



La perspectiva de género como principio general del Derecho

Melissa Benavides Víquez



La perspectiva de género como principio general del Derecho

Melissa Benavides Víquez



Colección Debates del Bicentenario



Editorial
Costa Rica

346.004

B456p

Benavides Víquez, Melissa, autor (a)

La perspectiva de género como principio general

del Derecho / Melissa Benavides Víquez. -- Primera edición. --

San José, Costa Rica : Editorial Costa Rica : Editorial de la
Universidad de Costa Rica, 2021.

176 páginas ; 21 x 14 cm. -- (Colección Debates del
Bicentenario ; 4)

ISBN 978-9930-580-46-2

1. Género. 2. Equidad de género. 3. Derechos humanos.
3. Igualdad de oportunidades. I. Título. II. Serie.

SINABI/UT

2021

LA PERSPECTIVA DE GÉNERO COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO

© Melissa Benavides Víquez

© Editorial Costa Rica

Teléfono: (506) 2233-0812. Fax: (506) 2233-5091

Apartado Postal: 10 010-1000 San José, Costa Rica

Correo electrónico: produccion@editorialcostarica.com

www.editorialcostarica.com

Dirección editorial y producción: Marianela Camacho Alfaro

Diagramación: Martha Lucía Gómez Zuluaga

Diseño de colección y portada: Felipe Fernández

© Editorial de la Universidad de Costa Rica,

Ciudad Universitaria Rodrigo Facio. Costa Rica.

Apdo. 11501-2060 • Tel.: 2511 5310 • Fax: 2511 5257

administracion.siedin@ucr.ac.cr • www.editorial.ucr.ac.cr

Editorial UCR es miembro del Sistema de Editoriales Universitarias de Centroamérica (SEDUCA), perteneciente al Consejo Superior Universitario Centroamericano (CSUCA).

Primera edición: Editorial Costa Rica / Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2021

Derechos reservados conforme
a la Ley de Derechos de Autor
y Derechos Conexos. D. R.

Prohibida la reproducción total o parcial.
Todos los derechos reservados.
Hecho el depósito de ley.

CONTENIDOS

Prólogo	xiii
---------------	------

Introducción.....	xv
-------------------	----

Parte 1

La perspectiva de género y los principios generales del Derecho	1
---	---

1.- Aspectos preliminares sobre el género, las leyes y la perspectiva de género.....	1
a.- Nacer mujer, nacer hombre: un punto de partida.....	2
b.- Lo que no es: diferenciaciones conceptuales del género y otros conceptos.....	19
c.- El género en el derecho	25
d.- El prisma de la perspectiva de género	36
2.- Los principios generales del derecho: nociones conceptuales y funcionales preliminares	38
a.- Funciones de los principios generales del derecho en el ordenamiento jurídico.....	39
b.- Sobre las antinomias y las lagunas.....	41
c.- El concepto y la función de los principios generales del derecho	45
d.- La función de los principios generales del derecho	55

Parte 2

Las fórmulas para la aplicación de la perspectiva de género como principio general del derecho	59
--	----

1.- Interpretadas por las palabras de otros: la interseccionalidad y las identidades múltiples.....	59
---	----

2.-	Fundamento jurídico de la interseccionalidad.....	61
3.-	La interseccionalidad en los principales instrumentos internacionales.....	67
a.-	Convención Americana de Derechos Humanos.....	68
b.	Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).....	69
c.-	Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	72
d.-	Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos de las Personas Mayores.....	78
4.-	La interseccionalidad en la jurisprudencia constitucional y el principio de igualdad.....	81
5.-	Un principio en ejecución: la perspectiva de género como principio general del Derecho aplicado a la jurisprudencia	88
a.-	La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	89
b.-	La jurisprudencia de los tribunales nacionales y el principio general de perspectiva de género	108
	Conclusiones	149
	Bibliografía.....	151

PARTE 1

LA PERSPECTIVA DE GÉNERO Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

1.- ASPECTOS PRELIMINARES SOBRE EL GÉNERO, LAS LEYES Y LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

El análisis de las normas¹ con una perspectiva de género nos permite descubrir realidades invisibilizadas en el transcurrir de la historia; en primer lugar, evidencia que el derecho no es una disciplina neutral, pues a nivel histórico han existido leyes que no solo han excluido directa e indirectamente a las mujeres sino que han negado sus aportes; segundo, la incursión jurídica de las mujeres en el derecho ha sido, en muchos casos, de difícil asimilación por parte de quienes operan justicia y establecen las leyes, muy a pesar de los avances que han significado un cambio en cuanto a la presencia y el papel de la mujer en la sociedad.

1 Nota de la autora: cabe aclarar que en el caso de las citas textuales de leyes, normas, votos, jurisprudencia y otros documentos legales citados a lo largo de este libro, se ha respetado en su transcripción la grafía de los originales, incluyendo sus erratas.

Si bien son muchos los instrumentos de protección de derechos humanos suscritos en Costa Rica que tutelan los derechos humanos de las mujeres, no por ello han cesado las desigualdades y la inequidad; además, se sigue produciendo una falta de singularización de la experiencia de las mujeres en la cual subyacen varios estratos o formas de discriminación.

A.- NACER MUJER, NACER HOMBRE: UN PUNTO DE PARTIDA

Uno de los pilares sobre los cuales se cimienta el derecho es la aspiración a la igualdad. El derecho, como un conjunto de normas e instituciones que regulan las relaciones sociales, implica que ninguna persona debe ser excluida del amparo de la ley, pero nacer mujer o nacer hombre marca una diferencia que recae sobre lo identitario, las aspiraciones, las oportunidades y, por supuesto, sobre un lugar ante el ordenamiento jurídico.

Para comprender la premisa anterior, es necesario repasar los aportes de varias investigaciones que han analizado el significado (y las consecuencias) de ser mujer y ser hombre en la sociedad occidental. Para empezar, el trabajo de Gayle Rubin en *El tráfico de mujeres: notas sobre la "economía política" del sexo* (1975, p. 37), en el cual define el sistema sexo/género como: "el conjunto de disposiciones por el que una sociedad transforma la sexualidad biológica en productos de la actividad humana en el cual se satisfacen esas necesidades humanas transformadas".

Cada sociedad tiene su propio sistema sexo/género, a partir del cual se dota de un significado al sexo humano y, a su vez, se interviene con los valores, las creencias, la cultura, las instituciones, la religión, entre otros. Este sistema conlleva expectativas asociadas a lo "masculino" y a lo "femenino"; por ejemplo, asociado a lo femenino se apela a las emociones, el ámbito doméstico y los cuidados; en cambio,

la racionalidad, el ámbito público y el papel proveedor de ingresos se considera característico de lo masculino.

En el sistema sexo/género se establece una distinción entre el sexo y el género, entendiendo que, aunque generalmente se utilizan de manera equivocada como sinónimos, son categorías diferentes entre sí, pues socialmente determinan aspectos muy importantes: por un lado, el *sexo*,² es decir, las características físico-biológicas que distinguen a hombres y mujeres en cuanto a macho y hembra de la especie humana; en cambio, el *género* es la definición cultural del comportamiento definido como apropiado para lo designado como “masculino” y “femenino”.

Posteriormente, Rubin (s.f), en su artículo “Reflexionando sobre el sexo: notas para una teoría radical de la sexualidad” concluye que, al igual que el género, la sexualidad es política y se encuentra organizada en sistemas de poder que alientan y recompensan a algunos individuos y suprimen a otros. Añade que los actuales conflictos sobre valores sexuales y la conducta erótica tienen mucho en común con las disputas religiosas de siglos pasados y estas disputas, además, se convierten en instrumentos para desplazar las ansiedades sociales y descargar la intensidad emocional concomitante a ellas.

El género ha sido desarrollado desde varias disciplinas, por ejemplo, la antropóloga Marta Lamas, en su artículo titulado “Género” (2016), explica que fue en las investigaciones sobre los trastornos de identidad sexual del doctor Robert Stoller, efectuadas en 1968, en las cuales inicialmente se mencionó la categoría de género para establecer una diferencia con el sexo. En dichas investigaciones se concluía

2 Fundación Iniciativa Social. (2009). “Prevención de la criminalidad y la construcción de las identidades masculinas”, véase https://www.emakunde.euskadi.eus/contenidos/informacion/gizonduz_dokumentuak/es_def/adjuntos/6_preencion_de_la_criminaldad_y_la_construccion_de_las_identidades_masculinas.pdf p. 3

que la asignación y la adquisición de una identidad va más allá de una carga genética, hormonal y biológica. Por lo tanto, y desde esta premisa, *género* es una categoría en la que se articulan tres instancias básicas:

- a) La *asignación* (como sinónimo de atribución) de género: se realiza a partir de la apariencia externa de sus genitales. Existe el supuesto de que esta apariencia está en contradicción con la carga cromosómica, y si no se detecta esta contradicción, se generan graves trastornos.
- b) La *identidad de género*: se determina aproximadamente al adquirir el lenguaje y no implica un conocimiento de la diferencia anatómica entre los sexos. El género al que pertenece hace identificarse con las manifestaciones o actitudes de “niño” o “niña”. Luego de establecida la identidad de género, esta se convertirá en un tamiz por donde pasan las vivencias.
- c) El *papel de género*: se forma con el conjunto de normas y prescripciones que dictan la sociedad y la cultura sobre el comportamiento femenino o masculino.

Por su parte, en su trabajo titulado “El Género: una característica útil para el análisis histórico”, incluido en la obra *El género: la construcción cultural de la diferencia sexual*, compilada por Marta Lamas (1996), Joan Scott planteó la definición de género como una forma primaria de relaciones significantes de poder que se constituye de cuatro elementos:

- a) Los *símbolos y mitos* culturalmente disponibles y sus representaciones múltiples: referido a los arquetipos culturales de los sexos, con características de género como abnegación, ternura y pasividad, por un lado, y por otro, agresividad, fuerza y violencia.
- b) Los *conceptos normativos* que manifiestan las interpretaciones de los símbolos y se expresan en doctrinas religiosas,

- educativas, científicas, legales y políticas para afirmar categórica y unívocamente el significado de varón y de mujer.
- c) Las *instituciones y organizaciones sociales de las relaciones de género*: el sistema de parentesco, la familia, el mercado de trabajo sesgado por los sexos, las instituciones educativas, la política.
 - d) La *identidad*: tanto la individual como la colectiva.
 - e) Lo *masculino* y lo *femenino* se posicionan en dos grandes lugares de la actividad humana: lo público y lo privado. En el ámbito público suceden los reconocimientos, la valoración y la jerarquización. Desde un punto de vista económico, en este ámbito se efectúa la producción de bienes y servicios; este espacio da el posicionamiento a lo masculino. Por otro lado, dentro del ámbito privado se goza de la intimidad y el descanso; en este espacio no solo se dan las relaciones familiares y de convivencia, sino que también ocurre la reproducción social, pues, entre otros, hay elementos como la seguridad, la nutrición y aspectos emocionales para las personas. Además, incluye la posibilidad de recuperar las fuerzas, descansar, descargar las tensiones y recrearse, tal como señalan Romo y Papadimitru (2004). Socialmente, este espacio se le otorga a lo femenino y, desde el punto de vista económico, las actividades que se ejercen en lo privado son en su mayoría no remuneradas.

Respecto al género y su construcción social, uno de sus ejes de divergencia más relevantes es, precisamente, el trabajo doméstico. Desde los años setenta se ha venido recorriendo un camino teórico-conceptual que, aunado a los estudios de género y las luchas sociales, permitió concientizar en que dicho trabajo posee un valor propio y, además, es impuesto a las mujeres y se espera que sean ellas quienes lo ejecuten (Carrasco, 2009). A partir de la creación de la dicotomía público/privado, se estableció también la “división sexual del trabajo”, que es uno de los ejes desde el cual nace la desigualdad entre los hombres y las mujeres.

Una forma de exponer la división sexual del trabajo es la siguiente:

En todas las sociedades mujeres y varones realizan algunas tareas diferentes, consideradas actividades femeninas y masculinas. Aunque esta división sexual del trabajo no siempre haya sido igual y varíe en cada sociedad concreta, ha sido un fenómeno que se ha mantenido desde que se tiene memoria histórica. Las niñas y los niños son socializados para que aprendan a desempeñar estas tareas y para que acepten este orden social como 'natural'. Existen normas que prescriben los comportamientos aceptables para unas y otros y mecanismos de sanción para impedir que se produzcan desviaciones en las conductas individuales. La organización social del trabajo que se deriva de la existencia de la división sexual del trabajo, es el sistema de género, que se refiere a los procesos y factores que regulan y organizan a la sociedad de modo que ambos sexos sean, actúen y se consideren diferentes, al mismo tiempo que determina cuáles tareas sociales serán de competencia de uno y cuáles del otro (Astelarra (1995) en Batthyány (2004)).

En las sociedades actuales encontramos diferencias basadas en el género, con respecto a los trabajos que realizan hombres y mujeres. Esta división determina cómo los roles se distribuyen en la colectividad; sin embargo, el problema radica en que esta división establece relaciones jerárquicas de poder y, generalmente, define a las mujeres tareas sin visibilidad ni reconocimiento social.

La división sexual del trabajo también se refiere a la existencia del *trabajo productivo*: vinculado a la obtención, transformación e intercambio de bienes; tareas asignadas tradicionalmente a los varones, y, por otro lado, el *trabajo reproductivo*: delegado a nivel cultural a las mujeres, distinción fundamental que se explica de seguido.

A.1.- EL TRABAJO REPRODUCTIVO

El trabajo reproductivo comprende el desempeño de dos actividades fundamentales: la *reproducción biológica*: la gestación, el parto, la lactancia, y la *reproducción social*; la primera actividad incluye todas las tareas necesarias para el mantenimiento del hogar y la reproducción del grupo familiar, tales como: crianza, educación, alimentación, atención, cuidado de los miembros de la familia; la segunda actividad se refiere a la transmisión de las costumbres y los valores del grupo social.

El trabajo reproductivo ha sido delegado mayoritariamente a las mujeres, aspecto que se critica fuertemente, pues si bien a nivel biológico las mujeres son quienes llevan, nutren y dan a luz a los niños y las niñas, además de algunos cuidados exclusivos del postparto (lactancia, por ejemplo), la extensión e imposición de ese cuidado, como si fuera un elemento natural y obligatorio de las mujeres a lo largo de sus vidas, es una creación cultural, económica y de valores que impone el sistema sexo/género de cada sociedad.

A.2.- EL TRABAJO PRODUCTIVO

Por su parte, el trabajo productivo es una actividad relacionada en forma directa con la producción económica y el mercado (espacio con predominancia masculina); ambos son socialmente valorados y, además, otorgan estatus y poder a quienes los llevan a cabo, situación que no ocurre con el trabajo reproductivo, pues por lo general no implica aporte económico y carece de valor social.

Como producto de la valoración social asignada al trabajo productivo y reproductivo, las relaciones de género entre hombres y mujeres, se constituyen en instrumentos de poder y dominación en varios estadios (cultural, social, económico y jurídico) (CEPAL, 2010). El género, como creación cultural, social y económica, debe ser abordado trans-

versalmente; además, su análisis requiere una aproximación interdisciplinaria y un cuestionamiento de las categorías binarias,³ sean estas naturaleza/cultura, público/privado, producción/reproducción e, incluso, masculino/femenino (Arango, León y Viveros, 1995).

En ese sentido, la perspectiva de género⁴ aportará un marco teórico, el cual permitirá detectar las desigualdades dentro de las distintas instituciones sociales, culturales y económicas y, a partir de ellas, diseñar e implementar las medidas necesarias que aseguren en las mujeres un mejor disfrute de todos sus derechos y, por consiguiente, un mejor resguardo de los derechos humanos (Florez-Estrada, 2007).

A.3.- EL GÉNERO, EL DERECHO Y LA ECONOMÍA: LA ECONOMÍA DEL CUIDADO Y LAS POSIBLES EXPLICACIONES PARA LA DESIGUALDAD⁵

Partiendo de la premisa de que todas las personas, en mayor o menor medida, requieren cuidados a lo largo de la vida, el tema del cuidado ocupa una posición neurálgica en

3 Sobre este aspecto, es importante mencionar que la teoría *queer* niega el dualismo del género y, si bien las categorías binarias solo existen en la mente humana, son un principio organizador del pensamiento particularmente útil para efectos de esta investigación y para una mejor apreciación de este trabajo. Por lo tanto, serán tomados en cuenta para la argumentación de los objetivos aquí planteados.

4 “Perspectiva de género es sinónimo de enfoque de género, visión de género, mirada de género y contiene también el análisis de género. En ciertos lenguajes tecnocráticos se llega hablar de la variante género (como si el género fuera una variante). Se le llama también el componente género y se le homologa al componente medio ambiente, al componente salud, etcétera”. Fragmento extraído de Lagarde, Marta (1996). *La perspectiva de género, en Género y feminismo. Desarrollo humano y democracia*. España: Ed. Horas y Horas, p. 13.

5 Para mayor detalle, véase Benavides, Melissa (2016), “El cuidado de personas dependientes: Una economía invisible”, *The Latin American an Iberian Journal of Law and Economics*, Vol. 2, Iss. 1, Article 2.

el bienestar y desarrollo del ser humano. Ahora bien, ¿qué comprenden las actividades de cuidado? El cuidado contiene aspectos culturales, políticos, psicológicos, económicos y jurídicos; es multidimensional. Un ejemplo para ilustrar lo anterior sería el siguiente: un trozo de carne cocido es más agradable y saludable que uno crudo, quién lo prepara y hasta con quién se come, depende de un contexto determinado por la cultura, la geografía y los valores, entre otros aspectos.

La economía también ha entendido que en el seno de los hogares se toman verdaderas decisiones económicas. En las familias, la provisión de cuidado para quienes no pueden valerse de manera autónoma implica un *costo de oportunidad* para quien ejerza estas tareas de cuidado. Este costo es asumido mayoritariamente por las mujeres, en especial cuando media el ejercicio de la maternidad. Se debe tomar en cuenta que con la ratificación de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, nuestro país se comprometió a garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y desarrollo de sus hijos e hijas, pues la acción de cuidar implica tiempo para cuidar, dinero para cuidar y la intervención humana. Es esperado –y culturalmente aceptado– que las familias sean las principales proveedoras del cuidado *puertas adentro*. Esto significa arreglos altamente costosos dentro de los hogares, ya que al mismo tiempo se necesita del trabajo remunerado para la propia subsistencia. Bajo esta perspectiva, el cuidado en el seno familiar funciona como un subsidio al Estado, pues reproducen, educan, cuidan y nutren la fuerza laboral en el caso de las personas menores dependientes o suplen los cuidados a personas adultas mayores, con la complejidad que esto implica, todo de manera gratuita y con un bajo –o nulo– reconocimiento social y económico.

Las Encuestas de Uso de Tiempo⁶ han evidenciado que la participación de hombres y mujeres en las labores de cuidado y trabajo doméstico no es igualitaria. El Tercer Estado de los Derechos Humanos de las Mujeres en Costa Rica, realizado por el Instituto Nacional de las Mujeres en el año 2019, demostró que el tiempo efectivo promedio que invierten las mujeres en trabajos domésticos es de 36:01 horas semanales, mientras que la participación de los hombres se reduce a 13:55 horas semanales. Estos datos dan cuenta de la importante inversión de tiempo que, respecto a los hombres, hacen las mujeres al trabajo del hogar.⁷

El panorama se complica con el crecimiento de la participación de las mujeres en la fuerza laboral remunerada, ya que se les siguen delegando las labores domésticas, lo cual genera dobles jornadas que se componen del trabajo doméstico no remunerado y el trabajo remunerado. Estas circunstancias son verdaderos desincentivos hacia las labores de cuidado, a raíz de lo cual cada día es más común que las mujeres pospongan su maternidad, se inclinen a no tener hijos, o decidan delegar el cuidado a terceros, provocando un cambio en el panorama demográfico y en la provisión privada del cuidado. Ante esta circunstancia las familias se han visto en la necesidad de plantearse interrogantes como

6 Las Encuestas sobre Uso del Tiempo (EUT) son instrumentos estadísticos que permiten generar información para la medición de todas las formas de trabajo (remunerado o no) de mujeres y hombres, así como captar la forma en que las personas de 12 años y más usan el tiempo en su esfuerzo por resolver necesidades de subsistencia y bienestar.

7 Para mayor detalle, véase *Tercer Estado de los Derechos Humanos de las Mujeres en Costa Rica* / Instituto Nacional de las Mujeres (ed.) San José: Instituto Nacional de las Mujeres, 2019 (Colección Estado de los Derechos de las Mujeres en Costa Rica; n. 11), p. 101, recuperado de <https://www.inamu.go.cr/documents/10179/275546/Tercer+Estado+de+los+Derechos+Humanos+de+las+Mujeres+en+Costa+Rica+%282019%29.pdf/f1affa72-985f-4489-bcf6-28206a661e4d>

¿quién asumirá el cuidado de las personas dependientes? ¿Existen otras alternativas para cuidar? ¿Cómo deben repararse estas responsabilidades? ¿Tiene el Estado responsabilidad de coadyuvar en estas labores?

Sobre la importancia del cuidado es posible desprender varias conclusiones: primero, que el cuidado requiere una acción de ayudar a una persona en su desarrollo y bienestar (independientemente de su edad); segundo, requiere un trabajo físico-material (ejercido por alguien, generalmente mujeres, quienes soportan un costo de oportunidad); y por último, incluye un aspecto psicológico que implica un *vínculo afectivo, emotivo, sentimental*, es decir, que el cuidado afecta, relaciona y atañe de manera humana tanto a quien provee cuidados como a quien los recibe.

Para analizar el cuidado y su relación con la economía, se acuñó el término “economía del cuidado”, que se puede entender como un espacio bastante indefinido de bienes, servicios, actividades, relaciones y valores relativos a las necesidades más básicas y relevantes para la existencia y reproducción de las personas en las sociedades en que viven (Marco y Rodríguez, 2010). Todas estas actividades son llevadas a cabo en la esfera doméstica y complementan el trabajo remunerado, en el tanto permiten el mantenimiento de la vida y de muchas capacidades fundacionales de las personas.

Para complementar las nociones sobre la economía del cuidado, no se debe asimilar el término *trabajo* con el término *empleo*. El término *empleo* deja por fuera todas las acciones del cuidado y las domésticas, si estas no son remuneradas, mientras que el término *trabajo* (Aguirre, 2007) es amplio y trasciende la retribución económica, pues necesariamente debe incluir aquellas labores, independientemente de que sean susceptibles de valoración pecuniaria. El cuidado es una plataforma para que las actividades en el mundo público sean posibles; por lo tanto, más correcto sería considerar el trabajo como un término que incluya el

empleo y que se componga de la sumatoria del tiempo de trabajo remunerado⁸ y del tiempo de trabajo doméstico no remunerado.⁹

El cuidado como actividad económica puede analizarse desde la perspectiva *microeconómica*, cuando se observa que las labores de cuidado representan costos y demandan esfuerzos significativos dentro de los hogares que no siempre son reconocidos ni cuantificables en la cadena de producción de bienes y servicios. Todos los actos de cuidado inciden directamente en el desarrollo de un capital humano que sustituirá en el futuro a la fuerza laboral presente. Sin embargo, representan grandes costos para las mujeres, particularmente en términos de su autonomía, al delegárseles preferentemente estas labores. Desde la perspectiva *macroeconómica*, se contabilizan las actividades de cuidado dentro de las cuentas nacionales; es decir, que los hogares son unidades productoras de insumos y recursos. Esta perspectiva permite dar pautas para la formulación de políticas públicas de cuidado y de equidad de género, reconociendo así el verdadero aporte al sistema económico de las mujeres que cuidan y realizan trabajo doméstico no remunerado.

Por otra parte, comprender el cuidado desde un enfoque de derechos implica, primero, que quienes lo requieran

8 Como trabajo remunerado entendemos aquel por el cual se percibe remuneración, tiene un valor económico y es medible. Puede estar formalizado por medio de un contrato laboral o no, puede ser realizado en un espacio fuera o dentro del hogar, con jornada parcial o total y duración definida o indefinida (CEPAL, 2014).

9 El trabajo no remunerado tiene como objetivo satisfacer las necesidades de los integrantes de un grupo familiar, no existe compensación para quien lo ejerce, es decir, remuneración de ningún tipo. Se puede realizar dentro o fuera de la esfera doméstica. En este tipo de actividades se tipifican las labores domésticas, de cuidado de dependientes, tareas de producción de ropa (costura), tejidos, comida, trámites locales y todas aquellas actividades requeridas en la organización familiar (efectuar trámites, pagar cuentas, transportar a los niños y las niñas a la escuela, etc.).

(personas menores, mayores o en situación de discapacidad dependientes) tienen derecho a los actos de cuidado; segundo, que existe el derecho a tener opciones para un cuidado de calidad, ya sean opciones provistas por el Estado o de manera privada; sobre este punto y a *contrario sensu*, reconocer el derecho a *no cuidar*, en el tanto estas labores sean impuestas o se espera que sean ejercidas por las mujeres como parte de su vida; y tercero, un derecho al autocuidado, entendido esto como acceso a los beneficios para quienes cuidan (la salud, el descanso, etc.), todo lo anterior bajo una garantía de goce y de balance, en la realización de estas labores, entre los hombres y las mujeres.

Es preciso destacar que en varios instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos se contempla y protege el cuidado:

- **La Convención sobre los Derechos del Niño/a:** reconoce a los niños y niñas como sujetos de derechos y convierte a las personas adultas en sujetos de responsabilidades. En relación con el cuidado, la Convención establece, en el artículo 18, una obligación para los Estados partes de poner todos los esfuerzos y recursos disponibles para garantizar el principio de “democratización” de las labores comunes entre padre y madre; además, reconoce el derecho a “ser cuidada/o” de manera efectiva; lo anterior bajo la pauta hermenéutica del interés superior del niño/a para los Estados y para quienes sean responsables de su cuidado.
- **Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW):** reconoce una serie de derechos y libertades mínimas en favor de las mujeres. A partir de su ratificación nace un compromiso para que, desde la normativa interna de los países firmantes, exista la noción de igualdad entre el hombre y la mujer, tomando en consideración sus diferencias. Cualquier conducta o acto que atente contra lo

establecido en la CEDAW será de conocimiento de los tribunales nacionales u otras instancias competentes. En el artículo 4 se promueve tomar medidas especiales para proteger la maternidad. Esto tiene implicaciones directas respecto al cuidado, ya que debe tomar en cuenta el costo de oportunidad para las mujeres que lo realizan desde los hogares, a la hora de diseñar políticas públicas, normas, reglamentos, etc.; y, además, tener una política conciliatoria hogar-trabajo efectiva, que les permita a las mujeres con empleo acceder libremente al ámbito laboral, sin que la maternidad se convierta en un obstáculo para su contratación en las empresas e instituciones públicas. El artículo 5 es uno de los más representativos de la Convención, ya que los Estados partes deben realizar una labor de modificación de patrones socioculturales de los hombres y las mujeres, en pro de la eliminación de toda idea que implique la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos; dicho en otras palabras, implica cambiar las percepciones prejuiciosas asociadas al ser hombre y ser mujer. Esto conlleva, por ejemplo, eliminar los roles impuestos por la división sexual del trabajo, la publicidad sexista y promover la concientización sobre la desigualdad de género en los centros educativos, instituciones públicas, entre otros. Este cambio de patrones socioculturales implica también un ingreso al ámbito privado. En otro momento, la competencia del Estado permanecía exclusivamente en la esfera pública, el hogar estaba reservado al principio de autonomía de la voluntad y el ejercicio de la libertad. El numeral 16 adoptó la igualdad como centro de las relaciones familiares y de pareja, por lo que se contemplan las mismas responsabilidades y derechos durante el matrimonio, una división equitativa de las labores de trabajo doméstico, responsabilidades para con las hijas e hijos, que incluyen, entre otras, las labores de cuidado.

- **Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención Belém do Pará”:** Si bien la Convención tiene como objetivo principal proteger los derechos humanos de las mujeres y eliminar las situaciones de violencia que puedan afectarlas, los mecanismos y metas que se fijan en este instrumento están relacionados con el desarrollo individual, social e igualitario de las mujeres en todas las esferas de la vida. Los artículos 6 y 8 abogan por el cambio de mentalidad y de conducta por medio de programas educativos apropiados, con el fin de evidenciar y cambiar toda premisa de desigualdad entre los géneros, incluyendo la delegación del cuidado y del trabajo doméstico como labor “natural” de las mujeres.
- **La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo:** La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo es el primer tratado de derechos humanos del siglo XXI y tiene como objetivo el reconocimiento de la dignidad, la igualdad y las libertades de todas las personas en situación de discapacidad. La Convención reconoce que la familia es la unidad fundamental de la sociedad y aquellas familias en la que uno o varios miembros estén en situación de discapacidad, deberán darle el cuidado necesario, pero el Estado, a su vez, debe otorgar la protección y asistencia necesarias para que estas familias puedan contribuir al desarrollo de sus capacidades y el goce de sus derechos en igualdad de condiciones. La Convención pretende erradicar la doble discriminación que pueden sufrir las mujeres con discapacidad; es por ello por lo que, entre sus principios generales, se contempla la igualdad entre hombre y mujer, al reconocer expresamente que las mujeres con discapacidad tienen grandes obstáculos para el disfrute de sus derechos y libertades. Además, establece la responsabilidad de los Estados para asegurar su desarrollo integral y la erradicación de los estereotipos, pre-

juicios y prácticas nocivas en todos los ámbitos de la vida basados en el género. Los artículos 3, 6 y 8 encierran los principios anteriormente descritos.

- **La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores:** La Convención representa un sólido instrumento para crear conciencia y combatir los estereotipos predominantes y vicisitudes sobre el proceso de envejecimiento. Del mismo modo, reconoce las contribuciones que hacen las personas mayores a nuestra sociedad. Los artículos 3, 12 y 19 sientan responsabilidades para la familia, la sociedad civil y el Estado en cuanto a fomentar el cuidado como parte del desarrollo de la persona mayor. Además, establece la obligación de apoyar a las familias que proveen cuidados e introducir servicios para quienes realizan la actividad del cuidado, tomando en cuenta sus necesidades y proveyendo otras formas de cuidado. El Estado debe acompañar a aquellas personas cuidadoras, según sus capacidades, con el fin de poder garantizar el derecho de la salud de las personas mayores dependientes del cuidado. Podríamos decir que también el enfoque de derechos está presente en la Convención, pues el cuidado abarca la dignidad y la cobertura integral de todas las necesidades que se requieran.
- **La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948):** En este instrumento se plasman derechos fundamentales como la igualdad, la prohibición de discriminación, el derecho a la seguridad social y las condiciones de vida adecuadas. El artículo 25 hace énfasis especial en la maternidad y la infancia: “2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.
- **La Observación General 6 del Comité de Derechos Humanos “Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Los de-**

- rechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores”:** En el artículo 10, el Comité consideró que los Estados partes deberían prestar especial atención a las mujeres de edad avanzada que, por haber ejercido labores de cuidado y trabajo no remunerado, no desarrollaron una actividad productiva que les proveyera de una pensión de vejez en el futuro o que no tengan tampoco derecho a percibir pensiones de viudez. Se establece la protección a la familia, mediante la responsabilidad de los gobiernos y las organizaciones no gubernamentales de crear servicios sociales de apoyo para las familias que ejerzan cuidados de adultos mayores, así como de aplicar medidas especiales destinadas a las familias de bajos ingresos que deseen mantener en el hogar a las personas de edad avanzada. Los Estados parte tienen la obligación de establecer prestaciones de vejez no contributivas, seguro de vejez obligatorio, edad de jubilación flexible u otras ayudas solidarias, destinadas a las personas que al cumplir la edad de adultez mayor según la legislación nacional, carezcan de recursos, no tengan derecho a una pensión o no hayan finalizado el periodo de calificación contributivo; estas ayudas se otorgarían sin distinción de sexo, pero con principal énfasis en las mujeres, quienes por su elevada esperanza de vida y ser también quienes realizan estas tareas con mayor frecuencia, deben ser las mayores beneficiarias (art. 9 de la observación 6).
- **Convenios de la Organización Internacional del Trabajo:** La Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) es el organismo especializado de las Naciones Unidas que aboga por la promoción de los derechos humanos relacionados al trabajo y sindicales internacionalmente conocidos. Los Convenios de la OIT están concebidos para que se apliquen a todos los países del mundo y deben ser suficientemente específicos como para que su aplicación sea significativa. Estas normas laborales pretenden proporcionar orientación para la aplicación

- de la política laboral y social a escala nacional. Respecto al tema del cuidado, los Convenios 3 (1919), 103 (1952) y 183 (2000) han sufrido varias modificaciones, tales como mejoras en las prerrogativas de autocuidado antes del parto y de cuidado después del parto, ilegalidad del despido durante el embarazo, la responsabilidad compartida, así como la posterior incorporación de instrumentos de derechos humanos para garantizar la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras y los trabajadores. Entre los Convenios relevantes se encuentran: a.- El Convenio 100, que pretende que los países tomen medidas adecuadas para eliminar toda discriminación basada en el sexo, particularmente respecto a las condiciones salariales y valoración del trabajo; b.- El Convenio 111 sobre la discriminación de empleo y ocupación, que reafirma el principio de igualdad como base para lograr la seguridad económica, el bienestar material y procurar el desarrollo en condiciones de libertad y dignidad; c.- El Convenio 156 sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras; d.- El Convenio 189 sobre las trabajadoras y trabajadores domésticos; e.- El Convenio 189 referido a la contribución significativa de las trabajadoras y los trabajadores domésticos a la economía mundial, que incluye el aumento de las posibilidades de empleo remunerado para las trabajadoras y los trabajadores con responsabilidades familiares, el incremento de la capacidad de cuidado de las personas mayores, la niñez y las personas en situación de discapacidad.
- **Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995):** marcó un punto de inflexión para la agenda mundial de género que da como resultado la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, constituyendo un programa mundial en favor del empoderamiento de la mujer (ONU MUJERES). En total, se han desarrollado cuatro Conferencias Mundiales sobre la Mujer (México, Copenhague, Nairobi y Beijing), con el objetivo de globalizar

las demandas de las mujeres como parte de una acción eficaz para el avance significativo en lo que respecta a políticas públicas.

- **El Consenso de Quito (2007):** El Consenso de Quito recoge una serie de acuerdos significativos respecto a dos temas bastante sensibles en la región: primero, la contribución de las mujeres a la economía, especialmente en relación con el trabajo no remunerado, y segundo, la participación política y paridad de género en los procesos de adopción de decisiones. Es un reconocimiento a los derechos de las mujeres en el campo de los derechos humanos y considerando sus características de universalidad, indivisibilidad, interdependencia e inalienabilidad, la estrecha relación con la consolidación de la democracia representativa y participativa, el desarrollo económico y social y, por último, el fundamental deber de los Estados de garantizarlos. La importancia del Consenso de Quito consiste en poner sobre la mesa de discusión el tema de la flexibilización de los roles establecidos por la división sexual del trabajo y, puntualmente, plantear soluciones para modificarlo.

Como conclusión, podemos decir que la economía del cuidado es una actividad feminizada que explica, en gran parte, los orígenes de la pobreza y la exclusión estructural de las mujeres. La provisión de cuidado *puertas adentro* representa un costo de oportunidad según el cual el tiempo no es propio, no es un ámbito de autonomía; por el contrario, es un bien ajeno y el cuerpo resulta comprometido, en el sentido de que abarca mucho y significa poco.

B.- LO QUE NO ES: DIFERENCIACIONES CONCEPTUALES DEL GÉNERO Y OTROS CONCEPTOS

Es común que la categoría de género se confunda o utilice de manera incorrecta como sinónimo de sexo, mujer o

grupo vulnerable. No obstante, cada concepto encierra un significado propio, por lo que vale la pena hacer un recorrido por la delimitación conceptual.

B.1.- SEXO NO ES SINÓNIMO DE GÉNERO

Sin iniciar nuevamente una explicación del sistema sexo/género, pero sobre la base de lo analizado, se parte de que el género no sustituye al sexo, pues el primero es una construcción social/cultural y el segundo es lo que se percibe como dado por la naturaleza.

B.2.- EL GÉNERO NO SUSTITUYE LA PALABRA MUJER

Esta confusión puede surgir de las luchas de las mujeres que empezaron a visibilizar la situación de discriminación y subordinación que históricamente han sufrido. En los ámbitos de políticas públicas, por ejemplo, es común la utilización del término género cuando son dirigidos a mujeres; no obstante, para eliminar todos los obstáculos estructurales que viven las mujeres, resulta necesario también incluir el análisis de las relaciones entre hombres y mujeres y la normalización de la subordinación de las segundas respecto a los primeros como una condición social, cultural, histórica y legal.

B.3.- LA COMÚN CONFUSIÓN DE VULNERABILIDAD CON GÉNERO

Las mujeres, como grupo vulnerable, son producto de las estructuras patriarcales normalizadas y aceptadas socialmente. No es posible utilizar el concepto de vulnerabilidad como sinónimo de género, puesto que tal y como se expuso antes, el género hace alusión a la construcción social de lo femenino y lo masculino, con roles asignados según los códigos culturales de determinada latitud.

En la regla 3 de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad (2008),

se expone una explicación del concepto de personas en situación de vulnerabilidad:

Una persona o grupo de personas se encuentran en condición de vulnerabilidad, cuando su capacidad de prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

En este contexto se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas quienes, por razón de su edad, género, orientación sexual e identidad de género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, o relacionadas con sus creencias y/o prácticas religiosas, o la ausencia de estas encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

La regla 4 de las Reglas de Brasilia también se refiere al género como una de las causas de la vulnerabilidad:

(4) Podrán constituir *causas* de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas, a otras diversidades étnicas-culturales, entre ellas las personas afrodescendientes, así como la victimización, la migración, la condición de refugio y el desplazamiento interno, la pobreza, *el género*, la orientación sexual e identidad de género y la privación de libertad (el destacado es propio).

Lo anterior constituye una buena explicación respecto a cómo el género juega un papel determinante en las experiencias de las personas, pues se ligan a estereotipos de género, resistencias culturales, procedimientos compuestos

de discriminación y sin visión interseccional, que constituyen obstáculos violatorios de los derechos de las mujeres.

Las Reglas de Brasilia contemplan supuestos específicos sobre la discriminación por motivo de género:

(17) La discriminación que la mujer sufre en determinados ámbitos supone un obstáculo para el acceso a la justicia, que se ve agravado en aquellos casos en los que concurra alguna otra causa de vulnerabilidad.

(18) Se entiende por discriminación contra la mujer toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas de la política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.¹⁰

(19) Se considera violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en la pertenencia al sexo femenino, que tenga o pueda tener como resultado la muerte, un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico o afectación patrimonial a la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o privación arbitraria de la libertad, tanto en el ámbito público como en el privado.

El concepto de violencia contra la mujer comprenderá la violencia doméstica, las prácticas tradicionales nocivas para la mujer, incluida la mutilación genital femenina y el matrimonio forzado, así como cualquier acción o conducta que menoscabe la dignidad de la mujer.

10 La regla (18) está íntimamente relacionada con el artículo 1 de la CEDAW.

Se impulsarán las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra la mujer en el acceso al sistema de justicia para la tutela de sus derechos e intereses legítimos, logrando la igualdad efectiva de condiciones. Se prestará una especial atención en los supuestos de violencia contra la mujer, estableciendo mecanismos eficaces destinados a la protección de sus bienes jurídicos, al acceso a diligencias procedimientos, procesos judiciales y su tramitación ágil y oportuna.

(20) Son causa de la vulneración de acceso a la justicia, las acciones o conductas discriminatorias hacia las personas por motivo de su orientación o identidad sexual, o por razones de género.

Debe comprenderse entonces que el género, por sí mismo, no es sinónimo de vulnerabilidad; en primer término, porque existen múltiples categorías como la edad, la orientación sexual, entre otros aspectos, que en *un contexto determinado*, se convierten en una dificultad para vivir en igualdad de condiciones y, en segundo lugar, el género entendido en un contexto de vulnerabilidad, es el resultado de la violencia estructural que sufren las mujeres producto de un sistema que requiere ajustes para la incorporación de la perspectiva de género y no por su condición de mujer.

B.4.- MUJER NO ES MATERNIDAD

En el mundo de los dualismos del sistema sexo/género, lo femenino se vincula con la maternidad, como característica indivisible. Una de las mediciones culturales comunes a las mujeres es por su aptitud/voluntad para ser madres y un reproche social es su manifestación/negación a no serlo.

Las experiencias de las mujeres son mucho más complejas que la maternidad. La autonomía reproductiva, como parte de los derechos reproductivos (Facio, 2008), está contenida en varios instrumentos internacionales como la

Conferencia Mundial sobre la Población y el Desarrollo y la CEDAW, y forma parte de los derechos humanos de las mujeres, los cuales incluyen, a *contrario sensu*, el derecho a no ser madre. También, los mismos instrumentos de derechos humanos impulsan la incorporación de las mujeres en otros espacios como el político, el económico, el laboral, etc.

B.5.- GÉNERO NO ES FEMINISMO, NI EL FEMINISMO ES
MACHISMO A LA INVERSA

El feminismo es un movimiento político y social de reivindicación de los derechos de las mujeres que, a su vez, procura la equidad e igualdad para los hombres. Siguiendo a Facio (2000), el feminismo tiene muchas vertientes, pero, como puntos comunes, es posible indicar:

- a) Los hombres y las mujeres valen en tanto seres humanos igualmente diferentes e igualmente semejantes. Las diferencias no deben significar una mayor valoración de un grupo en detrimento de otro; subvalorar por razones de sexo, etnia, raza, etc., va contra el ideal de igualdad al que aspira la humanidad.
- b) Las corrientes feministas buscan que los derechos de las mujeres se materialicen, pero además cuestionan la forma en que se ejercerán los derechos y a quiénes van a beneficiar. En el fondo, buscan transformar las relaciones de poder.¹¹

11 La teoría de género establece que las relaciones de poder se presentan en todos los ámbitos de la sociedad, con lo cual las ubica tanto en la vida pública como en la privada y con una visión más amplia, lo cual permite analizar las relaciones en el ámbito de la vida cotidiana de la pareja y de la familia, como una interacción de normas sociales en las que al género masculino le corresponde ejercer el poder. Villareal, Ana Lucía, 1999, "Relaciones de poder en la sociedad patriarcal", Facultad de Educación de la Universidad de Costa Rica. Véase en línea http://revista.inie.ucr.ac.cr/uploads/tx_magazine/patriarcal.pdf

- c) La afirmación *lo personal es político* amplía el análisis respecto al poder y el control social sobre los espacios tradicionalmente excluidos a las mujeres. En efecto, dentro de una sociedad patriarcal se distinguen dos esferas de acción y producción simbólica: una pública (reservada al poder, el control social, el saber y el ámbito económico, entre otros; este espacio es de dominación masculina) y una privada (reservada para las mujeres, quienes asumen subordinadamente el rol de esposas y madres). Dicha afirmación también se refiere a que la discriminación de las mujeres, más que un problema individual, es parte de una estructura que responde a un sistema. Por tanto, se constituye en un problema social y político que, además de requerir soluciones mucho más complejas, requiere la vinculación del Estado.
- d) La subordinación de las mujeres tiene como uno de sus objetivos el disciplinamiento y control de los cuerpos. La dominación se expresa, en última instancia, en los cuerpos, pues a través de ellos existe nuestra singularidad en el mundo. Para las mujeres, este disciplinamiento ha sido ejercido desde áreas como el derecho, la economía, la educación y la medicina, entre otras; con la finalidad de controlar su sexualidad y su capacidad reproductiva.
- e) El género, como categoría, atraviesa y es atravesada por todas las categorías sociales, por ello su entendimiento solo es posible a través de una óptica de género sensitiva, es decir, la perspectiva de género, que analiza tanto las relaciones de género como las relaciones entre las mujeres y el sistema patriarcal.

C.- EL GÉNERO EN EL DERECHO

El sistema sexo/género, como sistema de dualismos, divide su dinámica en dos partes: en un lado están las mujeres y en otro, los hombres; a su vez, estos se encuentran jerarquizados, pues sitúa al hombre y lo masculino (asociado

también al ámbito público y político) por encima o como superior a la mujer y lo femenino (considerado *natural* y privado).

La disciplina jurídica, al ser también una disciplina que trata sobre el poder, es influenciada por el sistema sexo/género, y tiene como centro un ideal de ser humano que es generalmente identificado con lo masculino.

Respecto al ideal de lo masculino como referente de la humanidad, se ha mencionado:

Quando el hombre es el modelo de ser humano, todas las instituciones creadas socialmente responden solamente a las necesidades sentidas por el varón, o, cuando mucho, a las necesidades que el varón cree que tienen las mujeres. Cuando el hombre es sentido como representante de la humanidad toda, todos los estudios, análisis, investigaciones, narraciones y propuestas se enfocan desde la perspectiva masculina únicamente, pero esta no es sentida como una perspectiva masculina sino como una no perspectiva, como un hecho totalmente objetivo, universal, imparcial (Facio, s.f.).

El pensamiento dualista se fundamenta también bajo los supuestos de pares opuestos (Olsen, 1990): racional/irracional, activo/pasivo, universal/particular y, ¿por qué no?, también mujer/hombre. A su vez, este sistema de dualismo tiene tres características: la sexualización, la jerarquización y la masculinización. Seguidamente, se analizan las principales ideas sobre cada una de ellas.

C.1.- LA SEXUALIZACIÓN

El pensamiento dualista tiene una identificación con lo *sexual*. La división del mundo en lo *masculino* y lo *femenino* ha hecho asignaciones a cada uno de elementos descriptivos y normativos. Por ejemplo, como elementos descriptivos se

indica que los hombres son racionales, activos y objetivos, entre otras características, y, por otra parte, se asume que las mujeres son irracionales, pasivas y sentimentales, además de otras características. De igual modo, como elemento normativo, se tiene como un *deber ser* que las mujeres sean racionales, activas, etc., e incluso, en muchas otras esferas, se espera un comportamiento entendido como “masculino” como forma de validación de los actos de las mujeres.

Como ejemplo de una norma *sexualizada*, se expone a continuación el artículo 93 del Código Penal costarricense:

Perdón Judicial

Artículo 93.-También extingue la pena, el perdón que en sentencia podrán otorgar los jueces al condenado, previo informe que rinda el Instituto de Criminología sobre su personalidad, en los siguientes casos:

(...)

5) A la mujer que hubiere causado su propio aborto si el embarazo ha sido consecuencia de una violación.

Esta norma implica varios supuestos; primero, una declaratoria judicial de responsabilidad penal por el delito de aborto, lo cual supone una sentencia y un proceso previo conforme las normas penales aplicables al caso, pero también que haya sucedido una violación, lo cual podría implicar o no el desarrollo de un proceso penal con la debida identificación y procesamiento de la persona responsable, pero siempre amerita la ocurrencia de una violación y la declaratoria de culpabilidad de la mujer que interrumpió el embarazo. Así las cosas, se plantea la inquietud de si esta norma podría tener un trasfondo en cuanto a la imposición de la maternidad a las mujeres y una penalización por el rechazo de esta, incluso cuando media un hecho de violencia

sexual. En el mundo de los dualismos, la maternidad es fuertemente asociada a la vivencia de las mujeres y lo femenino, y es planteada como algo natural y siempre deseado.

No obstante, desde los estudios de género y el feminismo existe la crítica respecto al *deber ser* de las mujeres. El trabajo de Harriot Taylor Mill (1970), por ejemplo, sostuvo que cada individuo debe ser libre para desarrollar sus propias habilidades del mejor modo posible, y si bien rechaza la sexualización de los dualismos, acepta la jerarquía de los rasgos asignados a los sexos; en ese sentido, asevera que es la razón y los principios, y no el sentimentalismo, el apoyo más fuerte para la emancipación de las mujeres. Aquellas cualidades que generalmente se relacionan con lo femenino, como lo irracional, lo pasivo, lo emocional, etc.; son producto de la educación y la socialización de género. La discusión se mantiene hasta la actualidad, al punto de que se continúa discutiendo el supuesto de si los roles de género son –o deberían ser– una cuestión de elección.

A la luz de lo anterior, surge una crítica para el derecho: se afirma que la ideología dominante sostiene que el derecho es racional, objetivo, abstracto, universal y estas características priman sobre sus *opuestos* (o ausencias de) irracional, subjetivo, etc.

C.2.- LA JERARQUIZACIÓN

El sistema de dualismos es un sistema de jerarquías, en donde lo masculino domina y define lo femenino. Por ejemplo, lo irracional se define como la ausencia de lo racional y lo pasivo como el fracaso de lo activo; así, el pensamiento tiene mayor valor que lo emotivo. Además, culturalmente se ha otorgado mayor valor a lo relacionado con lo masculino, en detrimento de lo que tenga vínculo con lo femenino.

Un ejemplo de la jerarquización se puede encontrar en una norma (ya derogada) del Código de Familia, la cual se

mantuvo en vigencia hasta antes del 29 de octubre de 2019 e indicaba lo siguiente: “Artículo 35. El marido es el principal obligado a sufragar los gastos que demanda la familia. La esposa está obligada a contribuir a ellos en forma solidaria y proporcional, cuando cuente con recursos propios”.

La norma coloca al marido en un rol de proveedor de los ingresos, lo que implica un lugar en el mundo público y en la toma de decisiones; mientras que la esposa tiene la misma obligación siempre y cuando cuente con recursos propios. Es decir, podría pensarse que la representación en esta norma es una mujer dependiente, ama de casa y sin autonomía financiera, en el tanto condicionaba su aporte al caso de que contara con recursos.

La observación anterior no pretende esconder los duros datos de la brecha de género en el trabajo remunerado; de hecho, la aplicación de esta norma a supuestos concretos llevaba un sesgo de género que invisibilizaba el aporte del trabajo doméstico y de cuidado como parte de la creación de ingresos económicos y bienestar.¹²

La norma fue reformada de la siguiente manera:

Artículo 35- Obligación de sufragar proporcionalmente los gastos de la familia ambos cónyuges son responsables de sufragar las necesidades y los gastos de la familia y cada uno responderá proporcionalmente de acuerdo con sus aptitudes, posibilidades e ingresos económicos, así como la obligación para ambos de compartir el trabajo doméstico

12 Para ahondar sobre este tema se recomienda la lectura de dos trabajos de la autora: “El cuidado de personas dependientes menores de edad: lo que no se ve dentro de la obligación alimentaria”, descargable desde https://salasegunda.poder-judicial.go.cr/revista/Revista_N14/contenido/pdfs/05-cuidadopersonas.pdf y El cuidado de personas dependientes: Una economía invisible, descargable desde <https://pdfs.semanticscholar.org/d96f/de7aca639fc0c5c7307e9f-114c8adb6f650fd.pdf>

y de cuidado, y la responsabilidad parental sobre los hijos e hijas y familiares dependientes.

El cónyuge que desempeñe, exclusivamente o en una mayor proporción que el otro cónyuge, el trabajo doméstico no remunerado en el hogar y al cuidado de los hijos e hijas o familiares dependientes tendrá derecho a que dichas labores se estimen como su contribución económica al sostenimiento del hogar en la proporción correspondiente.

Las mismas disposiciones serán aplicables para las uniones de hecho.

La crítica a la jerarquización proviene de los movimientos de reforma social que rechazaron un orden en los dualismos, pero aceptaron su sexualización. Las reformadoras sostenían la superioridad moral de las mujeres y esperaban que los hombres adoptaran más *virtudes* femeninas; se buscaba una revalorización de los rasgos asociados a lo femenino (pasivo, irracional, entre otros). Olsen advierte que tomar en cuenta la experiencia femenina y la cultura, la psicología, la imaginación, puede ser una forma de recuperar aquello que ha sido excluido por la cultura dominante, pero puede ser también una aceptación de la sexualización de los dualismos que culminaría en preservar los valores dominantes.

A partir de lo anterior, se plantea una crítica hacia el derecho: la premisa de que es (o debe ser) racional, objetivo y universal; sin embargo, al ser masculino y universal, es opresivo y *jerarquizante* para las mujeres.

C.3.- LA MASCULINIZACIÓN

Si bien la justicia se representa con la figura de la Diosa Temis, la ideología dominante en el derecho es masculina. Se supone que el derecho debe ser racional, objetivo, abstracto y universal, características vinculadas o esperadas en

los hombres. En este punto, se retoma la premisa anterior sobre la vivencia y las cualidades asignadas desde los dualismos. Como ejemplo de normas masculinizadas, podemos tomar la literalidad en la redacción, en donde se define a las personas operadoras del derecho siempre en masculino:

Código de Familia

Artículo 8°.- Corresponde a los tribunales con jurisdicción en los asuntos familiares, conocer de toda la materia regulada por este Código, de conformidad con los procedimientos señalados en la legislación procesal civil.

Sin embargo, *los jueces* en materia de familia interpretarán las probanzas sin sujeción a las reglas positivas de la prueba común, atendiendo todas las circunstancias y los elementos de convicción que los autos suministren; pero, en todo caso, deberán hacerse constar las razones de la valoración.

El recurso admisible para ante la Sala de Casación se regirá, en todo lo aplicable, por las disposiciones del Capítulo V, Título VII del Código de Trabajo (Código de Familia).

Código Procesal Civil

Artículo 12.- Causales de impedimento. Son causales de impedimento:

(...)

2. Ser una de las partes cónyuge, conviviente, ascendiente, descendiente o pariente hasta el tercer grado de consanguinidad, o segundo de afinidad *del juez*.

3. El interés directo en el resultado del proceso de cualquiera de *los familiares del juez* indicados en el inciso anterior.

ACERCA DE LA AUTORA

Melissa Benavides Víquez, abogada costarricense, nacida el 4 de octubre de 1979, oriunda de Heredia. Estudió leyes en la Escuela Libre de Derecho, con una Maestría en Análisis Económico del Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Becaria académica de la Organización de Estados Americanos, 2011-2012. Actualmente se desempeña como Jefa en la Unidad de Acceso a la Justicia del Poder Judicial. Ha escrito sobre temas de Derecho Alimentario, análisis económico del cuidado y sobre la pena de muerte.

Esta es una
muestra del libro
en la que se despliega
un número limitado de páginas.

Adquiera el libro completo en la
Librería UCR Virtual.

LIBRERÍA
UCR

VIRTUAL

Melissa Benavides inicia su obra delimitando términos y campos: ¿qué es?, ¿qué no es?, ¿qué significa?; y ofreciendo nociones y conceptos que nos colocan en el pórtico mismo de un trabajo sobre el derecho que ha de ser entendido por cualquier persona ajena a él. Abogada comprometida con los derechos humanos de las mujeres, su propósito declarado es “develar el sesgo de género de las normas”, a fin de ofrecer una fórmula útil y necesaria para quienes se relacionan profesionalmente con el mundo de las leyes.

La autora empuña, en favor de su causa, la tal vez más poderosa herramienta del feminismo para derribar los muros y barreras: ni martillo ni mazo ni cincel. Solo una mirada diferente, otro ángulo de visión que nos permite dirigir la luz sobre lo que se mantiene en sombras: la “perspectiva de género”. Con este instrumento en la mano, saca virutas, afloja cuerdas, abre boquetes por donde ilumina lo que a simple vista parece oculto, el espacio vacío de lo que no está, y el lugar ocupado por intereses marrulleros. De este modo, escudriñando leyes, normas y jurisprudencia, Melissa cumple con holgura y rigor su propósito declarado de completar una historia contada a medias cuando no escamoteada con artificios de prestidigitador.

YADIRA CALVO FAJARDO



Editorial
Costa Rica

ISBN 978-9930-580-46-2



9 789930 580462

200
COLECCIÓN
BICENTENARIO