



El derecho constitucional de las mujeres a la igualdad: Una perspectiva comparada

Meghan Campbell⁵⁶

DOI: 10.53110/QYNX2344

A. Introducción: La lucha por conseguir los derechos humanos de las mujeres se ha centrado en el derecho a la igualdad. Aunque existe la promesa de conseguir derechos para las mujeres a través del derecho constitucional a la igualdad, todavía quedan grandes desafíos. Posiblemente el mayor de ellos es determinar qué significa proteger el derecho a la igualdad de la mujer. ALBERTYN observa que la plasticidad de la igualdad significa que siempre está abierta a diferentes interpretaciones.⁵⁷ El derecho a la igualdad debería ser interpretado con el fin de conseguir un trato igualitario entre hombres y mujeres o el derecho constitucional a la igualdad debería de intentar transformar las relaciones de género, normas y estructuras? Los tribunales cupulares han lidiado con esta cuestión en todo el mundo. Existen tendencias comunes, y tanto diferencias significativas como sutiles sobre cómo distintos tribunales protegen el derecho a la igualdad de la mujer. Basándose en la jurisprudencia de EE.UU., Canadá, Sudáfrica, el Reino Unido, India y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), este capítulo explora cuatro temas claves: (1) el encuadre del derecho a la igualdad; (2) el significado de igualdad; (3) interseccionalidad; y (4) las justificaciones para limitar la igualdad de la mujer. Se espera que este capítulo pueda informar el proceso actual de redacción constitucional en Chile y brindar información para la estructuración del derecho a la igualdad.

⁵⁶ Profesora titular de la Universidad de Birmingham y subdirectora del Oxford Human Rights Hub.

⁵⁷ Albertyn, 2018, pp. 441 y 442.

B. **Enmarcando el derecho a la igualdad**

Todas las constituciones enmarcan de manera única el derecho a la igualdad de la mujer. En algunas puede haber una garantía amplia del derecho a la igualdad que no haga referencia específica a la igualdad de las mujeres. La 14ª enmienda a la Constitución de los Estados Unidos es un ejemplo de este enfoque: “(...) ningún Estado podrá tampoco privar a persona alguna de la vida, la libertad o la propiedad, sin el debido procedimiento jurídico; ni podrá negarle a ninguna persona que se encuentre dentro de su jurisdicción la protección igual de las leyes”. Otras jurisdicciones como las de India y Reino Unido⁵⁸ específicamente aclaran que el derecho a la igualdad aplica a la mujer. Por ejemplo, el Artículo 15 de la Constitución de la India declara que “el Estado no deberá discriminar a ningún ciudadano por la sola razón de la religión, raza, casta, sexo, lugar de nacimiento, o cualquiera de ellos”.

Las constituciones de Canadá, Sudáfrica e India también garantizan específicamente la igualdad de las mujeres, pero de una manera ligeramente más detallada. Junto con prohibir la discriminación de género, el artículo 14 de la Constitución de la India garantiza que “el Estado no deberá negar a ninguna persona la igualdad ante la ley o la igualdad de protección de las leyes”. La Sección 15 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertad se expande a partir de la garantía de igualdad de la Constitución de India. Establece que cada mujer es: “igual frente y bajo la ley y tiene derecho a la misma protección y al mismo beneficio de la ley, sin discriminación”. Similarmente, Sudáfrica garantiza la igualdad de la mujer ante la ley y su derecho a la protección y beneficio de la ley.⁵⁹ Sin embargo, en el artículo 9(3) añade un calificativo a la prohibición de la discriminación: “El Estado no podrá discriminar injustamente, directa o indirectamente, a ninguna persona”. La Constitución de Sudáfrica condena sólo las discriminaciones “injustas” y, bajo la sección 9(5), la discriminación basada en el sexo y el género se presumen injustas. Las constituciones de Canadá, Sudáfrica e India permiten al Estado adoptar medidas de acción afirmativa para acelerar el alcance de la igualdad de las mujeres.⁶⁰

Por último, el artículo 1 de la CEDAW contiene una detallada definición:

⁵⁸ *Sección 4 de la Ley de igualdad del 2010; Artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos reconocido domésticamente por la Ley de Derechos Humanos de 1998.*

⁵⁹ *Artículo 9(1) de la Constitución de Sudáfrica.*

⁶⁰ *Artículo 15(2) de la Constitución de Canadá; Artículo 9(2) de la Constitución de Sudáfrica y Artículo 15(3) de la Constitución de la India.*



“la expresión "discriminación contra la mujer" denotará 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 política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

Estas diferencias textuales pueden afectar el alcance de la protección constitucional. El resto de este capítulo explora cómo estas diferencias se manifiestan en la protección constitucional del derecho de las mujeres a la igualdad.

A través de las jurisdicciones, el concepto de igualdad y no discriminación es esencial. Estos términos, sin embargo, son raramente definidos en textos constitucionales. El significado de la igualdad ha evolucionado en el tiempo, desde una aplicación matemática de tratamiento igualitario consistente, a una valoración más holística que busca transformar las relaciones de género, las normas y las estructuras.

1. Los límites de la igualdad formal

La igualdad formal o de jure se orienta a brindar un tratamiento consistente entre grupos similares y permite el tratamiento diferenciado a grupos diferentes. Muchos casos de desigualdad hacia la mujer se mantienen, tales como la exclusión legal de las mujeres de algunos tipos de empleos.⁶¹ Aunque este modelo de igualdad puede diagnosticar y remediar evidentes desigualdades, también ha sido criticado no sólo por fracasar en conseguir la igualdad para la mujer sino por consolidar sus desventajas.

La igualdad formal no ofrece un marco moral para identificar cuándo los individuos y los grupos son similares y cuándo son diferentes.⁶² Históricamente, las mujeres han sido percibidas como diferentes a los hombres. Esta supuesta diferencia se ha usado para justificar el trato desigual hacia la mujer, incluyendo la prohibición para votar e incluso negándole derechos

C.

El significado de la igualdad

⁶¹ *Medvedeva v Federación de Rusia, 2016; US v Virginia, 1998.*

⁶² *Weston, 1982, p. 537.*

sobre su propio cuerpo. Los límites del paradigma similitud/diferencia de la igualdad formal salieron a la luz en el contexto del embarazo. En *Bliss v Canadá*, las mujeres embarazadas se consideraron diferentes de los hombres y las mujeres no embarazadas y, debido a esta diferencia, se les negaron los beneficios laborales.⁶³ Esforzarse por el trato igualitario consistente entre hombres y mujeres también falla en apreciar las diferencias precedentes. En *R vs. Jordan*, la mayoría del Tribunal Constitucional de Sudáfrica defendió la criminalización de las trabajadoras sexuales y no de los compradores de sexo. El Tribunal concluyó que la ley no era una discriminación de género injusta ya que la ley se aplicaba por igual a los trabajadores sexuales masculinos y femeninos.⁶⁴ Aunque la ley se aplica sistemáticamente a todas las trabajadoras sexuales, este enfoque no reconoció los patrones preexistentes de desventaja de género. En su aplicación, la ley de igualdad formal perpetuó un doble estándar de género, ya que sólo condenaba a las trabajadoras sexuales predominantemente mujeres y aceptaba o ignoraba a los clientes predominantemente hombres.⁶⁵ De manera similar, la igualdad formal no explica suficientemente los impactos diferenciados de un trato consistente. Las pruebas de aptitud física diseñadas utilizando el estándar aeróbico masculino para mujeres pondrán en desventaja a las mujeres de manera desproporcionada, ya que tienen una fisiología diferente.⁶⁶ Buscar un trato idéntico entre hombres y mujeres no cuestiona la supuesta neutralidad de las normas masculinas y, en la práctica, la igualdad formal requiere que las mujeres se ajusten a los patrones de vida masculinos.⁶⁷ Y por último, la igualdad formal es indiferente a si las mujeres son igualmente mejores o igualmente peores en comparación con los hombres; se satisface siempre que haya consistencia. Un ejemplo de cómo la igualdad formal permite la nivelación hacia abajo, es en *DA and DS v Secretary of State for Work and Pensions*, donde la Corte Suprema del Reino Unido concluyó que a pesar de las desproporcionadas cargas de cuidado que soportan las madres solteras, ellas fueron tratadas por igual, ya que todas las personas experimentaron por igual las dificultades económicas de la reforma de prestaciones.⁶⁸

2. La promesa de la igualdad sustancial

La interpretación formalista del derecho a la igualdad llevó a abogadas, académicas y activistas feministas a teorizar y defender un modelo de igualdad sustantivo o de facto. [La igualdad sustantiva busca trascender los](#)

⁶³ *Bliss v. Attorney General of Canada*, 1979.

⁶⁴ *S v Jordan*, 2002.

⁶⁵ *Ibíd.*, 64. *Sentencias discrepantes de O'Regan y Sachs JJ.*

⁶⁶ *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v BCGSEU*, 1999.

⁶⁷ *MacKinnon*, 1987.

⁶⁸ *(Appellants) v Secretary of State for Work and Pensions*, 2019.

problemas de la igualdad formal e infunde a la igualdad un con fundamento normativo. Reconoce que hombres y mujeres por razones históricas, biológicas, sociales y culturales no son iguales y que un trato diferenciado puede ser necesario para lograr la igualdad. El compromiso con la igualdad sustantiva se evidencia en los diferentes tipos de igualdad (igual bajo y ante, así como igual protección y beneficio de la ley) protegidos en el texto de la sección 15 de la Carta Canadiense y luego en la sección 9 de la Constitución de Sudáfrica discutidas anteriormente. Si bien la igualdad sustantiva ha sido criticada por ser un concepto amorfo,⁶⁹ es de hecho un modelo de igualdad muy sensible a las realidades contextuales de fondo y al impacto de las leyes, políticas y programas en la vida de las mujeres.

No existe una definición universalmente aceptada y diferentes jurisdicciones han adoptado entendimientos superpuestos de lo que significa lograr la igualdad sustantiva de las mujeres. Las Cortes Supremas de Estados Unidos e India se centran en el papel de los estereotipos. Si la ley se basa en normas estereotipadas o actitudes basadas en la superioridad de los hombres y la inferioridad de las mujeres, entonces violará el derecho constitucional a la igualdad. Leyes que se basan en supuestos de género sobre la dependencia económica⁷⁰ o en “generalizaciones sobre “la forma de ser de las mujeres”⁷¹ han sido derogadas por la Corte Suprema de Estados Unidos. El Tribunal Supremo de la India derogó las prohibiciones sobre el empleo y la entrada de la mujer en los espacios religiosos por basarse, entre otras cosas, en actitudes paternalistas y estereotipos de la mujer como sexo más débil.⁷² Por otro lado, el Tribunal Constitucional de Sudáfrica y, durante cierto tiempo, el la Corte Suprema de Canadá, han puesto un énfasis primordial en la dignidad. En *Prinsloo v Van der Linde*, el Tribunal Constitucional de Sudáfrica sostuvo que la desigualdad significa “tratar a las personas de manera diferente de una manera que menoscaba su dignidad fundamental como derecho humano”.⁷³ La equiparación de la igualdad sustantiva con la dignidad requiere que la ley demuestre igual preocupación y respeto por las mujeres y mejorar su autoestima y valor moral. Más recientemente, la Corte Suprema de Canadá ha cambiado el análisis sustantivo de igualdad a la desventaja, y la pregunta clave es si la ley refuerza, perpetúa o exacerba la desventaja.⁷⁴ En *Fraser*, el juez Abella dio una definición amplia de desventaja que incluye desventajas históricas o económicas, exclusión social o política y daños psicológicos o físicos.⁷⁵

⁶⁹ *Fraser v Canada (Attorney General)*, 2020. *Sentencias discrepantes de Brown y Rowe JJ.*

⁷⁰ *Frontiero v Richardson*, 1973.

⁷¹ *US v Virginia*, 1998.

⁷² *Anuj Garg v Hotel Association of India*, 2008; *Indian Young Lawyers Association v The State of Kerala*, 2018.

⁷³ *Prinsloo v Van der Linde and Another*, 1997.

Los teóricos han sido críticos de los intentos judiciales de condensar la igualdad sustantiva en cualquier valor normativo singular.⁷⁶ En el centro de estas críticas está que la igualdad sustantiva requiere que los jueces y abogados comprendan que el contexto en el que ocurre la desigualdad es uno de condiciones sociales y económicas estructurales y sistémicas complejas,⁷⁷ y ellos deben comprender las estructuras, procesos, relaciones y normas que crean la desigualdad de las mujeres.⁷⁸ La igualdad sustantiva debe entenderse de una manera multifactorial que refleje las razones profundamente arraigadas de la desigualdad de la mujer y las diversas experiencias del patriarcado. FREDMAN sostiene que la igualdad sustantiva persigue cuatro objetivos superpuestos.⁷⁹ La primera dimensión busca romper los ciclos de desventaja que se concentran en grupos que históricamente han sido marginados. La segunda dimensión busca eliminar el estigma, los estereotipos y los prejuicios y promover la dignidad y el valor de todas las personas. La tercera dimensión busca amplificar las voces marginadas en todos los espacios de toma de decisiones políticas y sociales. Y la cuarta dimensión busca dismantelar las estructuras que se han construido sobre las normas dominantes y transformar las instituciones para que la diferencia no solo se acomode sino que se valore. El modelo de cuatro dimensiones de igualdad sustantiva se repite en todo el trabajo del Comité de la CEDAW.⁸⁰ El Comité de la CEDAW requiere que el Estado redistribuya los recursos y el poder entre hombres y mujeres (dimensión de desventaja).⁸¹ De manera crucial bajo este modelo de igualdad sustantiva, la acción afirmativa o medidas especiales temporales que buscan romper ciclos de desventaja de género -como cuotas de género o listas cortas de género en educación, empleo o participación política-, en lugar de ser anti-éticas, son un componente vital para la igualdad de las mujeres.⁸² El Comité CEDAW también exige la eliminación de roles de género rígidos (dimensión de reconocimiento); el desarrollo de estrategias para superar la subrepresentación de la mujer en todos los ámbitos de la vida pública y privada (dimensión de participación); y la transformación de las instituciones y sistemas para que “que dejen de basarse en pautas de vida y paradigmas de poder masculinos determinados históricamente” (dimensión estructural).⁸³ Las diferentes dimensiones se apuntalan y refuerzan mutuamente y el objetivo es buscar una síntesis o compromiso en lugar de sugerir una igualdad sustantiva que persigue uno de los objetivos a costa de aniquilar los demás.⁸⁴ **El marco de cuatro dimensiones ofrece un marco analítico matizado y de alta precisión para evaluar las demandas de igualdad constitucional de las mujeres.**

⁷⁴ *Kahkewistahaw First Nation v Taypotat*, 2015.

⁷⁵ *Op. Cit., Fraser v Canada (Attorney General)*, 2020, p. 76.

⁷⁶ *Fredman*, 2016, p. 712.

⁷⁷ *Op. Cit., Albertyn*, 2018, p. 464.

⁷⁸ *Sheppard*, 2010.

⁷⁹ *Op. Cit., Fredman*, 2016.

⁸⁰ *Campbell*, 2018.

3. Discriminación directa e indirecta

El texto de muchas constituciones, como se discutió en la Sección I, crea una relación entrelazada entre discriminación e igualdad. El ejemplo más contundente de esto es el artículo 1 de la CEDAW, que sostiene que la discriminación contra la mujer es la desigualdad en el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales. El lenguaje del Artículo 1 —discriminación es cualquier distinción "que tiene el efecto o propósito de"— también aclara que la CEDAW prohíbe la discriminación directa e indirecta.⁸⁵ La discriminación directa prohíbe las distinciones aparentes a primera vista que perpetúan un trato menos favorable sobre la base del sexo o género, como las prohibiciones al empleo de las mujeres o las restricciones a la posesión de tierras o herencias por parte de ellas.⁸⁶

Las estructuras institucionales aparentemente invisibles también perpetúan las desventajas de género. Las leyes neutrales pueden “exacerbar las desigualdades existentes por la falta de reconocimiento de los patrones estructurales e históricos de (...) [desventaja] y el desequilibrio de las relaciones de poder entre la mujer y el hombre”.⁸⁷ En respuesta, **la ley ha desarrollado el concepto de discriminación indirecta: una ley, política o práctica aparentemente neutral que impacta de manera desproporcionada y negativa sobre las mujeres**. Por ejemplo, se ha descubierto que los planes de pensiones que no tienen en cuenta el trabajo de cuidados no remunerados que realizan las mujeres en el hogar son indirectamente discriminatorios.⁸⁸ Al juzgar reclamos de discriminación indirecta por sexo o género, los tribunales van más allá de evaluar si la regla neutral es consistente con el derecho constitucional a la igualdad, y el enfoque analítico cambia para examinar el impacto de la ley en las mujeres. La intención de la ley o cualquier explicación potencial de por qué la ley crea este efecto desproporcionado contra las mujeres es analíticamente irrelevante.⁸⁹ Es igualmente poco importante en un análisis de discriminación indirecta si el Estado es responsable de crear o perpetuar la desventaja antecedente que experi-

⁸¹ *Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, 2004, párr. 25(8)*.

⁸² *Raday, 2012; ver también Dattatraya Motiram More v State of Bombay, 1953*.

⁸³ *Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, 2004, párr. 10*.

⁸⁴ *Op. Cit., Fredman, 2016, p. 728*.

⁸⁵ *Byrnes, 2012*.

⁸⁶ *ES and SC v Tanzania, 2015*.

⁸⁷ *Op. Cit., Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, 2010, párr. 16*.

⁸⁸ *Trujillo Calero v Ecuador, 2018*.

⁸⁹ *Essop v Home Office, 2017; Fredman, 2018*.

mentan las mujeres.⁹⁰ El corazón del reclamo de discriminación indirecta es una evaluación basada en los efectos, que busca comprender cómo una ley neutral interactúa con las desigualdades estructurales. La evaluación de la reclamación es altamente contextual. Para comprender plenamente el impacto desproporcionado de la ley neutral, el tribunal debe comprender la situación económica, política y social histórica y actual de las mujeres y el impacto de la ley específica sobre el terreno.⁹¹

D. **Sobre la base del sexo**

En el marco constitucional del derecho a la igualdad de muchas jurisdicciones, sólo el trato desfavorecido "sobre la base de", "por" o "por razón de" ser mujer equivale a discriminación y desigualdad ante la ley.⁹² Es notable que varios textos constitucionales, incluidos la Constitución de la India, la Carta Canadiense, la Convención Europea de Derechos Humanos y la CEDAW, sólo se refieran a la discriminación basada en el sexo. El Reino Unido va un paso más allá, ya que la sección 4 de la Ley de Igualdad de 2010 protege explícitamente contra la discriminación por sexo y por embarazo. Sólo la Constitución de Sudáfrica se refiere a la discriminación por sexo y género. Es común en todas las jurisdicciones una interpretación amplia del sexo que incluye el género. El Comité CEDAW ha interpretado el sexo en el artículo 1 de la CEDAW para proteger tanto el derecho de las mujeres a la igualdad de sexo y de género. Explica que la igualdad de sexo se refiere "a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer" y las "identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que la sociedad atribuye a esas diferencias biológicas, lo que da lugar a relaciones jerárquicas entre hombres y mujeres y a la distribución de facultades y derechos en favor del hombre y en detrimento de la mujer".⁹³ Sigue existiendo incertidumbre sobre hasta qué punto la discriminación sexual o de género incluye a las mujeres transgénero o las identidades de género no binarias. En una decisión histórica, en *NALSA v Union of India*, la Corte Suprema de India reconoció a las personas transgénero como una tercera categoría de género.⁹⁴

Para garantizar el derecho de la mujer a la igualdad, es fundamental no esencializar la experiencia de discriminación de la mujer. El sexo y el género se intersectan con otras características de identidad, experiencias y

⁹⁰ *Op. Cit., Fraser v Canada (Attorney General)*, 2020, párr. 69.

⁹¹ *Ibíd.*, párr. 71.

⁹² *Gardner*, 1998, p. 167.

⁹³ *Op. Cit., Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer*, 2010, párr. 5.

⁹⁴ *National Legal Services Authority (NALSA) vs. Union of India*, 2012.

problemas transversales para crear una experiencia única de desigualdad. La desigualdad de las mujeres no puede condensarse exclusivamente en un solo eje, sino que se debe estar atenta a cómo el sexo y el género se cruzan con otros ejes de desventaja. La teoría de la interseccionalidad surgió en respuesta a la subordinación de las mujeres negras en Estados Unidos. La opresión racista y sexista de las mujeres negras no podía capturarse únicamente a través del lente de la raza o el género, sino que su subordinación debía entenderse como única, distinta y sinérgica.⁹⁵ El concepto de interseccionalidad ha evolucionado para tener en cuenta cómo una pléthora de características de identidad —edad, discapacidad, orientación sexual, identidad de género, pobreza, estatus migratorio, religión— se intersectan para crear redes reforzadas de desventajas de género.⁹⁶

La práctica de la ley de igualdad y discriminación no ha logrado incorporar plenamente los conocimientos de la teoría de la interseccionalidad. El texto de la constitución puede prevenir por sí mismo el pleno reconocimiento legal de las desigualdades interseccionales. El artículo 15(1) de la Constitución de la India prohíbe la discriminación sólo por motivos del sexo. La Corte Suprema de la India ha interpretado la expresión "sólo por motivos" como una prohibición de la protección constitucional de la discriminación interseccional.⁹⁷ El texto también puede no reconocer la naturaleza única y sinérgica de la discriminación interseccional y, en cambio, enmarcarla como aditiva, múltiple o compuesta. La sección 14 de la Ley de Igualdad del Reino Unido de 2010 reconoce explícitamente la discriminación combinada, aunque, en particular, esta disposición nunca ha entrado en vigor. El enfoque combinado de la interseccionalidad puede requerir que las mujeres prueben cada elemento de su afirmación por separado sin comprender la interacción única entre las características de identidad.⁹⁸ La sección 14 de la Ley de Igualdad de 2010 también restringe artificialmente la amplitud de la discriminación interseccional, ya que limita el análisis a la combinación de dos características protegidas relevantes. Incluso textos que tienen una disposición favorable y que ofrecen adentrarse en el reconocimiento de la discriminación interseccional, son insuficientes en sí mismos al no garantizar la comprensión de la discriminación interseccional.⁹⁹ Por ejemplo, en *Gosselin v Quebec*, la mayoría de la Corte Suprema de Canadá se centró miopemente en el motivo de la edad en la restricción de la disponibilidad de beneficios sociales para los menores de 30 años.¹⁰⁰ Este enfoque de eje

⁹⁵ *Crenshaw, 1989, p. 139.*

⁹⁶ *Atrey y Dunne, 2020.*

⁹⁷ *Air India v Nergesh Meezra, 1982.*

⁹⁸ *Conaghan, 2007, p. 317.*

⁹⁹ *Atrey, 2019, p. 143.*

¹⁰⁰ *Gosselin v. Québec (Attorney General), 2002.*

único ha sido fuertemente criticado por no captar el papel del género, la salud mental, la violencia y la situación socioeconómica en la perpetuación de las desigualdades en los beneficios sociales.¹⁰¹

El Comité CEDAW ofrece un enfoque innovador de la interseccionalidad que trasciende sus limitaciones textuales. A primera vista, la CEDAW adopta un enfoque de eje único para la discriminación de la mujer, ya que el artículo 1 de la CEDAW sólo prohíbe la discriminación contra la mujer por motivos de sexo. **El Comité CEDAW, sin embargo, ha adoptado un enfoque de la interseccionalidad que le permite, a través del fundamento único del sexo, abordar las desigualdades contra todas las mujeres. Sostiene que la discriminación contra la mujer está "está unida de manera indivisible" con otros factores que afectan a la mujer.**¹⁰² CAMPBELL explica que la CEDAW ha elegido un terreno específico: las mujeres, y adopta una concepción fluida y expansiva de la mujer que permite apreciar las diversas combinaciones y permutaciones de discriminación que las mujeres experimentan.¹⁰³ A través de este enfoque innovador, el Comité CEDAW toma en cuenta cómo el sexo y el género interactúan con una amplia gama de motivos de identidad tradicionales –raza, religión, discapacidad, orientación sexual– y con experiencias menos establecidas y factores transversales que incluyen la alfabetización, la condición de prisioneras y la pobreza. En *Teixeira v Brasil*, el Comité CEDAW demostró cómo este enfoque de la interseccionalidad puede funcionar en la práctica.¹⁰⁴ Las graves desigualdades en la atención de la salud que provocaron la muerte de Teixeira durante el parto estaban relacionadas no sólo con su género, sino también con su raza, ubicación geográfica y pobreza. Un enfoque igualmente fluido y expansivo es evidente en el Tribunal Constitucional de Sudáfrica. Al concluir que excluir a las trabajadoras del hogar -que eran mujeres predominantemente negras- de las protecciones de la legislación laboral era una violación del derecho a la igualdad, la Corte empleó explícitamente un marco interseccional. Al tener en cuenta la interacción entre ocupación, género, raza y pobreza, la Corte prestó atención a las diferencias en privilegios, poderes y vulnerabilidades y a cómo las estructuras sociales dan forma a la experiencia de las personas marginadas.¹⁰⁵ **Una rica comprensión y aplicación de la interseccionalidad es tanto posible dentro de los marcos constitucionales de igualdad, como esencial para eliminar por completo la discriminación contra la mujer y lograr una igualdad sustantiva.**

¹⁰¹ *Brodsky, 2003, p. 194.*

¹⁰² *Op. Cit., Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, 2010, pár. 18.*

¹⁰³ *Campbell, 2015, p. 479.*

¹⁰⁴ *Da Silva Pimentel Teixeira v Brazil, 2011.*

¹⁰⁵ *Mahlangu v Minister of Labour, 2020.*

El derecho de las mujeres a la igualdad no es absoluto, y en determinadas circunstancias, puede limitarse para perseguir otros objetivos. Hay notables excepciones a esta tendencia general. En primer lugar, según la Ley de Igualdad del Reino Unido de 2010, la discriminación directa contra las mujeres no puede justificarse.¹⁰⁶ En segundo lugar, el Comité CEDAW ha sostenido que cualquier retraso en la implementación de una política nacional sobre la igualdad de la mujer "no se pueden justificar por ningún motivo, ya sea político, social, cultural, religioso, económico o de recursos ni por otras consideraciones o carencias de un Estado".¹⁰⁷

La tendencia más pronunciada es permitir limitaciones. Algunos textos constitucionales delinearán explícitamente los criterios para limitar la igualdad de la mujer y otros guardan silencio, como la Constitución de Estados Unidos. La Convención Europea de Derechos Humanos, las constituciones canadiense y sudafricana contienen cláusulas explícitas de justificación. Como ejemplo, el artículo 36 de la Constitución de Sudáfrica sostiene:

Este es un análisis de proporcionalidad y se usa comúnmente a través de las jurisdicciones. El Estado debe demostrar que sus objetivos son lo suficientemente importantes como para justificar la limitación de la igualdad de las mujeres. Las medidas que se utilicen deben estar conectadas racionalmente con los objetivos del Estado y la medida debe menoscabar mínimamente la igualdad de la mujer. El tribunal también debe determinar si, en la ronda, se ha logrado un equilibrio justo entre la gravedad de las consecuencias para los derechos de la mujer y los intereses más amplios de la comunidad. En el contexto sudafricano, la sección 9(3) prohíbe la discriminación injusta y ha habido dudas sobre si la discriminación injusta puede alguna vez justificarse.¹⁰⁸ En otras jurisdicciones, el análisis de proporcionalidad puede desempeñar un papel fundamental en la protección de los derechos de igualdad de las mujeres. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos traslada la mayor parte del análisis de igualdad y discriminación a la etapa de justificación de proporcionalidad.¹⁰⁹ Una ley o política es discriminatoria si "no tiene" ninguna justificación objetiva y razonable", es decir, si no persigue un "fin legítimo" o si "no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin que se pretende realizar".¹¹⁰

E.

Justificación



“Los derechos de la declaración de derechos sólo pueden ser limitados en los términos de una ley de aplicación general en la medida de que la limitación sea razonable y justificable en una sociedad abierta y democrática basada en la dignidad humana, la igualdad y libertad, teniendo en cuenta todos los factores relevantes, incluyendo:

- a. la naturaleza del derecho;*
- b. la importancia del propósito de la limitación;*
- c. la naturaleza y extensión de la limitación;*
- d. la relación entre la limitación y su propósito;*
- e. y los medios menos restrictivos para alcanzar el propósito”.*

¹⁰⁶ *R (E) v Governing Body of JFS, 2009; Op. Cit., Fredman, 2018.*

¹⁰⁷ *Op. Cit., Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, 2010, pár. 29.*

¹⁰⁸ *King NO and Others and De Jager and Others, 2021, pár. 141.*

¹⁰⁹ *Arnardottir, O.M., 2014, p. 647.*

La proporcionalidad, si bien es un análisis altamente estructurado, es sensible a la matriz fáctico-legal del reclamo. Por tanto, en el contexto de la igualdad de las mujeres existe una relación que se refuerza mutuamente entre la proporcionalidad y la igualdad sustantiva. Se debe prestar atención a la igualdad sustantiva de las mujeres a través de todos los aspectos del análisis de proporcionalidad y esto puede ayudar a generar ideas sobre la naturaleza y la estructura de la igualdad que de otro modo podrían eludir a los jueces.¹¹¹ Los tribunales canadienses y sudafricanos han sido criticados por condensar juntos el análisis de igualdad y proporcionalidad.¹¹² Si bien la igualdad puede ayudar a dar vida al análisis de proporcionalidad, las dos pruebas analíticas deben mantenerse conceptualmente distintas, ya que en la etapa de justificación la carga pasa al Estado.

La intensidad de la revisión de las razones del Estado para limitar el derecho de las mujeres a la igualdad varía según las jurisdicciones y puede variar según los diferentes aspectos de la igualdad. Bajo el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el avance de la igualdad de género es un objetivo importante en los Estados miembros del Consejo de Europa, y por lo tanto el Estado debe ofrecer "razones muy importantes" para limitar la igualdad de la mujer.¹¹³ Por otro lado, EE.UU. utiliza un nivel intermedio de revisión.¹¹⁴ SIEGAL explica que este estándar más permisivo le da al gobierno más libertad, aunque observa que en jurisprudencia posterior la Corte Suprema de los Estados Unidos, en ocasiones, ha aplicado el estándar intermedio de revisión de una manera rigurosa.¹¹⁵ Incluso en jurisdicciones que requieren razones de peso para justificar la discriminación por sexo o género, esto puede cambiar según la naturaleza del reclamo de igualdad. En una serie de casos ante la Corte Suprema del Reino Unido, madres solteras argumentaron que reformas a las prestaciones eran discriminatorias contra las mujeres.¹¹⁶ La Corte aceptó que las reformas eran discriminatorias pero concluyó que la desigualdad estaba justificada. En lugar de emplear el marco de proporcionalidad, la mayoría de la Corte utilizó el test de razonabilidad (MWRP por sus siglas en inglés) que resulta más deferente. Bajo esta test, la Corte aceptará la medida estatal que limita la igualdad de las mujeres a menos que la medida sea "manifiestamente sin fundamento razonable".¹¹⁷

¹¹⁰ *JD and A v United Kingdom*, 2020, párr. 83.

¹¹¹ *Jackson*, 2017.

¹¹² *Lurie*, 2020, p. 174.

¹¹³ *JD and A v United Kingdom*, 2019, párr. 89.

¹¹⁴ *Craig v Boren*, 1976.

¹¹⁵ *Siegal*, 2010.

¹¹⁶ *DA; SG and other v Secretary of State for Work and Pensions*, 2015.

¹¹⁷ *Stec v United Kingdom*, 2006.

La mayoría de la Corte sostuvo que este estándar más deferente era necesario porque la discriminación de género se dio en el contexto de la política económica. Aunque históricamente la discriminación de género ha atraído un alto grado de escrutinio judicial, en el ámbito de la política económica y fiscal, los tribunales han sido muy deferentes con los poderes legislativo y ejecutivo. La discriminación de género dentro del ámbito de los beneficios sociales, según la Corte exigía dar al Estado un margen generoso a través de la aplicación del test de razonabilidad. Los votos disidentes, sin embargo, sostuvieron que no había áreas "prohibidas" para la igualdad sustantiva de las mujeres.¹¹⁸ La discriminación de género, incluso en la política fiscal, debería atraer un alto grado de intensidad y una revisión de proporcionalidad más rigurosa.

En este breve capítulo, no hay espacio para hacer justicia a la miríada de giros y vueltas jurisprudenciales en el derecho constitucional de las mujeres a la igualdad. Hay tres ideas clave de este análisis que pueden informar la redacción de un derecho a la igualdad en la constitución chilena. **En primer lugar, el encuadre del derecho a la igualdad es de vital importancia.** La constitución debe expresar claramente y a primera vista el compromiso del Estado con la igualdad sustantiva e interseccional de la mujer y aclarar que la constitución prohíbe la discriminación directa e indirecta contra la mujer. También debe requerir razones de peso para limitar la igualdad de la mujer y otorgar un mandato firme a los tribunales para que realicen un examen minucioso de las razones y las medidas, antes de que la desigualdad y la discriminación contra la mujer se puedan justificar. **En segundo lugar, a pesar del cuidado en la redacción de un derecho constitucional a la igualdad, los litigantes y los jueces tienen un papel primordial en dar sentido y concretamente arraigar el derecho a la igualdad.** La educación y la formación profesional continua en materia de igualdad de las mujeres serán siempre fundamentales. **En tercer lugar, la comprensión del papel del sexo y el género en la exacerbación y perpetuación de normas, actitudes, estructuras e instituciones opresivas evoluciona continuamente.** La desventaja de género de las mujeres muta y se transforma con el tiempo y el derecho constitucional a la igualdad debe entenderse como un derecho vivo y dinámico.

F.

Conclusión

¹¹⁸ *Op. Cit., DA; SG and other v Secretary of State for Work and Pensions, 2015, p. 133.*

• BIBLIOGRAFIA

(Appellants) v Secretary of State for Work and Pensions (2019)
Corte Suprema del Reino Unido. UKSC 21.

Air India v Nergesh Meezra (1982)
Corte Suprema de India. SCR (1) 438.

Albertyn, C. (2018)
'Contested Substantive Equality in the South African Constitution: Beyond Social Inclusion Towards Systemic Justice', South African Journal of Human Rights, 34:441- 468.

Anuj Garg v Hotel Association of India (2008)
Corte Suprema de India. AIR 2008 SC 663.

Arnardottir, O. (2014)
'The Difference That Makes a Difference: Recent Developments on Discrimination Grounds and Margin Appreciation Under Article 14 of the ECHR', Human Rights Law Review, 14(4):647-670.

Shreya, A. y Dunne, P. (2020)
Intersectionality and Human Rights. Londres: Hart.

Atrey, S.
Intersectional Discrimination. Londres: OUP.

Bliss v. Attorney General of Canada (1979)
Corte Suprema de Canadá. 1 SCR 183.

British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v BCGSEU (1999)
Corte Suprema de Canadá. 3 SCR 3.

Brodsky, G. (2003)
'Gosselin v Quebec (Attorney General): Autonomy with a Vengeance', Canadian Journal of Women and the Law, 15(1):194-214.

Byrnes, A. (2012)
'Artículo 1', en Freeman, M. et al. (eds.) The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women. A Commentary. Londres: OUP, pp. 51-70.

Campbell, M. (2015)
'CEDAW and Women's Intersecting Identities: A Pioneering New Approach to Intersectional Discrimination', Revista Direito GV, pp. 479- 504.

Campbell, M. (2018)

Women, Poverty, Equality: The Role of CEDAW. Londres: Hart.

Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (2004)

Recomendación general N° 25. Párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - Medidas especiales de carácter temporal. Documento No. CEDAW/C/GC/25.

Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (2010)

Proyecto de Recomendación general N° 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Documento No. CEDAW/C/GC/28.

Conaghan, J. (2007)

'Intersectionality and UK Equality Initiatives', South African Journal of Human Rights, pp. 317-334.

Craig v Boren (1976)

Corte Suprema de Estados Unidos. 429 US 190.

Crenshaw, K. (1989)

'Demarginalizing the Intersection of Race and Sex', University of Chicago Legal Forum, 1:139-167.

Currie, I. y De Waal, J. (2013)

The Bill of Rights Handbook. Juta, 6a ed.

Da Silva Pimentel Teixeira v Brazil (2011)

Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer. Documento No. CEDAW/C/49/D/17/2008.

DA; SG and other v Secretary of State for Work and Pensions (2015)

Corte Suprema del Reino Unido. UKSC 16.

Dattatraya Motiram More v State of Bombay (1953)

Tribunal Superior de Bombay. AIR 1953 Bom 311.

ES and SC v Tanzania (2015)

Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer. Documento No. CEDAW/C/60/D/48/2013.

Essop v Home Office (2017)

Corte Suprema de Reino Unido. UKSC 27.

Fraser v Canada (Attorney General) (2020) Corte Suprema de Canadá. SCC 28.

- Fredman, S. (2016)
'Substantive Equality Revisited', *International Journal of Constitutional Law*, 14(3):712-738.
- Fredman, S. (2018)
'Is There Still a Divide?', en Khaitan, T. y Collins, H. (eds.) *Foundations of Indirect Discrimination*. Londres: Hart, pp. 31 a 56.
- Frontiero v Richardson (1973)
Corte Suprema de Estados Unidos. 411 US 677.
- Gardner, J. (1998)
'On the Ground of Her Sex(uality)', *Oxford Journal of Legal Studies*, pp. 167-187.
- Gosselin v. Québec (Attorney General) (2002)
Corte Suprema de Canadá. 4 SCR 429.
- Indian Young Lawyers Association v The State of Kerala (2018)
Corte Suprema de India. *Writ Peticion (Civil) No 373 of 2006*.
- Jackson, V. (2017)
'Proportionality and Equality', en Jackson, V. y Tushnet, M. (eds.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*. Londres: Cambridge University Press, pp. 148 to 170.
- JD and A v United Kingdom (2020)
Corte Europea de Derechos Humanos. *Aplicaciones Nos. 32949/17 y 34614/17*.
- Kahkewistahaw First Nation v Taypotat (2015)
Corte Suprema de Canadá. 2 SCR 548.
- King NO and Others and De Jager and Others (2021)
Corte Constitucional de Sudáfrica. ZACC 4.
- Lurie, G. (2020)
'Proportionality and the Right to Equality', *German Law Journal*, 21:174-196.
- MacKinnon, C. (1987)
Feminism Unmodified. Boston: Harvard University Press.
- Mahlangu v Minister of Labour (2020)
Corte Constitucional de Sudáfrica. ZACC 24.

Medvedeva v Russian Federation (2013)
Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer. Documento No. CEDAW/C/63/D/2013.

NALSA v Union of India (2014)
Corte Suprema de India. Writ petition (civil) No. 400 de 2012.

Prinsloo v Van der Linde and Another (1997)
Corte Constitucional de Sudáfrica. ZACC 5.

R v JFS (2009)
Corte Suprema del Reino Unido. UKSC 15 & 1.

Raday, F. (2012)
‘Artículo 4’, en Freeman, M. et al. (eds.) The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women. A Commentary. Londres: OUP, pp. 123 a 140.

S v Jordan (2002)
Corte Suprema de Sudáfrica. ZACC 22.

Sheppard, C. (2010)
Inclusive Equality: The Relational Dimensions of Systemic Discrimination in Canada. Montreal: McGill-Queen’s University Press.

Siegal, R. (2010)
‘Gender and the US Constitution’, en Baines, B. y Rubio-Marin, B. (eds.), The Gender of Constitutional Jurisprudence. Londres: Cambridge University Press, pp. 306 a 332.

Stec v United Kingdom (2006)
Corte Europea de Derechos Humanos. 43 EHRR 1017.

Trujillo Calero v Ecuador (2018)
Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Documento No. E/C.12/63/D/10/2015.

US v Virginia (1998)
Corte Suprema de Estados Unidos. 518 US 51.

Weston, P. (1982)
‘The Empty Idea of Equality’, Harvard Law Review 95(3):537-596.