

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

Oscar Andrés Pazo Pineda*

Resumen. - En el presente artículo se analiza la evolución de la protección de los derechos fundamentales de las mujeres. Se iniciará examinando las razones que han conducido a una discriminación de carácter histórico en su contra, y, posteriormente, se analizarán las medidas que, progresivamente, se han introducido en el ámbito estatal e internacional con la finalidad de incentivar un trato igualitario respecto de los hombres.

Abstract. - This article analyzes the evolution of the protection of the fundamental rights of women. It will begin by examining the reasons that have led to historical discrimination against them, and subsequently the measures that have been progressively introduced at the state and international level in order to encourage equal treatment with respect to men.

Palabras clave. - Igualdad - Derechos de la mujer - Derechos Fundamentales

Keywords. - Equality - Women's rights - Fundamental Rights

* Doctor en Derecho por la PUCP. Docente de Derecho Constitucional Comparado en la USMP y de Sistema Romano Germánico y Common Law en la PUCP. Ha sido docente de Derecho Constitucional Comparado en la UNMSM. Especialista en Justicia Constitucional por la Universidad Castilla La Mancha (España) y en la Universidad de Pisa (Italia). Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

I. Introducción

En las últimas décadas, ha sido usual que, en el ámbito comparado, existan múltiples referencias a la idea que las políticas estatales deben desenvolverse con “enfoque de género”. La introducción del “género” como categoría planteó, como bien ha anotado Sara Beatriz Guardia, “la necesidad de deconstruir jerarquías absolutas, identificar la opresión femenina, y poner al descubierto los espacios femeninos, los modos de vida particulares de las mujeres, las prácticas culturales que les pertenecían a ellas y no a los hombres”¹ (Guardia, 2019, p. 355).

En líneas generales, la postergación de la mujer en la estructura de diversas sociedades partía de la dicotomía entre lo público y lo privado. En una estimable cantidad de casos, las mujeres eran relegadas al hogar, mientras que los hombres tenían la oportunidad de desenvolverse en el ámbito público, lo cual no solo suponía el acceso a los principales cargos públicos, sino también a un notorio acaparamiento en el ámbito educativo y laboral. Por ello, se ha sostenido que “[l]as posibilidades ciudadanas en general y las de las mujeres en particular, guardan estrecha relación con las características del mundo público. El goce de los derechos por un lado exige una discursividad política en un medio de iguales, al menos de personas separadas de instancias religiosas y de sangre”² (Mannarelli, 2020, p. 70).

Esto obedece al desarrollo de una estructura histórica de discriminación y postergación de las mujeres. Por lo general, el establecimiento de las instituciones políticas y sociales y las pautas para su desenvolvimiento partían de la premisa de la superioridad del hombre respecto de la mujer. Se puede advertir, por ejemplo, lo que ocurría en la antigua Grecia. Sobre ello, como hace recordar Laura Sancho, la institución del matrimonio en Atenas estaba destinada, principalmente, a procrear ciudadanos. Por ello, se mencionaba lo siguiente:

[e]l honor mayor al que una mujer podía aspirar era el de parir ciudadanos, fenómeno que se acentúa tras la introducción de la ley de ciudadanía (451 a.C) que exige que para mantener el estatus de ciudadano (*astós, polítes*) sea preciso que también la madre sea ciudadana (*asté, polítis*). Los matrimonios eran un acuerdo entre las familias [...]. La novia era entregada al marido y a su *oikos* a una edad temprana, apenas pasada la pubertad, mientras el varón solía estar en torno a la treintena. De este modo, se buscaba preservar la virginidad de las mujeres y asegurar la legitimidad de la descendencia. Esta práctica implicaba, como es lógico, que la tutela de la mujer estaba

¹ GUARDIA, Sara (2019). *Historia de las mujeres: un derecho conquistado*. En: Rosas, Claudia (Editora). Género y mujeres en la historia del Perú. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 355.

² MANNARELLI, Mariemma (2020). *La domesticación de las mujeres*. Patriarcado y género en la historia peruana. Lima: La Siniestra Ensayos, p. 70.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

encomendada siempre a un varón: el padre, el marido o el hermano³ (Sancho, 2021, p. 174).

Similares consideraciones pueden formularse respecto de la situación en Roma, escenario en el que, como se conoce, se configuraron y evolucionaron una importante cantidad de instituciones del derecho que permanecen incluso en la actualidad. Por ejemplo, se prohibía contraer matrimonio a la viuda antes de que transcurran diez meses desde la muerte de su marido, lo cual fue extendido para el divorcio. También se prohibía el matrimonio de la adúltera con su cómplice por lo dispuesto en la *lex Iulia de adulteris*. La razón “detrás de estas disposiciones es evidente: se trata de evitar casos en que la paternidad pudiera resultar incierta. Tanto es así que la prohibición cesa cuando la mujer que hubiere quedado encinta de su anterior marido, pariera⁴ (Miquel, 2016, p. 172).

De similar forma, existen múltiples ejemplos en los que resulta posible advertir que la legislación estaba configurada bajo la premisa del rol reproductor que le era atribuido a la mujer, y que, de hecho, esto suponía que se le condicionaba al ejercicio de ciertos derechos si es que no cumplía con este propósito. Así, la “*Lex Iulia* y la *Papia Poppaea* (que forman la legislación caducaria) declararon libres de tutela a las mujeres ingenuas (las que nacían libres) que tuviesen tres hijos y a las *libertas* con cuatro, dichas leyes expedidas por Augusto tenían como fin el aumento de la población en Roma⁵ (Huber, 2005, pp. 281 y 282).

En general, este contexto propio del mundo antiguo y de la Edad Media también se vio influenciado por cuestiones religiosas. Sobre ello, anota lo siguiente Francisco Diez de Velasco:

[l]as religiones tradicionales, nacidas en la época en la que la economía giraba en torno a la agricultura y sus posibilidades multiplicadas de crecimiento demográfico (y que se consolidaron a la par que se potenciaban modelos sociales expansivos), otorgan a las mujeres un papel que maximiza los valores simbólicos de la reproducción, potenciando la identificación como madres, sublimando modelos maternos ejemplares de figuras divinas o sobrenaturales⁶ (Diez de Velasco, 2005, p.167 y 168).

De hecho, aunque se sostiene que, en la Edad Media, la Iglesia Católica de cierta forma había contribuido a la revalorización de la mujer con su teología particular, lo cierto es que, en lo jurídico, se produjo un retroceso importante, lo cual obedecía a prácticas como que la esposa del soberano tiene que situarse siempre detrás de su marido, a la restricción de la herencia a la línea sucesoria masculina, o al hecho

³ SANCHO, Laura (2021). *El nacimiento de la democracia*. El experimento político ateniense. Barcelona: Ático de los Libros, p. 174.

⁴ MIQUEL, Joan (2016). *Derecho Romano*. Madrid: Marcial Pons, pp. 281 y 282.

⁵ HUBER, Francisco (2005). *Derecho Romano I*. México D.F: Iure Editores, p. 172.

⁶ DIEZ DE VELAZCO, Francisco (2005). *La historia de las religiones: métodos y perspectivas*. Madrid: Akal S.A, p. 167 y 168.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

que el derecho canónico prescriba la subordinación de la mujer respecto del hombre, y ello en la lógica que ella asuma un papel doméstico⁷.

El mundo germánico tampoco fue una excepción, ya que se identificaron prácticas de “compra” de mujeres, el cual era un negocio al contado en el que la voluntad de la novia era irrelevante. En ese sentido, se ha señalado que “[e]l robo de una mujer no tenía por sí fuerza constitutiva de un matrimonio. Sin embargo, con asentimiento de la raptada podía convertirse en barraganía y llegar incluso a ser matrimonio con *mundium* por subsiguiente acuerdo con el tutor”⁸ (Brunner, 1936, p. 225). En la India, el conocido Código de Manú también perjudicó a las mujeres. Se señalaba, sobre este punto, que “[u]na niña, una joven o una mujer de avanzada edad no deben nunca hacer nada por su propia voluntad, ni siquiera en su casa”⁹. Se consideraba, además, que la plena liberación de una mujer solo se materializaba si es que esta rencarnaba en un varón”¹⁰ (Lenoir, 2008, p. 154).

II. Desarrollo del principio de igualdad en el derecho constitucional comparado, y su especial incidencia en los derechos de la mujer

Esta situación se mantuvo durante una considerable cantidad de tiempo. De hecho, diversos autores paradigmáticos en lo que se refiere a la época de la ilustración y del surgimiento del constitucionalismo liberal también justificaban en algunas de sus obras la situación en la que se encontraban las mujeres¹¹. Al respecto, Martha Nussbaum se ha referido al caso de pensadores como David Hume, John Lock e Immanuel Kant.

En el caso de Hume, recuerda que, según este pensador, las mujeres estaban expuestas a una gran desigualdad por su debilidad física, lo que les podía generar problemas de no reconocimiento como sujetos de justicia. Sin embargo, también sostenía que “las mujeres logran por medio de la seducción que los hombres les dejen tomar parte en todos los derechos y privilegios de la sociedad”¹² (Nussbaum, 2012, p. 64). En el caso de Kant, se señala que, en el diseño de la idea del contrato social, se postula la idea que existen ciudadanos en la sociedad que no son partes contratantes activas y que no se caracterizan por la independencia, y se refiere a

⁷ KUNG, Hans (2019). *El Islam. Historia, presente y futuro*. Madrid: Editorial Trotta, p. 624.

⁸ BRUNNER, Heinrich (1936). *Historia del Derecho Germánico*. Barcelona: Editorial Labor S.A, p. 225.

⁹ *Ibid.*, pp. 147-148

¹⁰ LENOIR, Frédéric (2008). *Breve tratado de historia de las religiones*. Barcelona: Herder, p. 154.

¹¹ Se señala que estos autores, evidentemente, no eran la mayoría en aquella época. Como refiere Anthony Pagden, “[e]ntre los grandes autores de la Ilustración hubo pocos que podamos calificar con propiedad como feministas (Condorcet fue quizás una excepción), pero sí muchos, Voltaire y Diderot (en sus mejores momentos) entre ellos, dispuestos a reconocer que la tradicional inferioridad intelectual y emocional (además de moral y política) de la mujer no sólo se había exagerado enormemente, sino que estaba basada en ciertas fantasías delirantes de otros tiempos [...]”. PAGDEN, Anthony (2013^o). *La Ilustración. Y por qué sigue siendo importante para nosotros*. Madrid: Alianza Editorial, p. 296.

¹² NUSSBAUM, Martha (2012). *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona: Paidós, p. 64.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

las mujeres en este contexto¹³. Finalmente, en el caso de Locke, también es conocida su defensa respecto de la doctrina del contrato social y sus múltiples referencias al estado de naturaleza. Se ha señalado, por ello, que “[l]as opiniones de Locke sobre la subordinación de las mujeres son difíciles de conciliar con el sentido general de su argumentación”¹⁴.

Sin perjuicio de ello, las revoluciones atlánticas -y particularmente la francesa- desempeñaron un importante rol en la emancipación de la mujer, aunque ello no estuviera en la mente de varios revolucionarios. En efecto, el proceso de secularización del derecho, propio de la tradición jurídica occidental, va a fomentar la delimitación de la competencia y campo de aplicación de las normas religiosas, por lo que, detrás de la figura del Estado laico, se enarbola una bandera de fuerzas de aquellos colectivos que, como las mujeres, se hallaban privados de diversos derechos civiles y políticos¹⁵. Se recuerda, por ello, que ya en el marco de las elecciones para los Estados Generales de 1789, una autora de Normandía criticaba que a las mujeres se les considerase como “el tercer estamento del Tercer Estado, y de tratarlas de conformidad con la divisa “trabaja, obedece y calla”. Esto también se tradujo en diversas críticas al hecho que la Asamblea Nacional mantuviera lo que se ha denominado como “el más antiguo y general de los abusos” (Reichardt, 2002, p. 177)¹⁶.

En todo caso, es importante precisar, como lo hace Karen Offen, que la crítica al estado de subordinación de las mujeres no inicia, propiamente, con la Revolución francesa o la Revolución industrial, sino que es posible situarla a finales del siglo XVII con la obra de François Poullain de La Barre, escritor que “hizo girar la maquinaria de la razón cartesiana hacia la cuestión femenina, y convirtió la sociabilidad mixta en lo sexual en un rasgo distintivo de la cultura cortesana francesa, que fue rápidamente imitado y más elaborado por parte de las élites urbanas”¹⁷ (Offen, 2020, p. 65).

Ahora bien, de ello no es posible deducir que la situación de las mujeres hubiera mejorado ostensiblemente a partir de las críticas y reflexiones formuladas por los autores de la época de la Ilustración. Existían sólidas estructuras sociales que promovían la idea de capacidades diferenciadas tanto de hombres como de mujeres, y que incluso eran respaldadas por parte de estas últimas. Al respecto, se ha recordado en la clásica obra “Vindicación de los derechos de la mujer” de Mary Wollstonecraft, que el reverendo James Fordyce, en sus “*Sermons to Young Women*” de 1766, efectuó un discurso en el que criticaba a “mujeres masculinas” por su pretensión de realizar actividades que deberían estar reservadas, de forma

¹³ *Ibíd.*, pp.67.

¹⁴ *Ibíd.*, pp. 60.

¹⁵ FERRARI, Silvio (2004). *El espíritu de los derechos religiosos. Judaísmo, cristianismo e islam*. Barcelona: Herder, p. 58.

¹⁶ Información extraída de: REICHARDT, Rolf (2002). *La Revolución Francesa y la cultura democrática*. Madrid: Siglo XXI Editores, p. 177.

¹⁷ OFFEN, Karen (2020). *Feminismos europeos (1700-1950). Una historia política*. Madrid: Akal, p. 65.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

exclusiva, para los hombres. Lo llamativo es que se trató de un texto recurrentemente consultado y formaba parte de la biblioteca de varias mujeres¹⁸.

En efecto, en esta época se alzaron una considerable cantidad de voces contra lo que se denominó como una suerte de “relajo moral” o de “frivolidad” de las mujeres acomodadas que, a lo largo del siglo XVIII, reclamaban por un trato igualitario, ya que, según se sostenía, ello las hacía descuidar la educación de sus hijos y perder el respeto de sus maridos. El hecho de que, al igual que en el caso de los hombres nobles, se les considerara a ellas como “modelos para la sociedad” solo hacía que estas críticas en su contra se incrementen¹⁹.

También es posible señalar que, contra lo que comúnmente se cree, el solo hecho que hayan surgido épocas como el Renacimiento, no supone que ya exista una progresiva consolidación de los derechos de la mujer. Vista en profundidad, la historia tiene avances y retrocesos, y se puede citar como ejemplo la situación vinculada con la cacería de brujas -la cual, evidentemente, se concentraba esencialmente en las mujeres-, práctica que empeoró en el siglo XVII a comparación del siglo anterior, y que contó con el aval y reconocimiento de los papas cultos de aquella época, los grandes reformadores protestantes, o los partidarios de la Contrarreforma²⁰.

Pese a ello, a finales del siglo XVIII ya existe una importante cantidad de publicaciones y movimientos vinculados con las críticas respecto del estado de subordinación de las mujeres. Como antecedentes a las sufragistas y las denominadas *suffragettes* (que se consolidarán, particularmente, en el siglo XX), se destacan importantes contribuciones como la ya mencionada obra de “Vindicación de los derechos de la mujer” de Mary Wollstonecraft, o la mundialmente conocida “Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana”, elaborada por Olympe de Gouges en 1791, en pleno desarrollo de la Revolución francesa.

Del mismo modo, se publica una de las más importantes obras que, escrita por un hombre, obtendrá una importante aceptación: “el sometimiento de las mujeres”, escrita por John Stuart Mill²¹. Ciertamente, se ha indicado que el desarrollo de ideas vinculadas con los derechos de la mujer no se originó propiamente en el ámbito de la Revolución francesa. En todo caso, no puede ignorarse el hecho que, para dicha época, las mujeres nobles empezaban a tener acceso a distintos foros y debates académicos en clubes y salones, lo que le permitió el acceso al conocimiento de la filosofía y de la ciencia. No se trata de un masivo reconocimiento de libertades, pero se trató de un movimiento inicial que fue

¹⁸ SEN, Amartya (2007). *India contemporánea. Entre la modernidad y la tradición*. Barcelona: Gedisa, p. 281.

¹⁹ CALVO, Antonio (2013). *Cuando manden los que obedecen. La clase política e intelectual de la España preliberal (1780-1808)*. Madrid: Marcial Pons, p. 137.

²⁰ TREVOR-ROPER, Hugh (2009). *La crisis del siglo XVII. Religión, reforma y cambio social*. Buenos Aires: Katz Editores, p. 102.

²¹ POULSEN, Karen (2020). *¡Somos ciudadanas! Ciudadanía y sufragio femenino en el Perú*. Lima: Jurado Nacional de Elecciones, pp. 37 y 38.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

importante para desafiar los patrones existentes de relaciones sociales y culturales entre hombres y mujeres²².

De hecho, es sintomático de este contexto de discriminación estructural que, en uno de los países ha estado más asociado con el constitucionalismo liberal -como lo es Estados Unidos-, se haya presentado una notoria dilación del reconocimiento de los derechos de las mujeres. De hecho, en palabras de la propia Corte Suprema Federal de los Estados Unidos

(...) nuestros estatutos se fueron llenando gradualmente de distinciones burdas y estereotipadas entre los sexos y, de hecho, durante gran parte del siglo XIX, la posición de la mujer en nuestra sociedad fue, en muchos aspectos, comparable a la de los negros bajo los códigos de esclavos anteriores a la Guerra Civil. Ni los esclavos ni las mujeres podían ocupar cargos públicos, formar parte de jurados o entablar una demanda en su propio nombre, y tradicionalmente a las mujeres casadas se les negaba la capacidad legal para poseer o traspasar propiedades o servir como tutores legales de sus propios hijos [...]. Y aunque a los negros se le garantizó el derecho al voto en 1870, a las mujeres se les negó incluso ese derecho -que en sí mismo es "preservador de otros derechos civiles y políticos básicos- hasta la adopción de la Decimonovena Enmienda, medio siglo después²³.

En efecto, este retraso tiene diversas explicaciones, pero en esta oportunidad deseo referirme a un dilema que se presentó para el Estado liberal. Como bien refiere Nussbaum, algunas veces diversas religiones se oponían al reconocimiento de ciertas libertades básicas a favor de las mujeres, lo que colocaba a los ordenamientos jurídicos en una situación delicada: por un lado, podrían reconocer, sin límites, el derecho a la libertad de expresión religiosa (lo cual, indudablemente, generaría que incluso se avalen prácticas religiosas manifiestamente discriminatorias); o, por el contrario, se permitiera la introducción de restricciones a dicha libertad, con todas las complicaciones que estos recortes generan en los derechos fundamentales desde una perspectiva eminentemente liberal²⁴, que fue la que afloró luego de las revoluciones atlánticas.

Estas referencias solo expresan el contexto histórico respecto del mundo occidental, esto es, lo que se refiere a países que integran las familias jurídicas del *common law* y del *civil law*, y que, por lo general, estuvieron asociadas con ciertas corrientes religiosas. Sin embargo, no se deben perder de vista los sucesos que, incluso en la actualidad, ocurren en otras partes del mundo y que se relacionan específicamente con el contexto de discriminación en contra de las mujeres.

²² ISRAEL, Jonathan (2012). *La ilustración radical. La filosofía y la construcción de la modernidad*, 1650-1750- México D.F: Fondo de Cultura Económica, p. 115.

²³ Corte Suprema de los Estados Unidos. *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973).

²⁴ NUSSBAUM, Martha (2002). *Las mujeres y el desarrollo humano*. Barcelona: Herder, p. 231.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

Uno de los casos más conocidos se presenta a propósito de la situación de la mujer en el islam. Como expone Hans Küng, [s]egún la doctrina oficial sunní, la mujer no puede realizar la oración conjuntamente con el varón en la mezquita. Está sometida a limitaciones en lo que respecta a la participación política, el ejercicio de cargos públicos y la jurisdicción, así como al derecho matrimonial y de familia y la actividad profesional. Fuera del ámbito doméstico, no se aprueban los contactos entre varones y mujeres, puesto que el espacio público está reservado para el varón²⁵.

Resulta particularmente preocupante en el contexto de los países islámicos que el reconocimiento de una eventual superioridad del hombre se encuentre estipulada en un texto de la magnitud del Corán. Así, en las aleyas 2,228 y 4,34 se menciona que el hombre tiene preeminencia sobre las mujeres. De hecho, en esta última se reconoce que el hombre puede pegarle a una mujer si es que esta última demuestra episodios de insubordinación. De similar modo, la aleya 2,282 establece que, en una declaración judicial, se requieren las declaraciones de dos mujeres para equiparar la de un solo varón. Se dispone, además, que luego de una guerra, los hombres gozan de todos los derechos sobre las mujeres cautivas. Y no puede dejar de mencionarse todo lo relativo a la poligamia o la discriminación en la herencia²⁶.

Ahora bien, se trata de prácticas discriminatorias que no solo inciden en las personas que profesan esa religión, sino también en terceros, y esto particularmente en un mundo cada vez más globalizado en el que resulta natural interactuar y conocer a personas de otras culturas. Se ha señalado, sobre esto, lo siguiente:

[l]a legislación prevista en el derecho islámico [dispone que] la mujer musulmana no puede contraer matrimonio con un varón no musulmán, mientras que el varón musulmán puede casarse con una mujer judía, cristiana o de la religión de Zoroastro, pero no con una mujer de otra religión fuera de estas. La esposa no musulmana goza de menos derechos que la musulmana: en particular, quedan limitados sus derechos hereditarios con respecto al marido y su derecho a la patria potestad sobre sus hijos²⁷ (Ferrari, 2004, p. 259).

En todo caso, en el mundo islámico la situación de la mujer es, incluso en la actualidad, considerablemente precaria a raíz de los mandatos dispuestos en la *sharia*. En efecto, el motivo de ello es el siguiente:

que la función del hombre y la mujer no es la misma, tampoco sus derechos y deberes lo son. Así, el varón le corresponde la obligación de pagar la dote

²⁵ KÜNG, Hans (2019). *El Islam. Historia, presente, futuro*. Madrid: Marcial Pons, p. 627.

²⁶ Información extraída de: Tamayo, Juan José (2009). *Islam. Cultura, religión y política*. Madrid: Trotta, p. 229.

²⁷ FERRARI, Silvio (2004). *El espíritu de los derechos religiosos. Judaísmo, cristianismo e Islam*. Barcelona: Herder, p. 259.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

(mahr) a la mujer en atención al matrimonio y de sostenerla económicamente (nafaqa). En contrapartida a su derecho a la dote y al sustento, la mujer debe obedecer al marido y velar por la buena marcha del hogar²⁸ (Combalía, 2016, p. 27).

Ahora bien, en relación con esta clase de contextos es que el movimiento feminista ha intentado identificar algunas soluciones respecto de las desigualdades entre hombres y mujeres. Al respecto, es importante recordar que

[e]l feminismo es una teoría, un movimiento social y una práctica emancipadora, que busca liberar fundamentalmente a las mujeres de la imposición de género que determinará qué espacio ocupan, en qué condiciones trabajarán, qué deben estudiar, cómo deben ser, sentir, desea, ocupar el espacio, etc. Ciertamente es que, al cuestionar el sistema sexo-género, el conjunto de las personas ganan libertad de movimiento²⁹ (Posada, 2019, p. 10).

Es imperativo considerar que resulta problemático encasillar a los movimientos feministas en una sola versión, ya que estos obedecían a contextos culturales particulares. Como anota Susan James, en países como Australia, Estados Unidos o Nueva Zelanda, se presentaba una íntima asociación entre los movimientos contra el alcoholismo y los que defendían el sufragismo, ya que estaban vinculados con la elevación de la calidad moral de la comunidad; en Europa occidental y Escandinavia, el interés se desprendía de los descensos de las tasas de natalidad. Todo ello hacía notar que resultaba difícil generalizar la evolución y logros de cada movimiento³⁰. Como ha anotado Joan Wallach, “la historia del feminismo no es una historia de las opciones disponibles o de la elección sin constricciones de un plan triunfador, sino más bien la historia de mujeres -y algunos hombres- que lucharon repetidamente con la dificultad radical de resolver los dilemas que enfrentaban”³¹ (Wallach, 2012, p. 36).

Las corrientes feministas, por lo general, crearon la categoría de “género” con la finalidad de “responder fundamentalmente a la pregunta de ¿qué es una mujer?, y que se formula esta pregunta para escapar del determinismo biológico que definía su destino. El género, por tanto, será una herramienta teórica que tratará de responder a esa pregunta”³² (Martínez Bascuñán, 2016, 509). El desarrollo de

²⁸ COMBALÍA, Zoila (2016). *Nuevos desafíos sociales y jurídicos derivados de la presencia del Islam en las sociedades occidentales del s. XXI*. En: Diago, María del Pilar; González-Varas, Alejandro y Combalía, Zoila (coordinadores). *Derecho e Islam en una sociedad globalizada*. Valencia: Tirant lo blanch, p. 27.

²⁹ POSADA, Luisa (2019). *Qué es el feminismo*. En: Moreno, Rebeca (coordinadora). *Feminismos*. La historia. Madrid: Ediciones Akal, p. 10.

³⁰ JAMES, Susan (2015). *Feminismos*. En: Ball, Terence y Bellamy, Richard (editores). *Historia del pensamiento político del siglo XX*. Madrid: Akal, p. 506.

³¹ WALLACH, Joan (2012). *Las mujeres y los derechos del hombre*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, p. 36.

³² MARTÍNEZ BASCUÑÁN, Máriam (2016). *Feminismo*. En: Mellón, Joan y Torrens, Xavier. *Ideologías y movimientos políticos contemporáneos*. Madrid: Tecnos, p. 509.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

esta clase de movimientos tuvo influencia en la jurisprudencia de cortes tan relevantes como el Tribunal Constitucional Federal Alemán. Se ha mencionado, sobre esto, que en la década de los años 80 del siglo XX se dictaron sentencias en las que el BVerfG enfatizó la igualdad entre hombres y mujeres, por lo que:

la división de roles entre hombres y mujeres no se justifica ya con diferencias naturales o por la otra forma de ser de hombres y mujeres. Hasta mediados de los 80 el tribunal va corrigiendo la discriminación directa persistente en el ordenamiento jurídico, en relación al derecho de nacionalidad y apellido familiar (BVerfGE 37, 217 y 48, 327). Frente a estas sentencias, aun de corte equiparadora, se suman las que abren la corrección de las denominadas medidas paternalistas o falsamente protectoras. Son relevantes aquí, entre otras, la sentencia sobre pensiones de viudedad (BVerfGE 39, 169) y la sentencia sobre día laboral libre que se concedía sólo a las mujeres para realizar el trabajo del hogar (BVerfGE 52, 370)³³.

Ahora bien, la referencia explícita a la igualdad de género se pudo advertir en la Declaración y Plataforma de Beijing, la cual fue aprobada en el año 1995 por 189 Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas en China. En aquella oportunidad se señaló que

el establecimiento del principio de que mujeres y hombres deben compartir el poder y las responsabilidades en el hogar, en el lugar de trabajo y, a nivel más amplio, en la comunidad nacional e internacional. La igualdad entre mujeres y hombres es una cuestión de derechos humanos y constituye una condición para el logro de la justicia social, además de ser un requisito previo necesario y fundamental para la igualdad, el desarrollo y la paz. Para obtener el desarrollo sostenible basado en el ser humano, es indispensable que haya una relación transformada, basada en la igualdad, entre mujeres y hombres. Se necesita un empeño sostenido y a largo plazo para que mujeres y hombres puedan trabajar de consuno para que ellos mismos, sus hijos y la sociedad estén en condiciones de enfrentar los desafíos del siglo XXI³⁴.

En el ámbito normativo existen pocas referencias directas a lo que deba entenderse por el término “género”. En todo caso, uno de los instrumentos que, con mayor acuciosidad, ha abordado este tópico es el Convenio 210 del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en el año

³³ RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena (2007). *La igualdad real y efectiva desde la perspectiva del género en la jurisprudencia del tribunal constitucional federal alemán y el tribunal constitucional español*. En: Anuario Jurídico y Económico Escurialense, Número XL, pp.186 y 187.

³⁴ Declaración y Plataforma de Acción de Beijing. Capítulo I sobre Declaración de Objetivos, numeral 1.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

2011. Este define el género como “los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente contruidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres”.

De este término también se han extraído consecuencias para diversos sectores del ordenamiento. Por ejemplo, es recurrente que en diversos códigos penales se haga referencia a la “violencia de género”. Se ha señalado, sobre este punto, que ella “existe como fenómeno social, es decir, como un tipo específico de violencia vinculado de modo directo al sexo de la víctima -al hecho de ser mujer- y cuya explicación se encuentra en el reparto inequitativo de roles sociales, en pautas culturales muy asentadas que favorecen las relaciones de posesión y dominio del varón hacia la mujer”³⁵ (Sánchez, 2019, pp. 174 y 175).

En el caso peruano, la historia también demuestra las distintas barreras que las mujeres han enfrentado para el reconocimiento de sus derechos. Por ello, se ha señalado que la mujer peruana carecía, en el siglo XIX:

de derechos políticos y, sujeta al poder del padre o el esposo, debía seguir valores de pureza sexual y virtud doméstica. [...] Las mujeres raramente dejaban su rol social u opacaban a los hombres; por el contrario, eran ridiculizadas. [...] De las mujeres se esperaba apoyo o inspiración a los hombres, no protagonismo³⁶ (Salinas, Loayza, 2021, p. 23).

Resulta natural que la creciente preocupación en relación con el reconocimiento de los derechos de la mujer se haya visto también reflejada en la labor de los tribunales de justicia. Es por ello que, en diversos escenarios, las autoridades jurisdiccionales han tenido que resolver controversias judiciales asociadas con la discriminación en razón del género. Ahora bien, la necesidad que las actuaciones y políticas públicas se desarrollen con enfoque de género tiene como correlato el hecho que debe abolirse cualquier conducta de violencia fundamentada en este motivo.

En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia ha precisado que la violencia en función del género

hunde sus raíces en las relaciones de género dominantes de una sociedad, como resultado de un notorio desequilibrio de poder. [...] Al considerar la mujer como víctima concreta de la violencia de género, la Corte Constitucional sostiene que los actos contra ella son de dos tipos: a) la violencia visible, que se refiere a las lesiones físicas y psicológicas, y; b) la violencia invisible, que consiste en una violencia estructural, compuesta por

³⁵ La autoría de la frase es de Lorenzo Capello, y se encuentra en: SÁNCHEZ, Néstor (2019). *Discriminación por razones de género*. El término “género” en el ordenamiento jurídico penal español. En: Revista Igualdades, N° 1, pp. 174 y 175.

³⁶ SALINAS, Alejandro y LOAYZA, Alex (2021). *La promeda del caudillo*. Fundación, anarquía y militarismo (1826-1872). Lima: Derrama Magisterial, p. 23.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

la inequidad en el ámbito de lo político, lo social y lo económico, así como la violencia cultural³⁷.

Como se puede apreciar, el enfoque de género requiere, para su adecuada implementación, del apoyo estatal. Por lo general, son las autoridades públicas las encargadas de garantizar este ámbito de la igualdad. La Corte Constitucional de Colombia ha señalado que la debida diligencia en la prevención de la violencia de género impone, a su vez, “la obligación para todas las autoridades y funcionarios del Estado de adoptar una perspectiva de género en sus actuaciones y decisiones, con el objetivo de eliminar todos los factores de riesgo de violencia o la garantía del ejercicio de todos los derechos en igualdad de condiciones, desde una visión integral”³⁸.

En Ecuador también se ha enfatizado la necesidad de incorporar el enfoque o la perspectiva de género al interior de la sociedad, ya que se asume que una frontal lucha contra la discriminación de la mujer debe suponer una lucha en diversos frentes. Al respecto, la Corte Constitucional de ese país ha señalado que

[a]l reconocer que la sociedad ecuatoriana trae arraigados consigo estereotipos orientados al supuesto de la inferioridad de las mujeres en el ámbito laboral, y conscientes que esto no debe continuar, pese a que es evidente que el cambio de patrones culturales es una tarea difícil, el primer paso lo deben dar las autoridades nominadoras de las instituciones públicas y privadas, así como los funcionarios judiciales, que son los encargados de generar confianza a las víctimas sobre la respuesta estatal ante la violencia de género. Por tanto, como garantía de no repetición, se instará a los funcionarios judiciales a fin de que aplique un enfoque diferencial de género al momento de decidir cualquier asunto a su cargo. Para el efecto se oficiará al presidente del Consejo de la Judicatura, a fin de que ponga en conocimiento de los funcionarios judiciales lo dispuesto en esta sentencia³⁹.

Ahora bien, la configuración y los alcances específicos del enfoque de género se pueden advertir en distintos espacios. Nos referiremos, en este caso, al ámbito político, laboral, familiar y judicial.

i. Reconocimiento de derechos en el ámbito político

Uno de los ámbitos en los que se ha requerido una intervención más activa de los poderes públicos para la adecuada tutela de los derechos de la mujer es, sin duda, el ámbito político. Sobre ello, en Estados Unidos se desarrolló uno de los episodios más conocidos relacionados con la ampliación de los derechos políticos: el movimiento sufragista que generó que se reconozca el derecho al voto en la

³⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-878/14, fundamento 5.

³⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-095/18, fundamento 56.

³⁹ Corte Constitucional de Ecuador Sentencia N° 292-16-SEP-CC de 7 de septiembre de 2016, p. 4.6.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

Décimo Novena Enmienda de 1920. Se trató de una tendencia progresiva. En realidad, salvo sectores considerados -en su época- excesivamente radicales, eran pocas las activistas que, en la etapa previa a la Guerra Civil, estaban enfocadas en el derecho al voto, ya que la mayoría estaba enfocada en el reconocimiento de los derechos de propiedad, el divorcio y el aumento de oportunidades en el acceso al empleo y a niveles educativos⁴⁰.

Fue importante en este movimiento lo ocurrido en Nueva York en el marco de la convención celebrada en el año 1848 en la capilla de Seneca Falls, oportunidad en la que alrededor de 200 mujeres aprobaron la denominada “Declaración de Sentimientos”, en las que se criticaban “las condiciones sociales en las que se encontraban y, en especial, la privación del derecho al voto, a la vez que se proclamaba la igualdad entre hombres y mujeres. Esta era la primera reivindicación pública del voto femenino y, por eso, acabó convirtiéndose en un mito del movimiento sufragista”⁴¹ (Rubio, 2019, p. 9).

Las luchas por los derechos políticos de las mujeres no han culminado con el reconocimiento del derecho al sufragio, ya que era indispensable suprimir obstáculos que dificultan la intervención de las mujeres en los asuntos públicos. Esto ha generado que, con la finalidad de remover dichos obstáculos -anclados históricamente en el ideario de ciertas sociedades-, se hayan promovido diversas propuestas para incentivar la participación de las mujeres en la política.

De este modo, existen importantes discusiones sobre las denominadas “acciones afirmativas”, a través de las cuales se puede, por ejemplo, disponer que en las leyes que las listas de candidatos deben alternarse entre hombres y mujeres, lo cual ha sido cuestionado por algunos sectores como inconstitucional por vulnerar el derecho a elegir a la persona más idónea para un cargo. Sobre estos cuestionamientos, el Tribunal Constitucional de España ha sostenido que:

la restricción a la libertad de los partidos políticos a la hora de componer las listas electorales que el precepto enjuiciado lleva consigo, encuentra su justificación en la remoción de la desigualdad que padecen las mujeres en el ámbito de la representación política. Razón por la cual sólo se justifica en la realidad de las circunstancias sociales del momento en que se adopta, de manera que su misma eficacia habrá de redundar en la progresiva desaparición del fundamento constitucional del que ahora disfruta⁴².

Sin embargo, las interpretaciones del principio de igualdad asociadas con cuestiones sobre la inserción de medidas que favorecen a las mujeres no siempre han sido apoyadas por los tribunales de justicia. La Corte Constitucional de Italia,

⁴⁰ BÁEZ VILLASEÑOR, María (2010). *Un largo camino: la lucha por el sufragio femenino en Estados Unidos*. En: Signos Históricos, Núm. 24, p. 96.

⁴¹ RUBIO, Antonio (2019). *El movimiento feminista en los Estados Unidos de Seneca Falls en los años veinte*. En: Quaderns de la Igualtat, p. 9.

⁴² Tribunal Constitucional de España. Sentencia 40/2011, fundamento 8.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

por ejemplo, ha sostenido que las disposiciones legales que establecen topes en cuanto a la participación en función del sexo son contrarios a la Constitución. Una disposición en este país establecía que, en las listas de candidatos, ninguno de los dos sexos podía estar representado con una cantidad superior a los 2/3 de la cantidad total de los integrantes.

La Corte Constitucional sostuvo que, si bien en la resolución de casos ella había valorado favorablemente cualquier medida encaminada a promover la igualdad entre hombres y mujeres, esto solo podía hacerse con aquellas que no afectaran directamente los derechos fundamentales, ya que es importante promover la igualdad en los puntos de partida y a lograr la igual dignidad social de todos los ciudadanos. De similar forma, mencionó que esta clase de regulaciones se oponen a los principios elementales de representación política en una democracia pluralista⁴³.

En todo caso, no es un criterio que haya perdurado en el tiempo, ya que la propia Corte modificó este criterio inicial. Así, este Tribunal sostuvo que las normas sobre paridad en la conformación de listas solo tienen una incidencia durante el tiempo de formación de las listas, y por ello no afecta en modo alguno los derechos a la libertad del voto de los electores y de igualdad de oportunidades en las listas, ni sobre el carácter unitario de la representación electiva. De hecho, agregó que la medida ordenada puede ser considerada como una expresión legítima, a nivel legislativo, de la intención de lograr el fin promocional expresamente dispuesto en el estatuto de pretender el equilibrio en la representación⁴⁴.

Otro país en el que, en su momento, se advirtió una posición similar a esta fue Francia, ya que su Consejo Constitucional decidió, en la sentencia 18/146 de 1982 que un proyecto de ley que reformaba la ley de elecciones municipales que establecía como un límite de 75% de candidatos del mismo sexo en la lista resultaba contrario a la Constitución por vulnerar el principio de igualdad y la prohibición de la división de los electores o candidatos en categorías⁴⁵. Sin embargo, pese a la posición asumida por este órgano, una serie de reformas incorporadas en el ordenamiento francés permitieron que sea viable incluida la paridad de género en las elecciones. Se ha mencionado, sobre esto, que

se optó al final por una reforma mínima. El Congreso francés se limitó simplemente a levantar la barrera que en su momento estableciera el *Conseil constitutionnel* con su decisión añadiendo al artículo 3 de la Constitución francesa el siguiente apartado: “La ley garantizará la igualdad de acceso de hombres y mujeres a los mandatos electorales y funciones de representación” [...] y al artículo 4 de la Constitución un último apartado por el que se reconoce expresamente a los partidos

⁴³ Corte Constitucional de Italia. Sentencia 422 de 1995, considerando 10.

⁴⁴ Corte Constitucional de Italia. Sentencia 49 de 2003, fundamento 5.

⁴⁵ Cfr. Salazar, Octavio (2019). Democracia paritaria y Estado Constitucional: de las cuotas a la ciudadanía radicalmente democrática. En: Revista Igualdades, N° 1, p. 52.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

políticos su función principal en la realización del principio de igualdad en el acceso de mujeres y hombres a los mandatos electorales y demás cargos públicos. Esta reforma concede plena iniciativa al Parlamento, otorgándole suficiente margen de maniobra en sus elecciones técnicas y políticas⁴⁶ (Millard, 2008, 448 y 449).

Como es posible advertir, incluso corte del calibre de la francesa o italiana se mostraron, en algún momento, contrarias a la introducción de medidas de nivelación o igualación entre las mujeres y hombres en el mundo político. Por eso, no sorprende que los tratados internacionales se hayan preocupado de prever, específicamente, que las medidas temporales encaminadas a reconocer la igualdad de género no deben ser consideradas como discriminatorias. Por ejemplo, el artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer dispone que:

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

Sin embargo, un problema anterior a este fue el relativo a la existencia de cuerpos normativos en los que de una u otra forma no se permitía la participación de mujeres. Uno de los casos en los que fue más relevante la intervención de los tribunales de justicia fue, sin duda, el de *Edwards vs. A.G of Canadá*⁴⁷. En este caso, se cuestionaba que la sección 24 de la British North America Act disponía que "[e]l gobernador general convocará de vez en cuando, en nombre de la Reina, en virtud del Gran Sello de Canadá, a personas calificadas para el Senado; y, sujeto a las disposiciones de esta Ley, toda persona así convocada será y será miembro del Senado y senador".

Esta cláusula planteaba la cuestión de si las mujeres eran consideradas realmente "personas" según la ley. Un fallo de la Corte Suprema de Canadá de 1928 sostuvo que las mujeres no eran consideradas "personas" de acuerdo con la British North America Act. Por ello, se presentó un reclamo ante el Judicial Committee of the Privy Council de Inglaterra, que en ese momento era el tribunal de apelación más alto de Canadá. Este órgano revocó la decisión de la Corte Suprema de Canadá, y permitió nombrar a mujeres para el Senado. Además, este cambio en la definición de "personas" permitió a las mujeres afirmar que no se les podían negar los derechos humanos básicos.

⁴⁶ MILLARD, Eric. (2008) La paridad en Francia: Concepción y puesta en marcha. En: Anuario de Derechos Humanos, Vol. 9, pp. 448 y 449.

⁴⁷ Lords of the Judicial Committee of the Privy Council. Case Henrietta Muir Edwards and others v. the Attorney-General of Canada and others. Sentencia de 18 de octubre de 1921.

ii. Reconocimiento de derechos en el ámbito laboral

Históricamente, el contexto de postergación del reconocimiento de los derechos de la mujer se ha materializado, principalmente, en el ámbito laboral. En líneas generales, el hombre se encargaba de todo lo relativo a la manutención, mientras que las mujeres se dedicaban a asuntos vinculados con el cuidado familiar. No sorprende, en ese sentido, que los tribunales de justicia se hayan preocupado tanto sobre este punto. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional de España ha señalado que

[l]a situación de discriminación en que se ha encontrado la mujer en la sociedad se ha traducido en numerosas medidas en el orden laboral, que han tratado de realizar una labor de finalidad protectora. Pero en este campo ha de llevarse a cabo, forzosamente, una distinción. Un conjunto, posiblemente el más amplio, de medidas se han adoptado desde una perspectiva que refleja los mismos valores sociales que han mantenido a la mujer en una posición de relegación en el mundo laboral. Partiendo de presupuestos de inferioridad física, o de una mayor vocación (u obligación) hacia las tareas familiares, diversas disposiciones han venido a establecer diferencias de trato entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, que, aunque aparentemente resulten de índole protectora, perpetúan y reproducen, en la práctica, la posición de inferioridad social de la población femenina⁴⁸.

Al respecto, la política laboral debe valorar que el enfoque de género permita que no se presenten conductas discriminatorias en el proceso sea de contratación, de cuestiones salariales o de despido. En relación con el primer punto, la Corte Constitucional de Colombia se ha pronunciado respecto de casos en los que la exclusión para el acceso a un puesto de trabajo se fundamentaba únicamente en el género. Así, este Tribunal sostuvo lo siguiente:

[l]a señora Pascuas Cifuentes fue excluida sin que mediara un criterio objetivo que demostrara que ella, en cuanto mujer, no estaba en capacidad para realizar la labor de vigilancia en el puesto de la Batería Santa Clara; esto es, precisamente, el carácter discriminatorio de la acción llevada a cabo por parte de SOS Ltda. y ECOPETROL S.A., quienes sin que mediara un criterio de necesidad, adecuación o esencialidad y, por consiguiente, con un carácter prejuicioso carente de cualquier fundamentación objetiva y razonable utilizaron el género como parámetro que exclusión de ingreso al mencionado puesto de vigilancia⁴⁹.

⁴⁸ Tribunal Constitucional de España. Sentencia 128/1987, fundamento 6.

⁴⁹ Corte Constitucional de Colombia. T-247/10, fundamento 8.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

Para acreditar esta clase de conductas discriminatorias, por lo general, los tribunales suelen aplicar reglas como la inversión de la carga de la prueba⁵⁰, aunque también el contexto o los antecedentes pueden ser determinantes para acreditar un supuesto de discriminación en lo que se refiere al acceso al empleo. Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina ha referido que:

de las constancias de la causa resulta que se acreditaron diversos hechos conducentes y suficientes para configurar un caso *prima facie* encuadrable en una situación discriminatoria. Así, las diversas pruebas enumeradas en el punto IV del dictamen de la Procuración General y, en particular, las nóminas de empleados incorporadas al expediente y el informe de la Autoridad Metropolitana de Transporte, de los que se desprende que en las empresas demandadas no existen mujeres contratadas y que dicha práctica se mantuvo aun después de las sucesivas postulaciones y reclamos por parte de Sisnero⁵¹.

En relación con este punto, uno de los leading cases es, sin duda, el caso *Craig vs. Boren*, resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos. Para este momento, este órgano jurisdiccional ya había incorporado la distinción en función del sexo como un factor que debe ser evaluado en virtud de lo dispuesto en la décimo cuarta enmienda. Sin embargo, en ese caso se especifica que cuando se introducen tratos diferenciados en función del sexo, le corresponde a la corte efectuar un escrutinio estricto de constitucionalidad, lo cual supone, entre otras cosas, que debe invertirse la carga de la prueba y que es la autoridad que expidió la disposición enjuiciada la que debe brindar argumentos de peso para justificar esta clase de diferencias. En este fallo, la Corte sostuvo lo siguiente:

[a]l señalar que la naturaleza generalizada y persistente de la discriminación experimentada por las mujeres es en parte el resultado de su fácil identificación, la mayoría basó su invocación de un escrutinio estricto en gran medida en el hecho de que las distinciones legales entre los sexos a menudo tienen el efecto de relegar injustamente a la toda clase de mujeres a un estatus legal inferior sin tener en cuenta las capacidades reales de sus miembros individuales⁵².

⁵⁰ Por ejemplo, la Corte Suprema de la India ha empleado la carga de la prueba para eliminar una regla establecida en el ordenamiento de ese país que no permitía que las mujeres pudieran ocupar altos puestos en las fuerzas armadas. De manera concreta, sostuvo que el Ejército no había proporcionado ninguna justificación válida para cumplir con su deber de acreditar por qué las mujeres no podían ser consideradas para ser nombradas en algún puesto de mando. Expresó que se trataba de una exclusión indefendible. Sobre esto, ver: Corte Suprema de la India. Case Secr., Ministry Of Defence vs. Babita Puniya. Sentencia de 17 de febrero de 2020, fundamento 67.

⁵¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina. S. 932.XLVI, Resolución de 20 de mayo de 2014, fundamento 6.

⁵² Corte Suprema de Estados Unidos. *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976).

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

De similar forma, este Tribunal también ha precisado que, en el caso de la discriminación por el hecho de ser mujer, no resulta indispensable -a diferencia de otros escenarios en los que se alega la vulneración del principio de igualdad- que se acredite la existencia de un término de comparación válido. En ese sentido, ha sostenido que

“[e]s irrelevante, por tanto, que se contratara a otra mujer o que a esta le fueran reconocidos derechos propios de su condición de madre trabajadora. La prohibición de discriminación no exige un contraste con nadie, con un tercero, sino solo la verificación de la concurrencia del factor protegido y el perjuicio que a él haya quedado asociado”⁵³.

De hecho, por lo general en el continente europeo se ha señalado que, aunque ciertamente los Estados gocen de un importante margen de apreciación en la configuración de las políticas públicas, ello no los habilita a vulnerar los derechos reconocidos en el Convenio Europeo, y más aun cuando la igualdad entre los sexos es una de las más importantes metas al interior del Consejo de Europa⁵⁴.

También se han presentado problemas de acceso al empleo por la asociación de la idea de la mujer con determinadas características de debilidad que consolidaron una serie de prejuicios y estereotipos en su contra. Por ejemplo, se han presentado casos en los que las mujeres no eran contratadas porque se consideraba que no eran aptas para el puesto por el riesgo que suponía el desarrollo del trabajo. En España, el Tribunal Constitucional declaró contradictorio con el principio de igualdad que no se contrate a una mujer en una mina subterránea con el propósito de “protegerla”. El supremo intérprete del texto constitucional precisó que

“[a]unque esta prohibición [la del trabajo en mina subterránea de las mujeres] obedeciera a razones históricas que pudieron justificarla, éstas no son en la actualidad ya fundamento suficiente para justificar su mantenimiento. Por ello, la misma no respeta la exigencia constitucional de igualdad de derechos entre hombres y mujeres, y por ello, ha de darse razón a la actora en que se le ha aplicado una disposición reglamentaria que los órganos judiciales hubieran debido estimar derogada por la Constitución”⁵⁵.

Por otro lado, también se presentan escenarios en los que la discriminación por razones de género se ha materializado a través de suspensiones de los contratos o de despidos, lo cual ha generado que estos reclamos sean judicializados. Por ejemplo, en España, el Tribunal Constitucional declaró que la suspensión de un contrato de trabajo solo para el personal femenino que había contraído matrimonio era un evidente ejemplo de discriminación en función del sexo, ya que esas

⁵³ Tribunal Constitucional de España. Sentencia 108/2019, fundamento 3.d.

⁵⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Abdulaziz, Cabaes y Balkandali vs. Reino Unido. Sentencia de 24 de abril de 1985, párr. 78.

⁵⁵ Tribunal Constitucional de España. Sentencia 229/1992, fundamento 4.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

consecuencias no eran aplicables a los hombres que laboraban en la entidad⁵⁶. Evidentemente, el reconocimiento de esta suspensión obedecía a la existencia de diversos estereotipos que asociaban a las mujeres con las labores domésticas.

También se han destacado problemas de discriminación en función del género cuando se trata de aspectos relativos al salario. Sobre este punto, se ha señalado que

[a] los fines de acreditar la existencia de un caso encuadrado en el acta, el secretario debe mostrar que un empleador paga diferentes salarios a empleados de diferente sexo, por trabajos iguales que requieren igual habilidad, esfuerzo y responsabilidad y que se cumplen en similares condiciones de trabajo [...]⁵⁷.

No puede dejar de señalarse un problema similar vinculado con los trabajos precarios que, en diversas ocasiones, han desempeñado las mujeres. La Corte Suprema de Canadá cita el siguiente informe, el cual refleja notoriamente este fenómeno:

El elevado número de mujeres en trabajos precarios es, en cierta medida, el resultado de su papel social tradicional como cuidadoras. Bajo el “contrato de género” que caracterizó a la clase media de la década de 1950, los hombres eran los principales responsables del apoyo financiero y las mujeres se quedaban en casa para cuidar de la familia (las mujeres de muchas familias de clase trabajadora siempre han trabajado fuera del hogar, cuidando de los hijos de otras mujeres, limpiando casas y trabajando en fábricas y tiendas, por ejemplo). Hoy, en las condiciones sociales y económicas actuales, a menudo se necesitan dos ingresos para mantener la familia y las opciones y la participación de las mujeres en muchas esferas de la vida se han ampliado.

La mayoría de mujeres se han incorporado a la población activa. La unidad familiar también es más variada con un número cada vez mayor de padres solteros. Y, sin embargo, las mujeres siguen siendo las principales responsables de la prestación de cuidados. En 2010, las mujeres canadienses dedicaron un total promedio de 50 horas a la semana al cuidado de los niños del hogar, el doble de lo que dedicaban los hombres (24 horas). En 2008, poco más del 9 por ciento de las mujeres informaron que trabajaban a tiempo parcial debido a las responsabilidades del cuidado de los niños, en comparación con menos del 1 por ciento de los hombres. Como resultado, la precariedad

⁵⁶ Tribunal Constitucional de España. Sentencia 7/1983, fundamento 3.

⁵⁷ Corte Suprema de los Estados Unidos. *Corning Glass Works v. Brennan* (417 U.S. 188, 9 FEP. 919 1974).

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

de los trabajos de las mujeres se ve influida en parte por las políticas públicas sobre prestaciones de maternidad y cuidado de los niños⁵⁸.

Los problemas no cesan ni siquiera cuando ya ha cesado el vínculo laboral o incluso cuando las mujeres ya no forman parte de la población económicamente activa de sus respectivos países. En un caso que fue sometido al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por poner un ejemplo, se tuvo que examinar la legislación de los Países Bajos, ya que esta permitía que los hombres casados recibieran una pensión mayor a la de las mujeres casadas o de los hombres solteros. El Estado, al contestar la demanda en el procedimiento internacional, señaló que esta diferencia obedecía al contexto social de la época, en el cual los hombres eran los encargados de mantener el hogar, y eso explicaba el hecho que se les brinde una pensión superior a la de la mujer⁵⁹. De este modo, este escenario de discriminación se proyecta incluso durante la vejez de las mujeres.

De hecho, los tribunales de justicia han diseñado y elaborado diversos conceptos con la finalidad de fortalecer la tutela de los derechos de la mujer. Por ejemplo, al momento de analizar casos en los que se alegan supuestos de discriminación en razón del sexo, el Tribunal Constitucional de España ha señalado que

cuando se denuncia una discriminación indirecta por razón de sexo, no se exige aportar como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los varones, sino que exista, en primer lugar, una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por mujeres. Y, en segundo lugar, se requiere que los poderes públicos no puedan probar que la norma que dispensa una diferencia de trato responde a una medida de política social, justificada por razones objetivas y ajenas a toda discriminación por razón de sexo⁶⁰.

iii. Reconocimiento de derechos en el ámbito familiar

La violencia en contra de las mujeres se advierte, especialmente, en el ámbito familiar. Esto obedece a que, en múltiples oportunidades, ella resulta impune por los vínculos que suelen unir a las personas que forman parte de una relación afectiva. Esto ha generado que, en diversos Estados, se hayan expedido leyes con la finalidad de establecer sanciones más elevadas cuando la violencia sea desplegada en contra de la mujer al interior de la relación. En España, la

⁵⁸ Información citada en: Corte Suprema de Canadá. *Fraser vs. Canadá*. Sentencia de 16 de octubre de 2020, fundamento 102.

⁵⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Wessels-Bergervoet vs. Países Bajos*. Sentencia de 4 de junio de 2002, párr. 50.

⁶⁰ Tribunal Constitucional de España. Sentencia 91/2019, fundamento 4.c.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

constitucionalidad de esta clase de cláusulas ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional, el cual ha precisado que

no resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural –la desigualdad en el ámbito de la pareja– generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto. Por ello, cabe considerar que esta inserción supone una mayor lesividad para la víctima: de un lado, para su seguridad, con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredida; de otro, para su libertad, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja añade un efecto intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima; y además para su dignidad, en cuanto negadora de su igual condición de persona y en tanto que hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado⁶¹.

La necesidad de evitar estos episodios de violencia para garantizar de forma íntegra el respeto de los derechos de la mujer ha sido también resaltada por la Corte Constitucional de Sudáfrica. Este órgano ha señalado que la dignidad, la privacidad e integridad de la persona son fundamentales para el espíritu de la Constitución en cualquier civilización, a lo que agregó que las mujeres tienen derecho de poder caminar pacíficamente por las calles, disfrutar de cualquier tipo de entretenimiento, de ir y venir del trabajo sin ser perturbadas, y de poder encontrarse en sus hogares sin miedo, ya que ello resulta indispensable para su calidad de vida⁶².

Las repercusiones de los estereotipos de género también se han destacado en lo referente a las sucesiones. Hasta el siglo pasado eran bastante comunes y recurrentes las leyes o prácticas al interior de los Estados que permitían, entre otras cosas, que los hombres tuvieran preferencia en las sucesiones que las mujeres. Este fue el caso, nuevamente, de Sudáfrica, en el que por una costumbre local se aceptaba esta clase de privilegios. La Corte Constitucional tuvo la oportunidad de referirse a este fenómeno, y destacó que esta clase de costumbres obedecían a que se consideraba que las mujeres siempre dejarían su familia original al casarse, por lo que en su nueva situación de pertenecer a la familia del esposo no podían ser jefas de la familia, ya que era bastante probable que subordinaran sus intereses a los de su nueva familia. La Corte precisó que la regla de la primogenitura masculina limita los derechos de las mujeres a ser consideradas para el cargo y

⁶¹ Tribunal Constitucional de España. Sentencia 59/2008, fundamento 9.a.

⁶² Corte Suprema de Sudáfrica. Grant Chapman v. The State. Caso 345/96, fundamento 4.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

estatus del “jefe” de familia fallecido, ya que esto suponía su exclusión independientemente de su disponibilidad e idoneidad para desenvolverse en esa posición, lo que supone ignorar las circunstancias en la que pueden encontrarse⁶³.

También se advierte un importante impacto de la perspectiva de género en lo que se refiere al orden de los apellidos, ya que, como se conoce, el primer apellido que asumen los recién nacidos es, en la mayoría de ordenamientos jurídicos, automáticamente el del padre. De hecho, la Corte Constitucional de Italia ha validado la compatibilidad de esta clase de disposiciones del Código Civil con la Constitución. Este órgano ha recordado que

en la sentencia 61 de 2006, como en los citados precedentes, después de haber puesto de manifiesto que se está frente a una disparidad de tratamiento, la Corte ha concluido que la elección de las modalidades a través de las cuales se debe asegurar la asunción del apellido materno es una cuestión de política y que, por tanto, compete a la libre apreciación del legislador la elección entre una pluralidad de opciones para volver a escribir una normativa que sea coherente con los principios del ordenamiento y con el valor constitucional de la igualdad entre el hombre y la mujer en la familia y en la sociedad⁶⁴ (Groppi, 2011, p. 154).

Se trata, como es posible de advertir, de una situación que aun no ha generado consenso al interior de los Estados, pese a que refleja una clara diferencia entre hombres y mujeres. Es posible advertir que, en muchas latitudes, aun existen prácticas al interior de los Estados -muchas de ellas fundamentadas en motivos religiosos- por las cuales se ha consolidado la discriminación contra la mujer. No ha sido sencillo para las cortes de justicia lidiar con esta clase de asuntos ya que, en no pocos casos, esto también supondría dejar de lado las creencias mayoritarias de un importante sector de la población.

Un caso llamativo fue el de la India, país que permitía la práctica del *talaq-e-biddat*, la cual suponía que el hombre gozaba del privilegio de, en cualquier momento, poner fin al matrimonio. En un caso que fue sometido a la Corte Suprema de la India, dicho tribunal sostuvo, por mayoría de 3 contra 2, que ello resultaba contrario a la Constitución, ya que era una práctica arbitraria que suponía el inmediato rompimiento del vínculo familiar.

Ahora bien, una de las razones que permitió esto fue que, para la mayoría de los integrantes de este tribunal, esta práctica no era esencial al interior del Islam. Se precisó en aquella sentencia que las mujeres musulmanas no podían ser sometidas a caprichos arbitrarios y unilaterales de sus esposos, tal y como ocurría en el caso del divorcio por triple *talaq* entre los musulmanes chiítas pertenecientes a la

⁶³ Corte Constitucional de Sudáfrica. Caso CCT 49/03, fundamentos 174 a 185.

⁶⁴ GROPPI, Tania y Spigno, Irene (2011). *La representación de género en Italia*. En: Revista Justicia Electoral, Vol. 1, N° 8, p. 154.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

escuela Hanafi⁶⁵. De hecho, también esta Corte expidió, en su momento, un fallo histórico que permitía a las mujeres en edad de menstruar el ingreso al Templo de Sabarimala, uno de los más sagrados del país. Es pertinente citar el fundamento de uno de los votos de la posición mayoritaria, ya que reflejan los problemas que los tribunales de justicia tienen que afrontar cuando las prácticas religiosas resultan ser perjudiciales particularmente con las mujeres:

[e]s una verdad universal que la fe y la religión no toleran la discriminación, pero las prácticas religiosas son a veces vistas como una perpetuación del patriarcado, negando así la principios básicos de fe y de igualdad y derechos de género. Las actitudes sociales también se centran y giran en torno a esta mentalidad, afectando así la condición de la mujer en el ámbito social y en el propio medio religioso. Todas las religiones son simplemente diferentes caminos para alcanzar la providencia. La religión es básicamente una forma de vida para realizar la identidad de uno con la Divinidad. Sin embargo, ciertos dogmas y prácticas y rituales de exclusión han dado lugar a incongruencias entre la verdadera esencia de la religión o la fe y su práctica que ha llegado a estar impregnado de prejuicios patriarcales⁶⁶.

Uno de los casos más emblemáticos en el ámbito del derecho constitucional comparado es, sin duda, el de *Reed vs. Reed*, resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos. En aquella oportunidad, se discutía a propósito de una disposición del Código de Sucesiones de Idaho, la cual establecía que debía darse preferencia a los hombres sobre las mujeres cuando personas en la misma situación jurídica solicitaran el nombramiento como administrador de la herencia de un difunto.

En aquella oportunidad, este tribunal sostuvo que el Código de Idaho violaba la cláusula de protección igualitaria, contenida en la décimo cuarta enmienda de la Constitución Federal de los Estados Unidos. El tribunal sostuvo que el interés del estado en reducir un nivel de contiendas en los tribunales de sucesiones tenía cierta legitimidad, pero que un estatuto no podía dar preferencia obligatoria a los miembros de un sexo sobre el otro simplemente para eliminar la necesidad de audiencias sobre el fondo. El tribunal sostuvo que este era el tipo de elección legislativa arbitraria prohibida por la cláusula de protección igualitaria⁶⁷.

La importancia de este fallo radica no solo en la unanimidad de la Corte para adoptar esta decisión, sino que además se expresó que la introducción de tratos diferenciados en función del sexo es un asunto que le concierne a la décimo cuarta

⁶⁵ Corte Suprema de la India. Case Shayara Bano vs. Union of India. Sentencia de 22 de agosto de 2017. Se recomienda, en lo particular, consultar los fundamentos 63 y 72.

⁶⁶ Corte Suprema de la India. Case of Indian Young Lawyers Association vs. The State of Kerala. Voto de los magistrados Dipak Misra y A.M Khanwilkar, fundamento 4.

⁶⁷ Corte Suprema de los Estados Unidos. Reed v. Reed, 404 U.S. 71 (1971).

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

enmienda de la Constitución, la cual precisamente protege el principio de igualdad.

a) Reconocimiento de derechos en el ámbito judicial

Por lo general, los estereotipos de género no solo se aprecian en conductas cotidianas, sino también en aquellas que terminan siendo avaladas o que son realizadas a nombre del Estado. Este es el caso, por ejemplo, de las decisiones judiciales. No es ninguna novedad que, al interpretar una ley o tratar de efectuar alguna clase de inferencia, se puedan reflejar diversos prejuicios por parte de las autoridades jurisdiccionales. Al abordar lo relativo al reconocimiento de los derechos a la libertad y seguridad personales de las mujeres, pocas cosas pueden ser tan importantes como el hecho de evitar amenazas de violencia sexual, ya que esta se erige como el centro de subordinación de las mujeres respecto de los hombres al interior de una sociedad⁶⁸. También se ha precisado que la perspectiva de género

es un criterio hermenéutico que deben emplear todos los operadores jurídicos, con independencia de su jerarquía o especialidad, para la resolución del litigio que se le plantea en cualquier caso en el que exista sospecha de relaciones asimétricas, prejuicios o patrones estereotipados de género. Consiste en integrar los principios de igualdad y de no discriminación en la interpretación y aplicación de las normas, a fin de garantizar la mayor protección de los derechos humanos, en especial, los de las víctimas y, en esa medida, ofrecer soluciones equitativas ante situaciones de desequilibrio estructural. Al tratarse de una obligación a cargo de los servidores judiciales, esta herramienta ha de ser aplicada aun cuando las partes no la hayan contemplado en sus alegaciones, y no solo al momento de dictar sentencia, sino en cualquiera de las etapas del proceso⁶⁹.

En el caso específico de la violencia contra la mujer, se ha exhortado a que las autoridades involucradas con la administración de justicia desplieguen su labor con perspectiva de género. Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia ha precisado que

[s]on los operadores judiciales del país quienes deben velar por su cumplimiento. En efecto, es necesario que dichas autoridades apliquen una perspectiva de género en el estudio de sus casos, que parta de las reglas constitucionales que prohíben la discriminación por razones de género, imponen igualdad material, exigen la protección de personas en situación de debilidad manifiesta y por consiguiente, buscan combatir la desigualdad histórica entre hombres y mujeres, de tal

⁶⁸ Corte Constitucional de Sudáfrica. Caso CCT 48/00, fundamento 62.

⁶⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-344/20, fundamento 16.8.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

forma que se adopten las medidas adecuadas para frenar la vulneración de los derechos de las mujeres, teniendo en cuenta que sigue latente la discriminación en su contra en los diferentes espacios de la sociedad⁷⁰.

La administración de justicia suele estar involucrada con casos en los que se encuentren de por medio los derechos tanto de los presuntos agresores como de las víctimas. Existen organismos internacionales que parten de la premisa que, en esta clase de denuncias, debe otorgarse una especial protección a la mujer que sería la posible víctima de violencia. Así, se ha mencionado que

[a]unque el Estado Parte sostiene con razón que es necesario en cada caso determinar si la detención constituiría una injerencia desproporcionada en los derechos básicos y las libertades fundamentales de un autor de actos de violencia en el hogar, como el derecho a la libertad de circulación y a un juicio imparcial, el Comité opina, según expresó en sus opiniones sobre otra comunicación relativa a la violencia en el hogar, que los derechos del agresor no pueden estar por encima de los derechos humanos de las mujeres a la vida y a la integridad física y mental⁷¹.

III. Desarrollo de los derechos de la mujer en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos

No resulta posible explicar la evolución en la tutela de los derechos de la mujer sin hacer una especial referencia al reconocimiento de sus libertades en los principales instrumentos internacionales. Como hace recordar Nussbaum, con anterioridad a los movimientos internacionales de mujeres, ellas

estaban muy aisladas y no disponían de foros globales en los que desarrollar ideas y estrategias. Los diversos congresos de mujeres ya celebrados han generado un germen y un tipo de solidaridad muy valiosos, y esa energía ha contribuido considerablemente sin duda al progreso de las mujeres en la mayoría de los países del mundo⁷² (Nussbaum, 2020, p. 236).

El impulso de esta suerte de “generalización” en el goce de los derechos humanos tiene como punto de quiebre la finalización de la Segunda Guerra Mundial. De hecho, dentro de las propuestas del Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán, se pretendía impulsar un severo retroceso en el reconocimiento de los derechos de la mujer. Como hace recordar Childers,

[e]l programa nazi era esencialmente una promesa de devolverlas a la familia y el hogar, y liberarlas de la doble carga de los deberes domésticos y

⁷⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-338/18, fundamento 35.

⁷¹ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Caso Sahide Goekce vs. Austria. Decisión de 6 de agosto de 2007, párr. 12.1.5.

⁷² NUSSBAUM, Martha (2020). *La tradición cosmopolita. Un noble e imperfecto ideal*. Barcelona: Paidós, p. 236.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

el empleo, Es decir, permitirles realizar el deseo máspreciado de todas las mujeres: casarse y formar una familia. Los nazis [no permitían] que las mujeres participaran en política, se oponían a compartir con ellas espacios de trabajo [...]⁷³.

De ahí que el cierre de las hostilidades haya planteado diversos conflictos. Uno de ellos, acaso el más conocido, tenía que ver con el problema relativo a que sea el Estado el único ente responsable de la protección de las libertades, con todas las consecuencias negativas que ello podía acarrear en los supuestos en los que las vulneraciones de los derechos emanen de las propias autoridades. De esta forma, es en esta época en la que comienza a formarse un proceso de internacionalización de las libertades, la cual, en realidad, cuenta con una corta vida que inicia en el siglo XX, y, en especial, en los años posteriores al fin de la Segunda Guerra Mundial⁷⁴. También será importante en esta época la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la cual inaugurará una época en la que “los derechos dejan de ser una cuestión interna de la incumbencia exclusiva de los Estados y saltan por completo al terreno del derecho y las relaciones internacionales. Los particulares se convierten en sujetos de este nuevo derecho, antes reservado a la actuación exclusiva de los Estados [...]”⁷⁵ (Childers, 2020, p. 389).

Sin perjuicio de lo expuesto, esto no significa que el reconocimiento de diversos derechos en el plano internacional ya hubiese derribado todas las barreras y restricciones que, en el ámbito interno, afrontan las mujeres. Se podría explicar ello por los clásicos inconvenientes de incorporación del Derecho Internacional en el ámbito doméstico, y que la doctrina suele reducir a los debates entre corrientes monistas o dualistas. Sin embargo, el problema es mucho más complejo. Por ejemplo, en el mundo islámico, el denominado “modelo clásico”, el cual se basa en la *Sharia*, carece de instituciones que podríamos denominar de “Derecho Internacional Público”. Pese a estos inconvenientes, diversos países del mundo islámico han intentado superar esta deficiencia a través de la propia ley estatal (Qanún) mediante la incorporación en la normatividad de principios como el *pacta sunt servanda* o el *rebus sic stantibus*⁷⁶.

Se puede añadir un segundo inconveniente, y que se relaciona con el fuerte proceso de consolidación en las sociedades contemporáneas de diversos estereotipos y prejuicios, lo cual, sin ninguna duda, dificulta la implementación de estándares internacionales en el ámbito interno. Para ello, deseo referirme a la experiencia de la India, país que, de forma frecuente, se encuentra en un intenso

⁷³ CHILDERS, Thomas (2020). *El Tercer Reich. Una historia de la Alemania nazi*. Barcelona: Crítica, p. 389.

⁷⁴ PECES-BARBA, Gregorio (2004). *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, p. 116.

⁷⁵ CARBONELL, Miguel (2005). *Una historia de los derechos fundamentales*. México D.F: Fondo Editorial de la Universidad Nacional Autónoma de México, p. 17.

⁷⁶ FRANCO, Emilio (2003). *Derechos Humanos y mundo islámico*. Sevilla: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, p. 170.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

debate entre el estricto respeto de la tradición y religión locales, y la necesidad de acercarse a lo que algunos denominan “el mundo moderno”. Se ha señalado, sobre ello, que

[e]l legislador, de un trazo de pluma, puede abolir el régimen de castas, autorizar los matrimonios mixtos, sustituir los punchayats de casta tradicionales por punchayats urbanos. Su obra, beneficiosa para el progreso del país, es meritoria y necesaria. No puede de repente cambiar hábitos y actitudes enraizadas desde siglos y vinculadas a creencias religiosas. El 80 por 100 de los hindúes, que viven en el campo, no se dan cuenta de ello [...] ⁷⁷ (David, 1968, p. 391).

No sorprende, en este sentido, que diversos países islámicos, como Pakistán, Arabia Saudita o Irán, hayan efectuado diversas críticas de instrumentos como la Declaración Universal de Derechos Humanos, ya que consideran que este documento no ha considerado el contexto y cultura de países de una tradición distinta a la occidental. De hecho, a iniciativa de la Organización de la Confederación Islámica, 45 ministros de asuntos exteriores aprobaron una declaración que entendieron como propia, y que, como era de esperarse, no se reconoce ni la igualdad de género ni la libertad de culto ⁷⁸.

Sin embargo, pese a estos episodios, es indudable que la internacionalización de los derechos permitió promover las corrientes relacionadas con la protección de los derechos de la mujer. No en vano se ha señalado que fenómenos como el racismo o el sexismo se han erosionado hasta tal punto que no resulta posible referirse simplemente a una clase de “moda”. El contexto actual que impulsa la globalización importa que las personas se vean cada vez más requeridas a justificar su forma de tratar a los demás, y ello reemplaza, paulatinamente, a ciertas inercias instintivas o religiosas ⁷⁹.

Como se ha referido en este informe, el enfoque de género parte de la premisa de constatar que, por lo general, las sociedades han insertado una serie de pautas culturales que han incidido en diversos aspectos de la vida de las mujeres, y esto se ha relacionado inextricablemente con la distinción entre ámbito público para los hombres, y ámbito privado para las mujeres. Sobre esto, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones ha indicado que

[i]nvariablemente, se han asignado a la mujer funciones en la esfera privada o doméstica vinculadas con la procreación y la crianza de los hijos mientras que en todas las sociedades estas actividades se han tratado como inferiores. En cambio, la vida pública, que goza de

⁷⁷ DAVID, René (1968). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar, p. 391.

⁷⁸ TARDIFF, Eric (2022). *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Derecho Comparado. México D.F: Tirant lo blanch, p. 472.

⁷⁹ PINKER, Steven (2018). *En defensa de la Ilustración. Por la razón, la ciencia, el humanismo y el progreso*. Barcelona: Paidós, p. 278.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

respeto y prestigio, abarca una amplia gama de actividades fuera de la esfera privada y doméstica. Históricamente, el hombre ha dominado la vida pública y a la vez ha ejercido el poder de circunscribir y subordinar a la mujer al ámbito privado⁸⁰.

En ese sentido, cuando se hace referencia a la idea de la violencia de género, se pretende especificar aquella que supone uno de

los medios sociales, políticos y económicos fundamentales a través de los cuales se perpetúa la posición subordinada de la mujer con respecto al hombre y sus papeles estereotipados. En toda su labor, el Comité ha dejado claro que esa violencia constituye un grave obstáculo para el logro de la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres y para el disfrute por parte de la mujer de sus derechos humanos y libertades fundamentales⁸¹.

En similar sentido, este tipo de violencia

se produce en todos los espacios y esferas de la interacción humana, ya sean públicos o privados, entre ellos los contextos de la familia, la comunidad, los espacios públicos, el lugar de trabajo, el esparcimiento, la política, el deporte, los servicios de salud y los entornos educativos, y en la redefinición de lo público y lo privado a través de entornos tecnológicos, como las formas contemporáneas de violencia que se producen en línea y en otros entornos digitales⁸².

Ciertamente, la violencia de género se desenvuelve en un contexto general de postergación del reconocimiento de los derechos de las mujeres. Ahora bien, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la falta de juzgamiento y condena de un responsable de violencia doméstica supone un acto de tolerancia por parte de los Estados, y que esa omisión

agrava las consecuencias directas de las agresiones [...]. 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 mujer⁸³.

⁸⁰ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas. Recomendación General N° 23, sobre vida política y pública, párr. 8.

⁸¹ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas. Recomendación General N° 35, sobre la violencia por razón de género en contra de la mujer, párr. 10.

⁸² Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas. Recomendación General N° 35, sobre la violencia por razón de género en contra de la mujer, párr. 20.

⁸³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso Maria Da Penha Maia Fernandes vs. Brasil. Informe de 16 de abril de 2001, párr. 55.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

De este modo, la falta de reacción por parte del Estado a un escenario de violencia es un acto de aceptación que no hace más que prolongar el establecimiento de estereotipos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha sostenido que los estereotipos de género se refieren a aquellas pre-concepciones de

atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. [E]s posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas [...]⁸⁴.

La construcción de esta clase de estereotipos se puede advertir en diversos ámbitos, y, como ya se ha señalado, particularmente en el familiar. Por ejemplo, la Corte Interamericana también ha precisado que

exigirle a la madre que condicionara sus opciones de vida implica utilizar una concepción tradicional sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas y que en pos de esto hubiera debido privilegiar la crianza de los niños y niñas renunciando a un aspecto esencial de su identidad⁸⁵.

De similar manera, la Corte ha estimado que negar la paternidad a una persona debido a que la madre biológica no se quiso hacer cargo del menor, es un estereotipo

sobre el rol de un hombre y una mujer en cuanto a determinadas funciones o procesos reproductivos, en relación con una futura maternidad y paternidad. Se trata de nociones basadas en estereotipos que indican la necesidad de eventuales vínculos afectivos o de supuestos deseos mutuos de formar una familia, la presunta importancia de la "formalidad" de la relación, y el rol de un padre durante un embarazo⁸⁶.

Ahora bien, el diseño y establecimiento de estereotipos en las sociedades genera una situación de postergación de la mujer, particularmente en lo que se refiere a la esfera política y, en general, al ámbito de lo público. Sobre esto, se ha indicado que

[l]a creación de estereotipos, hasta en los medios de información, limita la vida política de la mujer a cuestiones como el medio ambiente, la infancia y

⁸⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 401.

⁸⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 140.

⁸⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fornerón e Hija vs. Argentina. Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 94.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

la salud y la excluye de responsabilidades en materia de finanzas, control presupuestario y solución de conflictos. La poca participación de la mujer en las profesiones de donde proceden los políticos pueden crear otro obstáculo⁸⁷.

A ello se puede agregar que la clásica imagen de debilidad o necesidad de protección que ha sido históricamente proyectada en las mujeres también ha generado inconvenientes para el ejercicio de otros derechos, como puede ser en el caso del acceso a un empleo. Por ejemplo, en el caso *Emel Boyraz contra Turquía*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que la exclusión de una mujer para el puesto de agente de seguridad solo en función de su sexo era discriminatoria. En aquella oportunidad, la empresa pública demandada había establecido como requisitos para este cargo el ser hombre y haber cumplido el servicio militar. En su decisión, el organismo regional europeo precisó que los argumentos estatales -relativos a la necesidad de emplear la fuerza física, así como el de asumir ciertos riesgos frente a ataques- no eran suficientes para justificar este tratamiento diferenciado, y más aun cuando la demandante ya contaba con experiencia profesional en ese rubro⁸⁸.

Los estereotipos que petrifican un rol de la mujer en la sociedad también generan severas e impactantes consecuencias en lo que se refiere a la administración de justicia. Por ello, se ha mencionado que estos

distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos. Con frecuencia, los jueces adoptan normas rígidas sobre lo que consideran un comportamiento apropiado de la mujer y castigan a las que no se ajustan a esos estereotipos. El establecimiento de estereotipos afecta también a la credibilidad de las declaraciones, los argumentos y los testimonios de las mujeres, como partes y como testigos. Esos estereotipos pueden hacer que los jueces interpreten erróneamente las leyes o las apliquen en forma defectuosa⁸⁹.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer dispone, en su artículo 1, que la expresión de "discriminación contra la mujer" denota

toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades

⁸⁷ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas. Recomendación General N° 23, sobre vida política y pública, párr. 12.

⁸⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Emel Boyraz vs. Turquía*. Sentencia de 2 de diciembre de 2014, párr. 53.

⁸⁹ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas. Recomendación General N° 33, sobre el acceso de las mujeres a la justicia, párr. 26.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Es llamativo que inclusive las clásicas restricciones fundamentadas en preceptos religiosos -como ocurre en continentes como Asia o Africa- no hayan impedido pronunciamientos de tribunales internacionales en los que se han cuestionado estos mandatos cuando los mismos terminan por discriminar a la mujer. Por ejemplo, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los pueblos ha considerado que resulta contrario al principio de igualdad el hecho que la legislación de Mali reconozca edades distintas en función del sexo para contraer matrimonio, así como en lo relativo a la percepción de la herencia, pese a que estas modificaciones legislativas se encontraban asociadas con el propio ejercicio del Islam⁹⁰.

En relación con la violencia que sufren las mujeres, uno de los principales instrumentos internacionales es, sin duda, la Convención de Belém do Pará, la cual define, en su artículo 1, a la violencia contra la mujer como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha asumido la competencia para interpretar y aplicar este tratado, ha señalado que no “toda violación de un derecho humano cometida en perjuicio de una mujer conlleva necesariamente una violación de las disposiciones de la Convención Belém do Pará”⁹¹. Esto es ciertamente relevante, ya que permite dimensionar a qué se refieren los instrumentos internacionales cuando pretenden conceptualizar la violencia en contra de las mujeres.

Estos criterios suelen ser exigidos por los organismos internacionales a los Estados. Ahora bien, como se conoce, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, muchas veces no necesariamente se analiza la intencionalidad del proceder de los funcionarios públicos o de aquellos particulares que actuaron con aquiescencia estatal, ya que lo que se valora en buena cuenta es la producción de resultados. No sorprende, en ese sentido, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya sostenido que

[t]eniendo en cuenta los datos anteriores sobre el hecho de que la pasividad judicial general y discriminatoria de Turquía, si bien no es intencional, afectaba principalmente a las mujeres, el Tribunal considera que la violencia sufrida por la demandante y su madre puede considerarse una violencia de género que es una forma de discriminación contra la mujer⁹².

⁹⁰ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. *Association pour le progres et la defense des dro'its des femmes maliennes (apdf) and the Institute for Human Rights and Development in Africa (IHRDA) v. Republic of Mali*. Sentencia de 11 de mayo de 2018, párr. 75.

⁹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, p. 227.

⁹² Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Opuz vs. Turquía*. Sentencia de 9 de junio de 2009, párr. 200.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

También suele ser recurrente que los organismos internacionales ordenen a los Estados que implementen políticas o directivas con perspectiva de género para prevenir o reparar violaciones a derechos humanos en contra de las mujeres. Se ha señalado, sobre casos de presuntos actos de violencia sexual, que

el Estado debe conducir eficazmente la investigación y, en su caso, abrir el proceso penal correspondiente y, de ser pertinente, otros que correspondieren, para identificar, procesar y, en su caso, sancionar a los responsables de los vejámenes y privación de la vida de la niña María Isabel Veliz Franco, conforme a los lineamientos de esta Sentencia, a fin de evitar la repetición de hechos iguales o análogos a los del presente caso. Dicha investigación deberá incluir una perspectiva de género, emprender líneas de investigación específicas respecto a violencia sexual, y posibilitar a los familiares de la víctima información sobre los avances en la investigación, de conformidad con la legislación interna, y en su caso, la participación adecuada en el proceso penal⁹³.

De hecho, en los casos de violencia sexual resulta determinante que las autoridades jurisdiccionales no resuelvan las controversias en función de estereotipos, ya que ello puede generar notorios escenarios de impunidad. Sobre ello, se ha sostenido que

la aplicación de estereotipos afecta el derecho de la mujer a un juicio imparcial y justo, y que el poder judicial debe ejercer cautela para no crear normas inflexibles sobre lo que las mujeres y las niñas deberían ser o lo que deberían haber hecho al encontrarse en una situación de violación basándose únicamente en nociones preconcebidas de lo que define a una víctima de violación o de violencia basada en el género en general⁹⁴.

De hecho, la ineficacia del sistema judicial penal frente a este tipo de casos ha sido severamente cuestionada por la Corte Constitucional de Sudáfrica, tribunal que ha enfatizado que esta clase de situaciones solo intensifican la subordinación e impotencia de las víctimas, lo cual también envía un mensaje a la sociedad de que el trauma diario de las mujeres cuenta poco, y, además, la sensación de que la violencia doméstica es inevitable, lo que supone que los patrones de comportamiento sexista sistémico se normalizan en lugar de combatir⁹⁵.

⁹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Sentencia de 19 de mayo de 2014, párr. 251. La Corte también ha requerido que, en casos de violencia sexual, “la investigación debe realizarse por funcionarios capacitados en casos similares y en atención a víctimas de discriminación y violencia por razón de género”. Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Espinoza González vs. Perú. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, párr. 309.

⁹⁴ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas. Caso Karen Tayag Vertido vs. Filipinas. Decisión de 22 de septiembre de 2010, párr. 8.4.

⁹⁵ Corte Constitucional de Sudáfrica. Sentencia CCT 29/99, fundamento 12.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

Ahora bien, no se ha tratado de un espacio en el que, recurrentemente, los tribunales hubiesen avalado las medidas que tenían el propósito de acelerar la igualdad entre hombres y mujeres. De hecho, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha sostenido, en su momento, que “una norma nacional que establece que, en una promoción, las mujeres que tienen la misma capacitación que sus competidores masculinos gozan automáticamente de preferencia en los sectores en los que estén infrarrepresentadas, entraña una discriminación por razón de sexo”⁹⁶. Este entendimiento del principio de igualdad, sin embargo, fue variado posteriormente por este mismo órgano. Así, en el caso Hellmut Marschall, sostuvo que

[L]os apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, no se oponen a una norma nacional que, en caso de que candidatos de ambos sexos presenten igual capacitación, desde el punto de vista de su aptitud, competencia y prestaciones profesionales, obliga a conceder preferencia en la promoción a las candidatas femeninas en aquellos sectores de actividad de la Administración que, en el nivel del puesto de que se trate, tengan un menor número de mujeres que de hombres, salvo que concurran en la persona de un candidato masculino motivos que inclinen la balanza a su favor, siempre que: - dicha norma garantice, en cada caso particular, a los candidatos masculinos con igual capacitación que las candidatas femeninas, que las candidaturas serán objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos de ambos sexos e ignore la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando uno o varios criterios hagan que la balanza se incline a favor del candidato masculino, y que - tales criterios no sean discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas⁹⁷.

De similar forma, en el ámbito de las Naciones Unidas también existen diversos pronunciamientos en los que se exhorta a los Estados a implementar medidas que permitan nivelar la situación de las mujeres respecto de los hombres. Por ejemplo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha recomendado, en el año 1988, “que los Estados Partes hagan mayor uso de medidas especiales de carácter temporal como la acción positiva, el trato preferencial o los sistemas de cupos para que la mujer se integre en la educación, la economía, la política y el empleo”⁹⁸. Con posterioridad, también ha indicado que

⁹⁶ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia C-450/93, fundamento 16.

⁹⁷ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia C-409/95, fundamento 31.

⁹⁸ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas. Recomendación General N° 5 sobre medidas especiales temporales.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

“[I]a eliminación oficial de barreras y la introducción de medidas especiales de carácter temporal para alentar la participación, en pie de igualdad, tanto de hombres como de mujeres en la vida pública de sus sociedades son condiciones previas indispensables de la verdadera igualdad en la vida política”⁹⁹.

⁹⁹ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas. Recomendación General N° 23, sobre vida política y pública, párr. 15.