litigios y un derecho primordial de todas las personas. Se aplica a la solución de controversias de cualquier naturaleza, entre ellas, obviamente, las laborales-- y a las peticiones y reclamaciones que se plantean ante cualesquiera autoridades: judiciales o administrativas.

Por otro lado, es importante señalar que la Corte Interamericana ha vinculado también el acceso a la justicia con la efectividad del recurso, así la Corte ha entendido que no es suficiente que determinado recurso esté previsto en el ordenamiento de un estado, sino que el mismo debe ser efectivo, que la función de esos recursos, dentro del sistema del derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida⁵⁵.

Este entendimiento fue ampliado por la Corte en la Opinión Consultiva OC-9/87, en la que señaló:

24. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial.⁵⁶



55 Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia del 29 de julio de 1988, (Fondo), párr. 64, Disponible en: http://www.tc.gob.pe/corte_interamericana/seriec_01_esp.pdf

56 Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC9/87 del 6 de octubre de 1987, párr. 24. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf

Finalmente, sobre la posibilidad de establecer restricciones al derecho de acceso a la justicia la Corte ha señalado que:

(...) el Estado no puede eximirse de responsabilidad respecto a sus obligaciones internacionales argumentando la existencia de normas o procedimientos de derecho interno, (...) ya que si bien el derecho al acceso a la justicia no es absoluto y, consecuentemente, puede estar sujeto a algunas limitaciones discrecionales por parte del Estado, lo cierto es que éstas deben guardar correspondencia entre el medio empleado y el fin perseguido y, en definitiva, no pueden suponer la negación misma de dicho derecho.

En el ámbito interno de nuestro Estado el derecho de acceso a la justicia está consagrado en el art. 115.I de la CPE de la siguiente manera: “Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos”. Como se puede apreciar nuestra Constitución, al igual que la Convención Americana, no se limita a establecer el derecho al recurso de manera formal, sino que prescribe que el mismo debe ser efectivo.

El Tribunal Constitucional Plurinacional, en sintonía con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, ha establecido los elementos que conforman el derecho de acceso a la justicia, enfatizando en el hecho de que los mismos no se constituyen en un catálogo cerrado, por el carácter dinámico de los derechos humanos; por otro lado, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha desarrollado el acceso a la justicia desde una perspectiva plural respecto a las diferentes jurisdicciones existentes en nuestro Estado. Concretamente el Tribunal Constitucional Plurinacional en la SCP 1898/2012 de 12 de octubre ha señalado:

(...) corresponde señalar que el derecho a la jurisdicción o acceso a la justicia -sin pretender agotar todas las perspectivas de este derecho tan ampliamente concebido y desarrollado- contiene: 1) El acceso propiamente dicho a la jurisdicción, es decir, la posibilidad de llegar a la pluralidad de jurisdicciones reconocidas por la Constitución, sin que existan obstáculos, elementos de exclusión, limitación, que dificulten el ejercicio de dicho derecho tanto por

el Estado como por los particulares; 2) Lograr un pronunciamiento judicial proveniente de las autoridades judiciales formales o las autoridades naturales de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que solucione el conflicto o tutele el derecho, siempre que se hubieran cumplido los requisitos establecidos en la norma; y 3) Lograr que la Resolución emitida sea cumplida y ejecutada, debido a que si se entiende que se acude a un proceso para que se reestablezca o proteja un derecho, un interés o un bien, en la medida que el fallo no se ejecute, el derecho a la jurisdicción o de acceso a la justicia no estará satisfecho.

3. El acceso a la justicia de las mujeres

Como señalamos precedentemente no es suficiente con la existencia material de los procesos en la normativa interna de los diferentes estados, ya que para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Solamente así se atiende al principio de igualdad ante la ley y a la correlativa prohibición de discriminación.

De esta manera es evidente que la presencia de condiciones de desigualdad real obligan a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas⁵⁷.



57 SALMÓN, Elizabeth y BLANCO Cristina, *El Derecho al Debido Proceso en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Primera edición, 2012, pág. 105.

En ese marco el derecho al acceso a la justicia implica que las mujeres tengan la posibilidad a una adecuada tutela de sus derechos. Pero además es un asunto de fortalecimiento y construcción de las democracias; por lo tanto, la justicia de género es un estándar de medición para el quehacer del Estado⁵⁸.

Efectivamente, en la actualidad el derecho al acceso a la justicia es considerado como una norma jus cogens que genera la obligación en los Estados de adoptar las medidas necesarias para hacerlo efectivo. En la misma condición se encuentran el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, constituyéndose ambos en estándares máximos en la tutela, en este caso de las mujeres. Es así como el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo se convierte en consustancial al derecho de acceso a la justicia, derivándose de dichos principios el marco jurídico sobre el cual la administración de justicia debe garantizar dichos derechos.

En igual sintonía, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos establece una serie de obligaciones para los Estados relacionadas con la función judicial y los derechos de las mujeres, como la de garantizar el acceso a la justicia en condiciones de igualdad a todas las personas que se encuentren en su territorio, que incluye:

- i. garantizar un debido proceso a todas las personas, para lo cual el Estado debe tomar en cuenta las desigualdades que hay entre ellas debidas al género, la etnia, la edad, la discapacidad, etc.
- ii. establecer garantías judiciales que tomen en cuenta las necesidades de todas las personas, que les permitan entre otros:
 - ser parte del proceso judicial en condiciones de igualdad,
 - no ser revictimizadas en el proceso judicial,
 - ser aceptadas y protegidas como testigos,
 - participar y comprender el proceso,
 - gozar de servicios de administración justos en igualdad,
 - gozar de información judicial que oriente a la usuaria y facilite la toma de decisiones sin sesgos sexistas, etc.



58 ARROYO VARGAS Roxana, op. cit. pág. 46.

Ahora bien como señalamos antes el derecho de acceso a la justicia tiene amplia relación con el principio de igualdad y no discriminación y es en ese sentido que tanto el Sistema Universal como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se han ocupado con especial atención de este tema:

En este sentido, el Comité de Derechos Humanos en su Observación General N° 28 ha efectuado **un amplio desarrollo de la igualdad entre hombres y mujeres en todos los ámbitos, tanto de la vida privada como pública, tomando como base lo previsto en el art. 3 del PIDCP** que establece que todos los seres humanos deben disfrutar en pie de igualdad e íntegramente de todos los derechos previstos en el Pacto.

Para el Comité dicha disposición no puede surtir plenamente sus efectos cuando un Estado no garantiza a hombres y mujeres por igual el disfrute de todos los derechos previstos en el Pacto.

En este sentido los Estados Partes deben adoptar todas las medidas necesarias para hacer posible el goce de estos derechos y que disfruten de ellos. Esas medidas comprenden el eliminar los obstáculos que se interponen en el goce de esos derechos en condiciones de igualdad, dar instrucción a la población y a los funcionarios del Estado en materia de derechos humanos y ajustar la legislación interna a fin de dar efecto a las obligaciones enunciadas en el Pacto. El Estado Parte no sólo debe adoptar medidas de protección sino también medidas positivas en todos los ámbitos a fin de dar poder a la mujer en forma efectiva e igualitaria.⁵⁹

De igual forma, es importante el énfasis del Comité en cuanto al hecho de 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”⁶⁰.



59 Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 28, *La igualdad de derechos entre hombres y mujeres*, (Artículo 3), 68° período de sesiones, 2000, párr.3. Disponible en: http://www.catedradh.unesco.unam.mx/SeminarioCETis/Documentos/Doc_basicos/1_instrumentos_universales/5%20Observaciones%20generales/38.pdf

60 Comité de Derechos Humanos, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 3 - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, Observación General N° 28, 68° período de sesiones, 2000, párr. 5 Disponible en: http://www.catedradh.unesco.unam.mx/SeminarioCETis/Documentos/Doc_basicos/1_

En cuanto al acceso a la justicia por parte de las mujeres, el Comité ha establecido que los Estados Partes deben presentar información que permita determinar si la mujer disfruta en condiciones de igualdad con el hombre del derecho a recurrir a los tribunales y a un proceso justo, previstos en el art. 14 del PIDCP. Haciendo énfasis en la obligación de los Estados Partes de eliminar todas las disposiciones legislativas que impidan a la mujer el acceso directo y autónomo a los tribunales⁶¹.

Finalmente el Comité incide en las garantías que deben acompañar a las mujeres privadas de libertad establecidas tanto en normas legales o efectuadas a través de prácticas que priven a la mujer de su libertad en forma arbitraria o desigual.

Dentro del Sistema Interamericano la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer señala en su artículo 7.f) la obligación que tienen los Estados de 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, así como el establecimiento de 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.

En ese contexto Comisión en su informe sobre Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas señaló que a pesar de la existencia específica de Instrumentos Internacionales que prohíben la discriminación y violencia contra las mujeres, los Estados no adecuan su normativa interna a dichos Instrumentos o cuando los adecuan lo hacen formalmente, es decir no garantizan el real y efectivo acceso a la justicia de las mujeres. Concretamente la Comisión señaló:

instrumentos_universales/5%20Observaciones%20generales/38.pdf

61 Comité de Derechos Humanos, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 3 La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, Observación General N° 28, 68° período de sesiones, 2000, párr.18. Disponible en: http://www.catedradh.unesco.unam.mx/SeminarioCETis/Documentos/Doc_basicos/1_instrumentos_universales/5%20Observaciones%20generales/38.pdf

1. La CIDH observa que el derecho de las mujeres a vivir libres de violencia y discriminación, ha sido consagrado y establecido como un desafío prioritario en los sistemas de protección de los derechos humanos a nivel regional e internacional. La promulgación de instrumentos internacionales de derechos humanos que protegen el derecho de las mujeres a vivir libres de violencia, refleja un consenso y reconocimiento por parte de los Estados sobre el trato discriminatorio tradicionalmente recibido por las mujeres en sus sociedades. El hecho de que la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (en adelante “Convención de Belém do Pará”) sea el instrumento más ratificado del sistema interamericano^{III}, y que la mayoría de los Estados americanos hayan ratificado la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante “CEDAW”) y su protocolo facultativo, refleja el consenso regional de que la violencia contra las mujeres es un problema público y prevalente, meritorio de acciones estatales para lograr su prevención, investigación, sanción y reparación.

2. El precedente jurídico del sistema interamericano afirma que un acceso *de jure* y *de facto* a garantías y protecciones judiciales, es indispensable para la erradicación del problema de la violencia contra las mujeres, y por lo tanto, para que los Estados cumplan de manera efectiva con las obligaciones internacionales que han contraído libremente de actuar con la debida diligencia frente a este grave problema de derechos humanos. Sin embargo, la labor de la CIDH y de la Relatoría sobre los Derechos de las Mujeres (en adelante la “Relatoría” o “Relatoría sobre derechos de las mujeres”) revela que las mujeres víctimas de violencia frecuentemente no obtienen un acceso a recursos judiciales idóneos y efectivos al denunciar los hechos sufridos, permaneciendo la gran mayoría de estos incidentes en impunidad, y por consiguiente quedando sus derechos desprotegidos. La CIDH observa que la gran mayoría de los casos de violencia contra las mujeres se encuentran marcados por la impunidad, lo cual alimenta la perpetuidad de esta grave violación a los derechos humanos.

Para la Comisión es evidente que las dificultades de acceso a la justicia por parte de las mujeres están íntimamente vinculadas a problemas estructurales como la ineficacia de los sistemas de administración de justicia, en los países de la región, para determinar conductas discriminatorias contra las mujeres por los graves estereotipos de género que afectan a nuestras sociedades.

8. Estos problemas estructurales afectan en forma más crítica a las mujeres, como consecuencia de la discriminación que han sufrido históricamente. La CIDH ha constatado la existencia y la persistencia de patrones y comportamientos socioculturales discriminatorios que obran en detrimento de las mujeres, que impiden y obstaculizan la implementación del marco jurídico existente y la sanción efectiva de los actos de violencia, a pesar que este desafío ha sido identificado como prioritario por los Estados americanos. El ritmo de los cambios legislativos, políticos e institucionales en las sociedades americanas ha excedido el avance de los cambios en la cultura de hombres y mujeres ante la violencia y la discriminación, y este problema se refleja en la respuesta de los funcionarios judiciales ante actos de violencia contra las mujeres.

La Comisión el Informe que se analiza y con referencia a nuestro país estableció que:

16. En Bolivia, una investigación realizada por la administración de la justicia revela que del 100% de los expedientes de casos revisados que abordan materias relacionadas con los derechos de las mujeres, el 71,2% fue rechazado por los fiscales por falta de prueba y de estos el 41% corresponde a delitos sexuales. Igualmente, se identifica discriminación basada en el género en las actuaciones de los funcionarios judiciales en torno a casos de materia civil y penal, la cual se confirma en resoluciones judiciales, los argumentos esgrimidos por los demandantes y demandados, por los testigos, por el Ministerio Público y la policía. La investigación asimismo revela que las mujeres son las que más judicializan la reparación de sus derechos⁶².



62 CIDH. *Informe sobre el acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas*, Informe de 20 de enero de 2007, párr. 54. Disponible en: <http://www.cidh.org/women/acceso07/indiceacceso.htm>

Como se puede observar la Comisión Interamericana le ha dado especial relevancia al acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia, no únicamente en el contexto del Informe analizado, sino en diversos casos sometidos a su conocimiento siendo oportuno referirnos particularmente a uno de ellos, el Caso María Da Penha Maia Fernandes, víctima de violencia familiar durante años por parte de su esposo, que pese a las diversas denuncias y órdenes de alejamiento existentes le disparó dejándola parapléjica. Este fue el primer caso en el que la Comisión interpretó y aplicó la Convención de Belém Do Para, considerando al Estado de Brasil responsable por no garantizar un efectivo acceso a la justicia por parte de las mujeres víctimas de violencia. Concretamente la Comisión estableció que:

55. La impunidad que ha gozado y aún goza el agresor y ex esposo de la señora Fernandes es contraria a la obligación internacional voluntariamente adquirida por parte del Estado al ratificar la Convención de Belém do Pará. La falta de juzgamiento y condena del responsable en estas circunstancias constituye un acto de tolerancia por parte del Estado de la violencia que Maria da Penha sufrió, y esa omisión de los tribunales de justicia brasileños agrava las consecuencias directas de las agresiones por su ex-marido sufridas por la señora Maria da Penha Maia Fernandes. Es más, como ha sido demostrado previamente, esa tolerancia por los órganos del Estado no es exclusiva de este caso, sino una pauta sistemática. Es una tolerancia de todo el sistema, que no hace sino perpetuar las raíces y factores psicológicos, sociales e históricos que mantienen y alimentan la violencia contra la mujer.

56. Dado que esta violación contra Maria da Penha forma parte de un patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado para procesar y condenar a los agresores, considera la Comisión que no sólo se viola la obligación de procesar y condenar, sino también la de prevenir estas prácticas degradantes. Esa ineffectividad judicial general y discriminatoria crea el ambiente que facilita la violencia doméstica, al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad, para sancionar esos actos.

58. Por lo expuesto, la Comisión considera que en este caso se dan las condiciones de violencia doméstica y de tolerancia por el Estado definidas en la Convención de Belém do Pará y existe responsabilidad del Estado por la falta de cumplimiento del Estado a sus deberes establecidos en los artículos 7(b), (d), (e) (f) y (g) de esa Convención, en relación a los derechos por ella protegidos, entre ellos, a una vida libre de violencia (artículo 3), a que se respete su vida, su integridad física, psíquica y moral y su seguridad personal, su dignidad personal, igual protección ante la ley y de la ley; y a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos (artículos 4(a), (b), (c) (d), (e), (f) y (g)).⁶³

Al respecto, la Comisión emitió una serie de recomendaciones concretas orientadas a la reparación del daño sufrido por la víctima y la eliminación de la tolerancia estatal frente a la violencia. Entre los principios incorporados en las recomendaciones de la Comisión se encuentran:

Medidas de capacitación y sensibilización de los funcionarios judiciales y policiales especializados para que comprendan la importancia de no tolerar la violencia doméstica; b) Simplificar los procedimientos judiciales penales a fin de que puedan reducirse los tiempos procesales, sin afectar los derechos y garantías de debido proceso; c) El establecimiento de formas alternativas a las judiciales, rápidas y efectivas de solución de conflicto intrafamiliar, así como de sensibilización respecto a su gravedad y las consecuencias penales que genera; d) Multiplicar el número de delegaciones especiales de policía para los derechos de la mujer y dotarlas con los recursos especiales necesarios para la efectiva tramitación e investigación de todas las denuncias de violencia doméstica, así como de recursos y apoyo al Ministerio Público en la preparación de sus informes judiciales; e) Incluir en sus planes pedagógicos unidades curriculares destinadas a la comprensión de la importancia del respeto a la mujer y a sus



63 CIDH. Caso Maria Da Penha Maia Fernandes-Brasil, Informe de 16 de abril de 2001, párrafos. 55, 56 y 58. Disponible en: <http://www.cidh.org/women/acceso07/cap1.htm#Obligación>

derechos reconocidos en la Convención de Belém do Pará, así como al manejo de los conflictos intrafamiliares⁶⁴.

Por otro lado y en relación con lo anterior la Comisión ha establecido que durante el proceso penal deben adoptarse medidas de protección para proteger la seguridad, la privacidad y la intimidad de las mujeres víctimas de violencia y ha señalado que es deber de los Estados parte proporcionar información a las mujeres víctimas de violencia sobre sus derechos y la forma de ejercerlos en todas las fases del proceso penal⁶⁵.

En este sentido es importante señalar que la Comisión Interamericana, de acuerdo a lo previsto en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, ha reconocido a la violación sexual contra las mujeres como un método de tortura, pues tiene por objeto, en muchos casos, no sólo humillar a la víctima sino también a su familia o comunidad. Concretamente la Comisión ha señalado:

53. (...) La violación produce un sufrimiento físico y mental en la víctima. Además de la violencia sufrida al momento que se perpetra, las víctimas habitualmente resultan lesionadas o, en algunos casos, aún quedan embarazadas.

El hecho de ser objeto de un abuso de esta naturaleza les ocasiona asimismo un trauma psicológico que resulta, por un lado, del hecho de ser humilladas y victimizadas y por el otro, de sufrir la condena de los miembros de su comunidad, si denuncian los vejámenes de los que fueron objeto⁶⁶.



64 Ibid. párrafo 61.4

65 CIDH. *Informe sobre el acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas*, Informe de 20 de enero de 2007, párr. 54. Disponible en: <http://www.cidh.org/women/acceso07/indiceacceso.htm>

66 CIDH, Caso Raquel Martín de Mejía-Perú, Informe de 1 de marzo de 1996. Se recomienda leer el Informe de la CIDH Caso Diana Ortiz- Guatemala, Informe de 16 de octubre de 1996, en el cual la CIDH también manifiesta que los abusos sexuales constituyen una forma de tortura. Disponible <http://www.cidh.org/PRIVADAS/Guatemala.10526sp.htm>

Por su parte, la Corte Interamericana, ha vinculado estrechamente el derecho al acceso a la justicia de las mujeres con la prohibición de discriminación que en muchos casos ocasiona violencia contra las mujeres, en el caso denominado “Campo Algodonero”.

388. Las irregularidades en el manejo de evidencias, la alegada fabricación de culpables, el retraso en las investigaciones, la falta de líneas de investigación que tengan en cuenta el contexto de violencia contra la mujer en el que se desarrollaron las ejecuciones de las tres víctimas y la inexistencia de investigaciones contra funcionarios públicos por su supuesta negligencia grave, vulneran el derecho de acceso a la justicia, a una protección judicial eficaz y el derecho de los familiares y de la sociedad a conocer la verdad de lo ocurrido. Además, denota un incumplimiento estatal de garantizar, a través de una investigación seria y adecuada, los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal de las tres víctimas. Todo ello permite concluir que en el presente caso existe impunidad y que las medidas de derecho interno adoptadas han sido insuficientes para enfrentar las graves violaciones de derechos humanos ocurridas. 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 investigación con debida diligencia. Esta 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 como parte del diario vivir.

400. De otro lado, al momento de investigar dicha violencia, ha quedado establecido que algunas autoridades mencionaron que las víctimas eran “voladas” o que “se fueron con el novio”, lo cual, sumado a la inacción estatal en el comienzo de la investigación, **permite concluir que esta indiferencia, por sus consecuencias respecto a la impunidad del caso, reproduce la violencia que se pretende atacar, sin perjuicio de que constituye en sí misma una discriminación en el acceso a la justicia.** La impunidad de los delitos cometidos

envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia. Al respecto, el Tribunal resalta lo precisado por la Comisión Interamericana en su informe temático sobre “Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia” en el sentido de que la influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos. Esta influencia también puede afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba subsiguiente, que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales⁶⁷.

En el caso analizado, la Corte señaló que el Estado mexicano como parte de la Convención Belém Do Para y de la Convención Americana está obligado a combatir la discriminación y violencia contra las mujeres y por ende asegurar el efectivo acceso a la justicia de la misma, debiendo adoptar las siguientes medidas:

- i. deberá remover todos los obstáculos de jure o de facto que impidan la debida investigación de los hechos y el desarrollo de los respectivos procesos judiciales, y usar todos los medios disponibles para hacer que las investigaciones y procesos judiciales sean expeditos a fin de evitar la repetición de hechos iguales o análogos a los del presente caso;



67 Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) párr. 455. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

- ii. la investigación deberá incluir una perspectiva de género; emprender líneas de investigación específicas respecto a violencia sexual, para lo cual se deben involucrar las líneas de investigación sobre los patrones respectivos en la zona; realizarse conforme a protocolos y manuales que cumplan con los lineamientos de esta Sentencia; proveer regularmente de información a los familiares de las víctimas sobre los avances en la investigación y darles pleno acceso a los expedientes, y realizarse por funcionarios altamente capacitados en casos similares y en atención a víctimas de discriminación y violencia por razón de género;
- iii. deberá asegurarse que los distintos órganos que participen en el procedimiento de investigación y los procesos judiciales cuenten con los recursos humanos y materiales necesarios para desempeñar las tareas de manera adecuada, independiente e imparcial, y que las personas que participen en la investigación cuenten con las debidas garantías de seguridad, y
- iv. los resultados de los procesos deberán ser públicamente divulgados para que la sociedad mexicana conozca los hechos objeto del presente caso⁶⁸.

4. El acceso a la justicia. Su configuración constitucional con especial mención a la garantía de una vida libre de violencia para las mujeres

El nuevo diseño constitucional establece como uno de sus pilares fundamentales el principio de igualdad de derechos entre hombres y mujeres. Este principio está previsto además, como valor del Estado en el art. 9.II de la CPE, lo que significa que -como principio y valor es transversal a todo el conjunto de disposiciones e instituciones constitucionales y del ordenamiento jurídico en su conjunto.

En este contexto, nuestra Constitución en su art.15.II desarrolla el derecho a una vida libre de violencia para las mujeres como una manifestación de los principios constitucionales de



68 Corte IDH. Caso González y otras, op. cit.

equidad de género e igualdad de oportunidades con la finalidad de lograr una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización y la despatriarcalización, bajo el principio del vivir bien, añadiendo el tercer párrafo que el Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar la violencia de género y generacional, así como toda acción u omisión que tenga por objeto degradar la condición humana, causar muerte, dolor y sufrimiento físico, sexual o psicológico, tanto en el ámbito público como privado”.

Ahora bien, es indudable que el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia, implica, para su efectiva concreción la adopción de una serie de medidas que, desde el inicio, garanticen un trato igualitario en el sistema de justicia pero que además, desde la perspectiva de género, le permitan afrontar la situación de violencia en la que se encuentran así como conocer los derechos que tiene como víctima, recibir el trato digno y la inmediata protección de los diferentes operadores del sistema de justicia.

a) La garantía de la vida libre de violencia

Es precisamente en cumplimiento de este mandato constitucional que el 9 de marzo de 2013 se promulgó la Ley Integral para garantizar a las mujeres una vida libre de violencia, Ley N° 348, que tiene como finalidad establecer **mecanismos, medidas y políticas integrales de prevención, atención, protección y reparación** a las mujeres en situación de violencia, así como la persecución y sanción a los agresores, con el fin de garantizar a las mujeres una vida digna y el ejercicio pleno de sus derechos para vivir bien.

En este sentido, la Ley 348 dentro de los principios y valores que la sustentan establece en su art. 4 la igualdad con la finalidad de garantizar la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres, respeto y la tutela de los derechos, en especial de las mujeres, en el marco de la diversidad; el trato de digno, en virtud al cual las mujeres en situación de violencia reciben un trato prioritario, digno y preferencial, con respeto, calidad y calidez; equidad de género, para eliminar las brechas de desigualdad para el ejercicio de las libertades y los derechos de las mujeres y hombres; informalidad, por el cual, en todos los niveles de la administración de justicia destinada a prevenir, atender, detectar, procesar y sancionar cualquier forma de

violencia hacia las mujeres no se exigirá el cumplimiento de requisitos formales o materiales que entorpezcan el proceso de restablecimiento de los derechos vulnerados y la sanción a los responsables; atención diferenciada, en virtud al cual las mujeres deben recibir la atención que sus necesidades y circunstancias específicas demanden, con criterios diferenciados que aseguren el ejercicio pleno de sus derechos; finalmente, el principio de especialidad, según el cual en todos los niveles de la administración pública y en especial aquellas de atención, protección y sanción en casos de violencia hacia las mujeres, las y los servidores públicos deberán contar con los conocimientos necesarios para garantizar a las mujeres un trato respetuoso, digno y eficaz.

Por otro lado, es importante señalar que la Ley 348, contiene normas específicas para el desarrollo de los procesos por violencia contra las mujeres, desde la denuncia, pasando por la investigación, la persecución penal y el juicio propiamente dicho. Así el art. 45 de dicha Ley establece una serie de garantías a las mujeres en situación de violencia para asegurar el ejercicio de todos sus derechos y su efectiva protección, entre ellas, el acceso a la justicia de manera gratuita, real, oportuna y efectiva, mediante un debido proceso en el que sean oídas con las debidas garantías y dentro un plazo razonable (art. 45.1), la orientación y asistencia jurídica inmediata, gratuita y especializada (art. 45.4), una atención con calidad y calidez, apoyo y acogida para lograr su recuperación integral a través de servicios multidisciplinarios y especializados (art. 45.5); el acceso a información clara completa, veraz y oportuna sobre las actuaciones judiciales, policiales y otras que se realicen con relación a su caso, así como sobre los mecanismos y procedimientos contemplados en la presente Ley y otras normas concordantes (art. 45.6), la protección de su dignidad e integridad, evitando la revictimización y maltrato que pudiera recibir de cualquier persona responsable de su atención, tratamiento o de la investigación del hecho (arts. 33 y 45.7).

Estas garantías están íntimamente vinculadas con lo previsto por el art. 43 de la Ley 348, que señala que las instancias de recepción, investigación y tramitación de denuncias, deberán brindar a las mujeres el apoyo y un trato digno y respetuoso, acorde a su situación facilitando al máximo las gestiones que deban realizar, por lo que deberán:

“1. Asesorarlas sobre la importancia y la forma de preservar las pruebas.

2. Proveerles información sobre los derechos que tienen y aquellos especiales que la ley les reconoce y sobre los servicios gubernamentales y no gubernamentales disponibles para su atención y tratamiento.
3. Solicitar la atención que la mujer requiera, a los Servicios de Atención Integral.
4. Elaborar un informe que contenga todos los elementos que hubiera conocido, detectado o determinado, que sirvan para el esclarecimiento de los hechos, para anexarlo a la denuncia.
5. Absolver toda consulta, duda o requerimiento de información que la mujer o sus familiares necesiten o demanden, así como proporcionar la que adicionalmente considere necesaria para garantizar su protección”

En concordancia con lo anterior, La Ley 348 establece, en su art. 32, medidas de protección que tienen por objeto “interrumpir e impedir un hecho de violencia contra las mujeres, o garantizar, en caso de que ése se haya consumado, que se realice la investigación, procesamiento y sanción correspondiente”, el segundo párrafo de dicha norma establece que las medidas de protección son de aplicación inmediata, que impone la autoridad competente para salvaguardar la vida, la integridad física, psicológica, sexual, derechos patrimoniales, económicos y labores de las mujeres en situación de violencia y los de sus dependientes.

Los tipos de medidas de protección se encuentran previstas en el art. 35 de la Ley 348, y se caracterizan por ser medidas que protegen integralmente a la mujer, pues no sólo están dirigidas a interrumpir o impedir la violencia física como tal, sino a precautelar y otorgar a la mujer los medios necesarios para acceder de manera efectiva a la justicia. Así, entre las medidas se encuentran ordenar la salida, desocupación, restricción al agresor del domicilio conyugal o donde habite la mujer en situación de violencia, la prohibición al agresor de enajenar, hipotecar, preñar, disponer o cambiar la titularidad del derecho propietario de bienes muebles o inmuebles comunes, disponer la asistencia familiar a favor de hijas, hijos y la mujer, prohibir al agresor acercarse, concurrir o ingresar al domicilio, lugar de trabajo o de estudios, domicilio de las y los ascendientes o descendientes, o a cualquier otro espacio que frecuente la mujer, restituir a la mujer al domicilio del cual hubiere sido alejada con violencia, prohibir al agresor comunicarse, intimidar o molestar por cualquier medio o a través de terceras personas a la mujer que se encuentre en situación de violencia, así como a cualquier integrante de su familia, entre muchas otras.

Ahora bien, de acuerdo a la Ley 348 el Ministerio Público juega un rol esencial en cuanto debe garantizar un efectivo acceso a la justicia por parte de las mujeres, así el art. 61 de dicha Ley establece que las y los Fiscales de Materia que ejerzan acción penal pública en casos de violencia hacia las mujeres, deberán adoptar en el ejercicio de sus funciones “las medidas de protección que sean necesarias, a fin de garantizar a la mujer en situación de violencia la máxima protección y seguridad, así como a sus hijas e hijos, pedir a la autoridad jurisdiccional su homologación y las medidas cautelares previstas por ley, cuando el hecho constituya delito”.

El Tribunal Constitucional Plurinacional, ha asumido un entendimiento similar en la SCP 1961/2013, dentro de una acción de libertad interpuesta por una mujer víctima de violencia, que solicitó la tutela de su derecho a la vida y acceso a la justicia, entre otros. El Tribunal concedió la tutela invocada, estableciendo que de acuerdo al art. 32 de la Ley N° 348, las medidas de protección a las mujeres víctimas de violencia son de aplicación inmediata, y que en el marco del art. 61 de dicha Ley es el Ministerio Público quien debe adoptar las medidas de protección que sean necesarias, a fin de garantizar a la mujer en situación de violencia la máxima protección y seguridad, así como a sus hijas e hijos.

En síntesis, es evidente que en el marco de la Constitución y la Ley 348, el derecho de acceso a la justicia de las mujeres víctima de violencia no se agota con las existencia formal de leyes o normas específicas sino que implica que las mujeres puedan obtener una respuesta judicial efectiva frente a actos de discriminación y violencia, y comprende además, la obligación del Estado de hacer accesibles recursos judiciales sencillos, rápidos, idóneos e imparciales de manera no discriminatoria, para investigar, sancionar y reparar estos actos y prevenir la impunidad⁶⁹.

b) El acceso a la justicia de mujeres indígenas

Es evidente que las mujeres indígenas tienen una doble barrera a la hora de acceder a la justicia,



69 DOMINGUEZ HERNÁNDEZ, Claudia, Acceso a la Justicia Penal: Una aproximación a los estándares de los derechos humanos desde la perspectiva de género. Disponible en: http://www.equidad.scjn.gob.mx/biblioteca_virtual/doctrina/23.pdf

pues en primer término deben enfrentar todos los obstáculos que suponen para la mujer el acceder en igualdad de condiciones al sistema de justicia occidental, agravándose en la mayoría este acceso por la discriminación que además de ser mujeres enfrentan por su condición de indígenas y en segundo término porque padecen los mismos o talvez mayores obstáculos para tener acceso a la justicia dentro de sus sistemas propios de justicia, pues a pesar de que en las últimas décadas es innegable el avance en el reconocimiento nacional, regional e internacional de los derechos de los pueblos indígenas, este reconocimiento ha generado nuevas contradicciones que tienden a limitar el reconocimiento oficial de los derechos de los pueblos indígenas. Así se han invocado los derechos humanos y específicamente los derechos de las mujeres para limitar el ejercicio de la jurisdicción indígena.

A su vez en el Informe de Acceso a la justicia para las mujeres indígenas en América Latina se establece que si bien las instituciones de justicia comunitaria siguen siendo el primer punto de referencia para resolver los conflictos jurídicos de las mujeres en muchas comunidades, en algunos sitios las mujeres recurren a las instituciones de justicia estatales cuando sus propias autoridades indígenas no atienden sus demandas o ni siquiera escuchan sus quejas.

De acuerdo al referido Informe es novedoso como algunas las mujeres indígenas conocen los instrumentos de derechos humanos internacionales y a través de este conocimiento que acuden a la jurisdicción ordinaria como una forma de enfrentar las relaciones de poder desiguales al interior de sus propias comunidades; sin embargo de ello como señala la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la Violencia Contra la Mujer, es evidente que las mujeres en todas las sociedades se enfrentan a la dominación patriarcal y a la violencia, y los sistemas de justicia indígena pueden y con frecuencia lo hacen, discriminar a las mujeres y obstaculizar su acceso a la justicia del mismo modo que los sistemas de justicia oficiales lo hacen. Así la referida Relatora con referencia a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señaló que dicha Declaración no establecía qué recurso legal podría tener una mujer indígena, si es que lo tuviera, cuando tuviese que enfrentar una resolución de la jurisdicción indígena, en temas que se relacionan con sus asuntos internos y locales, y que estuviera dominado por hombres.

Sin embargo, es importante señalar que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en el art. 21, establece que los pueblos indígenas tienen derecho, sin discriminación, al mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales, entre otras esferas, en la educación, el empleo, la capacitación y el readiestramiento profesionales, la vivienda, el saneamiento, la salud y la seguridad social, añadiendo que los Estados adoptarán medidas eficaces y, cuando proceda medidas especiales para asegurar el mejoramiento continuo de sus condiciones económicas y sociales, prestándose particular atención a los derechos y necesidades especiales de **los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígena**.

El art. 22 de la misma Declaración establece, en el primer párrafo, **que se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas**. El segundo párrafo establece que “los Estados adoptarán medidas, conjuntamente con los pueblos indígenas, para asegurar que las mujeres y los niños indígenas gocen de protección y garantías plenas contra todas las formas de violencia y discriminación”. Finalmente, el art. 44 de la Declaración establece que “todos los derechos y las libertades reconocidas en la presente Declaración se garantizan por igual al hombre y a la mujer indígenas”.

De acuerdo a dichas normas, existen grupos de atención prioritaria al interior de los pueblos indígenas, siendo obligación del Estado, junto a los pueblos indígenas, adoptar medidas para garantizar los derechos y las necesidades de ancianos, mujeres, niños y jóvenes y personas con discapacidad, enfatizándose en que en temas de violencia y discriminación las mujeres y niños indígenas deben gozar de protección y garantías plenas. Estos lineamientos fueron asumidos en la Ley del Deslinde Jurisdiccional, en el art. 4 referido a Principios, pues entre ellos se encuentran el de Equidad e igualdad de género y el de igualdad de oportunidades.

Por otro lado, el art. 5 de la LDJ, referido a los derechos fundamentales y garantías constitucionales, que en el segundo párrafo reitera que todas las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente, respetan, promueven y garantizan el ejercicio de los derechos de las mujeres, su participación, decisión, presencia y permanencia, tanto en el acceso igualitario y justo a los cargos como en el control, decisión y participación en la administración de justicia.

También debe señalarse que el parágrafo III de la misma norma establece un límite en la aplicación de las sanciones en la jurisdicción indígena originaria campesina, que se desprende, precisamente, de la particular protección hacia los adultos mayores y las personas en situación de discapacidad, conforme a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de Pueblos Indígena. Dicha parágrafo establece que: **“Las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina no sancionarán con la pérdida de tierras o la expulsión a las y los adultos mayores o personas en situación de discapacidad, por causa de incumplimiento de deberes comunales, cargos, aportes y trabajos comunales.**

Finalmente, el parágrafo IV de la citada norma determina que todas las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente, prohíben y sancionan toda forma de violencia contra niñas, niños, adolescentes y mujeres, señalando que es ilegal cualquier conciliación respecto de este tema.

La jurisprudencia constitucional se ha pronunciado sobre la protección de estos grupos de atención prioritaria en la SCP 1422/2012 concretamente sobre la protección a la mujer, estableciendo parámetros para la interpretación intracultural favorable, conforme al siguiente razonamiento:

(...) el primer elemento del test del paradigma del vivir bien, se refiere a la armonía axiomática a la cual deben adaptarse todas las decisiones emergentes de la jurisdicción indígena originario campesina, en ese orden, considerando que toda decisión emanada de esta jurisdicción, en cuanto a sus fines y medios empleados, debe asegurar la materialización de valores plurales supremos entre los cuales se encuentran la igualdad, solidaridad y la inclusión, en ese orden, **al encontrarse las mujeres y la minoridad en condiciones de vulnerabilidad material razón por la cual, la doctrina constitucional los considera sectores de atención prioritaria, su protección reforzada, en mérito a la constitución axiomática, debe estar también asegurada en contextos intra e inter culturales, por tanto, el paradigma del vivir bien, en cuanto al análisis del primer elemento del test, implica el ejercicio de un control plural de constitucionalidad reforzado en relación a estos grupos vulnerables.**

Por lo expresado, en circunstancias en las cuales los actos denunciados como lesivos a derechos de mujeres o la minoridad en contextos intra e inter-culturales, el control plural de constitucionalidad, deberá asegurar la consolidación de los principios de igualdad, solidaridad e inclusión, a través de una ponderación reforzada a la luz de una pauta específica de interpretación: la interpretación intra-cultural favorable, progresiva y extensiva para estos sectores, a cuyo efecto, **se establece la vigencia del paradigma de la favorabilidad para las mujeres y minoridad**, al cual debe armonizarse la cosmovisión de todo pueblo y nación indígena originario campesino.

Por lo expresado, se tiene que cualquier decisión de la jurisdicción indígena originaria campesina que plasme medios o fines contrarios a los valores plurales supremos referentes a la igualdad, inclusión, solidaridad u otros y que afecten a estos sectores de protección prioritaria, deberán ser restituidos por el control plural de constitucionalidad, en aplicación del paradigma de favorabilidad para las mujeres y minoridad, en los términos precedentemente expuestos.

Sobre la base de dicha Sentencia, el Tribunal Constitucional Plurinacional, en la SCP 0323/2014 de 19 de febrero, resolvió un amparo constitucional en el que una mujer indígena solicitó tutela a sus derechos al debido proceso, a la petición y al derecho de propiedad, por cuanto las autoridades indígenas de su comunidad le obligaron a firmar un acta, cediendo a favor de éste último el 50% de sus tierras, amenazándole con revertirlas a dominio de la comunidad, argumentando que no tenía derecho a las mismas por su condición de mujer. El Tribunal Constitucional, aplicando el criterio de interpretación intracultural favorable, concedió la tutela solicitada.

c) Breve referencia al Código de las Familias y del Proceso Familiar

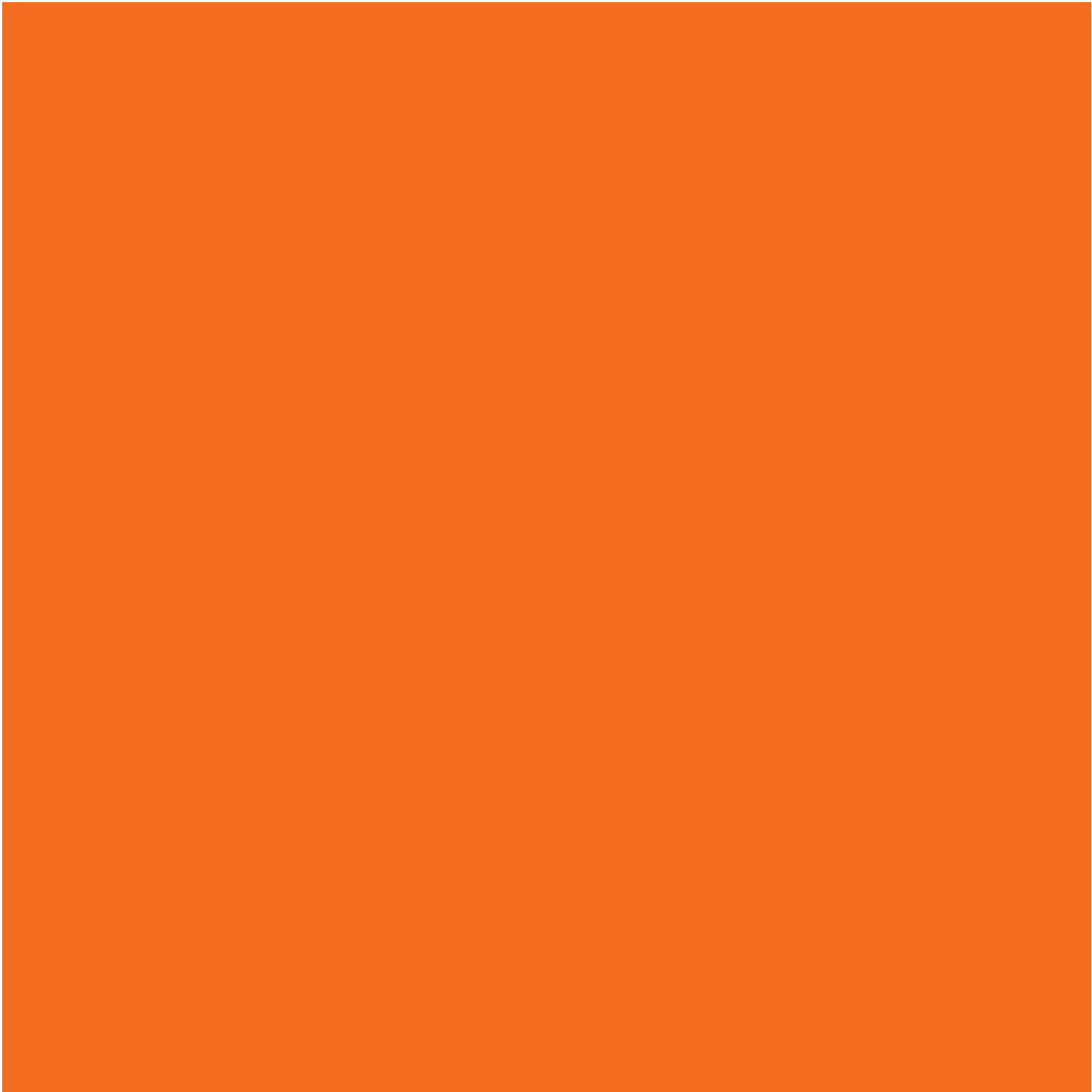
El Código de Familias y Proceso Familiar de 19 de noviembre de 2014 entrará en vigencia plena el 6 de agosto de 2015, entre los aspectos relevantes al tema que nos ocupa, se debe señalar, que si bien en el art. 173 establece la igualdad entre ambos cónyuges, el art. 6 que desarrolla los principios sobre los que se asienta el Código, establece la equidad de género y la igualdad de trato; sin embargo es importante precisar que la equidad no tiene la misma dimensión que la igualdad, ya que la equidad no es un derecho humano por lo cual no genera obligaciones para el

Estado y además no se encuentra transversalizado por la prohibición de la discriminación como ocurre con la igualdad.

Otro aspecto importante es el reconocimiento a la diversidad de familias que existen en nuestro contexto, que el Código reconoce en igualdad de condiciones, así el art. 2 señala que reconoce a las familias desde su pluralidad y el art. 4.IV establece que la protección que brinda el Estado a las familias no admite discriminación, en cuanto a que éstas puedan estar conformadas de diversas maneras, por madre e hijos, padre e hijos o incluso por otros integrantes de la familia.

La despatriarcalización también está presente en el Código, aunque tampoco como principio, sin embargo, es importante relevar lo previsto en el art.13.II del citado Código en cuanto a la libre elección del orden de apellidos de las hijas e hijos, con mutuo acuerdo de los progenitores y de la opción tanto de las madres como de los padres solteros de poder realizar la filiación a sola indicación del nombre del otro progenitor, quien será en todo caso quien deba demostrar que no existe vínculo sanguíneo. Norma que se encuentra en concordancia con el art. 65 de la Constitución. Finalmente el art. 13 del Código establece la obligación del Estado de garantizar la filiación materna, paterna o de ambos progenitores.

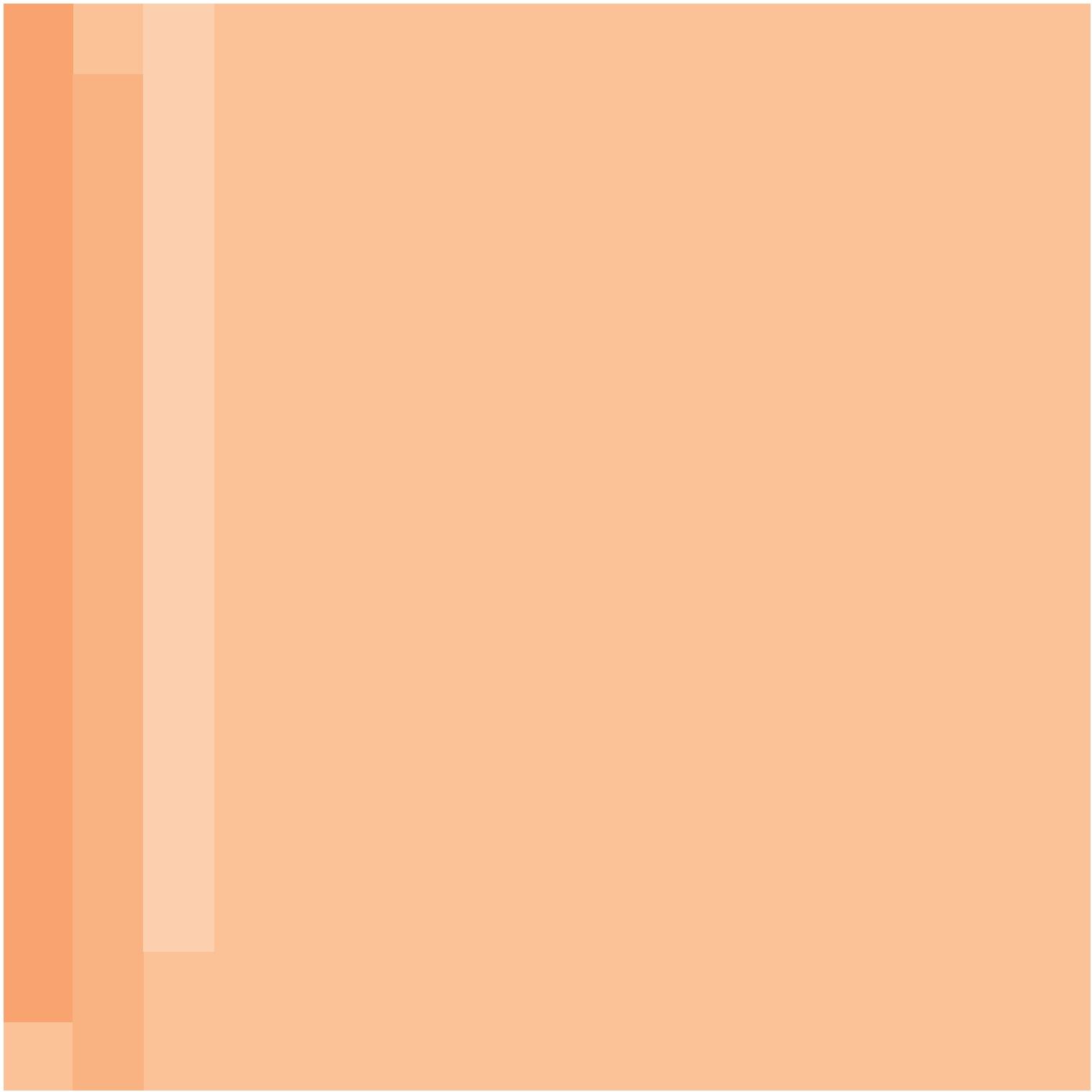
Por otro lado, el nuevo Código establece en su art. 206 el divorcio por desvinculación que procede en los casos que exista consentimiento y aceptación por ambos cónyuges, no existan hijas ni hijos o éstos sean mayores de 25 años, no existan bienes gananciales sujetos a registro y exista renuncia expresa a cualquier forma de asistencia familiar por parte de ambos cónyuges. Este divorcio se tramitará ante una Notaría de Fe Pública. **Otra norma importante es la referente a las uniones libres, prevista en el art. 137 establece que tanto el matrimonio como la unión libre conllevan iguales efectos jurídicos y se suprime el requisito previsto en el Código de Familia, aún vigente**, de demostrar la convivencia entre ambos cónyuges. Por último un aspecto relevante del código en análisis es el referente a la asistencia familiar, ya que este es uno de los ámbitos en que mayores problemas de acceso a la justicia tienen las mujeres. En ese sentido, es importante la extensión de esta obligación hasta los 25 años de edad de las hijas o hijos (art.109.II); las normas referentes a la asistencia familiar cuyos beneficiarios sean personas con discapacidad (art.109.IV y art.110); las normas que regulan la asistencia familiar, en especial las que establecen un monto mínimo por este concepto. (art.116.IV.); la protección reforzada a la otorgación de asistencia familiar (art.127, etc.)





CAPÍTULO CUATRO

La perspectiva de género en la administración de justicia



CAPÍTULO IV

LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

1. Breve referencia al rol de las juezas y jueces a partir de nuestro modelo de Estado

La evolución de la cultura jurídica de una sociedad, se traduce en la correspondiente evolución de la interpretación del Derecho por los jueces⁷⁰. De esta forma es evidente, que a partir del constitucionalismo contemporáneo el rol interpretativo del juez ha dejado de ser como decía Montesquieu: la boca que pronuncia las palabras de la ley, para pasar a convertirse en la última instancia en quien se deposita la confianza para una posible racionalización de la convivencia colectiva⁷¹. Esta situación ha ocasionado una profunda crisis de la ley, que de acuerdo a nuestro modelo de Estado puede ser explicada de acuerdo a lo siguiente:

a) El principio de supremacía constitucional

De acuerdo al cual todas las disposiciones legales deben estar subordinadas a la Constitución Política del Estado, tanto en el aspecto formal, es decir en cuanto a su forma de producción,



70 LÓPEZ GUERRA L., “La Paradoja del Poder Judicial. Algunas Consideraciones respecto del caso español”, disponible en <http://www-en.us.es/cidc/Ponencias/judicial/lopezGUERRA.pdf>, consultado el 4 de noviembre de 2009.

71 DE VEGA GARCÍA P., “Jurisdicción Constitucional y Crisis de la Constitución”, op. cit., p. 113.

como en el aspecto material, vinculado al respeto a los valores, principios, derechos y garantías; lo que supone que, ante la infracción tanto del procedimiento legislativo como de los contenidos materiales de la Constitución Política del Estado, es posible que dichas disposiciones legales sean cuestionadas ante el Tribunal Constitucional Plurinacional a través de las acciones de inconstitucionalidad previstas en la Constitución Política del Estado y en caso de constatarse su inconstitucionalidad, sean expulsadas del ordenamiento jurídico.

Pero independientemente de la labor específica y concentrada que realiza el Tribunal Constitucional Plurinacional en el ámbito del control normativo de constitucionalidad, es evidente que los jueces de las diferentes jurisdicciones, también efectúan un control de las disposiciones legales antes de aplicarlas; pues, tienen la obligación de analizar si dichas normas son compatibles con la Constitución Política del Estado y las normas del bloque de constitucionalidad para, en su caso, interpretarlas conforme a dichas normas o, de no ser posible dicha interpretación, formular ante el Tribunal Constitucional Plurinacional, de oficio, la acción de inconstitucionalidad concreta⁷².

Al respecto es importante precisar que los jueces no pueden aplicar la ley en desmedro de la Constitución, basándose en el principio de presunción de constitucionalidad⁷³, ya que este principio no implica aplicar normas contrarias a la Constitución Política del Estado, menos aun cuando de acuerdo al art. 410 de la Constitución y el art. 15 de la Ley del Órgano Judicial, las juezas y jueces deben aplicar con carácter preferente la Constitución Política del Estado.

b) La vinculatoriedad de los precedentes

Otro elemento que determina la crisis de la ley es la vinculatoriedad de los precedentes que tiene íntima relación con el derecho de igualdad procesal pues se entiende que los jueces al



72 SAUMA Mónica Gabriela, Interpretación Constitucional, Centro de Estudios de Posgrado de la Universidad Mayor, Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca, 2013.

73 Dicha norma señala: “Se presume la constitucionalidad de toda norma de los Órganos del Estado en todos su niveles, en tanto el Tribunal Constitucional Plurinacional no declare su inconstitucionalidad”.

aplicar las normas a un caso concreto interpretan las normas jurídicas y de esta forma crean precedentes que deben ser aplicados a casos análogos, es decir a casos que tengan supuestos fácticos similares.

El carácter vinculante de los precedentes es común a toda la labor jurisdiccional, no obstante, existen determinadas resoluciones, cuyo carácter vinculante está expresamente reconocido en el texto constitucional y otras normas de desarrollo; tal es el caso de las resoluciones del Tribunal Constitucional Plurinacional⁷⁴ y de la doctrina legal aplicable de la Corte Suprema de Justicia en materia penal⁷⁵.

c) La pluralidad de fuentes normativas

De acuerdo a nuestro modelo de Estado con autonomías, la facultad legislativa, en el ámbito de sus competencias, recae tanto en el nivel central del Estado como en las autonomías departamentales, municipales y en las autonomías indígena originario campesinas; lo que implica que la Asamblea Legislativa Plurinacional no es la única que detenta la facultad de crear normas, sino que esta labor es compartida, en un plano de igualdad, de acuerdo a las competencias, por las diferentes autonomías.

También debe hacerse mención a las naciones y pueblos indígena originario campesinos que, independientemente a si están constituidas en autonomía indígena originaria campesina, tienen derecho a ejercer sus sistemas jurídicos, que comprende el reconocimiento de sus normas, procedimientos, instituciones y autoridades; en el marco del pluralismo jurídico igualitario, hacia la búsqueda de un sistema jurídico plural, cuya cúspide y fuente normativa por excelencia es la Constitución Política del Estado.

Las causas anotadas implican un cuestionamiento de la ley, del positivismo jurídico, pues ésta ya no es la única ni suprema fuente del derecho, sino que, por una parte, es la Constitución la



74 Art. 203 de la CPE, art. 15 del CPCo.

75 Art. 420 del CPP.

fuerza de ley, y por otra, es ella la que establece las fuentes normativas reconocidas constitucionalmente, que como se ha visto, son plurales.

Por tanto, la ley entendida formalmente, como emanada de la Asamblea Legislativa Plurinacional, resulta insuficiente, en muchos casos, para la resolución de los conflictos por parte del juez, que tendrá que acudir a normas de diferentes niveles de gobierno, a la jurisprudencia y a las normas de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos pero además y, esto es lo fundamental, está obligado a contrastar todas esas disposiciones legales con la Constitución Política del Estado y las normas del bloque de constitucionalidad, aplicando, además, los criterios de interpretación constitucionalizados tratándose derechos humanos y fundamentales; pues bajo el nuevo diseño constitucional, el derecho es válido por su conformidad con la norma fundamental y las normas del bloque de constitucionalidad⁷⁶.

En el contexto descrito la labor de las juezas y jueces se redimensiona, pues tiene que someter a control permanente las disposiciones legales a aplicar para determinar su compatibilidad con la norma suprema y las normas del bloque de constitucionalidad.

De esta forma las y los operadores de justicia pasan de estar sometido a las leyes, para ahora estarlo a la Constitución, en ese entendido, sólo podrán aplicar las leyes si éstas guardan concordancia con la Constitución y las normas del bloque de constitucionalidad, en el marco del pluralismo jurídico igualitario, adoptando, además, criterios interculturales o plurales de interpretación.

El Tribunal Constitucional Plurinacional, ha desarrollado la labor de las juezas y jueces a partir de nuestro modelo de estado, de la siguiente manera:

En efecto, la verificación de las teorías y conceptos del neoconstitucionalismo, el Estado Constitucional o el constitucionalismo “fuerte”, en su concepción como una nueva teoría general del derecho, hace que sea posible afirmar que la Constitución, lleva implícito en todo su texto “la característica de Estado



76 SAUMA Mónica Gabriela, op.cit.

Constitucional”, pero además, “Plurinacional e intercultural” traspasado por la “Unidad de Estado o Estado Unitario”.

De ahí que la Constitución de 2009, inicia un constitucionalismo sin precedentes en su historia, que es preciso comprender para construir, hilar una nueva teoría jurídica del derecho boliviano, en una secuencia lógica que va desde la comprensión de este nuevo derecho hasta los criterios para su aplicación judicial. Esto debido al nuevo modelo de Estado ínsito en el texto constitucional.

La transformación de este constitucionalismo, hasta tomar la forma de plurinacional e intercultural en este nuevo paradigma de Estado, si bien está en la Constitución, empero deberá construirse, con un rol preponderante de los jueces a través de su labor decisoria cotidiana⁷⁷.

2. La perspectiva de género como Método de Análisis del Derecho

La perspectiva de género es un método jurídico que tiene como finalidad detectar la presencia de tratos diferenciados basados en el sexo, el género o las preferencias/orientaciones sexuales-, y determina si dicho trato es necesario y, por lo tanto, legítimo, o si, por el contrario, es arbitrario y desproporcionado y, por lo tanto, discriminatorio⁷⁸.

En este orden, la perspectiva de género cuestiona el paradigma de único “ser humano neutral y universal”, basado en el hombre blanco, heterosexual, adulto, sin discapacidad, no indígena, y en los roles que a dicho paradigma se atribuyen. Es por eso que no se trata de un método enfocado únicamente a las mujeres, sino una estrategia que permite ver a las personas en su diversidad de contextos, necesidades y autonomía y permite entre otras:



77 SCP 112/2012 de 27 de abril.

78 Método de análisis del Derecho creado por Olga Sánchez Cordero, a partir de las recomendaciones efectuadas por la Corte Interamericana a México en la Sentencia denominada “Campo Algodonero” y en el cual se basa el Protocolo para juzgar con perspectiva de género que aplica la Suprema Corte de Justicia de México.

- i. Visibilizar la asignación social diferenciada de roles y tareas en virtud del sexo, género o preferencia/orientación sexual;
- ii. Revelar las diferencias en oportunidades y derechos que siguen a esta asignación;
- iii. evidenciar las relaciones de poder originadas en estas diferencias;
- iv. Cuestionar los impactos diferenciados de las leyes y políticas públicas basadas en estas asignaciones, diferencias y relaciones de poder,
- v. Determinar en qué casos un trato diferenciado es arbitrario y en qué casos es necesario, etc.

La perspectiva de género como categoría de análisis del derecho que tiene tres objetivos centrales: 1) Visualizar la asignación social diferenciada de roles y tareas para hombres y mujeres en virtud de su género, sexo preferencia/orientación sexual; 2) Establecer cómo esta asignación social repercute en las diferentes oportunidades y derechos entre mujeres y hombres y 3) Descubrir las relaciones de poder originadas en esta asignación social diferenciada.

De esta forma la importancia de la perspectiva de género como método de análisis del derecho es que está orientada a realizar un análisis a partir del cual puedan determinarse relaciones asimétricas de poder y situaciones estructurales de desigualdad, sin importar la etapa del proceso y en cualquier materia, ya sea penal, civil, administrativa, constitucional, laboral, etc., con la finalidad de garantizar el derecho efectivo a la igualdad entre mujeres y hombres pero no desde una perspectiva formal que se agota en la igualdad de trato, en el entendido de que no es suficiente que los derechos humanos se garanticen de manera idéntica a todos los miembros de una comunidad, sino que necesariamente se deberá tomar en cuenta los factores de desigualdad real existentes en determinado contexto con la finalidad de adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar esos obstáculos y deficiencias, de lo contrario: "... si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas"⁷⁹.



⁷⁹ Corte IDH., Opinión Consultiva OC-16/99, del 1 de octubre.

En este contexto la perspectiva de género como método de análisis nos permite preguntarnos por los impactos diferenciados de las leyes y las políticas públicas según estas asignaciones, relaciones de poder y diferencias, estableciendo las estrategias que puedan resultar adecuadas para evitar el impacto de la discriminación.

En la práctica, la perspectiva de género implica realizar una serie de interrogantes que podrán ser modificadas de acuerdo al caso en análisis y que están vinculadas a las fases del proceso. Así, en una primera fase se analizan las cuestiones previas del proceso, en una segunda, la determinación de los hechos e interpretación de la prueba, en la tercera, la determinación del derecho aplicable, en una cuarta, la argumentación y, finalmente, en una quinta fase, la reparación del daño; obviamente que estas fases podrán ser modificadas de acuerdo al caso planteado y al estado del mismo; sin embargo, aún en los supuestos que cuenten con sentencia o resolución final, es posible analizar las diferentes resoluciones emitidas a partir de dichos parámetros que en definitiva se constituyen en herramientas para determinar en qué medidas se han respetado los derechos de las mujeres, en especial, el derecho de acceso a la justicia.

En todas estas fases es preciso:

1. Cuestionar una posible y supuesta neutralidad de las normas escritas en un lenguaje imparcial
2. Examinar la concepción de sujeto que subyace en la norma y las visiones estereotípicas que puedan sostener la misma
3. Establecer el impacto diferenciado de estas normas para determinados sujetos y en determinados contextos
4. Aplicar la norma e interpretación que más proteja a la persona que se pueda encontrar en una situación de desventaja o discriminación estructural.

3. ¿Qué implica juzgar con perspectiva de género?

Juzgar con perspectiva de género implica hacer realidad el derecho a la igualdad y el acceso a la justicia de todos los seres humanos, sin discriminación y en ese marco al juzgar con perspectiva

de género se da cumplimiento a un mandato constitucional y convencional de combatir la discriminación por medio de la labor jurisdiccional.

En este sentido todas las autoridades jurisdiccionales, a partir de lo previsto en los arts. 8 y 9 de la Constitución Política del Estado están obligadas a interpretar el derecho en función del principio de igualdad y no discriminación para lo cual es necesario que adopten una metodología específica de análisis del derecho que incluya una perspectiva de género, con la finalidad de verificar si existe una situación de discriminación, violencia o vulnerabilidad que, por cuestiones de género, impida el acceso a la justicia de manera eficaz e igualitaria. Para ello, las autoridades jurisdiccionales debe tomar en cuenta lo siguiente:

- i. Identificar primeramente si existen situaciones de poder que por cuestiones de género den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia;
- ii. Cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género;
- iii. Cuando el material probatorio no sea suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones;
- iv. En caso de detectarse la situación de desventaja por cuestiones de género, cuestionar la neutralidad del derecho aplicable, así como evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta para buscar una resolución justa e igualitaria de acuerdo al contexto de desigualdad por condiciones de género;
- v. Aplicar los estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas;
- vi. Considerar que el método exige que, en todo momento, se evite el uso del lenguaje basado en estereotipos o prejuicios, por lo que debe procurarse un lenguaje incluyente con el objeto de asegurar un acceso a la justicia sin discriminación por motivos de género⁸⁰.



80 Corte Suprema de Justicia de la Nación, Amparo directo en revisión 2655/2013. 6 de noviembre de 2013. México.

4. Especial mención a la argumentación con perspectiva de género

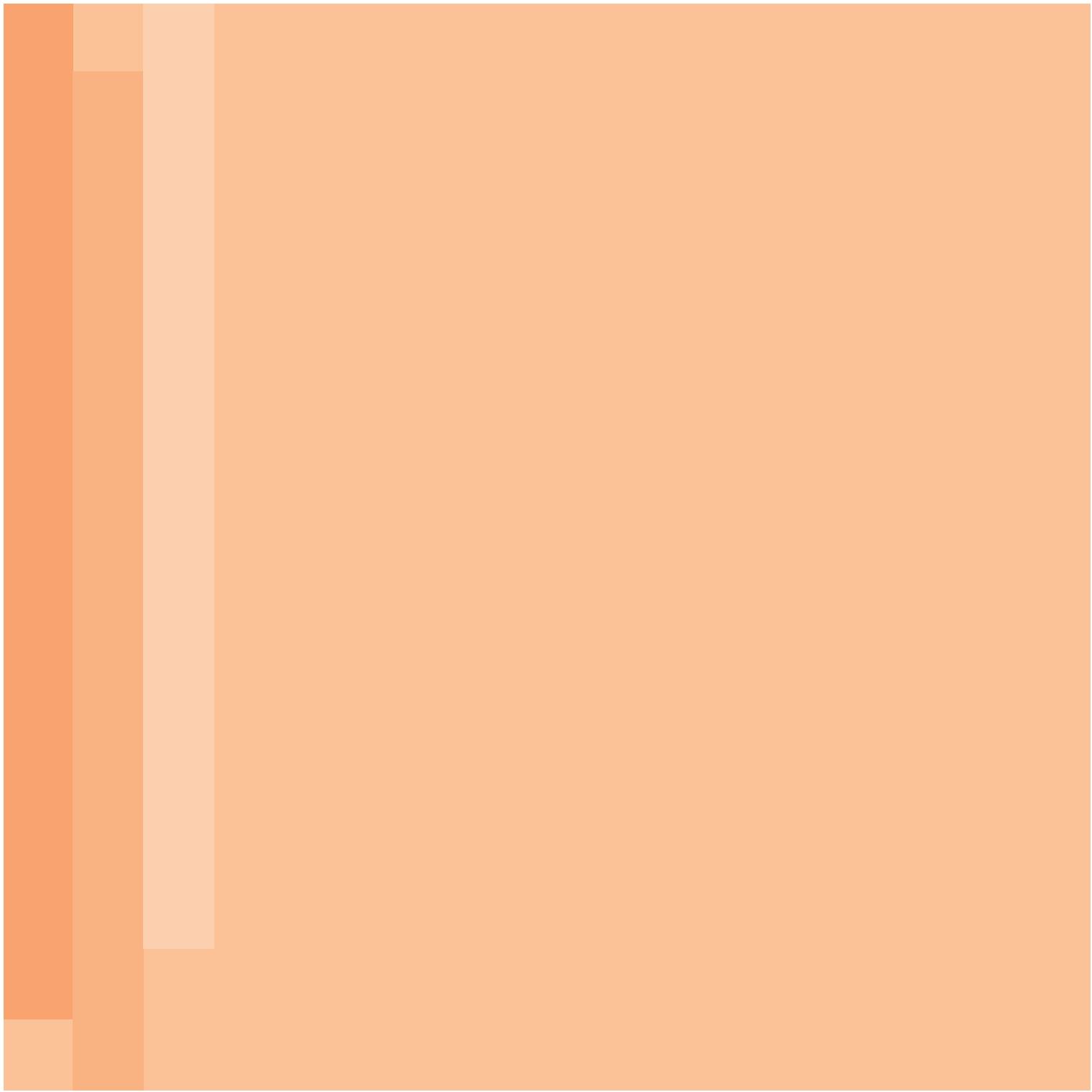
La argumentación jurídica forma parte del proceso interpretativo-aplicativo del Derecho y en este sentido ésta es fundamental en la actividad jurisdiccional, toda vez que las juezas y jueces utilizan argumentos para motivar y fundamentar sus decisiones, es por ello imprescindible que toda resolución judicial esté debidamente justificada y es precisamente a través de la debida argumentación que se puede determinar la racionalidad de la resolución judicial.

Ahora bien, como señalamos precedentemente, para efectuar una debida argumentación es preciso también utilizar un lenguaje inclusivo que resguarde el derecho a la igualdad de todas las personas, en ese ámbito la aplicación de la perspectiva de género en el ejercicio argumentativo de quienes operan el Derecho es una forma de garantizar el derecho a la igualdad y de hacer que se manifieste como un principio fundamental en la búsqueda de soluciones justas, además que debido al carácter vinculante de los precedentes la argumentación con perspectiva de género son la vía para adaptar las normas jurídicas a nuevas realidades y necesidades sociales, y colocan el quehacer jurisdiccional más allá del caso concreto⁸¹.

En este sentido, los operadores jurídicos están obligados a interpretar las leyes y argumentar sus resoluciones con un lenguaje libre de sesgos de género ya que es indudable que el sesgo de género es una de las barreras más importantes que impide garantizar el derecho de acceso a la justicia de las mujeres, lo que decanta en la lesión de ese derecho por parte del Estado y, por otra parte, implica una clara lesión al art. 1 de la CADH y del art. 1 de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en la medida en que sobre la base de estereotipos se discrimina a la mujer restringiendo el derecho de acceso a la justicia y, por la falta de diligencia debida del Estado se lesionan otros derechos conexos, como el derecho a la vida, integridad física o personal y la dignidad.



81 Ortega, Adriana; Serrano, Sandra, Larrea, Regina y Arjona, Juan Carlos, Herramientas para una comprensión amplia de la igualdad sustancial y la no discriminación, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México 2011. p.20 a 21.



A MODO DE CONCLUSIÓN

El punto de llegada: La igualdad desde la diferencia como presupuesto para garantizar el acceso a la justicia de las mujeres

‘Como hemos venido insistiendo a lo largo de estas páginas la igualdad desde la perspectiva de los derechos humanos, no es una declaración de buenas intenciones ni una aspiración o esperanza de un futuro mejor, sino un derecho humano que el Estado debe reconocer, proteger y garantizar a todos los seres humanos, para lo cual en primer término es preciso eliminar la idea de la igualdad como semejanza y construir la igualdad desde la diferencia. En el entendido de que la primera, es decir la igualdad desde la semejanza se agota con el trato idéntico; en cambio la igualdad desde la diferencia o igualdad sustantiva requiere de medidas, que no solamente eliminen normativamente toda discriminación contra las mujeres, sino que demanda una nueva lectura de la igualdad en sentido de que todos los seres humanos somos igualmente diferentes, por lo que la igualdad entre hombres y mujeres no significa el igualar a las mujeres con los hombres sino “reparar” los niveles de subordinación a los que históricamente hemos estado sometidas las mujeres, a través de tratos preferentes, en algunos casos y principalmente mediante la reconstrucción de políticas, leyes, instituciones, etc. desde la perspectiva de género para que así el referente del ser humano no sea solamente el hombre sino también la mujer.

Este nuevo entendimiento de la igualdad es evidente que impactará en el efectivo acceso a la justicia de las mujeres que ha sido entendido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como un derecho humano fundamental que involucra tanto el deber estatal de proveer un servicio público, como el ejercicio de un derecho. Visto así, el acceso a la justicia debe ser un servicio público que el estado debe garantizar a todos los habitantes de su territorio

“sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, lo cual a partir de la nueva lectura de la igualdad no quiere decir que la obligación del Estado reside en garantizar un servicio público exactamente igual para todas las personas, sino que el Estado debe, como lo establece la CEDAW, dejar de hacer o no permitir todo aquello que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el ejercicio por la mujer, del derecho humano al acceso a la justicia⁸².”



82 FACIO MONTEJO Alda, El Acceso a la justicia desde la perspectiva de género, Ponencia en el Seminario sobre Acceso a la Justicia efectuado en Costa Rica el 5 de diciembre de 2000. Disponible en: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/icap/unpan030636.pdf>

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- ARROYO VARGAS Roxana, Acceso a la justicia para las mujeres. El laberinto androcéntrico del derecho. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26673.pdf>
- FACIO MONTEJO Alda, El principio de igualdad ante La Ley. Disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t_20100304_05.pdf
- FACIO MONTEJO Alda y FRIES Lorena (Editoras). Feminismo, Género y Patriarcado. En Género y Derecho. Colección Contraseña. Washington. 1999.
- FACIO Alda, El concepto de Igualdad, Revista Méthodhos, de investigación aplicada en Derechos Humanos de la CDHDF, N° 6, enero-junio 2014.
- HUERTA GUERRERO Luis Alberto, El Debido Proceso en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (análisis del artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), disponible en <http://www.procesal1-catedra2.com.ar/sites/procesal1-catedra2.com.ar/files/CIDH-debido%20proceso%20constitucional.pdf>
- PALACIOS ZULOAGA Patricia, El Camino a la Justicia de Género en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos, Santiago de Chile, mayo de 2007.

- RIVERA CUSICANQUI, Silvia, La noción de “derecho” o las paradojas de la modernidad postcolonial: indígenas y mujeres en Bolivia, Disponible en: <http://www.uasb.edu.ec/padh/revista11/articulos/silvia%20rivera.htm7>
- RIVERA CUSICANQUI, SILVIA, Violencias encubiertas en Bolivia Violencias (re) encubiertas en Bolivia, Editorial La Mirada Salvaje, diciembre de 2010.
- SALMÓN, Elizabeth y BLANCO Cristina, El Derecho al Debido Proceso en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Primera edición, 2012.
- ZAGREBELSKY Gustavo, El Derecho Dúctil, Editorial Trotta, Madrid, 2007

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES CITADOS

SISTEMA UNIVERSAL

- Declaración Universal de los Derechos Humanos
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

SISTEMA INTERAMERICANO

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
- Convención Americana de Derechos Humanos
- Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convencion de Belem do Para”

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia del 29 de julio de 1988, (Fondo). Disponible en: http://www.tc.gob.pe/corte_interamericana/seriec_01_esp.pdf
- Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf
- Caso Fernández Ortega y otros vs. México, Sentencia de 30 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf
- Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, Sentencia del 31 de agosto de 2010, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf
- Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf
- Opinión Consultiva OC-11/90, del 10 de agosto de 1990. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/173/48.pdf>
- Opinión Consultiva SOLICITADA POR LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Condición Jurídica y Derechos De Los Migrantes Indocumentados, OC- N° 18/03de 23 de septiembre de 2003, párr. 121. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- Informe sobre la Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: El derecho a no ser objeto de violencia y discriminación de 7 de marzo de 2003.

- Informe sobre el acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas de 20 de enero de 2007.
- Informe sobre el acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, septiembre de 2007.

PETICIONES INDIVIDUALES

- Caso Raquel Martin de Mejía-Perú, Informe de 1 de marzo de 1996
- Caso Diana Ortiz- Guatemala, Informe de 16 de octubre de 1996
- Caso Dayra María Levoyer Jiménez-Ecuador, Informe de 7 de marzo de 2000
- Caso María Da Penha Maia Fernandes-Brasil, Informe de 16 de abril de 2001

LEGISLACION INTERNA

- Constitución Política del Estado
- Código Penal
- Ley 348, Ley Integral para garantizar a las mujeres una vida libre de violencia, de 9 de marzo de 2013
- Código de Familias y Proceso Familiar

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL:

Página web: <http://www.tcpbolivia.bo/tcp/index.php>

- SCP 0140/2012 de 9 de mayo
- SCP 112/2012 de 27 de abril

- SCP 1898/2012 de 12 de octubre
- SCP 0033/2013 de 4 de enero
- SCP 0281/2013 de 13 de marzo
- SCP 1075/2003 de 24 de julio
- SCP 1905/2013 de 29 de octubre
- SCP 2170/2013 de 21 de noviembre

LECTURAS RECOMENDADAS

Se recomienda la lectura de toda la Bibliografía mínima propuesta y además para reflexionar sobre lo aprendido ver los siguientes videos:

- Inés y Valentina: Dignidad y Justicia”, documental ganador del concurso “Género y Justicia” 2010 en la categoría Documental. Justicia” 2010 en la categoría Documental Disponible en: <http://youtu.be/jRf1CHcDpw8>
- Video “Equals” de la campaña por el Día Internacional de la Mujer. Dirigido por Sam Taylor-Wood. Disponible en: <http://youtu.be/wSJhkSUC-10>
- Video que le invitamos “Friends, roles y estereotipos”. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=7OuAvC05wTk>

www.auditoriajudicialandina.org
www.fundacionconstruir.org

Socios:



Bolivia



Colombia



Chile



Ecuador



Comisión Andina
de Juristas

Perú

Este proyecto está cofinanciado por la Embajada de Canadá y la Unión Europea