

RDF

DERECHO DE FAMILIA

REVISTA INTERDISCIPLINARIA
DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

DIRECTORAS:

CECILIA P. GROSMAN

**AÍDA KEMELMAJER
DE CARLUCCI**

MARISA HERRERA

Mayo 2021 | 99

DOCTRINA

ISSN 1851-1201

 **INCLUYE
VERSIÓN DIGITAL**

ABELEDOPERROT

Argumentación jurídica y perspectiva de género: una alianza imprescindible

María Rita Custet Llambi ^(*)

Sumario: I. Androcentrismo, derecho y discurso.— II. Cada juicio es una confesión.— III. Argumentar desde el lenguaje.— IV. Las nuevas categorías de análisis social en la tarea jurídico-argumentativa.— V. La develación de los estereotipos de género como presupuesto de imparcialidad y no discriminación.— VI. La identificación de los estereotipos de género.— VII. Abordaje de los estereotipos de género en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.— VIII. Algunas pautas a tener en cuenta a la hora de argumentar con enfoque de género.— IX. Conclusiones.

“Dispuesto a convertirse en el primer orador de la ciudad, se encerró en su casa y a solas, durante muchos años, practicó el arte de la oratoria. Pulía cada frase, cada inflexión de la voz, cada silencio. Ensayaba ademanes, gestos, pasos. Era capaz de repetir una y mil veces un vocablo hasta que el sonido alcanzase la perfección. Y entretanto se negó a recibir a nadie, a conversar con nadie. Temía que los demás le corrompiesen el estilo, le contagiasen sus trivialidades, sus torpezas de dicción, esas rústicas modulaciones con que habla el pueblo.

“Cuando, finalmente, decidió que no le quedaba nada por aprender, salió de su casa, se encaminó al ágora y en presencia de la multitud pronunció su primer discurso.

“Nadie entendió una palabra. “¿Qué idioma es ese?”, preguntaban los curiosos. Algunos se rieron, otros le arrojaron piedras, la mayoría se fue a presenciar las exhibiciones de los cómicos.”

Soledad, Marco Denevi.

I. Androcentrismo, derecho y discurso

El discurso jurídico ha sido el resultado de la construcción del hombre, en soledad, sin la presencia de la voz de las mujeres y de aquellos que han quedado por fuera del contrato social original (1).

(*) Magíster en Género, Sociedad y Políticas (FLACSO), docente de la cátedra libre Feminismos jurídicos (UNRN), Jueza del Tribunal de Impugnación de Río Negro.

(1) Ver PATEMAN, Carol, "El contrato sexual", Ed. Menades, 2019 (1988).

El discurso no es solo el texto, sino que deviene de una construcción social y se proyecta más allá de él; en términos de Foucault “es una estructura histórica social e institucionalmente específica de enunciados, categorías creencias y términos” (2). En ese sentido, el discurso jurídico es la expresión de poder a modo de acción en tanto “el poder apresa al sexo mediante un acto

(2) Citado por LAMAS, M., "El discurso hegemónico sobre el acoso sexual", en DAICH, Débora - VARELA, Cecilia (coords.), *Los feminismos en la encrucijada del punitivismo*, Ed. Biblos, 2020, p. 47.

del lenguaje o más bien un acto del discurso que crea, por el hecho mismo de articularse, un estado de derecho. Habla y eso es la regla" (3).

El discurso tiene sus raíces en la historia, la cual ha sido la manifestación y la reproducción de las relaciones de poder y dominación patriarcal. En ese marco, el discurso hegemónico ha sido apropiado y reproducido en el ámbito jurídico. Las premisas que integran el discurso judicial se erigen sobre "verdades" y "valores" que han sido el resultado de los poderes y los saberes instituidos solo por los hombres. Las mujeres han sido excluidas de la construcción de tales saberes y despojadas de tales poderes. Para sostener ello, basta con recordar que no fue sino hasta el siglo pasado que las mujeres han tenido acceso a las universidades, a hablar en público, a votar y ser votadas, a administrar sus bienes, entre otras acciones que han habilitado su lento e inacabado acceso a la ciudadanía.

El androcentrismo jurídico como manifestación del sexismo ha reafirmado —mediante el poder disciplinante de la regla y el lenguaje— el sistema binario sexo-género (4), un orden social basado en las jerarquías de género y en la cis-heteronormatividad (5), y ha reproducido la

(3) FOUCAULT, M., "Historia de la sexualidad", Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2014, p. 81 (1984).

(4) "Los sistemas binarios de sexo y género han sido entendidos como modelos sociales dominantes en la cultura occidental que considera que el género y el sexo abarcan solo dos categorías rígidas, a saber, los sistemas binarios de masculino/hombre y femenino/mujer, excluyen a aquellas personas que pueden no identificarse dentro de estas dos categorías, como, por ejemplo, algunas personas trans o algunas personas intersex. Estos criterios constituyen juicios de valor sobre lo que deberían ser los hombres y las mujeres" (CIDH, "Violencia contra las personas LGTBI", 2015, p. 40, <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf>).

(5) Refiere al conjunto terminológico de cisnormatividad y heteronormatividad. La Comisión IDH describe la cisnormatividad como "la expectativa de que todas las personas son cissexuales [o cisgénero], que aquellas personas a las que se les asignó masculino al nacer siempre crecen para ser hombres y aquellas a las que se les asignó femenino al nacer siempre crecen para ser mujeres". El término heteronormatividad se "refiere al sesgo cultural a favor de las relaciones heterosexuales, conforme al cual dichas relaciones son consideradas 'normales, naturales e ideales' y son preferidas sobre relaciones del mismo sexo o del mismo género. La heteronormatividad se com-

asignación de roles y funciones según el sexo y el género de las personas.

Entonces, el discurso jurídico es expresión de un orden de género establecido, pero a su vez tiene la capacidad —en términos de Foucault— de *hablar* y enunciar nuevas reglas mediante el establecimiento de nuevos imaginarios, relaciones y jerarquías de poder. Es decir, tiene el potencial de crear un nuevo estado de derecho.

En ese marco, la pregunta que surge es: ¿qué desafíos deben asumir quienes participan en la construcción del discurso judicial con enfoque de género? ¿Qué incidencia tiene la imbricación de la perspectiva de género en la argumentación jurídica (como método y como praxis) en la transformación del orden social?

Sin la pretensión de exponer una respuesta acabada, en este trabajo se intenta reflexionar sobre la necesidad de la construcción de una nueva argumentación jurídica con perspectiva de género y exponer algunos ejes que sirvan de guía para repensar la importancia de esta y su puesta en práctica en orden la cimentación de una sociedad más justa e igualitaria.

II. Cada juicio es una confesión

El *hablar* del derecho se expresa a través de las presentaciones de las partes en el proceso y mediante las resoluciones orales y escritas que enuncian las y los integrantes de la judicatura. Se sostiene popularmente que "detrás de cada juicio hay una confesión" y sin duda, podríamos transpolar el enunciado al sistema jurídico y advertir su validez también en este ámbito: por cuanto la ley al ser interpretada, invocada y aplicada por las y los operadores jurídicos deja en evidencia la subjetividad, las creencias y las vivencias que cada quien ha adquirido en su proceso de socialización.

Desde la perspectiva de género no se ignora que en definitiva todas las personas hemos sido culturizadas en un orden patriarcal. En dicho orden se inscriben y se adquieren valores, formas de percibir el mundo y también las "máximas de

pone de reglas jurídicas, sociales y culturales que obligan a las personas a actuar conforme a patrones heterosexuales dominantes e imperantes" (*ibid.*).

la experiencia” en tanto todo ello se articula con las creencias relacionadas a los roles y funciones que deben cumplir los hombres y las mujeres en la sociedad y los atributos que integran la masculinidad y la femineidad hegemónicas.

Esto determina que, aun en nuestros días —ante un considerable avance en la deconstrucción del sesgo androcéntrico que ha caracterizado al sistema judicial— se interprete y se aplique el derecho mediante un discurso que expone prejuicios generalizados en torno al sexo y al género y que se construye, en diversos casos, sobre estereotipos nocivos que en la mayoría de las ocasiones ni siquiera advertimos conscientemente. Es decir, se *habla la ley* con base en esas creencias arraigadas —que consideramos verdades absolutas e indiscutibles en tanto son la “expresión de la naturaleza”— que imperceptiblemente traspasan nuestro tejido perceptivo y que contribuyen a la discriminación, especialmente de las mujeres y a las personas que no se ajustan a los parámetros de la cis-heteronormatividad.

Las preconcepciones y prejuicios sobre los roles y funciones de las mujeres y los hombres han determinado un sistema social jerárquico y discriminatorio basado sobre estereotipos de género que han provocado una sobregeneralización de características de las personas sin atender a sus circunstancias y situaciones particulares, lo que ha devenido en serias injusticias a lo largo de la historia.

Debe tenerse presente que, si bien los hombres que adscriben a la masculinidad hegemónica también son perjudicados en algunas ocasiones por los estereotipos de género, en un orden social patriarcal resultan mayormente perjudicadas las mujeres y los grupos LGTBI. De hecho, la CIDH ha afirmado que “uno de los obstáculos reconocidos para el acceso efectivo a la justicia por parte de las mujeres y personas LGTBI es la persistencia de los estereotipos de género en tanto producen y reproducen un contexto estructural de discriminación y desigualdad” (6).

Los organismos internacionales de derechos humanos han centrado sus esfuerzos en lograr

(6) Comité CEDAW (ONU), recomend. gral. 33, párr. 3º.

que los Estados, a través de sus órganos, resignifiquen el discurso político jurídico y apliquen perspectiva de género a efectos de lograr igualdad formal y de facto en el acceso a los servicios del Estado, y en particular a la justicia. Al respecto ha sostenido el Comité de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Violencia contra la Mujer, en adelante CEDAW, al interpretar el art. 2º de la Convención que las juezas y los jueces tienen el deber de:

- abstenerse de incurrir en la estereotipación;
- garantizar que la estereotipación no atente contra los derechos humanos;
- garantizar que las personas puedan ejercer y gozar del derecho a no ser objeto de estereotipos nocivos de género (7).

A su vez se ha establecido que los Estados parte de la CEDAW tienen la obligación, a través de sus agencias de gobierno entre las cuales se encuentra la justicia, de “exponer y eliminar los obstáculos sociales y culturales subyacentes, incluidos los estereotipos de género, que impiden a las mujeres el ejercicio y la defensa de sus derechos e impiden su acceso a recursos efectivos” (8).

En ese marco, vale alertar que al momento de tomar una postura en interés de la parte representada o al emitir una resolución judicial, se requiere dar las razones en que se sustenta cada posición, petición o resolución y, ante ello, la perspectiva de género exige un agudo análisis de los estereotipos de género. La exposición de razones con prescindencia de este enfoque probablemente exponga a quienes ejercen la judicatura y la abogacía a la involuntaria, tácita y hasta inconsciente confesión de ser portadores de una visión sesgada del género.

III. Argumentar desde el lenguaje

Creemos que la perspectiva de género implica dar una renovada importancia a la semántica, en tanto dimensión imprescindible del lenguaje como medio de la argumentación jurídica.

(7) Comité CEDAW (ONU), recomend. gral. 28, párr. 39.

(8) Comité CEDAW (ONU), recomend. gral. 33.

La ausencia de ciudadanía y la invisibilidad de las mujeres en el lenguaje, la imperceptibilidad de lo femenino, su falta de mención en las producciones jurídicas en general y en las sentencias en particular no son casuales. El lenguaje expresado en masculino, como referente de lo universal, integra el discurso judicial; es producto y, a su vez, es mecanismo reproductor, de un orden social que ha privilegiado y favorecido lo masculino por sobre lo femenino.

Nombrar en femenino categorías históricamente asignadas a los hombres es parte de la construcción del nuevo discurso, pero también es parte de una estrategia para el cambio social. A modo de ejemplo, nombrar a “las juezas”, “las contadoras”, “la presidenta del tribunal”, entre otras, es un medio de visibilizar —y también instituir— nuevas realidades, pero también de deconstruir un imaginario en el cual tales roles han sido históricamente ocupados por hombres.

No debe soslayarse que el lenguaje puede ser discriminatorio cuando incurre en sexismo lingüístico. En ese sentido, es sabido que “cuando, como hablantes individuales o como organizaciones, utilizamos un lenguaje que resulta discriminatorio por la forma, pues esto afecta también a su contenido: todos los términos tienen significado, pero también significado. Es decir, cuando en un discurso, un texto o un mensaje jurídico se emplean estructuras o palabras que ocultan o discriminan a alguno de los sexos, se incurre en sexismo lingüístico y esto vulnera el principio de igualdad” (9).

En consecuencia, las expresiones jurídicas deben manifestarse en lenguaje no sexista, entendiéndose por este toda “expresión verbal o escrita que utiliza preferentemente el lenguaje neutro, o que hace explícito el femenino y el masculino. Asimismo, evita generalizaciones del masculino (masculino genérico), para situa-

(9) RUBIO CASTRO, A. - BODELÓN GONZALES, E., "Lenguaje jurídico y género: sobre el sexismo en el lenguaje jurídico", disponible en <https://web.ua.es/es/unidad-igualdad/docencia-igualdad/biblioteca/derecho/lenguaje-juridico-y-genero-sobre-el-sexismo-en-el-lenguaje-juridico.html>.

ciones o actividades donde aparecen mujeres y hombres” (10).

Los organismos internacionales de derechos humanos han establecido una serie de guías para el empleo de un lenguaje no sexista en las cuales se presentan pautas orientativas que pueden ser utilizadas por la judicatura para la exteriorización —verbal o escrita— de sus resoluciones (11).

IV. Las nuevas categorías de análisis social en la tarea jurídico-argumentativa

Sentado ello, vale aclarar que la tarea de argumentar con perspectiva de género va más allá de la utilización de lenguaje no sexista e implica necesariamente incorporar nuevas conceptualizaciones en torno a las cuestiones de género y también, como se desarrolla más adelante, evidenciar desigualdades y estereotipos en la enunciación de argumentos.

En ese marco cabe referir, en primer lugar, al *género*, concepto que comprende una categoría de análisis de las ciencias sociales y abarca el “conjunto de características y comportamientos, como a los roles, funciones y valoraciones impuestas dicotómicamente a cada sexo a través de procesos de socialización, mantenidos y reforzados por la ideología, estructuras e instituciones patriarcales”.

Considerar la historicidad, las causas y consecuencias de la jerarquización de las relaciones y roles de género —así como la subalternidad estructural de lo femenino y de toda disidencia que no se ajuste a la cisheteronormatividad— al momento de argumentar implica aplicar la tan mentada *perspectiva de género*.

(10) COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (MÉXICO), "Guía para el uso de un lenguaje incluyente y no sexista", p. 5.

(11) ONU, "Orientaciones para el empleo de un lenguaje inclusivo en cuanto al género en español", disponible en <https://www.un.org/es/gender-inclusive-language/guidelines.shtml>. ACNUR; "Recomendaciones para el uso de un lenguaje inclusivo de género", disponible en <https://acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2018/11627.pdf>; REUNIÓN DE ALTAS AUTORIDADES DE DERECHOS HUMANOS DEL MERCOSUR, "Manual pedagógico sobre el uso de lenguaje inclusivo y no sexista".

Cabe resaltar, ante la confusión que pervive en algunos sectores sociales y aun en operadores judiciales, que, conforme a los estándares jurídicos internacionales, “La CIDH resalta que la perspectiva de género no es una teoría”, mucho menos una “ideología”, sino que más nada es “una herramienta clave para combatir la discriminación y la violencia contra las mujeres y contra las personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas; y un concepto que busca visibilizar la posición de desigualdad y de subordinación estructural de las mujeres a los hombres en razón de su género” (12).

Tradicionalmente la construcción del orden patriarcal ha girado en torno a una mirada biologicista ajustada al binomio sexo/género y el lenguaje y el discurso se ajustaron a ese paradigma en tanto consecuencia y mecanismo de producción y reproducción del poder y el saber concebido bajo ese paradigma. Actualmente el sexo ha dejado de ser considerado desde la perspectiva biológica y es considerado por el sistema de derechos humanos como una construcción social (13).

En consecuencia, en el *hablar del derecho* irrumpen nuevos conceptos tales como intersexualidad, identidad y expresión de género, cisnormatividad, orientación sexual y heteronormatividad, persona trans y jerarquía sexual que —entre otros— son incorporados al lenguaje de los derechos humanos.

Estas nominaciones emergen de las diversas vivencias y realidades en torno al sexo y al género, se han insertado en el discurso, se han imbricado en la enunciación de los estándares jurídicos internacionales y han permeado la argumentación jurídica que se expone en los pronunciamientos de los organismos en la órbita regional y universal.

Por ende, si quienes operan el derecho no dialogan con los nuevos paradigmas y desconocen la terminología y la nueva epistemología que emerge del campo de los derechos humanos (especialmente las conceptualizaciones básicas

relacionadas con los estudios de género) difícilmente puedan aprehender y legitimar —con conciencia primero y luego en su discurso— una praxis jurídica que favorezca los derechos de los grupos oprimidos. No es difícil predecir, entonces, que se encontrarán como el personaje de Denevi, practicando y puliendo en soledad un desactualizado discurso patriarcal.

V. La develación de los estereotipos de género como presupuesto de imparcialidad y no discriminación

Esta nueva narrativa argumental que considera un lenguaje no sexista y nuevas conceptualizaciones originadas en otras disciplinas sociales debe, asimismo, considerar los contextos, las opresiones, intersecciones y discriminaciones que operan en razón de las jerarquías de género en cada caso a resolver.

El discurso jurídico como expresión ética, creadora y emancipadora en torno al género no se agota en su función enunciativa y prescriptiva, por el contrario, se vuelve acción. Cobra así enorme importancia desde que “el discurso no es simplemente aquello que traduce las luchas o los sistemas de dominación sino aquello por lo que, y por medio de lo cual se lucha” (14). Ergo, el discurso jurídico como medio de lucha para lograr la igualdad efectiva debe incluir argumentos que coadyuven al desmantelamiento de preconcepciones infundadas relativas a las jerarquías y los roles de género.

Esta función asignada al derecho no es una expresión de deseo, sino una obligación de los estándares jurídicos internacionales.

Al respecto, el Comité de la CEDAW ha determinado que “deben fijarse, establecerse, los estereotipos porque de esta manera se mejora el acceso a la justicia y se asegura la eficacia y la eficiencia de la justicia para todas las mujeres” (15).

La Corte IDH sostiene que “los prejuicios personales y los estereotipos de género afectan la

(12) CIDH, "Informe temático. El reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI", 2018, párr. 64.

(13) Ver informe CIDH, citado en nota 4 y opinión consultiva 24/2017 Corte IDH.

(14) FOUCAULT, M., "El orden del discurso", Ed. Tusquets, Buenos Aires, 1992, p. 6 (1970).

(15) Recomend. gral. 33, punto 30.

objetividad de los funcionarios judiciales” (16). Ha afirmado, que “los estereotipos distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos”, lo que, a su vez, puede dar lugar a la denegación de justicia (17).

Es preciso, antes de avanzar, profundizar sobre lo que el sistema de derechos humanos define como *estereotipo de género*: “es un término amplio que hace referencia a una percepción generalizada o preconcepto sobre los atributos o características que poseen los hombres y las mujeres o sobre las funciones que estos cumplen o deberían cumplir” (18).

Los estereotipos perjudiciales generan discriminación y, por ello, su exposición y visibilización resulta indispensable para hacer efectivo el principio de no discriminación e igualdad contenido en el art. 1.1 de la Convención Americana. La Corte IDH y la CIDH han sostenido que la orientación sexual y la identidad de género están protegidas por la frase “otra condición social” del art. 1.1 de la Convención Americana (19) por lo cual todos los estereotipos perjudiciales relativos a estas categorías también deben ser desenmascarados.

Por su parte, el Sistema Universal de Derechos Humanos, mediante el art. 5º, CEDAW, ha establecido que deben eliminarse “los prejuicios y las prácticas que estén basadas en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en sus funciones estereotipadas”.

(16) Cfr. caso “Azul Rojas Marín y otra vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”, sent. del 12/03/2020.

(17) Cfr. casos “Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”, sent. del 24/08/2017, serie C, nro. 339, párr. 173, y “López Soto y otros vs. Venezuela. Fondo, reparaciones y costas”, *supra*, párr. 326. Ver, en el mismo sentido, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomend. gral. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, 2015, párr. 26.

(18) ACNUDH, “Gender Stereotyping as a Human Rights Violation: Commissioned Report (2013)”, 18, informe solicitado por ACNUDH: “La estereotipación de género como una violación de los derechos humanos”.

(19) Ver al respecto CIDH informe citado en nota 4.

La efectividad los estándares jurídicos reseñados impone el deber de incluir en la argumentación de las producciones jurídicas el análisis y consideración, en cada caso particular, de la inexistencia de estereotipos de género y sus manifestaciones.

VI. La identificación de los estereotipos de género

Las condiciones de subordinación y opresión, según Cook y Cuzack, se maximizan cuando “los estereotipos son reproducidos por el derecho, como en las prescripciones implícitas de la ley e implicados en el razonamiento y el lenguaje de utilizado por jueces y juezas” (20).

Las autoras han recogido, con base en el análisis de sentencias judiciales que realizaron a nivel global, la identificación y la nominación de diversos estereotipos de género por parte de las agencias de justicia.

Con relación a las mujeres, mencionan que se han verificado los siguientes estereotipos:

- son propiedad de los hombres;
- carecen de capacidad de aprender;
- son mentirosas y no confiables;
- son inferiores a los hombres;
- deben asumir las tareas de crianza de los hijos;
- son incapaces e indignas de roles religiosos;
- no pueden asumir cargos de alta responsabilidad;
- no pueden ser agresivas;
- son débiles;— son incapaces civilmente;
- son incapaces de tomar decisiones apropiadas sobre tratamientos médicos;
- la maternidad es su rol y su destino natural;

(20) Ob. cit. en nota 26

— su relación con el sexo tiene solo un fin procreador;

— deben ser castas;

— las mujeres lesbianas no son buenas madres;

— deben llegar vírgenes al matrimonio;

— cuando la mujer dice que no a las relaciones sexuales, en realidad está diciendo sí;

— son incapaces de pensar rigurosamente en forma abstracta.

Respecto de los hombres, se relevaron estereotipos perjudiciales tales como:

— deben asumir rol de proveedores primarios;

— son fuertes físicamente;

— no pueden controlar sus impulsos sexuales;

— en función de su rol de proveedores no es apropiado que ejerzan tareas de crianza de sus hijos.

Las expertas hacen referencia a los estereotipos detallados destacando que aún queda por delante seguir identificando, nominando y exponiendo los estereotipos de género perjudiciales, como así también los perjuicios que generan y la forma de reparación.

Al respecto, la incidencia de la argumentación jurídica con enfoque de género debe asumir un rol relevante. Es el camino por el cual el discurso se vuelve acción en la medida en que le pone el nombre a falsas creencias que conllevan discriminación, expresa la no convalidación de ellas, socava la legitimidad social que las sustenta y de esta manera coadyuva a la construcción de nuevos imaginarios sobre las representaciones e identidades de género.

En el siguiente punto, se realiza un recorrido sobre las resoluciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en función de que resulta ineludible, por un lado, conocer cuáles son los estándares jurídicos que ha ido deliniando el sistema, y por otro, observar la meto-

dología expositiva que asumen sus organismos respecto de los estereotipos.

VII. Abordaje de los estereotipos de género en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La CIDH, y con posterioridad la Corte IDH, han ido incorporado hace casi dos décadas entre sus argumentos los relativos a la perspectiva de género. En las argumentaciones desarrolladas se introducen en el análisis de las decisiones de los estados demandados, examinan las razones que han esgrimido sus órganos administrativos y judiciales evidenciando cómo estos órganos toman decisiones violatorias de los derechos humanos cuando se fundan sobre las premisas basadas en estereotipos de género.

VII.1. Estereotipos sobre los roles de género en el matrimonio y la familia

La primera vez que se mencionaron estereotipos de género en el Sistema Interamericano fue en el “Informe Morales de Sierra vs. Guatemala” (2001) (21) de la CIDH. En dicho caso se sostuvo: “las disposiciones del Código Civil aplican conceptos estereotipados de las funciones de la mujer y del hombre que perpetúan una discriminación de facto contra la mujer en la esfera familiar y que tienen el efecto ulterior de dificultar la capacidad de los hombres para desarrollar plenamente sus papeles dentro del matrimonio y de la familia. Los artículos en cuestión crean desequilibrios en la vida familiar, inhiben el rol del hombre respecto del hogar y los hijos y, en tal sentido, privan a estos de una atención plena y equitativa de ambos padres”.

VII.2. Estereotipos sexuales sobre de las mujeres

Por su parte, la Corte IDH hizo referencia a estereotipos de género en el caso “Campo Algodonero vs. México” (2009) (22): “la creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género contra la mujer y que es posible asociar la sub-

(21) Informe 4/01, 19/01/2001, " María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala", caso 11.625.

(22) Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sent. del 16/11/2009.

ordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan implícita o explícitamente en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y lenguaje de las autoridades”.

Asimismo, tomó nota de que el propio estado mexicano había informado al Comité de la CEDAW que existía, en los reiterados crímenes cometidos contra las mujeres de Ciudad Juárez, un patrón en común por cuanto los mismos estaban “influenciados por una cultura de discriminación contra la mujer basada en una concepción errónea de su inferioridad”.

Expresó con relación a los comentarios que hicieron las autoridades encargadas de investigar: “los comentarios efectuados por funcionarios en el sentido de que las víctimas se habrían ido con su novio, o que tendrían una vida reprochable y la utilización de preguntas en torno a la preferencia sexual de las víctimas constituyen estereotipos”.

En el caso “Veliz Franco vs. Guatemala” (2014) (23) se puso en evidencia que los estereotipos de género afectaban las investigaciones en casos en que las mujeres eran víctimas. Se consideró que en el caso habían operado estereotipos discriminatorios en torno a la víctima, que había sido considerada era “una cualquiera”, “una prostituta”, y que “había sufrido inestabilidad emocional por andar con varios novios y amigos”.

Manifestó que las pruebas relativas a los antecedentes sexuales de la víctima “son en principio inadmisibles, por lo que la apertura de líneas de investigación sobre el comportamiento social, o sexual previo de las víctimas en casos de violencia de género, no es más que la manifestación de políticas o actitudes basadas en estereotipos de género”.

Resaltó la conexión entre discriminación y violencia padecida por las mujeres y la manera en que influyen los estereotipos sumados a la

(23) Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. del 19/05/2014.

inacción estatal para generar impunidad y perpetuar la violencia contra las mujeres.

Señaló, como otra consecuencia del uso de estereotipos, el sufrimiento de los familiares de las víctimas lo cual los hace, asimismo, víctimas de vulneración a su integridad personal.

VII.3. Estereotipos relativos a la función reproductiva

En el caso “Artavia Murillo vs. Costa Rica” (2012) (24), la Corte IDH determinó que la prohibición general a un grupo de personas de practicar fecundación *in vitro* conllevaba una discriminación indirecta a las mujeres por razón del género.

Argumentó que “la prohibición de la FIV puede afectar tanto a hombres como a mujeres y les puede producir impactos desproporcionados diferenciados por la existencia de estereotipos y prejuicios en la sociedad”.

Para sustentar tal premisa puso de relieve que, si bien el papel y la condición de la mujer en la sociedad no deberían ser definidos únicamente por su capacidad reproductiva, “la feminidad es definida muchas veces a través de la maternidad”. Como consecuencia de tales expectativas sociales, sostuvo que el sufrimiento personal de la mujer infecunda es exacerbado, y puede conducir a la inestabilidad del matrimonio, a la violencia doméstica, la estigmatización e incluso el ostracismo.

VII.4. Estereotipos relacionados con roles sexuales y capacidad de ejercer tareas de cuidado

En el caso “Atala Riffo vs. Chile” (2012) (25) se condenó al Estado chileno por haber retirado el derecho de tuición a una madre por su orientación sexual. La Corte expuso en la argumentación de su decisión diversos estereotipos sobre la identidad y orientación sexual relacionados con la capacidad de ejercer tareas de cuidado.

(24) Corte IDH, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. del 28/11/2012.

(25) Corte IDH, fondo, reparaciones y costas, sent. del 24/02/2012.

Expresó: “una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño”.

Declaró: “no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, preconcepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños”.

Se expidió, asimismo, sobre la estereotipación del “rol materno” y las exigencias que conlleva el estereotipo de una “buena madre”.

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

Aclaró el organismo que no valida dichos estereotipos pero que “los reconoce y visibiliza para precisar el impacto desproporcionado de la interferencia generada por la sentencia de la Sala Constitucional”.

Dijo que no se comprobó en “el caso concreto que la convivencia de la señora Atala con su pareja afectó de manera negativa el interés superior de las menores de edad y, por el contrario, utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión, por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio en contra de la señora Atala”.

Con respecto a los estándares de argumentación jurídica expresó que las decisiones judiciales deben expresarse “de manera específica y concreta sobre los elementos de conexidad y causalidad entre la conducta de la madre o el padre y el supuesto impacto en el desarrollo del niño. De lo contrario, se corre el riesgo

de fundamentar la decisión en un estereotipo vinculado exclusivamente a la preconcepción no sustentada de que los niños cuidados por parejas homosexuales necesariamente tendrían dificultades para definir roles de género o sexuales”.

En el caso de “Fornerón vs. Argentina” (2012) (26) la Corte IDH analizó los estereotipos de género que generan preconcepciones y prejuicios con relación al rol de los hombres durante el embarazo de la mujer y su posterior incidencia en la crianza de los hijos. Así también, calificó como estereotipos aquellas creencias relativas a la monoparentalidad.

Estableció que son estereotipos “los que indican la necesidad de vínculos afectivos o deseo de formar una familia y el rol del padre durante el embarazo quien debe proveer cuidados a la mujer embarazada, y, en consecuencia, de no darse estos supuestos se presumiría la falta de idoneidad y capacidad del padre”.

Puso de manifiesto que los argumentos sostenidos por el Estado argentino “demuestran una idea preconcebida de lo que es ser progenitor único, ya que, al Sr. Fornerón se le cuestionó y condicionó su capacidad y posibilidad de ejercer la función de padre a la existencia de una esposa”.

Refirió que considerar el estado civil de soltero del denunciante para “privarlo del ejercicio de las funciones como padre, constituye una denegación de un derecho basada en estereotipos sobre la capacidad, cualidades y atributos para ejercer la paternidad individual”.

En el caso “Ramírez Escobar vs. Guatemala” (2018) (27) la Corte IDH constató que, en distintos informes, así como en las propias decisiones de las autoridades judiciales, la decisión de dar en adopción a los niños O. y R. L. había sido estructurada sobre estereotipos discriminatorios en cuanto a los roles de género asignados a la mujer relativos al rol de madre, rol femenino, modelo sexual, madre irresponsable, de con-

(26) Corte IDH, fondo, reparaciones y costas, sent. del 27/04/2012.

(27) Corte IDH, fondo, reparaciones y costas, sent. del 09/03/2018.

ducta irregular. También se detuvo a exponer los prejuicios machistas relativos al rol de padre que presumen “el nulo valor del afecto y cuidado de los padres”.

La Corte desarrolló su argumentación señalando los estereotipos de género que fueron volcados en los actos estatales: “En este sentido, por un lado, distintos informes estudiaron si la señora Ramírez Escobar podía o no asumir su ‘rol maternal’ o ‘rol de madre’, sin que quede claro qué características le atribuyen a ese rol; analizaron si ‘aceptaba su rol femenino’ y ‘el modelo sexual’ que atribuyen a dicho rol; basaron sus consideraciones en testimonios según los cuales la señora Ramírez Escobar era una madre irresponsable porque, *inter alia*, ‘abandona[ba] a [sus hijos] cuando se va a trabajar’, y que por estas razones, entre otras, ‘observaba una conducta irregular’” (28).

Sostuvo que a lo largo de todo el proceso de declaratoria de abandono de los niños en ningún momento se trató de localizar a los padres de estos. Puso de manifiesto que toda la averiguación realizada por los juzgados de menores y los informes estatales se referían al alegado abandono de la madre, “reflejando una idea preconcebida del reparto de roles entre padres, por los cuales solo la madre era responsable del cuidado de sus hijos”. Categóricamente explicitó que “este tipo de estereotipos en cuanto al rol de una madre implica utilizar una concepción tradicional sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual socialmente se espera que lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijas e hijos”.

La Corte no solo expuso los estereotipos perjudiciales respecto de las mujeres sino también abarcó aquellos que perjudican a los hombres: “esta asignación de roles no solo actuó en perjuicio de la señora Ramírez Escobar sino también del señor Tobar Fajardo. Nunca se intentó, ni consideró ubicar a Gustavo Tobar Fajardo, padre de Osmín Tobar Ramírez, para investigar la posibilidad de concederle el cuidado de su hijo... Por tanto, en este caso los estereotipos sobre la distribución de roles parentales, no solo se basaron en una idea preconcebida sobre el rol de la madre, sino también en un estereoti-

po machista sobre el rol del padre, que asignó nulo valor al afecto y cuidado que el señor Tobar Fajardo podía ofrecer a Osmín Tobar Ramírez como su padre. De esta manera, se privó al señor Tobar Fajardo de sus derechos parentales, en cierta medida presumiendo e insinuando que un padre no tiene las mismas obligaciones o derechos que una madre, ni el mismo interés, amor y capacidad para brindar cuidado y protección a sus hijos”.

Concluyó que las autoridades que intervinieron en el proceso se basaron en estereotipos de género sobre la distribución de responsabilidades parentales e ideas preconcebidas sobre la conducta de una madre o de un padre en relación con el cuidado de sus hijos y que ello constituyó una forma de discriminación basada en el género.

En el caso también se condenó que las autoridades hubieran considerado inapropiado que los niños fueron cuidados por su abuela en función de su *orientación sexual* al fijar como estándar que “las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, como las utilizadas en este caso, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños no son idóneas para garantizar el interés superior del niño, por lo que no son admisibles”.

VII.5. Estereotipos sobre mujeres sospechosas de cometer delito

La Corte IDH, en el caso “Espinoza Gonzales vs. Perú” (2014) (29) rechazó los estereotipos de género en torno a las mujeres sospechosas de haber cometido un delito.

Evidenció el estereotipo de género por el cual se considera a las mujeres sospechosas de haber cometido un delito como “intrínsecamente no confiables o manipuladoras”, especialmente en el marco de procesos judiciales. Con remisión al informe de la perita Rebeca Cook la Corte resaltó la falsedad de las preconcepciones que construyen en torno a estas mujeres y sostuvo que la

(28) Párrs. 91, 94 y 98.

(29) Corte IDH, fondo, reparaciones y costas, sent. del 20/11/2014.

caracterización de las mismas como *chicas malas* “permite negarles su madurez y humanidad y así eximir de responsabilidad a las personas responsables de su custodia”.

VII.6. Estereotipos que equiparan las relaciones homosexuales a los actos sexuales ilegítimos

La CIDH en el caso “Flor Freire vs. Ecuador” (2016) (30) denunció al Estado ecuatoriano por cuanto el criterio utilizado por las autoridades militares de excluir al Sr. Homero Flor Freire de la base militar estuvo basado en una aparente incompatibilidad entre la homosexualidad con el régimen de disciplina y la institución militares en sí misma.

Puntualizó que no se habían esgrimido fundamentos razonables y objetivos para justificar tal distinción y considerar que una orientación sexual homosexual es *per se* contraria a los fines de la institución militar, sino que “constituye más bien un reflejo de los estereotipos discriminatorios e infundados históricamente asignados a este grupo social”.

La Corte IDH al pronunciarse en la causa estableció que “una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido”.

Agregó que tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el art. 1.1 de la Convención, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa, lo cual implica que “las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva”.

Uno de los estándares que impone la Corte a tener en cuenta a los efectos de la argumentación jurídica es que “es el Estado quien tiene la carga de la prueba para mostrar que la diferencia de trato entre los actos sexuales homosexuales y los llamados *actos sexuales ilegítimos*

se encuentran justificados, sin fundamentar su decisión en estereotipos”.

La resolución del Estado, entonces, debe sostenerse sobre argumentos que se asienten en buenas razones para justificar la decisión de sancionar actos homosexuales; sin embargo, no existían tales razones, ni fueron explicitadas. La propia Corte reiteró que está prohibida la discriminación por orientación sexual y que al sancionar los “actos de homosexualidad” dentro o fuera del servicio, el art. 117 del Reglamento de Disciplina Militar castigaba toda forma de expresión de esta orientación sexual, restringiendo la participación de personas homosexuales en las fuerzas armadas ecuatorianas.

En el caso “Azul Rojas Marín vs. Perú” (2020) (31) la Corte afirmó que la línea de investigación sobre conducta sexual previa de las víctimas son el producto de actitudes basadas en los estereotipos de género y sostuvo que estos obstaculizaron una investigación objetiva de los hechos. Adicionalmente, “es necesario, advertir que, en el examen médico legal, en interrogatorios y en la decisión del tribunal administrativo se utiliza el término *contra natura* para referirse a diversas prácticas sexuales. La utilización de este término estigmatiza a quienes realizan este tipo de acto sexual, tildándolos de ‘anormales’ por no ajustarse a las reglas sociales heteronormativas”.

VII.7. Estereotipos sobre la incapacidad de las mujeres y salud reproductiva

En el caso “I. V. V. vs. Bolivia” (2016) (32) la Corte IDH determinó la libertad de una mujer para decidir y adoptar decisiones responsables sobre su cuerpo y su salud reproductiva. Declaró que son discriminatorias las acciones por las cuales se induce la toma de decisión en favor de la esterilización de la mujer y no del hombre, con base en el estereotipo de que “la mujer es quien ostenta el rol primario de la procreación y debe ser la responsable de la contracepción”.

(31) Corte IDH, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. del 12/03/2020.

(32) Corte IDH, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. del 30/11/2016.

La Corte visibilizó algunos estereotipos de género frecuentemente aplicados a mujeres en el sector salud, que generan efectos graves sobre la autonomía de las mujeres y su poder decisorio:

— las mujeres son identificadas como seres vulnerables e incapaces de tomar decisiones confiables o consistentes, lo que conlleva a que profesionales de la salud nieguen la información necesaria para que las mujeres puedan dar su consentimiento informado;

— las mujeres son consideradas como seres impulsivos y volubles, por lo que requieren de la dirección de una persona más estable y con mejor criterio, usualmente un hombre protector,

— las mujeres deben ser quienes deben llevar la responsabilidad de la salud sexual de la pareja, de modo tal que es la mujer quien dentro de una relación tiene la tarea de elegir y usar un método anticonceptivo.

De las referencias fácilmente surge que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se ha apropiado de la responsabilidad nominadora y ha establecido una serie de estándares jurídicos que deben ser aplicados en orden a la adecuada interpretación de principios que contemplan los tratados internacionales que conforman el *corpus iuris* internacional de los derechos humanos. Entre tales estándares se encuentran:

— La obligación de eliminar los estereotipos de género al momento de juzgar.

— Deben considerarse como estereotipos aquellas creencias sobre jerarquías roles y lugar de las personas en la sociedad en razón del género, que han sido así señaladas y categorizadas por los documentos del Sistema Interamericano.

— Las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato en función del sexo, género y la orientación sexual deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva en orden a demostrar que estas resultan razonables con exclusión de estereotipos de género.

Si bien excede el propósito del presente trabajo, de la lectura de las resoluciones e informes se toma nota que, con el transcurso del tiempo, exhiben mayor desarrollo y profundización en la exposición de las preconcepciones y los prejuicios arraigados en torno a las jerarquías sexuales y la estereotipación de roles según el género.

VIII. Algunas pautas a tener en cuenta a la hora de argumentar con enfoque de género

Develar mediante la argumentación estos prejuicios como presupuestos falaces no solo se justifica en la racionalidad y no discriminación, sino que se asegura que el derecho cumpla con el rol de “nominación” y, por ende, no solo *hable* y enuncie un nuevo estado de derecho, sino que, a su vez aporte a la deconstrucción de prejuicios generalizados y fuertemente arraigados en torno al género que posicionan en lugar desventajoso a las personas.

Cook y Cuzack señalan que es conveniente asumir esta tarea de develamiento de los estereotipos de género por las siguientes razones:

— Promueve la comprensión de las experiencias colectivas relacionadas con la estereotipación de las mujeres.

— Colabora con la comprensión de cómo los prejuicios y los estereotipos individuales son adoptados por diferentes grupos y eventualmente integrados en las estructuras y en las significaciones sociales.

— Permite que los daños individuales causados por la estereotipación se muestren como una experiencia de opresión colectiva **(33)**.

Ante la ardua tarea por llevar adelante, se demanda que los Estados tomen medidas, incluidas las de promover la capacidad de los agentes de justicia y de los estudiantes de derecho, para eliminar los estereotipos de género en todos los aspectos del sistema de justicia **(34)**. La dificultad radica en que no se ha desarrollado una teoría de la argumentación jurídica que permita a los jueces y las juezas abreviar de ella a la hora de

(33) Ob. cit. en nota 26, p. 57.

(34) Comité CEDAW, recomend. gral. 33, párr. 29.

argumentar bajo los parámetros que son exigidos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Hasta tanto se salde la deuda pendiente algunas pautas orientadoras para la tarea argumentativa pueden extraerse no solo de la metodología que sigue la Corte Interamericana en sus resoluciones, sino también del modelo que exponen las autoras, Cook y Cuzack quienes proponen develar los estereotipos de género siguiendo los siguientes pasos:

- nombrar el estereotipo;
- identificar sus modalidades;
- exponer el perjuicio que ocasionan; y
- desarrollar reparaciones adecuadas para su eliminación.

Como metodología jurídica para detectar y nominar los estereotipos de género proponen las siguientes líneas de análisis:

— ¿De qué manera una ley o práctica estereotipa a hombres y mujeres?

— ¿En qué forma la aplicación, la ejecución o la perpetuación de un estereotipo de género en una ley, política o práctica lesiona a las mujeres? A efectos de examinar el primero de los interrogantes si bien señalan que es conveniente asumir diversos enfoques, sugieren analizar si existe evidencia de que se han asignado estereotipos de género, cuáles son los estereotipos de género operantes y las formas que se adoptan y cuáles son sus contextos, sus medios de perpetuación y la manera de eliminarlos, todo lo cual debe efectuarse en el marco de un análisis cuidadoso de los hechos del caso concreto.

Uno de los indicadores clave de estereotipación es en el caso de que exista un juicio basado en la categoría mujer y no en las condiciones personales.

Otro de los métodos sugeridos es el que busca “preguntarse por la mujer” en el cual resulta relevante cuestionarse lo siguiente: ¿La ley, la política o la práctica hacen suposiciones sobre la

mujer, o en concreto sobre un atributo, característica o papel que las mujeres tienen o deberían tener en la sociedad?

Como herramienta para exponer en la argumentación sobre los estereotipos de género sugieren (35) prestar especial atención a los hechos para describir que opiniones generalizadas o preconcebidas que revelan acerca de los atributos o características o roles con relación a los hombres y las mujeres, indagar si se prescriben o imponen roles sexuales o comportamientos de género. Luego entienden que una vez que se ha identificado y expuesto el estereotipo deben considerarse los contextos en que opera y la manera en que se ha perpetuado, así como el proceso por el cual puede eliminarse. Para ello apuntan una serie de preguntas relativas a factores individuales situacionales más generales y relevantes para la aplicación, imposición o perpetuación de diferentes estereotipos de género. La evidenciación de los contextos, según las autoras, puede dar pistas importantes sobre el camino a seguir para la erradicación de los estereotipos.

Con relación al segundo interrogante relacionado a de qué manera los estereotipos lesionan a las mujeres establecen como guía las siguientes preguntas: ¿Se le está negando un beneficio a las mujeres en razón de la existencia de cierto estereotipo? ¿Se les está imponiendo una carga a partir del mismo? ¿Se degrada, se minimiza su dignidad, se las marginaliza de alguna manera en razón de la existencia de cierto estereotipo de género? (36).

En suma, la metodología descrita, desde la dimensión pragmática puede resultar de utilidad al momento de encontrar la solución justa del caso y también a la hora de exponer las razones que la sostienen.

IX. Conclusiones

Resulta imprescindible aplicar la argumentación jurídica a modo de herramienta para desentrañar y visibilizar las diferencias estructurales como modo de asegurar juicios imparciales y justos.

(35) Ob. cit. en nota 26.

(36) Ob. cit. en nota 26.

Ello conlleva algunos desafíos a la hora de argumentar:

— Debe evitarse el lenguaje sexista.

— Previo a decidir, quien argumenta debe reflexionar sobre sus creencias y ponerlas a prueba de estereotipos.

— Al argumentar deben identificarse, visibilizarse y nombrarse los estereotipos de género sin soslayar la exposición de las consecuencias perjudiciales que el uso de estos conlleva. A su vez, también deben determinarse las posibles formas de reparación.

Si bien es cierto que el discurso jurídico en muchas ocasiones consolida los sentidos que expresan de manera más dura y menos perceptible la naturalización de ciertas formas de reconocimiento de discriminación, que cristalizan

e impiden su transformación (37), no menos cierto es que las y los operadores jurídicos que incorporen a su discurso una argumentación con perspectiva de género estarán contribuyendo significativamente a un orden social más justo mediante *la acción del discurso* que trasciende la solución del caso concreto.

Es necesaria la apropiación de nuevas miradas y que el discurso jurídico se reconstruya con base en un *idioma* que no sea el resultado de la construcción y reproducción en soledad de los saberes y poderes patriarcales: un discurso que *hable el derecho* generando nuevas reglas basadas *en la igualdad y para la igualdad* de género.

(37) RUIZ, A., "Género y derechos humano" en AVIA SANTAMARÍA, Ramiro - SALGADO, Judith - VALLADARES, Lola (comps.), *El género en el derecho: ensayos críticos*, Serie Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ecuador, 2009, p. 163.