



**UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL**

**DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES Y SU
RECEPCIÓN POR LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA**

Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

Camila Fernanda Troncoso Zúñiga

Profesor Guía: Claudio Nash Rojas

Santiago, Chile

2016

A mis padres

Resumen.....	v
Introducción.....	6
Capítulo I: Estándares internacionales en materia de derecho internacional de los derechos humanos de mujeres y su recepción en el ámbito interno.....	8
1. Antecedentes: Feminismo, Género y Derecho	8
2. Derecho internacional de los derechos humanos de las mujeres.....	11
3. Instrumentos internacionales: desarrollo en el mundo y en el sistema interamericano (CEDAW, Belém do Pará y Convenios OIT).....	13
3.1. Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.....	13
3.2. Convenios de la Organización Internacional del Trabajo.....	16
3.3. El Sistema Interamericano y el DIDH de las mujeres: Convención Belém do Pará .	16
4. Estándares jurídicos de la Comisión IDH y la Corte IDH: violencia y discriminación	19
4.1. El sexo como factor prohibido de discriminación.....	19
4.2. Vínculo entre la discriminación y la violencia contra las mujeres	20
4.3. Violencia sexual contra la mujer.....	23
4.3.1. Definición de violencia sexual y su vínculo con la integridad de las mujeres.....	23
4.3.2. Violencia sexual como tortura	25
4.3.3. Violencia sexual como afectación del derecho a la vida privada.....	28
4.4. El deber de los Estados de actuar con la debida diligencia requerida para prevenir, investigar, sancionar y reparar estos actos.....	28
4.5. Discriminación en el acceso a la justicia.....	33
4.6. Interseccionalidad: mujeres indígenas y acceso a la justicia	34
4.7. Mujeres privadas de libertad.....	36
4.8. Derechos sexuales y reproductivos	37
5. Recepción del derecho internacional de los derechos humanos de las mujeres en Chile	38
5.1. Relación entre el derecho internacional y el derecho interno: retroalimentación.....	38
5.2. Tratados internacionales de derechos humanos y su aplicación obligatoria	40
5.2.1. Incorporación de los tratados internacionales al ordenamiento interno chileno.	40
5.2.2. Jerarquía de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos	42
5.3. Herramientas a utilizar para una aplicación sustantiva del derecho internacional de los derechos humanos.....	44
5.3.1. Bloque de constitucionalidad	45

5.3.2. Control de convencionalidad	45
6. Conclusiones	48
Capítulo II: Uso del derecho internacional de los derechos humanos de las mujeres en la jurisprudencia chilena	50
1. Introducción.....	50
2. DIDH de las mujeres en materia laboral en materia laboral	50
3. DIDH de las mujeres en materia de familia: análisis de jurisprudencia	62
4. DIDH de las mujeres en materia penal.....	73
4.1. Desacato y suspensión condicional del procedimiento	73
4.2. Violencia en comunidades indígenas y la procedencia de acuerdos reparatorios ...	75
5. DIDH de las mujeres en materia constitucional: ausencia de sentencias que utilizan DIDH de las mujeres en forma sustantiva	79
6. Conclusiones	80
Capítulo III: Uso del derecho internacional de los derechos humanos de las mujeres en la jurisprudencia comparada.....	82
1. Caso de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación	82
1.1. Amparo directo en revisión 2655/2013.....	83
1.2. Amparo en revisión 554/2013.....	86
1.3. Expediente varios, 1396/2011	88
2. Caso de Colombia: Corte Constitucional	92
2.1. Corte Constitucional de Colombia, C-355/2006, del 10 de mayo de 2006.....	92
2.2. Corte Constitucional de Colombia, A-092/2008, de 14 de abril de 2008; A-009/2015, de 27 de enero de 2015	98
2.3. Corte Constitucional de Colombia, T-772/2015, del 16 de diciembre de 2015.....	102
3. Caso de Argentina	105
3.1. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, caso Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/Freddo S.A s/amparo, sentencia del 16 de diciembre de 2002	105
3.2. Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia F.A.L. s/medida autosatisfactiva, con fecha 13 de mayo de 2012	108
3.3. Corte Suprema de la Justicia de la Nación, sentencia Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/Taldelva SRI, y otros s/amparo, con fecha 20 de mayo de 2014	110
4. Conclusiones	112
Capítulo IV: Conclusiones Generales	116
Bibliografía.....	119

Resumen

Este trabajo se enmarcó dentro del Proyecto de Investigación Fondecyt elaborado por el Centro de Derechos Humanos de la Facultad, a cargo del Dr. Claudio Nash: *“Recepción jurisdiccional sustantiva de la normativa y jurisprudencia nacional en Chile: el proceso de reconfiguración de los derechos fundamentales y su impacto de protección de grupos discriminados”*. El objetivo de esta Memoria es determinar la forma en que se utiliza el derecho internacional de los derechos humanos de las mujeres en la jurisprudencia nacional. Para esto, primero se buscó comprender en qué consiste dicho derecho, la necesidad de su existencia, y qué comprende (Convención contra todas las formas de discriminación contra la mujer, Convención Belém do Pará, Convenios OIT y estándares derivados de jurisprudencia de la CIDH y la Corte IDH). Posteriormente, se realizó una recopilación de jurisprudencia nacional que utilizaba estándares contenidos en instrumentos internacionales sobre el derecho de las mujeres y se analizó el modo en que era utilizado por la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones. Finalmente, se realizó ese mismo análisis con sentencias emanadas de los tribunales superiores de México, Colombia y Argentina, con el objetivo de vislumbrar la posible utilización sustantiva del derecho internacional de los derechos humanos de las mujeres por la jurisprudencia.

Introducción

Esta investigación se enmarca dentro del Proyecto Fondecyt elaborado por el Centro de Derechos Humanos de la Facultad, a cargo del Dr. Claudio Nash, titulado: *“Recepción jurisdiccional sustantiva de la normativa y jurisprudencia nacional en Chile: el proceso de reconfiguración de los derechos fundamentales y su impacto de protección de grupos discriminados”*.

Uno de los problemas jurídicos relevantes en materia de derechos humanos, ha sido la convergencia del derecho internacional de los derechos humanos (en adelante “DIDH”) y los sistemas nacionales de jurisdicción constitucional. Actualmente, superando las tesis de la subsidiariedad y complementariedad, entendemos que la relación entre ambos es de retroalimentación, debido a que el sistema nacional se enriquece con los aportes normativos y jurisprudenciales del sistema internacional, y éste a su vez observa el desarrollo normativo y jurisprudencial de los Estados en la realización de nuevos instrumentos y estándares internacionales.

Ahora bien, el impacto del DIDH en el derecho interno podemos analizarlo desde una perspectiva formal y una perspectiva sustantiva. La primera, hace referencia al proceso a través del cual el derecho internacional adquiere valor dentro del ordenamiento jurídico interno; y la segunda, se refiere a la adopción de estándares sustantivos desarrollados por el sistema internacional para resolver cuestiones internas de los Estados, lo que ocurre en el ámbito normativo institucional y en la jurisprudencia.

En Chile ha habido una extensa discusión doctrinaria y jurisprudencial en cuanto a la perspectiva formal, al interpretar el artículo 5° inciso 2 de la Constitución Política de la República. Se ha aceptado por la jurisprudencia el carácter supralegal de las Convenciones y Tratados Internacionales; sin perjuicio de ello, han existido diferencias en cuanto a la jerarquía otorgada por la Corte Suprema y por el Tribunal Constitucional, sosteniendo la primera el carácter constitucional e incluso supraconstitucional de dichos Tratados, y el segundo, incluso el carácter legal de ellos.

En el aspecto sustancial es donde la discusión se ha encontrado ausente, particularmente en cuanto a la forma en que la jurisprudencia ha incorporado estándares sustantivos del DIDH. Por lo mismo, el problema planteado en esta tesis es cómo la jurisprudencia de la Corte Suprema y Cortes de Apelaciones del país han recepcionado y utilizado los estándares

establecidos por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y diversos tratados internacionales de derechos humanos, con especial énfasis en el derecho internacional de los derechos humanos de las mujeres.

El punto de partida de esta investigación es que los tribunales superiores de justicia (Corte Suprema y Cortes de Apelaciones), en función del control de convencionalidad y del bloque de constitucionalidad, deben utilizar el DIDH de las mujeres para resolver controversias que se susciten dentro del Estado de Chile. Por tanto, es de suma relevancia determinar la forma en que dichos estándares son utilizados por la jurisprudencia.

La hipótesis inicial de este trabajo consiste en que los tribunales superiores de justicia no utilizan de forma sustantiva el DIDH de las mujeres en los casos que se presentan ante ellos, y que en las ocasiones en que es utilizado, sólo se hace mención a este, sin que exista una aplicación sustantiva de los estándares internacionales. Esto deriva en una mayor desprotección de las mujeres con respecto al goce pleno y efectivo de sus derechos.

Para comprobar dicha hipótesis, primero señalaré en qué consiste el DIDH de las mujeres, los estándares que se han desarrollado y las principales convenciones respecto al tema. Luego, estableceré la obligatoriedad que tienen los tribunales superiores de utilizar el DIDH en base a dos herramientas: el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad, asegurando una mayor protección a los derechos de las personas, particularmente a grupos discriminados históricamente, como las mujeres.

Posteriormente realizaré una recopilación de jurisprudencia emanada de dichos tribunales en que se hayan utilizado las Convenciones y Tratados Internacionales relevantes en materia de DIDH de las mujeres y analizaré cómo se usa dicho Derecho, es decir, si es utilizado para dotar de contenido a principios, llenar lagunas, servir de pauta de restricción de derechos o como mecanismos de interpretación de normativa nacional. Finalmente, analizaré la forma en que la jurisprudencia comparada ha utilizado el DIDH de las mujeres, con especial referencia a los países de México, Colombia y Argentina, con el objetivo de comparar la forma en que se utiliza en dichos países y en el nuestro. Esto, con el objeto de corroborar o refutar la hipótesis planteada con anterioridad.

Capítulo I: Estándares internacionales en materia de derecho internacional de los derechos humanos de mujeres y su recepción en el ámbito interno

1. Antecedentes: Feminismo, Género y Derecho

La histórica discriminación legal entre hombres y mujeres no es una novedad, “es más, en todas partes y en la mayoría abrumadora de las culturas conocidas, las mujeres somos consideradas de alguna manera o en algún grado, inferiores a los hombres”¹. Las diferencias entre ambos sexos, y que justificaban la diferencia de trato, eran naturalizadas y aceptadas, precisamente porque eran asumidas como algo “natural”, y no como construcciones socioculturales. Sin embargo, con el surgimiento de los primeros movimientos feministas, dicho modelo comenzó a ser cuestionado.

El modelo al que aludimos se caracteriza por: “(...) 1) una ideología y su expresión en el lenguaje que explícitamente devalúa a las mujeres dándoles a ellas, a sus roles, sus labores, sus productos y su entorno social, menos prestigio y/o poder que el que se le da a los de los hombres; 2) significados negativos atribuidos a las mujeres y sus actividades a través de hechos simbólicos o mitos (que no siempre se expresan de forma explícita); 3) estructuras que excluyen a las mujeres de la participación en, o el contacto con los espacios de los más altos poderes, o donde se cree que están los espacios de mayor poder tanto en lo económico y lo político como en lo cultural. (...) 4) el pensamiento dicotómico, jerarquizado y sexualizado, que lo divide todo en cosas o hechos de la naturaleza o de la cultura, y que al situar al hombre y lo masculino bajo la segunda categoría, y a la mujer y lo femenino bajo la primera, erige al hombre en parámetro o paradigma de lo humano, al tiempo que justifica la subordinación de las mujeres en función de sus pretendidos ‘roles naturales’”².

En base a los elementos señalados, se ha construido un sistema –patriarcal³- que busca continuar con dichas diferencias y exclusiones, manteniéndolas y reproduciéndolas, para lo cual utiliza las instituciones sociales y, en particular, el Derecho, el cual “es un sistema de articulación del sistema patriarcal (...), el poder del [D]erecho es más fuerte [que otros sistemas que también contribuyen al disciplinamiento de género] que el de cualquiera de estos sistemas, en tanto hace recaer sobre sus regulados la amenaza de la fuerza y el temor ante su incumplimiento. Además, este sistema de normas contiene en sí misma sus propias

¹ FACIO, A. y FRIES, L. 1999. Feminismo, género y patriarcado. *En*: Género y Derecho, Santiago, LOM, p. 21.

² *Ibidem.*, p. 22.

³ Término utilizado para definir el orden socio-moral y político que mantiene y perpetúa la jerarquía masculina, en VALCÁRCEL, A. 2001. La memoria colectiva y los retos del feminismo. Santiago, CEPAL (Serie Mujer y Desarrollo 31), p. 23.

reglas de legitimación, las que consolidan el poder de quienes son, en definitiva, los sujetos creadores de derecho, los hombres”⁴. He ahí el poder del Derecho, y la importancia de establecer una normativa que responda a ciertos estándares que justamente eviten la reproducción de la discriminación y las desigualdades.

El Derecho por tanto, no es neutro y nunca lo ha sido. Dicha neutralidad, fundamento del sistema liberal, fue cuestionado por las teorías feministas⁵ (no sólo por ellas, pero es lo que nos interesa para efectos de este estudio), las que justamente buscan dar cuenta de las relaciones de subordinación entre hombres y mujeres, visibilizar el fenómeno y transformar la sociedad. En este sentido, el triunfo del liberalismo y la “igualdad”, trajo consigo dos formas de legislaciones “implícitamente patriarcales”: (i) aquella legislación que reconoce a las mujeres como sujetos de derecho, pero que priva de algunos o no garantiza una efectiva protección de los mismos y (ii), cuando sólo toma en cuenta a las mujeres en tanto su “función reproductora”, estableciendo una serie de “protecciones” para las mujeres, que realmente cautelan otros intereses (aseguramiento de la paternidad, protecciones para las futuras generaciones, pero no protecciones a la mujer-persona)⁶. El factor común es que las necesidades y preocupaciones que se ven reflejadas en las legislaciones –y en la jurisprudencia-, son aquellas de los hombres, hecho que corroboraremos en el capítulo II al analizar la jurisprudencia chilena.

Las principales críticas de las feministas al liberalismo, se relacionan con la dicotomía entre la esfera pública y privada, la cual oculta la subordinación de las mujeres⁷; en este mismo sentido, se cuestionan los principios de universalidad, objetividad y neutralidad que se supone son la base del liberalismo (pero que sólo se aplican a los hombres blancos, con

⁴ FACIO, A. y FRIES, L. 1999. Óp. cit., pp. 56-57.

⁵ Conjunto de saberes, valores y prácticas explicativas de las causas, formas, mecanismos, justificaciones y expresiones de la subordinación de las mujeres que buscan transformarla. En FACIO, A y FRIES, L., 1999, op. cit., p. 23. En este sentido, en cuanto la historia del feminismo, encontramos el feminismo vindicativo, que de la mano de Mary Wollstonecraft cuestiona al liberalismo, que propugnaba la igualdad de la humanidad como teoría, pero con derechos exclusivos para los varones en la práctica. En AMOROS, C. y COBO, R. 2005. Feminismo e Ilustración. En: AMOROS, C. y DE MIGUEL (Eds.), Teoría Feminista: de la Ilustración a la Globalización. Madrid, Minerva Ediciones, tomo 1: De la Ilustración al Segundo Sexo, pp. 91-144. Véase también la historia del feminismo, véase DE LAS HERAS, S. 2009. Una aproximación a las teorías feministas. Revista de Filosofía, Derecho y Política (9): 45-82.

⁶ FACIO, A. y FRIES, L., 1999, op. cit., p. 59.

⁷ LI-ANN, T. 1997. The impact of internationalisation on domestic governance: gender egalitarianism & the transformative potential of CEDAW. Singapore Journal of International & Comparative Law (1): p. 288.

poder económico, con cierto nivel sociocultural, etc., pues ellos son los que nacen libres e iguales, y justamente para ser libres e iguales requieren la subordinación de las mujeres)⁸.

En este sentido, concuerdo con las críticas que señalan al Derecho como un sistema *androcéntrico*, que coloca al “hombre” como paradigma de “lo humano”, y que por tanto, se construye en base a las necesidades y características de éste⁹. Lo que tiene como efecto, que no se consideran los puntos de vista ni las experiencias de las mujeres, generando la invisibilización de las vulneraciones a sus derechos humanos¹⁰.

Ahora bien, para entender la diferenciación no natural que ha servido de base para lo dicho anteriormente, se ha recurrido a la categoría de género. Este es el conjunto de características y comportamientos, como los roles, funciones y valoraciones impuestas dicotómica y jerarquizadamente a cada sexo a través de procesos de socialización, mantenidos y reforzados por la ideología e instituciones patriarcales. Este concepto, sin embargo, no es abstracto ni universal, en tanto se concreta en cada sociedad de acuerdo a contextos espaciales y temporales, a la vez que se redefine constantemente a la luz de otras categorías y realidades, tales como la clase, etnia, edad, etc.¹¹

Desde fines del siglo XX se ha comenzado a hablar de una “perspectiva de género”, la cual debiese ser aplicada por jueces/zas, abogados/as y académicos/as a la hora de analizar ciertos problemas y fenómenos. Pero, ¿por qué es importante analizar los problemas desde una perspectiva de género? Porque esta visión busca dar cuenta que el Derecho no es neutral, y que al no aplicar una perspectiva de género, se continúa con la pretensión de neutralidad del Derecho y por tanto, se aplica este cuerpo normativo que sólo mantiene y reproduce una de las tantas formas de dominación: el género¹². En cambio, aplicar una perspectiva de género implica primero “ver y comprender todas las formas en que la mirada

⁸ FRIES, L. y LACRAMPETTE, N. 2013. *Feminismos, Género y Derecho*. En: LACRAMPETTE, N. (Ed.) *Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica*. Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 51.

⁹ CÁNAVES, V. 2012. *Elige tu propia desventura. La CEDAW en los caminos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Santa Fe, Argentina, Ediciones UNL, p. 8; Véase también: FEMENÍAS, M. 2006. *Releyendo los caminos de la exclusión de las mujeres*. En: *Feminismos de París a la Plata*. Buenos Aires, Catálogos, pp. 49 y ss.

¹⁰ FACIO, A. y FRIES, L. 1999, *óp. cit.*, p. 38. Véase también FACIO, A. 1999. *Metodología para el análisis de género del fenómeno legal*. En: FACIO, A. y FRIES, L. *Género y Derecho*. Santiago, LOM, p. 103.

¹¹ FACIO, A. y FRIES, L. 1999, *óp. cit.*, p. 35.

¹² En este sentido, la perspectiva de género no toma en cuenta sólo el género/sexo, sino que “la perspectiva de género lleva implícita, no sólo la variable de clase, sino todas las variables imaginables, precisamente porque las mujeres pertenecemos a todas las clases, edades, razas, etnias, creencias, opciones sexuales, etc. Y tenemos todas las discapacidades visibles y no visibles que pueda tener un ser humano”, en FACIO, A. 1999, *óp. cit.*, p. 101.

de los varones se ha asumido como humana, y corregirlas”¹³, implica en un caso analizar el rol de la subordinación y observar cuál es el resultado de la aplicación de determinadas normas, implica también visibilizar los efectos de la construcción social de los géneros y contribuir a desmantelar los mecanismos de dominación¹⁴.

Resulta fundamental, en el ámbito del desmantelamiento de las estructuras de dominación, y en pos del objetivo de eliminar todas las formas de discriminación y violencia contra la mujer, la eliminación de los estereotipos de género, como lo señala COOK y CUSACK¹⁵, pues son estos estereotipos los que contribuyen a que se nieguen o se restrinjan derechos, o definitivamente se vulneren. Entendemos por estereotipos “una visión generalizada o una preconcepción sobre los atributos o características de los miembros de un grupo en particular o sobre los roles que tales miembros deben cumplir”¹⁶. En este sentido, es de suma importancia la deconstrucción de los elementos que componen los fallos de los jueces, pues a menudo sus decisiones se basan en estereotipos, y tendrán como efecto vulneraciones a los derechos humanos de las mujeres.

2. Derecho internacional de los derechos humanos de las mujeres

El apartado anterior nos sitúa en el paradigma de las teorías feministas críticas del Derecho. A continuación analizaremos las críticas que dichas teorías han realizado al DIDH, y su posterior evolución en torno a la idea de Derechos Humanos de las Mujeres.

Desde el surgimiento del DIDH, con motivo de la protección del ser humano frente al poder de los Estados¹⁷, dicho Derecho ha buscado la “igualdad” entre hombres y mujeres. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante “PIDCP”) establece en su artículo 3 que: “Los Estados Parte se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el Pacto”; en su artículo 2.1 señala el deber de los Estados de respetar y garantizar los derechos sin distinciones –entre las que menciona el sexo-; y, en su artículo 26 señala: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. (...)”, mencionando el sexo como una categoría en la cual está prohibido realizar

¹³ FACIO, A. y FRIES, L. 1999, óp. cit., p. 39.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ COOK, R. y CUSACK, S. 2010. Estereotipos de género: Perspectivas Legales Transnacionales. Bogotá, Profamilia, p. 3.

¹⁶ *Ibidem*., p. 11.

¹⁷ NASH, C. 2013. Estudio introductorio: Derechos Humanos y Mujeres, Teoría y Práctica. En: LACRAMPETTE, N. (Ed.) Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica. Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pág. 14.

discriminaciones. Si bien dichas menciones son explícitas en cuanto a la protección de las mujeres con respecto a posibles actos discriminatorios realizados por el Estado o por actores no estatales, no considera las condiciones estructurales económicas, sociales y culturales de la sociedad¹⁸. En el mismo sentido, dichos instrumentos “prohíben que se haga discriminación en el goce de los derechos que establecen, pero la forma como establecen los derechos humanos es androcéntrica. Es decir, los derechos que se establecen en esos instrumentos son pensados desde las necesidades de los hombres (...)”¹⁹.

La protección en este sentido, continúa la línea general del Derecho, es decir, “ha sido creado y desarrollado por los hombres y, por lo tanto, conlleva una visión del mundo masculina”²⁰,

“(...) El derecho internacional de los derechos humanos, como rama específica del derecho internacional, ha sido formulado y aplicado con las mismas discapacidades de género que tienen las demás ramas del derecho, (...)”²¹

En este sentido, el DIDH se origina también con pretensiones de abstracción y universalidad, basado en el liberalismo, pero –tal como señalábamos anteriormente–, el sujeto del DIDH es el hombre (con otras características: blanco, con poder económico, colonizador, etc.), y por tanto entiende lo humano como hombre, asumiendo los intereses de éste como aquellos de toda la humanidad, y por lo tanto en eso se basa para diseñar los instrumentos y organismos²². Con esto, invisibiliza todas las diferencias existentes tales como sexo, género, edad, raza, etnia, clase social, etc.²³; siendo conceptualmente incapaz de tomar conocimiento de las vulneraciones que sufren las mujeres a sus derechos²⁴, así:

“(...) el DIDH preserva la distinción sexualizada entre las esferas de lo público y lo privado y refuerza la posición subordinada de las mujeres en ambas esferas; por otra, en los tratados internacionales los derechos se definen en relación con los intereses masculinos, de lo que da cuenta la primacía que tradicionalmente se ha dado a los derechos civiles y políticos, que se orientan a la protección de los varones en la esfera

¹⁸ ROTH, B. 2002. The CEDAW as a collective approach to women's right. Michigan Journal of International Law, (24): 192.

¹⁹ FACIO, A. 1998. La Carta Magna de todas las mujeres. Módulo sobre la CEDAW. ILANUD. Costa Rica, p. 542.

²⁰ FRIES, L. y LACRAMPETTE, N., óp. cit., p. 55.

²¹ PALACIOS, P. 2011. El tratamiento de la violencia de género en la Organización de Naciones Unidas. Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 7 y 8.

²² RODRÍGUEZ, M. 1997. Tomando los derechos humanos de las mujeres en serio. En: ABREGÚ, M. y COURTIS, C. (compiladores) La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales. (compiladores). Buenos Aires, CELS – Ed. Del Puerto, p. 582.

²³ FRIES, L. y LACRAMPETTE, N. óp. cit., p. 55.

²⁴ LI-ANN, T. 1997, p. 287.

de lo público, esto es, en sus relaciones con el Estado. (...) los derechos humanos no han sido interpretados desde una perspectiva de género que dé cuenta de las experiencias de desigualdad e injusticia que experimentan las mujeres”²⁵.

A partir de las deficiencias mencionadas, se estableció la necesidad de elaborar normas particulares que ayuden a dar una efectiva protección a las mujeres, y que superen las contradicciones y pretensiones de neutralidad del DIDH. Se consideró que no bastaba con normas de igualdad y no discriminación, sino que se requerían normas que tomaran en cuenta las violaciones sistémicas y estructurales a los derechos humanos que afectaban a mujeres²⁶, las que veremos a continuación.

3. Instrumentos internacionales: desarrollo en el mundo y en el sistema interamericano (CEDAW, Belém do Pará y Convenios OIT)

3.1. Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

El año 1946, debido a la presión de activistas feministas, se crea la Comisión del Estatuto de la Mujer (en adelante “CSW”), organismo dependiente de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. El nuevo organismo, tenía como objetivos la elaboración de recomendaciones y declaraciones, con el propósito de concretizar la igualdad entre hombres y mujeres (que se encontraba establecida en la Carta de Naciones Unidas, así como en la Declaración Universal de Derechos Humanos). Durante su trabajo, se elaboraron: la Convención de los Derechos Políticos de las Mujeres (1952), la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada (1957) y, la Convención sobre el consentimiento para el Matrimonio, Edad Mínima para contraer Matrimonio y Registro de Matrimonios (1965)²⁷. Pero, evidentemente esto no era suficiente, pues se refería a áreas particulares –siendo la discriminación un fenómeno que abarca todos los ámbitos-, y sigue la lógica de que el DIDH es suficiente para garantizar una efectiva protección.

Así, en 1967 la CSW redacta la Declaración por la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General en noviembre de ese mismo año. Si bien dicha

²⁵ FRIES, L. y LACRAMPETTE, N. óp. cit., p. 55.

²⁶ Véase NASCH, C. y NÚÑEZ, C. 2015. Capítulo IV: Tutela judicial y protección de grupos en situación de discriminación. En: *La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en Latinoamérica*. México D.F., Editorial UBIJUS, CEAD e IIDH, pp. 125-194.

²⁷ Reporte del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación. Progress Achieve in the Implementation of the Convention on the Elimination of All Forms of Discriminatio Against Women, 4° Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, China, septiembre de 1995. ONU Doc. A/CONF.177/7. Disponible en línea: < <http://www.un.org/documents/ga/conf177/aconf177-7en.htm>>

declaración era más comprensiva que los esfuerzos anteriores, el hecho de que fuese una mera declaración le restaba fuerza²⁸. El año 1972, la CSW, ante la constatación de la discriminación y la consolidación de movimientos activistas de mujeres, se propone la realización de un tratado que tuviese fuerza obligatoria y que pudiese por tanto, obligar a los Estados a respetar y garantizar los derechos allí reconocidos²⁹.

En este sentido, surge la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante “CEDAW”), considerada como la culminación de una serie de documentos e iniciativas que buscaban la igualdad entre hombres y mujeres³⁰, y que es vista como una segunda etapa en la protección de los derechos de las mujeres, pues retoma los derechos ya consagrados en instrumentos internacionales dotándolos de especificidad³¹, no desde una visión androcéntrica. Dicha Convención fue aprobada por la Asamblea General de la ONU el año 1979 y abierta a la firma y ratificación de los Estados el año 1980, entrando en vigor el 3 de septiembre del año 1981. El Comité para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, es el organismo encargado de velar por su cumplimiento, monitoreando el esfuerzo de los Estados de proteger y promover los derechos humanos de las mujeres³².

Dicha Convención busca eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer, alcanzando la igualdad formal y sustantiva en el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales³³. En la recomendación General N° 25 del Comité se estableció el paradigma interpretativo de la Convención, delimitando las principales obligaciones de los Estados con respecto a la materia, a saber: garantizar que no exista discriminación directa ni indirecta contra la mujer en las leyes, tanto en el ámbito público como en el privado; mejorar la situación de facto de las mujeres, adoptando las políticas necesarias para ello; y, hacer frente a las relaciones prevalecientes entre los géneros y a los estereotipos basados en

²⁸ *Ibidem*

²⁹ *Ibidem*

³⁰ Así como la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su resolución 2263 del 7 de noviembre de 1967.

³¹ FRIES, L. y LACRAMPETTE, N. 2013. óp. cit., p. 56.

³² CUSACK, S. y PUSEY, L. 2013. CEDAW and the Rights to non-discrimination and equality. *Melbourne Journal of International Law* 14 (54): p. 55.

³³ Recomendación General N° 25, del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, UN DOC/A/59/38, anexo 1[4]. [En línea] [http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20\(Spanish\).pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20(Spanish).pdf), [consulta: 1 de febrero de 2016]

ellos, que afectan a las mujeres no sólo a través de actos individuales sino a través de estructuras socioeconómicas y culturales³⁴.

La CEDAW establece en su artículo 1 la definición de discriminación; en sus artículos 2° al 5° y 24, señala las obligaciones de los Estados; en su artículo 6° señala el deber de los Estados de adoptar todas las medidas para erradicar la trata de mujeres y la explotación de la prostitución de la mujer; además, establece ciertos ámbitos en que los Estados deben trabajar para eliminar la discriminación como lo son la vida pública y política, las organizaciones internacionales, la educación, el empleo, la vida cultural, la atención médica, el crédito financiero, el sector rural, la ley y la familia. En los artículos 17, 19 y 20 establece la existencia de un Comité dedicado a examinar la implementación y progresos de los Estados con respecto a la Convención y dos procedimientos para hacer valer la protección a los derechos garantizados, la elaboración de informes por los Estados y un procedimiento de arbitraje entre dos o más Estados si surge una controversia de interpretación o aplicación de la Convención. Nuestro país firmó dicho tratado el 17 de julio de 1980, siendo ratificado el 7 de diciembre de 1989.

La relevancia de la CEDAW es única por importantes transformaciones que realiza en el ámbito de DIDH de las mujeres: (i) amplía la responsabilidad estatal, esto debido precisamente a la aplicación de una perspectiva de género, pues amplía la responsabilidad a actos cometidos por personas privadas, empresas o instituciones no estatales; (ii) obliga a los Estados a adoptar medidas concretas para eliminar la discriminación contra las mujeres, no basta con condenar los actos que discriminan sino que se establece el deber de adoptar medidas concretas para eliminarla; (iii) establece la aplicación de medidas correctivas para alcanzar las metas de la CEDAW, que precisamente reconocen el carácter sistémico de la discriminación contra las mujeres -y que entiende que la “neutralidad” de los instrumentos internacionales sólo conduce a resultados desiguales; (iv) reconoce el papel de la cultura y las tradiciones en el mantenimiento de la discriminación contra las mujeres y obliga a los Estados a eliminar los estereotipos en los roles de hombres y mujeres; (v) define la discriminación y establece un concepto de igualdad sustantiva; y, (vi) fortalece el concepto de indivisibilidad de los derechos humanos³⁵.

³⁴ *Ídem*, párr. 7.

³⁵ FACIO, A. 1998.

3.2. Convenios de la Organización Internacional del Trabajo

Otro ámbito de protección específico que ha sido objeto de regulación por parte de organismos internacionales, han sido los derechos laborales de la mujer principalmente en relación a los principios de igualdad y no discriminación. En este sentido, la OIT³⁶ elaboró una serie de Convenios que posteriormente debieron ser aprobados y ratificados por los Estados. En el ámbito que nos ocupa, caben destacar los siguientes: (i) Convenio N° 100 sobre igualdad de remuneración de 1951, ratificado por nuestro país el 20 de septiembre de 1971; (ii) el Convenio N° 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación de 1958, ratificado también el 20 de septiembre de 1971; (iii) el Convenio N° 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares de 1981, y ratificado por Chile el 14 de octubre de 1994; y (iv) el Convenio N° 183 sobre la protección a la maternidad (2000), el cual no ha sido ratificado por Chile³⁷. Las obligaciones derivadas de dichos instrumentos internacionales para los Estados señalan: la obligatoriedad de establecer la igual remuneración para el trabajo de igual valor realizado por hombres y mujeres, debiendo establecer los Estados medidas legislativas, el establecimiento de sistemas de fijación de remuneraciones y/o por medio de contratos colectivos, y la protección que debe darse a la mujer embarazada, entre otros.

3.3. El Sistema Interamericano y el DIDH de las mujeres: Convención Belém do Pará

En el sistema interamericano por otro lado, y antes incluso que en el sistema internacional, el año 1928 se conforma la Comisión Interamericana de Mujeres (en adelante "CIM"), durante la IV Conferencia Internacional Americana, cuyo objetivo fue "preparar la información jurídica y de cualquier otra naturaleza que se considerara conveniente para abordar de ahí en adelante, el estudio de la igualdad civil y política de la mujer en el Continente"³⁸. En 1933, y a propuesta de la CIM, se aprueba la Convención sobre Nacionalidad de la Mujer; en 1938, la CIM aprueba la Declaración de Lima a favor de los Derechos de las Mujeres y cuatro Estados suscriben el Tratado de Igualdad de Derechos entre Hombres y Mujeres³⁹. En 1948 se suscribe la Convención Interamericana sobre la Concesión de Derechos Políticos para la

³⁶ Organismo formado en 1919 como parte del Tratado de Versalles. Para mayor información, véase <<http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--es/index.htm>>

³⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. La OIT y la igualdad de género [en línea] <http://www.ilo.org/gender/Aboutus/IL0andgenderequality/lang--es/index.htm>, [consulta: 5 de febrero 2016]; y ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenios actualizados no ratificados por Chile [en línea] http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11210:0::NO::P11210_COUNTRY_ID:102588 [consulta: 5 de febrero 2016].

³⁸ MEJÍA, L. 2012. La Comisión Interamericana de Mujeres y la Convención Belém do Pará. Impacto en el sistema interamericano de derechos humanos. Revista IIDH, (56): 190.

³⁹ *Ibidem*

Mujer y la Convención Interamericana sobre Concesión de Derechos Civiles para la Mujer; y, en 1979 se aprueba la Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado⁴⁰.

Como se puede apreciar, el desarrollo de los instrumentos de protección en el sistema internacional y en el sistema interamericano corren en paralelo -pero posteriores-, a los desarrollos del feminismo, siendo de gran relevancia el temprano desarrollo que tuvo en el sistema interamericano. Así, vemos que los primeros instrumentos se refieren al desarrollo de derechos políticos y al desarrollo de derechos civiles, para precisamente poder actuar en la vida pública en igualdad con el hombre. Pero, como bien pudieron apreciar los movimientos feministas de la época, esto distaba bastante de ser suficiente. Por un lado, las condiciones socio estructurales impedían la realización de la igualdad sustantiva, y, por otro lado, quedaba todo un ámbito desprotegido: la violencia ejercida por hombres contra mujeres, y que lamentablemente, era y sigue siendo, un fenómeno bastante masificado en la cultura latinoamericana.

Debido a lo anterior, en 1990 la CIM redacta y aprueba la Declaración sobre la Erradicación de la Violencia contra la Mujer; en 1991, la Asamblea General de la OEA aprueba la resolución sobre protección de la mujer contra la violencia; y, en 1992, el Anteproyecto de Convención Interamericana para Luchar contra la Violencia de Género. Estos esfuerzos llevan a que el año 1994 la CIM someta un proyecto a la Asamblea General de la OEA, quien adopta dicha convención en la localidad Belém do Pará, aprobándose la “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer”, (también conocida como Convención Belém do Pará) estableciéndose la CIM como el órgano que recibe los informes de cumplimiento de las obligaciones establecidas en dicha convención por parte de los Estados⁴¹.

El principal objetivo de la Convención Belém do Pará es asegurar a las mujeres una vida libre de violencia (reconocido como derecho en el artículo 3), afirmando que “la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades”⁴², y entendiendo la violencia contra la mujer como “cualquier

⁴⁰ *Ibid.*, p. 192.

⁴¹ *Ibid.*, p. 193.

⁴² Preámbulo de la Convención Belém do Pará.

acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”⁴³.

En este sentido, la Convención Belém do Pará manifiesta el nuevo paradigma de derechos humanos, en tanto asume que “lo privado es público y, en consecuencia, le corresponde a los Estados asumir el deber indelegable de prevenir, erradicar y sancionar los hechos de violencia en la vida de las mujeres, tanto en las esferas públicas como en las esferas privadas”⁴⁴, ya que el paradigma tradicional entendía que los Estados sólo eran responsables por las acciones directamente causadas, o por omisiones, no por acciones entre particulares. Con dicha convención se establece el deber de los Estados de asegurar a las mujeres una vida libre de violencia sea que esta provenga directamente del Estado o de particulares, y sea en lugares públicos o en la privacidad del hogar, y además, se impone a los Estados el deber de actuar con la debida diligencia para los fines señalados anteriormente, estableciendo mecanismos legales, eficaces y accesibles para proteger a las mujeres que viven violencia.

En dicha convención, se contemplan asimismo, mecanismos de protección de los derechos que en ella se consagran, tales como el incluir la información relativa a las medidas adoptadas por el Estado para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer, para asistir a la mujer afectada por violencia así como los obstáculos que enfrentan⁴⁵; la posibilidad de recurrir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”) para solicitar opiniones consultivas sobre la interpretación de la Convención⁴⁶; o, la presentación de denuncias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “CIDH”) sobre la vulneración al artículo 7 de la Convención.

Dicha Convención entró en vigor el 5 de marzo del año 1995, fue firmada por Chile el 17 de octubre de 1994 y ratificada a fines del año 1996⁴⁷. A partir de esa fecha surgen obligaciones para nuestro país, tanto para su poder legislativo, como ejecutivo y judicial, de respetar y garantizar los derechos establecidos en ella.

⁴³ Convención Belém do Pará, art. 1.

⁴⁴ MEJÍA, L. 2012. Óp. cit., p. 195.

⁴⁵ Convención Belém do Pará, art. 10.

⁴⁶ Convención Belém do Pará, art. 11.

⁴⁷ Para ver el Estado de ratificación por parte de los países [en línea] <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-61.htm> [consulta: 11 de febrero de 2016].

4. Estándares jurídicos de la Comisión IDH y la Corte IDH: violencia y discriminación

En el apartado anterior se examinaron los instrumentos internacionales en materia de protección de derechos de las mujeres. A continuación, revisaremos cronológicamente, cómo los organismos interamericanos han utilizado dichos instrumentos y los estándares jurídicos que han elaborado, tanto en las decisiones de fondo de la CIDH y las sentencias de la Corte IDH, con miras a establecer razonamientos y criterios a utilizar por cada país. En el capítulo II y III se analiza si estos estándares internacionales son utilizados en forma sustantiva por los tribunales superiores de Chile, México, Colombia y Argentina.

4.1. El sexo como factor prohibido de discriminación

La Corte IDH, en la Opinión Consultiva 4/84⁴⁸, al referirse a la noción de igualdad señala:

“La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.”⁴⁹

Además, en dicha Opinión Consultiva establece las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 24 de la CADH. El primero, hace referencia al ejercicio sin discriminación de los derechos establecidos en la Convención, por lo tanto “todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma”⁵⁰. El segundo, apunta a una prohibición de la discriminación en el sistema legal interno de cada país. Estas nociones se reiteran en los casos *Fernández Ortega y Rosendo Cantú*, en el cual se establece que: “si se alega que un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, el hecho debe ser analizado bajo el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si por el

⁴⁸ Corte IDH. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.

⁴⁹ *Ibid.*, párr. 55.

⁵⁰ *Ibid.*, párr. 53.

contrario la alegada discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna, el hecho debe examinarse bajo el artículo 24 de la misma”⁵¹.

Con anterioridad a los casos *Fernández Ortega* y *Rosendo Cantú*, la CIDH en el caso de *María Eugenia Morales de Sierra*⁵², se pronuncia acerca de la discriminación que esta sufriría en base a la normativa vigente que atentaría contra la igualdad de hombres y mujeres en el matrimonio en Guatemala. Señala que:

“Una persona que goza de igual protección y reconocimiento ante la ley está facultada para actuar a fin de asegurar otros derechos ante actos públicos o privados. A la inversa, la discriminación de género dificulta o anula la capacidad de la mujer para ejercer libre y plenamente sus derechos y da lugar a una serie de consecuencias. El sistema interamericano ha reconocido, por ejemplo, que la violencia por razones de género es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres. (...)”⁵³.

En la misma decisión de fondo, señaló la Comisión IDH que el principio de igualdad es la base fundamental de los Derechos Humanos y parte esencial de la dignidad de la persona humana. Asimismo, establece que una distinción basada en el sexo de una persona requiere de un análisis más exigente, pues deberían existir razones “de mucho peso” para justificar una distinción basada sólo en el sexo⁵⁴, por ser una categoría sospechosa⁵⁵ y mencionada en el artículo 1.1 de la CADH como aquellas que no deben ser objeto de discriminación.

Por lo tanto, el DIDH reconoce al sexo como una categoría sospechosa, que requiere un análisis más estricto si se busca justificar una diferencia de trato entre hombres y mujeres. Esto, con el objetivo de concretizar el derecho a la igualdad y no discriminación que, como veremos a continuación, tiene una relación directa con la violencia ejercida contra las mujeres.

4.2. Vínculo entre la discriminación y la violencia contra las mujeres

Desde sus primeros casos, tanto la CIDH como la Corte IDH han recalcado el vínculo entre la discriminación contra las mujeres y la violencia sufrida por ellas. El año 1997, en el

⁵¹ Corte IDH. Caso Fernández Ortega vs. México, párr. 199 y Caso Rosendo Cantú vs. México, párr. 183.

⁵² CIDH, Informe de fondo No. 4/01, María Eugenia Morales de Sierra (Guatemala).

⁵³ *Ibíd.*, párr. 52.

⁵⁴ *Ibíd.*, párr. 36.

⁵⁵ SARMIENTO, C. 2013. Mirando la discriminación con otros ojos. En: LACRAMPETTE, N. (Ed.) Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica. Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 164.

Informe sobre la Situación de los Derechos en Brasil de la CIDH, se señala ante la situación de los derechos humanos de la mujer brasileña, que “en los países del hemisferio, las mujeres sufren las consecuencias del trato injusto o discriminatorio a través de la violencia, en todos los estratos socioeconómicos, raciales y culturales”⁵⁶, por lo tanto, la discriminación produce violencia.

Posteriormente, en el *Caso de María Eugenia Morales de Sierra* se determina que una serie de disposiciones del Código civil guatemalteco establece diferencias entre los roles que se asignan al hombre y mujer en el matrimonio, y junto a ello, diferentes capacidades para actuar en la vida pública. La CIDH recuerda el preámbulo de la Convención Belém do Pará al señalar que la violencia por razones de género es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres, y que son las actitudes tradicionales conforme a las cuales se considera a la mujer subordinada al hombre o las que consideran funciones estereotipadas para hombres y mujeres, las que mantienen y reproducen prácticas que llevan a la violencia contra la mujer⁵⁷.

En el *Caso María da Penha Mai Fernandes*⁵⁸, la CIDH señala el vínculo entre la violencia y la discriminación, tomando en consideración que el fenómeno de la violencia contra la mujer se enmarca dentro de un contexto general de discriminación y de una serie de obstáculos en el acceso a la justicia. En dicho caso, la CIDH estableció también la vulneración de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos ya que no se realizó la investigación en un plazo razonable, habiendo transcurrido más de 17 años desde que se iniciaron las investigaciones por el delito de tentativa de homicidio, sin que se hubiese llegado a sentencia definitiva ni se hubiesen reparado las consecuencias del delito⁵⁹. La ineffectividad del poder judicial y la discriminación contra la mujer, mantiene y perpetúa la violencia contra la mujer⁶⁰.

En el caso *de Jessica Lenahan (Gonzalez) y otros*⁶¹, la CIDH reconoce que la violencia contra la mujer es una de las formas más extremas y generalizadas de discriminación,

⁵⁶ CIDH. Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Brasil, 29 de septiembre de 1997, Capítulo VIII: Los Derechos de la Mujer Brasileña, párr. 20.

⁵⁷ CIDH, Informe de fondo No. 4/01, María Eugenia Morales de Sierra (Guatemala), 19 de enero de 2001, párr. 52.

⁵⁸ CIDH, Informe de Fondo No. 54/01, Caso 12.051, María Da Penha Fernandes (Brasil), 16 de abril de 2001.

⁵⁹ *Ibíd.*, párr. 38.

⁶⁰ *Ibíd.*, párr. 55.

⁶¹ CIDH, Informe de Fondo No. 80/11, Caso 12.626, Jessica Lenahan (Gonzales) y Otros (Estados Unidos), 21 de julio de 2011.

impidiendo el ejercicio de derechos garantizados internacionalmente⁶², recalcando la vinculación entre violencia y discriminación. En este caso, Jessica fue víctima de violencia doméstica por parte de su marido, lo que terminó en la muerte de sus tres hijas. Al respecto, la CIDH establece que “la violencia doméstica es una violación de los derechos humanos y una de las formas más persistentes de discriminación, que afecta a mujeres de todas las edades, etnias, razas y clases sociales”⁶³

La Corte IDH por su parte, se pronuncia por primera vez con respecto a la violencia contra la mujer en el *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Los hechos del caso se relacionan con los malos tratos recibidos por las personas privadas de libertad debido al operativo “Mudanza 1”, que buscaba trasladar a 90 mujeres recluidas en el Centro Penal “Miguel Castro Castro” a centros penitenciarios femeninos. Al analizar el tratamiento que deben recibir las mujeres privadas de libertad, la Corte IDH reitera las palabras del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer, señalando que “[la] discriminación incluye la violencia basada en el sexo ‘es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada”⁶⁴, es decir, el fenómeno de la discriminación contra la mujer incluye dentro de sus ámbitos a la violencia contra ellas. Si bien en su análisis posterior no realiza un análisis más acabado con respecto al tema, en casos posteriores será desarrollado.

La Corte IDH ha señalado también que la creación y el uso de estereotipos es una de las causas y consecuencias de la violencia de género contra la mujer⁶⁵. Comprende por estereotipos de género, aquellas concepciones pre concebidas que asignan roles y atributos particulares a hombres y mujeres, que al reproducirse -tanto reproducción en el imaginario social como en las políticas públicas y las actuaciones judiciales-, van agravando la subordinación contra la mujer. Es más, en el *caso Artavia Murillo*, se estableció que dichos estereotipos de género son incompatibles con el DIDH, debiendo ser erradicados⁶⁶.

En sus últimos casos de violencia contra la mujer, la Corte IDH ha señalado que:

⁶² *Ibíd.*, párr. 110.

⁶³ *Ibíd.*, párr. 111.

⁶⁴ Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 303.

⁶⁵ Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No.205, párr. 401.

⁶⁶ Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, párr. 302.

“(…) la violencia basada en el género, es decir, la violencia dirigida contra una mujer por ser mujer o la violencia que afecta a la mujer de manera desproporcionada, es una forma de discriminación en contra de la mujer, tal como han señalado otros organismos internacionales de protección de derechos humanos, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el CEDAW. Tanto la Convención de Belém do Pará (preámbulo y artículo 6) como el CEDAW (preámbulo) han reconocido el vínculo existente entre la violencia contra la mujer y la discriminación. En el mismo sentido, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Estambul, 2011) afirma que ‘la violencia contra las mujeres es una manifestación de desequilibrio histórico entre la mujer y el hombre que ha llevado a la dominación y a la discriminación de la mujer por el hombre, privando así a la mujer de su plena emancipación’, así como que ‘la naturaleza estructural de la violencia contra las mujeres está basada en el género’⁶⁷.

Por lo tanto, de la evolución de los casos analizados por la Comisión y la Corte IDH, se entiende que existe un vínculo entre la discriminación y la violencia contra las mujeres, en tanto el contexto general de discriminación establece las condiciones para que se ejerza la violencia y se mantenga en el tiempo; como el hecho de que la propia violencia no es sino una manifestación de la discriminación general contra las mujeres, que no hace sino perpetuarla.

4.3. Violencia sexual contra la mujer

Como se señaló anteriormente, existe un vínculo entre el fenómeno de la discriminación contra la mujer y la violencia que se ejerce contra ella, tanto por particulares como por agentes del Estado. Debido a dicho vínculo es necesario el análisis de la violencia sexual en tanto afectación a derechos particulares, tales como la integridad personal en general, la configuración de la violencia sexual como tortura, y, la afectación del derecho a la vida privada.

4.3.1. Definición de violencia sexual y su vínculo con la integridad de las mujeres

La Comisión IDH tuvo la oportunidad de pronunciarse con respecto al vínculo entre violencia sexual y la integridad personal garantizada en el artículo 5 de la CADH en los casos de

⁶⁷ Corte IDH. Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párr. 207.

*Raquel Martín de Mejía y Ana, Beatriz y Cecilia González Pérez*⁶⁸, en los años 1996 y 2001 respectivamente. En el primero se establece que:

“El derecho internacional vigente establece que los abusos sexuales cometidos por miembros de las fuerzas de seguridad, sea como resultado de una práctica concebida desde el Estado o como resultado de la omisión de éste de prevenir la consumación de este crimen, constituyen una violación a los derechos humanos de las víctimas, particularmente su derecho a la integridad física y mental”⁶⁹.

En el caso de las hermanas *Ana, Beatriz y Cecilia González Pérez*, señala la Comisión IDH que: “la violación sexual cometida por miembros de las fuerzas de seguridad de un Estado contra integrantes de la población civil constituye en todos los casos una grave violación de los derechos humanos protegidos en los artículos 5 y 11 de la Convención Americana(...)”⁷⁰. El análisis de ambos casos se desarrolla con mayor profundidad en el siguiente apartado, pues la Comisión IDH en estos casos entiende que la vulneración a la integridad personal de la víctima es de tal magnitud, que constituye tortura.

En la Corte IDH por su parte, la violencia sexual, fue objeto de pronunciamiento el año 2004 en el caso *Penal Castro Castro Vs. Perú*. En dicha ocasión, se analizó la vulneración del artículo 5 de la CADH tomando en cuenta para fijar su alcance, las disposiciones de la Convención Belém do Pará y la CEDAW, ya que “estos instrumentos complementan el *corpus juris* internacional en materia de protección de la integridad personal de las mujeres (...)”⁷¹.

El tratamiento que recibieron las mujeres privadas de libertad fue violatorio de su dignidad personal y constituyó violencia sexual, debido a que fueron obligadas a estar desnudas frente a hombres que las observaban, pudiendo taparse sólo con una sábana. En palabras de la Corte IDH:

“Lo que califica este tratamiento de violencia sexual es que las mujeres fueron constantemente observadas por hombres. La Corte, siguiendo la línea de la jurisprudencia internacional y tomando en cuenta lo dispuesto en la Convención para

⁶⁸

⁶⁹ CIDH. 1996. Informe anual de la CIDH de 1995. OEA/Ser.L/V/II.91, 28 de febrero de 1996. [en línea] <http://www.cidh.oas.org/annualrep/95span/cap.III.peru10.970c.htm> [consulta: 19 de mayo de 2016].

⁷⁰ CIDH, Informe de Fondo N° 53/01, Caso 11.565, Ana, Beatriz, y Cecilia González Pérez (México), 2 de abril de 2001, párr. 45.

⁷¹ Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, párr. 276. También en Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, párr. 225.

Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, considera que la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen en una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno⁷².

Dicha definición se origina en el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, elaborándose en el caso Akayesu⁷³, y se establece, como criterio a utilizar por la Corte IDH, en casos posteriores⁷⁴.

En el caso *Masacre Plan de Sánchez*, en que mujeres fueron víctimas de violencia sexual por parte de miembros del Ejército de Guatemala, se constata que dichas mujeres siguen padeciendo las consecuencias de dichos actos, siendo estigmatizadas en sus comunidades, debido a la presencia de los victimarios en la zona y a la situación de impunidad, debido a que no se realizaron mayores investigaciones ni se sancionó a los responsables⁷⁵.

La Corte IDH tuvo la oportunidad de referirse a “manoseos”, para determinar si lo consideraba como violencia sexual. En el caso *J. Vs. Perú*, reitera lo que entiende por violencia sexual y señala que los manoseos sufridos por la señora J. constituyeron violencia sexual al implicar la invasión física del cuerpo de ella, involucrar su área genital y haberse realizado sin su consentimiento⁷⁶.

En conclusión, tanto la Comisión como la Corte IDH han entendido que la violencia sexual vulnera la integridad personal de las mujeres, según sea su intensidad puede constituir una forma de afectación de dicho derecho (sea que nos estemos refiriendo a manoseos, abusos sexuales o la misma situación de impunidad de actos de violencia sexual) o llegar a configurar casos de tortura, como se analizará a continuación.

4.3.2. Violencia sexual como tortura

La CIDH, el año 1996 en el caso *Raquel Martín de Mejía* estableció por primera vez que la violación sexual podía constituir tortura. El 15 de junio de 1989 un grupo de personas

⁷² Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, párr. 306.

⁷³ TPIR. Caso Fiscal vs. Jean Paul Akayesu. Sentencia de 2 de septiembre de 1998, Caso N° ICTR-96-4-T, párr. 688.

⁷⁴ Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215, párr. 119.

⁷⁵ Corte IDH. Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116, párr. 49.

⁷⁶ Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, párr. 360.

armadas irrumpió en la casa de la víctima secuestrando a su esposo, retirándose del lugar y volviendo luego, para violar a la víctima en dos ocasiones. Posteriormente, ella denunció los hechos, recibiendo amenazas de muerte para abandonar la investigación. En dicho caso, la CIDH estableció que la violación sexual constituyó tortura por estar presentes sus tres elementos:

“En relación al primer elemento, la Comisión considera que la violación es un abuso físico y mental que se perpetra como resultado de un acto de violencia. (...) La violación produce un **sufrimiento físico y mental** en la víctima. Además de la violencia sufrida al momento que se perpetra, las víctimas habitualmente resultan lesionadas o, en algunos casos, aún quedan embarazadas. El hecho de ser objeto de un abuso de esta naturaleza les ocasiona asimismo un trauma psicológico que resulta, por un lado, del hecho de ser humilladas y victimizadas y por el otro, de sufrir la condena de los miembros de su comunidad, si denuncian los vejámenes de las que fueron objeto.

“El segundo elemento establece que un acto para ser tortura debe haberse cometido **intencionalmente**, es decir con el fin de producir en la víctima un determinado resultado. La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura incluye, entre otros fines, el castigo personal y la intimidación. Raquel Mejía fue violada con el objeto de castigarla personalmente y de intimidarla. (...)

“El tercer requisito de la definición de tortura es que el acto debe haber sido **perpetrado por un oficial público o por una persona privada a instigación del primero**. Según se ha concluido supra, el responsable de las violaciones de Raquel Mejía es un miembro de las fuerzas de seguridad que se hacía acompañar por un número importante de soldados”.⁷⁷

El mismo razonamiento es repetido en el caso *Ana, Beatriz y Celia González Pérez*⁷⁸, en el cual el 4 de junio de 1994 un grupo de militares detuvo a las peticionarias, interrogándolas y manteniéndolas un par de horas privadas de libertad. Durante dicho lapso de tiempo, fueron golpeadas y violadas por militares.

A su vez, la Corte IDH ha establecido que la violencia sexual puede constituir tortura en el caso *del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*, al referirse a la “inspección vaginal” que

⁷⁷ CIDH. 1996. Informe anual de la CIDH de 1995. OEA/Ser.L/V/II.91, 28 de febrero de 1996. [en línea] <http://www.cidh.oas.org/annualrep/95span/cap.III.peru10.970c.htm> [consulta: 11 de febrero de 2016]. (El destacado es propio)

⁷⁸ CIDH, Informe de Fondo N° 53/01, Caso 11.565, Ana, Beatriz, y Cecilia González Pérez (México), 2 de abril de 2001, párr. 52.

sufrieron las mujeres privadas de libertad. En dicha sentencia, primero la Corte IDH determina lo que considera como violación sexual, señalando que:

“Siguiendo el criterio jurisprudencial y normativo que impera tanto en el ámbito del Derecho Penal Internacional como en el Derecho Penal comparado, el Tribunal considera que la violación sexual no implica necesariamente una relación sexual sin consentimiento, por vía vaginal, como se consideró tradicionalmente. Por violación sexual también debe entenderse actos de penetración vaginales o anales, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril”⁷⁹.

Considera además, que la inspección vaginal que sufrieron constituye una violación sexual, que a su vez, constituye tortura según el artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (en adelante “CIPST”), particularmente debido a los efectos que dichos actos generaron en las mujeres⁸⁰, que consisten en la generación de un daño físico y psicológico sufrido por la víctima, que es difícilmente superado por el paso del tiempo⁸¹.

En el caso *Fernández Ortega Vs. México*, se establece que la violación sufrida por la señora Fernández implicó una violación a su integridad personal, constituyendo un acto de tortura en los términos del artículo 5.2 de la CADH y 2 de la CIPST⁸², pues concurren los elementos de intencionalidad, severidad del sufrimiento –siendo inherente a la violación sexual el sufrimiento severo de la víctima, aun cuando no exista evidencia de lesiones o enfermedades físicas⁸³- y la finalidad del acto, que en este caso fue el castigo debido a la falta de respuesta ante solicitud de información realizada por el grupo militar⁸⁴. Resulta relevante en este caso, que es primera vez que la Corte IDH señala que “una violación sexual puede constituir tortura aun cuando consista en un solo hecho u ocurra fuera de las instalaciones estatales, como puede ser el domicilio de la víctima”⁸⁵.

Posteriormente, en casos de conflictos armados la Corte IDH reconoce que en dichas situaciones mujeres y niñas sufren una afectación particular, en tanto víctimas de violencia

⁷⁹ Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, párr. 310.

⁸⁰ *Ibid.*, párr. 312.

⁸¹ *Ibid.*, párr. 311.

⁸² Corte IDH. Caso Fernández Ortega vs México, párr. 128.

⁸³ *Ibid.*, párr. 124.

⁸⁴ *Ibid.*, párr. 127.

⁸⁵ *Ibid.*, párr. 128.

sexual, la cual es “utilizada como un medio simbólico para humillar a la parte contraria o como un medio de castigo y represión”⁸⁶.

En síntesis, la Comisión y la Corte IDH han sido constantes en su análisis, desde los primeros casos de violencia sexual sometidos a su jurisdicción, en la posibilidad de que no constituyan solamente hechos que configuran una afectación de la integridad personal, sino que se configuren como actos de tortura, en tanto causan un sufrimiento grave, son intencionales y han sido perpetrados por autoridades públicas o a instigación de éstos.

4.3.3. Violencia sexual como afectación del derecho a la vida privada

El artículo 11 de la CADH protege la vida privada, lo que incluye la vida sexual⁸⁷ y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos⁸⁸. En este sentido, las violaciones sexuales vulneran aspectos fundamentales de la vida privada, pues anulan el derecho a decidir libremente sobre si tener o no relaciones sexuales y con quién, perdiendo el control sobre las decisiones y sobre el cuerpo⁸⁹.

El ámbito de protección de dicho artículo incluye por un lado, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, dentro de la cual se incluye la maternidad, se es libre para decidir ser madre o no, y cómo hacerlo⁹⁰. Y por otro lado, dicho derecho se encuentra relacionado con la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva, derechos reconocidos también en la CEDAW (artículo 16)⁹¹.

4.4. El deber de los Estados de actuar con la debida diligencia requerida para prevenir, investigar, sancionar y reparar estos actos

La CIDH emitió una decisión de fondo en el caso *Maria da Penha Maia Fernandes*⁹², en la cual sostiene que el Estado incumplió las obligaciones establecidas en la Convención Belém do Pará, siendo relevante lo siguiente:

⁸⁶ Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252, párr. 165.

⁸⁷ Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, párr. 133.

⁸⁸ Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, párr. 166.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ Corte IDH. Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica, párr. 143.

⁹¹ *Ibid.*, párr. 146.

⁹² CIDH, Informe de Fondo N° 54/01, *Maria Da Penha Fernandes (Brasil)*, párr. 60. En dicho caso, la denunciante reclama la tolerancia por parte de la República Federativa de Brasil por la violencia sufrida por parte de su marido durante años, y que terminó en la tentativa de homicidio y agresiones en mayo y junio de 1983. Producto de la violencia recibida, Maria Da Penha sufre desde 1983 de paraplejia irreversible. Durante más de 15 años, ante las denuncias de la víctima, el Estado no tomó las medidas necesarias para prevenir ni sancionar la violencia.

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

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

“En relación con los incisos c y h del artículo 7, la Comisión debe considerar las medidas tomadas por el Estado para eliminar la tolerancia de la violencia doméstica. La Comisión ha llamado la atención positivamente por varias medidas de la actual administración con ese objetivo, en particular la creación de Delegaciones especiales de policía, los refugios para mujeres agredidas, y otras. Sin embargo en este caso emblemático de muchos otros, la ineficacia judicial, la impunidad y la imposibilidad de obtener una reparación por la víctima establece una muestra de la falta de compromiso para reaccionar adecuadamente frente a la violencia doméstica. El artículo 7 de la Convención de Belem do Pará parece ser una lista de los compromisos que el Estado brasileño no ha cumplido aún en cuanto a este tipo de casos”.⁹³

En el caso anterior, se recalca que la falta de diligencia en la actuación judicial, no sólo implica una vulneración de los derechos humanos en el caso concreto, sino que tiene efectos

⁹³ CIDH. 2001. Informe Anual de la CIDH, 2000. OEA/Ser./L/V/II.111, de 16 de abril de 2001. [en línea] <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Brasil12.051a.htm>, [consulta: 11 de febrero de 2011], párrs. 55 a 57.

para la sociedad en su conjunto, en tanto perpetúa la violencia –pues la acepta como algo tolerable-, y reproduce la discriminación. En este sentido, la Corte IDH ha señalado constantemente “el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección”.⁹⁴

La Corte IDH en el caso *del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú* señaló que dicho Estado violó el artículo 7.b de la Convención Belém do Pará, referido al deber que le correspondería de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer. En el caso *González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*⁹⁵, la Corte IDH señaló que en base a la Convención Belém do Pará y sus artículos 7.b y 7.c, los Estados estaban obligados a actuar con la debida diligencia y además, a adoptar la normativa adecuada para efectivamente investigar y sancionar la violencia contra la mujer⁹⁶, lo que complementa la obligación de garantía establecida en el artículo 1.1 de la CADH.

Se reitera en este caso lo señalado desde los primeros casos de la Corte IDH, en cuanto a la obligación de investigar violaciones a los derechos humanos: a) que debe iniciarse ex officio y sin dilación por las autoridades estatales una investigación seria, imparcial y efectiva, no como una simple formalidad sino como un deber jurídico propio del Estado, b) que consiste en una obligación de medio y no de resultados y, c) cuyo propósito deberá ser encontrar la verdad, perseguir, capturar, enjuiciar y castigar a los eventuales autores de los hechos, aunque sean realizados por particulares. Se afirma en este sentido que si el Estado no cumple su obligación de investigar estaría auxiliando a los responsables, con lo que compromete su responsabilidad internacional⁹⁷. Ahora bien, cuando es una mujer la víctima, la obligación del Estado tiene alcances adicionales, como lo expresa la Corte:

“La Corte considera que el deber de investigar efectivamente, siguiendo los estándares establecidos por el Tribunal [...] tiene alcances adicionales cuando se trata de una mujer que sufre una muerte, maltrato o afectación a su libertad personal en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres. En similar sentido, la Corte

⁹⁴ Corte IDH. Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012 Serie C No. 253, párr. 275; Corte IDH. Caso Fernández Ortega vs. México, párr 193, Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216, párr. 177, Corte IDH. Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 241.

⁹⁵ Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México.

⁹⁶ *Ibid.*, párr. 287., Corte IDH. Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala, párr. 185.

⁹⁷ Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, párr. 289, 290 y 291.

Europea ha dicho que cuando un ataque es motivado por razones de raza, es particularmente importante que la investigación sea realizada con vigor e imparcialidad, teniendo en cuenta la necesidad de reiterar continuamente la condena de racismo por parte de la sociedad y para mantener la confianza de las minorías en la habilidad de las autoridades de protegerlas de la amenaza de violencia racial [...]. El criterio anterior es totalmente aplicable al analizarse los alcances del deber de debida diligencia en la investigación de casos de violencia por razón de género⁹⁸.

La Corte IDH en el caso *Campo Algodonero*, constata que el Estado no actuó con la debida diligencia en la investigación, esto debido a que: no se respetó la cadena de custodia, la preservación del lugar del crimen, y la recolección y manejo de evidencias, no se realizaron las autopsias en forma completa –según lo que establece el Manual de Naciones Unidas-, la ocurrencia de irregularidades en la identificación y entrega de los cuerpos; situaciones que se habían constatado en otras investigaciones similares, sin que el Estado hubiese tomado las medidas correspondientes⁹⁹.

Los estándares que deben observarse en casos de violencia contra la mujer para que estemos ante una investigación debidamente diligente, entre otros, son: i) que la declaración de la víctima sea realizada en un ambiente cómodo y seguro; ii) dicha declaración debe ser registrada para evitar la repetición de esta por la víctima; iii) brindar asistencia médica, sanitaria y psicológica a la víctima, tanto de emergencia como en el futuro para reducir las consecuencias de la violación; iv) la realización inmediata de un examen médico y psicológico completo con todas las comodidades que la víctima requiera, pudiendo ser acompañada y escogiendo el sexo del o la doctora que la atenderá; v) garantizar la cadena de custodia de las pruebas, vi) brindar asistencia jurídica a la víctima en forma gratuita y durante todas las etapas del proceso¹⁰⁰.

Ahora bien, es relevante también determinar cuándo estamos ante un homicidio o agresión por razones de género¹⁰¹, si bien muchas veces no deja de ser complejo, dicha complejidad

⁹⁸ Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, párr. 293.

⁹⁹ *Ibid.*, párr. 297

¹⁰⁰ Corte IDH. Caso Fernández Ortega vs. México, párr 194; Corte IDH. Caso Rosendo Cantú vs. México, párr. 178; Corte IDH. Caso J. vs. Perú, párr 344.

¹⁰¹ En los casos Ríos y Perozo, si bien las víctimas fueron mujeres se determinó que no se aplicaría la Convención Belém do Pará debido a que dichas agresiones no fueron hechas en razón de que eran mujeres, puesto que habían sido atacadas en conjunto con sus colegas de sexo masculino. (Corte IDH. Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194; Corte IDH. Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195).

se deriva de una investigación poco diligente, es por ello que no sólo deben iniciar una investigación ex officio, sino que “las autoridades estatales tienen la obligación de investigar ex officio las posibles connotaciones discriminatorias por razón de género en un acto de violencia perpetrado contra una mujer, especialmente cuando existen indicios concretos de violencia sexual de algún tipo o evidencias de enañamiento contra el cuerpo de la mujer (por ejemplo, mutilaciones), o bien cuando dicho acto se enmarca dentro de un contexto de violencia contra la mujer que se da en un país o región determinada”¹⁰². En casos de homicidio en que se sospeche que fue por razones de género, la obligación de investigar diligentemente incluye la de ordenar la realización de oficio de todos los exámenes necesarios y pertinentes para determinar si se produjo violencia sexual o si tuvo un móvil sexual¹⁰³.

En cuanto a la prevención, el caso *campo Algodonero*, también establece las directrices que deben seguir los Estados, al señalar que:

“(…) los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. Todo esto debe tomar en cuenta que en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará (...).”¹⁰⁴

En este sentido, el Tribunal establece que el Estado debió haber implementado medidas de prevención antes de la desaparición de las mujeres –si existía un riesgo a su vida e integridad- y posterior a esto, antes del hallazgo de los cuerpos, implementado mecanismos de denuncia efectiva que tuvieran como consecuencia la realización de diligencias

¹⁰² Corte IDH. Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala, párr. 187.

¹⁰³ *Ibid.*, párr. 188.

¹⁰⁴ Corte IDH. Caso González y otros (“Campo algodónero”), párr 258.

inmediatas –la búsqueda-, todo tomando en consideración el contexto en que ocurren las desapariciones: una cultura de violencia y discriminación hacia la mujer¹⁰⁵.

En el caso de *Jessica Lenahan (Gonzalez) y otros*¹⁰⁶, la CIDH señaló que el deber de diligencia de los Estados en el contexto de la violencia contra la mujer implica el deber de organizar toda la estructura estatal (incluyendo el marco legislativo, políticas públicas, órganos encargados de implementar la ley como la policía y el sistema judicial) con el objeto de prevenir y responder en forma efectiva y adecuada a dicha violencia¹⁰⁷.

El estándar de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar los actos que constituyan violencia contra la mujer, reconocido en la Convención Belém do Pará, ha sido precisado en base a la jurisprudencia de la Corte IDH y a las decisiones de fondo de la Comisión IDH. Dichas precisiones constituyen un estándar jurídico que debería ser utilizado por los/as jueces/zas nacionales para dar solución a los conflictos y guiar las actuaciones de los/as operadores/as de justicia y los agentes auxiliares de investigación de la Policía.

4.5. Discriminación en el acceso a la justicia

El caso *Campo Algodonero* es clara muestra de cómo los patrones socioculturales marcan la actuación de los operadores de justicia en todos sus niveles. En este caso, se da cuenta de que al momento de realizar las investigaciones por parte de las autoridades, éstas mencionaron que las víctimas habían “desaparecido con el novio” o que eran “voladas”, lo que junto a la inactividad estatal llevó a la impunidad del caso, reproduciendo la violencia contra las mujeres y constituyendo una discriminación en sí misma¹⁰⁸. La CIDH en su informe sobre *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas* señala que, precisamente, la influencia de patrones socioculturales discriminatorios y nociones estereotipadas de cómo se entiende que las mujeres deben actuar, influirá en el tratamiento de la víctima, responsabilizándola por los hechos (sea por su forma de actuar, de vestir o por su actividad, entre otras) y en las actuaciones de la policía, los fiscales y los jueces, llegando a influir en la valoración de la prueba¹⁰⁹. Por lo tanto, se debe contar con una normativa que regule la especial valoración de la prueba en casos de violencia sexual, precisamente para

¹⁰⁵ *Ibid.*, párr. 285.; Corte IDH. Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala, párr 141

¹⁰⁶ CIDH, Informe de Fondo No. 80/11, *Jessica Lenahan (Gonzales) y Otros* (Estados Unidos).

¹⁰⁷ *Ibid.*, párr. 125.

¹⁰⁸ Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, párr 400., también en Caso Espinoza González vs. Perú, párr. 280.

¹⁰⁹ CIDH, Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 enero 2007 (expediente de anexos a la demanda, tomo VII, anexo 2, folio 1822).

evitar valoraciones que se vean afectadas por estereotipos reinantes¹¹⁰. La Corte IDH ha señalado que la investigación sobre los antecedentes sexuales de la víctima es en principio inadmisibile, pues no es más que la manifestación de estereotipos de género¹¹¹.

Por otro lado, debido a que la violación sexual se caracteriza en general, por producirse en ausencia de terceros, la prueba en estos casos es de gran dificultad; por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental¹¹², pero debido a lo traumático de la experiencia, no es inusual ciertas imprecisiones al recordarlo, lo que no implica que dichas declaraciones sean falsas o que carezcan de veracidad¹¹³. Asimismo, no todos los casos de violencia sexual ocasionan lesiones físicas o enfermedades verificables a través de exámenes médicos, por lo tanto la falta de evidencia médica tampoco disminuye la veracidad de la declaración de la víctima¹¹⁴.

La impunidad, por tanto, además de ser un elemento que violenta en sí mismo, reproduce dicha violencia contra las mujeres, y no sólo eso, sino que simbólicamente lo que está señalando es que la violencia contra las mujeres es aceptada y tolerada. En consecuencia, la ineficacia judicial, puede constituir en sí misma una “forma de discriminación basada en el género”¹¹⁵.

4.6. Interseccionalidad: mujeres indígenas y acceso a la justicia

El artículo 9 de la Convención Belém do Pará, establece que los Estados al adoptar las medidas señaladas en dicha convención, deberán apreciar la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir una mujer, en razón de su raza, etnia, condición económica, o su calidad de migrante, refugiada o desplazada, entre otras. Es decir, debe considerar la concurrencia de diferentes formas de discriminación que pueden coexistir en la mujer y que pueden llevar a que ella se encuentre en riesgo en base a más de un factor identitario.

Ahora bien, por interseccionalidad entendemos “un sistema complejo de estructuras de opresión que son múltiples y simultáneas”¹¹⁶, la interseccionalidad estructural a su vez, es “la experiencia directa que tienen las personas de cómo las intersecciones entre diferentes desigualdades pueden afectar estructuralmente sus oportunidades económicas, políticas y

¹¹⁰ Corte IDH. Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú, párr. 278.

¹¹¹ Corte IDH. Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala, párr. 209.

¹¹² Corte IDH. Caso Fernández Ortega vs. México, párr. 100 y Caso J. vs. Perú, párr. 323.

¹¹³ Corte IDH. Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú, párr. 150.

¹¹⁴ *Ibíd.*, párr. 153.

¹¹⁵ *Ibíd.*, párr. 280 y Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala párr 208.

¹¹⁶ MUÑOZ, P. 2010. Violencias Interseccionales: Debates Feministas y Marcos Teóricos en el tema de Pobreza y Violencia contra las Mujeres. Central America Women's Network (CAWN), Londres, p. 9

sociales, creando desventajas para sujetos que se encuentran en el punto de intersección entre desigualdades concretas, como es el caso de las mujeres afroamericanas”¹¹⁷. El enfoque de dicho análisis considera además, que las distintas categorías identitarias no se adicionan unas a otras en un modelo simple, sino que los mecanismos de opresión interactúan entre sí generando una nueva dimensión de desempoderamiento. De esa forma, CRENSHAW considera que en casos de violencia contra la mujer, el omitir elementos identitarios de las mujeres –tales como la clase o la raza-, resulta problemático para apreciar el fenómeno en su totalidad¹¹⁸. En América Latina, reiteradamente las mujeres son parte de este complejo entramado de discriminación y violencia, en que se intersectan ideologías culturales, raciales y heterosexistas¹¹⁹.

En el caso de *Ana, Beatriz y Cecilia González Pérez*¹²⁰, la CIDH señaló que: “(...) el dolor y la humillación que sufrieron las mujeres se agrava por su condición indígena. En primer lugar, por el desconocimiento del idioma de sus agresores y de las demás autoridades intervinientes; y además, por el repudio de su propia comunidad como consecuencia de los hechos aquí establecidos.”¹²¹

En el caso *Fernández Ortega y otros Vs. México*, la Corte IDH conoce de los hechos ocurridos el 22 de marzo de 2002 en el Estado de Guerrero, que contaba con fuerte presencia militar. Ese día, un grupo de militares ingresa a la casa de la señora Fernández y es obligada a tener relaciones sexuales. Posteriormente se denuncian los hechos, pero a pesar de haber interpuesto una serie de recursos, estos no presentaron resultados. Al denunciar los hechos, no se contaba con intérprete y tampoco se le otorgó información en su idioma con respecto a las diligencias que se debían realizar posteriormente, lo que implicó que el Estado no consideró la “situación particular de vulnerabilidad de la señora Fernández Ortega, basada en su idioma y etnicidad, implicando un menoscabo de hecho injustificado en su derecho de acceder a la justicia”¹²².

En la sentencia además, la Corte IDH ordena al Estado que durante la realización de la investigación y el enjuiciamiento de los responsables de los actos cometidos contra la señora

¹¹⁷ LOMBARDO, E. y VERLOO, M. 2010. La interseccionalidad del género con otras desigualdades en la política de la Unión Europea. *Revista Española de Ciencia Política* 23:12.

¹¹⁸ CRENSHAW, K. 1991. *Mappin the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color*. *Stanford Law Review* 43: 1242. Véase además PURDIE, V. y EIBACH, R. 2008. *Intersectional invisibility: The distinctive advantages and disadvantages of multiple subordinate-group identities*. *Sex Roles* 59:377-391.

¹¹⁹ MUÑOZ, P. 2010. *Violencias Interseccionales: Debates Feministas y Marcos Teóricos en el tema de Pobreza y Violencia contra las Mujeres*. Central America Women’s Network (CAWN), Londres, p. 29.

¹²⁰ CIDH, Informe de Fondo N° 53/01, *Ana, Beatriz, y Cecilia González Pérez* (México).

¹²¹ *Ibid.*, párr. 95.

¹²² Corte IDH. *Caso Fernández Ortega vs. México*, párr. 201.

Fernández, se asegure el pleno acceso y capacidad de actuar a la víctima en todo el proceso, tomando en consideración que la víctima es mujer e indígena, por lo que ha debido superar varios obstáculos en el acceso a la justicia¹²³. A su vez, considera la situación particular de vulnerabilidad al ser una mujer indígena para determinar las reparaciones¹²⁴.

En el caso *Rosendo Cantú Vs. México*¹²⁵, la víctima también era un mujer indígena Me'phaa (comunidad tlapaneca) de 17 años, que el 16 de febrero de 2002 fue violada por miembros del Ejército Mexicano. Presentó luego una denuncia, que no tuvo resultados. Es más, presentó una serie de problemas para ser atendida por médicos luego de los hechos. En dicho caso, la Corte IDH realiza las mismas consideraciones que en el caso Fernández Ortega¹²⁶, reiterando además que “es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”¹²⁷.

En conclusión, al analizar los casos en que las víctimas son mujeres indígenas, no se debe considerar sólo el hecho que sea mujer –y por tanto, parte de un grupo históricamente vulnerabilizado-, sino que dicha vulneración se ve complejizada por otras categorías identitarias como su etnia, raza o clase. La Comisión y la Corte IDH se han enfrentado a casos en que las mujeres víctimas de violencia, pertenecen asimismo a una comunidad indígena, y por ello, su situación de vulnerabilidad se acrecienta. Por lo mismo, las acciones de los Estados deben tomar en cuenta dicha situación al elaborar políticas públicas y al plantear las condiciones de acceso a la justicia.

4.7. Mujeres privadas de libertad

La Corte IDH ha establecido ciertos estándares que debe cumplir el tratamiento a mujeres privadas de libertad. En el caso *del Penal Miguel Castro Castro*, se utilizó lo señalado por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en tanto las mujeres privadas de libertad no deben sufrir discriminación, debiendo ser protegidas de toda forma de

¹²³ *Ibid.*, párr. 230.

¹²⁴ *Ibid.*, párr. 223.

¹²⁵ Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México.

¹²⁶ *Ibid.*, párrs. 184 y 185.

¹²⁷ Corte IDH. Caso Rosendo Cantú vs. México, párr. 184. Ver además Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 63; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 83; Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 178, y Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190, párr. 96.

explotación y violencia, deben además ser supervisadas y revisadas por oficiales femeninas, y las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia deben contar con condiciones especiales¹²⁸.

Relevante es el caso *Gelman* sobre la desaparición forzada de María Claudia García, quien fue retenida en un centro clandestino de detención en Uruguay mientras se encontraba embarazada, recibiendo un trato diferenciado de las otras detenidas, pero no por un afán protector sino por cumplir una finalidad distinta, instrumentalizar el cuerpo de la mujer en función del nacimiento de la hija y el período de lactancia, para posteriormente ser entregada a otra familia sustituyendo su identidad. La Corte señaló que dichos hechos revelan una particular concepción del cuerpo de la mujer, una que atenta contra su libre maternidad y por tanto, contra el libre desarrollo de su personalidad¹²⁹.

4.8. Derechos sexuales y reproductivos

La Corte IDH ha tenido la oportunidad de pronunciarse acerca de la prohibición de técnicas de reproducción asistida en Costa Rica¹³⁰, determinando que la utilización de dichas técnicas se relaciona directamente con el cuerpo de las mujeres, y que por tanto, la prohibición de dicha técnica, si bien no está dirigida especialmente a mujeres, sí las afecta en forma desproporcionada¹³¹. En el *Asunto B.*, al analizar la solicitud de medida provisional que cautelara los derechos de B, mujer de 22 años que padecía lupus y con embarazo anancefálico, ante el Estado que no autorizaba la interrupción voluntaria del embarazo, la Corte IDH requirió al El Salvador para que adoptara y garantizara “todas las medidas que sean necesarias y efectivas para que el grupo médico tratante de la señora B. pueda adoptar, sin interferencia alguna, las medidas médicas que se consideren oportunas y convenientes para asegurar la debida protección de los derechos consagrados en el artículo 4 y 5 de la Convención Americana”¹³². En este sentido, la Corte realiza un análisis determinando el contenido del artículo 4 de la CADH, en relación al derecho a la vida de la mujer, confirmando el criterio asentado en el caso *Artavia Murillo*.

¹²⁸ Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, párr. 303, y Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, párr. 397

¹²⁹ Corte IDH. Caso *Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 97.

¹³⁰ Corte IDH. Caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*.

¹³¹ *Ibid.*, párr. 299.

¹³² Corte IDH. *Asunto B.*, Medidas Provisionales respecto de El Salvador, 29 de mayo de 2013.

Se señala además, que el estado en el que se encuentra la víctima afecta no sólo su salud física, sino también su salud mental, lo que es relacionado con la autonomía reproductiva y la posibilidad de actuar según su voluntad¹³³.

*

* *

Este apartado ha proporcionado los estándares jurídicos que derivan de las decisiones de fondo de la Comisión IDH, y, de sentencias de fondo y resoluciones de medidas cautelares de la Corte IDH. Estos se basan en la interpretación de los derechos consagrados en las Convenciones Internacionales que han sido ratificadas por nuestro país. En el capítulo II se analizará si las sentencias emanadas de la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones de Chile, realizan una aplicación sustantiva de los estándares jurídicos internacionales, con el objeto de corroborar o refutar la hipótesis planteada en un comienzo de esta investigación. Para esto último se utilizará la jurisprudencia comparada, la cual será analizada en el Capítulo III, con el fin de realizar una comparación de la utilización de los estándares realizados por el poder judicial nacional y extranjero.

5. Recepción del derecho internacional de los derechos humanos de las mujeres en Chile

El objetivo de este apartado es otorgar un marco conceptual desde el cual poder analizar cómo efectivamente se recepciona el derecho internacional de los derechos humanos de las mujeres por nuestros Tribunales Superiores de Justicia. Ya vimos en la primera parte en qué consiste el DIDH de las mujeres, su importancia y necesidad de aplicación, y ahora, corresponde que analicemos cómo se recepciona éste en el ámbito formal.

5.1. Relación entre el derecho internacional y el derecho interno: retroalimentación

Primero, es necesario aclarar el tipo de relación que existe entre el derecho interno y el derecho internacional. Tradicionalmente se entendió que la relación entre ambos era de

¹³³ Para analizar con mayor detalle el Asunto B. y su impacto en los derechos reproductivos en el SIDH, véase ARANGO, M. 2014. Medidas provisionales adoptadas por la Corte IDH en el asunto B. con El Salvador y el fortalecimiento en la protección de derechos reproductivos en el sistema interamericano. Anuario de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 177-185.

subsidiariedad¹³⁴, es decir que “el derecho internacional debe aplicarse solo cuando el sistema interno no ha dado respuesta ante determinadas violaciones de derechos fundamentales. En este sentido, se ha planteado que el sistema internacional actúa cuando los mecanismos internos de los Estados han fallado”¹³⁵, esto se aplica a algunos ámbitos de la relación -principalmente en ámbito jurisdiccional, exigiendo el agotamiento de los recursos internos-, pero para otros resulta insuficiente. Posteriormente, y dadas las deficiencias de la teoría de la subsidiariedad, la doctrina entendió que la relación existente entre ambos sistemas normativos era una de complementariedad¹³⁶. Esto implica que tanto la normativa internacional como la interna se deben articular para que ninguna anule a la otra, sino que actúan conjuntamente otorgando una mayor protección, así el sistema internacional suplirá vacíos de la normativa interna y también se aplicará directamente¹³⁷.

Ahora bien, esta relación no se quedó sólo en la complementariedad, sino que ha avanzado hasta configurarse una relación de retroalimentación, lo que significa que existe una “relación recíproca entre ambos sistemas jurídicos, en donde el sistema interno de cada Estado se enriquece de los aportes normativos y jurisprudenciales del sistema internacional y, en donde también, el sistema internacional mira el desarrollo normativo y jurisprudencial de los Estados para emprender la concreción de nuevos instrumentos internacionales o para enriquecer su argumentación jurisprudencial”¹³⁸. DULITZKY señala en este sentido que “cada vez con mayor énfasis, derecho internacional y derecho interno interactúan, auxiliándose mutuamente en el proceso de tutela de las libertades fundamentales (...), paulatinamente se hace más explícita la interpretación entre las jurisdicciones internacional y nacional”¹³⁹. Un ejemplo patente de eso, se aprecia en la jurisprudencia mexicana, que ha señalado que: “el contenido de los derechos humanos se va robusteciendo con la interpretación evolutiva o progresiva que hagan tanto los tribunales constitucionales nacionales, como intérpretes últimos de sus normas fundamentales, así como la interpretación que hagan los organismos internacionales, intérpretes autorizados en relación con tratados específicos, en una relación

¹³⁴ BENADAVA, S. et al. 1992. Nuevos enfoques del derecho internacional. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

¹³⁵ NASH, C. 2012. Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y Aplicación en el ámbito interno. Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 13.

¹³⁶ NASH, C. y NÚÑEZ, C. 2015. Derechos Humanos y Juicio Penal en Chile. Santiago, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública 9, p. 55-56. Véase también, CANCADO, A. 2001. El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI. Santiago, 2º ed., Editorial Jurídica de Chile.

¹³⁷ NASH, C. 2012, p. 14.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 14. Véase también NASH, C. 2010. La relación entre el sistema constitucional e internacional en materia de derechos humanos. En: SIMPOSIO Humboldt: Internacionalización del derecho constitucional-constitucionalización del derecho internacional: octubre 2010, Universidad de Buenos Aires. [en línea] <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/39.pdf> [consulta: 20 de enero de 2016]

¹³⁹ DULITZKY, A. 1996. Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano. En: Estudios especializados de derechos humanos. Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos, tomo I, p. 130.

dialéctica”¹⁴⁰, de esta forma queda claro cómo se retroalimentan ambos sistemas, en pos de un objetivo, otorgar una mejor protección de los derechos humanos de las personas.

Es dentro de este último enfoque que nos encontramos, entendiendo que el derecho internacional y el derecho interno se retroalimentan, con el fin de asegurar una efectiva protección de los derechos humanos.

Finalmente, es fundamental señalar la importancia que tiene la incorporación de estándares normativos de derechos humanos en la jurisprudencia, debido precisamente a que la subsidiariedad se mantiene en los órganos jurisdiccionales, son los Tribunales de Justicia uno de los pilares fundamentales en la protección de derechos humanos¹⁴¹. Ahora bien, uno de los puntos relevantes es ¿por qué deben aplicarse los derechos consagrados en tratados internacionales? ¿Qué los hace obligatorios? Para resolver estas interrogantes se analizará el ámbito formal de incorporación.

5.2. Tratados internacionales de derechos humanos y su aplicación obligatoria

5.2.1. Incorporación de los tratados internacionales al ordenamiento interno chileno

Uno de los puntos debatidos por la doctrina y jurisprudencia, ha sido la naturaleza de los tratados internacionales, debido al vacío que la Constitución del 80 presentaba¹⁴². La reforma constitucional del año 2005 incorporó el artículo 54.1 y modificó el antiguo artículo 50.1 que era el que se refería a la incorporación de los tratados internacionales. Dicho artículo señalaba que en el procedimiento ante el Congreso, se sometería a los trámites de una ley¹⁴³. Actualmente, con la incorporación del artículo 54.1 se establece que se someterá “*en lo pertinente*” a los trámites de una ley. El referirse “en lo pertinente”, implica que en la fase de aprobación por el Congreso se aplicarán sólo los trámites que correspondan, de acuerdo a la naturaleza del tratado. Por lo tanto, hay que establecer la diferente naturaleza que encontramos entre un tratado internacional y una ley interna.

En ese sentido, un tratado internacional es un acto jurídico en que concurren las voluntades de dos o más Estados u organismos internacionales, y una ley, en cambio, es “la expresión

¹⁴⁰ SCJN, Amparo Directo en Revisión 554/2013, 25 de marzo de 2015, párr. 109.

¹⁴¹ DULITZKY, A. 1996, óp. cit. p. 162.

¹⁴² NASH, C. 2012., p. 16.

¹⁴³ El TC en sentencia de 4 de agosto de 2000, rol 309-2000 estableció que los Tratados Internacionales tenían el mismo tratamiento que una norma legal, con lo cual el proyecto que ingresaba al Congreso para aprobar el tratado debía dividirse según la naturaleza de las normas (siguiendo los quórum establecidos para las normas legales).

unilateral de la voluntad de los legisladores de un Estado¹⁴⁴. Por otro lado, la Constitución en su artículo 93 también distingue entre un tratado y una ley, al referirse al control de constitucionalidad. Nogueira señala también, que según el postulado de efecto útil, si el constituyente establece una diferencia entre dos conceptos, esta diferencia debe tener una utilidad, es decir, debe tener efectos jurídicos, pues si no, no habría realizado tal diferenciación. Finalmente, la ley y el tratado tienen distintas fuentes normativas, la primera el derecho interno y la segunda el derecho internacional, no pudiendo la primera –según el mismo artículo 54 en comentario- modificarla, dejarla sin efecto, suprimirla o derogarla¹⁴⁵, pues eso sólo se hace según las normas del derecho internacional. Esto resulta fundamental, en tanto una norma legal, una vez que es promulgada, puede ser modificada posteriormente o dejada sin efecto por la voluntad unilateral del Estado; en cambio, un tratado internacional una vez que ha sido aprobado por el Congreso y promulgado, no puede ser modificado o dejado sin efecto por la voluntad del Estado firmante, sino sólo a través de la denuncia de este tratado y si es que éste lo permite, todo según las normas del derecho de los tratados¹⁴⁶.

Con esto, se diferencia entonces la naturaleza jurídica de los tratados de la naturaleza jurídica de una ley¹⁴⁷, hecho que ya había sido señalado por la doctrina y por el Tribunal Constitucional¹⁴⁸.

En el mismo sentido, si se diferencia la naturaleza jurídica de una ley y de un tratado, implica que el Tribunal Constitucional no podría aplicar su control de constitucionalidad sobre estos últimos, pues no puede dejarlas sin efecto en virtud de una sentencia (ya que sólo pueden ser modificadas por los mecanismos establecidos en el propio tratado o el derecho internacional)¹⁴⁹. Ahora bien, las interpretaciones que se han dado sobre el control de constitucionalidad han sido diversas, y toman como base que el artículo 93 de la CPR, referido precisamente al control de constitucionalidad. La interpretación más acorde con una interpretación sistémica de la CPR, es que el Tribunal Constitucional puede ejercer un control preventivo de constitucionalidad en base a los numerales 1° y 3° del artículo 93, y

¹⁴⁴ NOGUEIRA, H. 2007. Reforma Constitucional de 2005 y Control de Constitucionalidad de Tratados Internacionales. Estudios Constitucionales 5(1): 60.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 61.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 67. En este sentido, sólo se liberará el Estado de cumplir con sus obligaciones internacionales si es que el derecho internacional lo libera.

¹⁴⁷ NASH, C. 2012, p. 17. Véase también GARCÍA, A.M. 2006. Tratados internacionales según la reforma del 2005. Revista de Derecho Público, 2006 (68), pp. 72 y ss. y NOGUEIRA, H. 2007, óp. cit.

¹⁴⁸ STC, Rol N° 288, de 24 de junio de 1999, considerando 6°

¹⁴⁹ En este sentido, no debería, pero el TC ha señalado que puede realizarlo durante la tramitación en el Congreso. Véase STC, Rol N° 288, de 24 de junio de 1999.

sólo hasta su promulgación, pues solo podrá modificarse en función del derecho internacional, debiendo ajustarse el TC a las funciones que la misma CPR le otorga en función de los artículos 6° y 7° de la CPR¹⁵⁰.

En conclusión, los tratados internacionales que han sido ratificados por Chile son incorporados en el derecho interno, adquiriendo validez, y siendo parte del derecho interno, ocupando además, un lugar preferente dentro de nuestra estructura normativa. Debido a ello, su aplicación deviene en obligatoria, en este sentido señala DULITZKY que: “La recepción constitucional de estos tratados debe servir de sustento para que los jueces se sientan doblemente obligados a aplicarlos”¹⁵¹

5.2.2. Jerarquía de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos

Otro de los temas en cuestión ha sido el análisis de la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos, en tanto se ha debatido si tienen carácter legal, suprallegal, constitucional o supraconstitucional. La jurisprudencia ha sido variada, principalmente entre aquella emanada de la Corte Suprema y aquella del Tribunal Constitucional, pues la primera ha establecido el carácter constitucional de dichos tratados, en cambio el TC ha llegado a señalar incluso, que sólo tienen jerarquía legal¹⁵².

Ahora bien, la relevancia de determinar la jerarquía de los tratados es poder darle coherencia al sistema¹⁵³. Para solucionar lo anterior, es que se debe realizar un análisis del artículo 5 de la CPR, que con la reforma del año 1989 incorporó un segundo inciso que establece: “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”, esto debido a que son las Constituciones, principalmente¹⁵⁴, las que contienen el catálogo de derechos y las que establecen precisamente la estructura normativa y el valor que le asigna a cada norma.

La Corte Suprema, ha señalado por su parte, que:

¹⁵⁰ NOGUEIRA, H. 2007, óp. cit., p. 70.

¹⁵¹ DULITZKY, A. 1996, p. 162.

¹⁵² NASH, C. 2012, p. 20.

¹⁵³ NASH, C. y NÚÑEZ, C. 2015. Derechos Humanos y Juicio Penal en Chile. Santiago, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública 9, p. 61.

¹⁵⁴ DULITZKY, A. 1996, p. 130.

“Que, de igual manera, el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República, preceptúa que el ejercicio de la soberanía aparece limitado por los derechos esenciales de la persona humana siendo deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución así como por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes. Valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente derivado, lo que impide que sean desconocidos, aún en virtud de consideraciones de oportunidad en la política social o de razones perentorias de Estado para traspasar esos límites. Otorgándole rango constitucional a los tratados que garantizan el respeto de los derechos humanos, concediéndoles una jerarquía mayor que a los demás tratados internacionales, en cuanto regulan los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. En definitiva los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos. Esta obligación no sólo se deriva del mentado artículo 5°, sino también del 1°, incisos primero y cuarto, y 19, N° 26° de la Carta Magna y de los mismos tratados internacionales (...)”¹⁵⁵

La tesis a favor de la jerarquía constitucional de las normas que contengan derechos humanos, ha señalado otros argumentos para fundamentar su posición. En primer lugar, se sostiene que no tendría sentido la reforma al artículo 5° inciso 2° si no se hubiese querido elevar el rango de los derechos humanos en nuestro país¹⁵⁶. En ese sentido, se debe tomar que el contexto político del momento, el fin de la dictadura, trajo consigo una preocupación por reforzar la protección de los derechos humanos, que buscaba evitar la repetición de la violación masiva y sistemática de derechos humanos sufrida con anterioridad¹⁵⁷. En tercer lugar, del texto constitucional se desprende que los derechos que emanan de la naturaleza humana son un límite a la soberanía, entendiendo por dichos derechos aquellos que se

¹⁵⁵ Corte Suprema. Sentencia de 10 de mayo de 2007, rol 3452-2006, considerando 66. En el mismo sentido: Corte Suprema. Sentencia de 13 de diciembre de 2006, rol 559-2004, considerando 22 a 24; Corte Suprema, sentencia de 13 de marzo de 2007, rol 3125-2004, considerando 39.

¹⁵⁶ NASH, C. 2012, p. 22.

¹⁵⁷ NASH, C. 2012, p. 21; NASH, C. 2006. La incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el ámbito nacional: la experiencia chilena. En: LEÓN, A., et al. La aplicación judicial de los tratados internacionales. Serie Democracia y Judicatura. Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, p. 187.

consagran expresamente en la Constitución y aquellos que se consagran en tratados internacionales, por lo tanto no se distingue la fuente de la cual estos emanan, al establecer que son un límite a la soberanía¹⁵⁸. Como señala NASH:

“Está claro que, en estricto derecho, no se necesitaba reforma alguna para asignar a los derechos humanos, o esenciales de la naturaleza humana, la jerarquía constitucional. La enmienda obedeció a la desconfianza de muchos sectores del país respecto del modo en cómo se aplicaría la Constitución en el futuro. Por tanto, la enmienda al inciso segundo del artículo 5º reafirmó la categoría constitucional de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales vigentes en Chile y agregó al rango constitucional a los derechos y obligaciones establecidos en los tratados internacionales ratificados por Chile en todo su acervo: catálogo de derechos con su acervo jurisprudencial, obligaciones generales, normas de resolución de conflictos (suspensión de derechos y restricciones legítimas), de forma tal que se haga efectivo el pleno goce y ejercicio de los mismos”¹⁵⁹.

De lo anterior por lo tanto, deriva la obligación de todos los órganos del Estado de aplicar el DIDH en su actuar, tanto los órganos administrativos como los órganos judiciales, que deben adecuar su actuación a los estándares internacionales, de lo contrario, será el Estado el que esté incumpliendo sus obligaciones internacionales y en consecuencia, será responsable de ello.

5.3. Herramientas a utilizar para una aplicación sustantiva del derecho internacional de los derechos humanos

Para determinar la forma concreta en que se incorpora el DIDH al ordenamiento interno, contamos con dos herramientas que permiten una aplicación concreta: el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad. A través de la primera, se le permite al juez en este caso, aplicar directamente las normas contenidas en los tratados internacionales; y a través de la segunda, se concretiza la obligación que tiene este de aplicar el Derecho de forma tal que esté acorde a los estándares en materia de derechos humanos.

¹⁵⁸ NASH, C. 2012, p. 22; NÚÑEZ, C. 2015. Control de Convencionalidad: Teoría y Aplicación en Chile. Cuadernos del Tribunal Constitucional, pp. 82-83.

¹⁵⁹ NASH, C. 2012, p. 22.

5.3.1. Bloque de constitucionalidad

La noción de “bloque de constitucionalidad” resulta ser una herramienta útil a la hora de incorporar los derechos humanos consagrados en tratados internacionales en la argumentación jurídica, sea que se trate de tesis que consideren que dichas normas tienen rango constitucional o que tienen rango legal. Se refiere a derechos –normas constitucionales o legales- que no aparecen consagrados expresamente en la constitución, pero que forman parte de ella, de forma tal que la constitución no es sólo lo contenido en la fuente formal¹⁶⁰, sino que es aquella que es enriquecida con otros derechos que redundan en una mayor protección de los derechos.

De esta forma, y siguiendo a NOGUEIRA en este sentido, el derecho internacional y el derecho constitucional convergen en la concepción de derechos fundamentales, que se caracteriza por tener una doble fuente –como fue señalado anteriormente al señalar el límite a la soberanía nacional-, y un fundamento último que no es otro que la dignidad humana. En este sentido ambos sistemas confluyen en un criterio de interpretación: pro persona, debiendo por tanto aplicar la normativa que se encuentre más acorde a dicho principio¹⁶¹.

5.3.2. Control de convencionalidad

El control de convencionalidad, concepto acuñado principalmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, comprende un ámbito externo y un ámbito interno. FERRER MAC-GREGOR, distingue en este sentido entre el control de convencionalidad propiamente tal o “concentrado” –haciendo referencia al ámbito externo, que realiza la Corte IDH en sede internacional- y el control que se debe realizar en el ámbito interno, refiriéndose a este como “control difuso de convencionalidad”¹⁶².

En este sentido, el control externo consiste en analizar la compatibilidad del acto que se somete a la Corte IDH (el acto que constituiría vulneración de las normas convencionales) y la Convención Americana de Derechos Humanos; es decir, el control de convencionalidad

¹⁶⁰ UPRIMNY, R. 2006. Bloque de Constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Colombia, p. 31

¹⁶¹ NOGUEIRA, H. 2007. El bloque constitucional de derechos: La confluencia del derecho internacional y del derecho constitucional en el aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales en América Latina. En: JORNADAS DE DERECHO PÚBLICO, 8 y 9 de noviembre de 2007, Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, p. 40. [En línea]: <http://www.jornadasderechopublico.ucv.cl/ponencias/EI%20bloque%20constitucional%20de%20derechos.pdf>, [consulta: 26 de enero de 2016]

¹⁶² FERRER MAC-GREGOR, E. 2011. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano. Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 343. [En línea]: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29018.pdf>, [consulta: 15 de enero de 2016]

propriadamente tal sería la actividad jurisdiccional que realiza la Corte IDH al resolver un caso contencioso¹⁶³.

“(…) La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público –y eventualmente, de otros agentes sociales- al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía.”¹⁶⁴

Por otro lado, el control interno o difuso de convencionalidad, consiste en “el deber de los jueces nacionales, de realizar un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales, y la CADH, sus protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta este corpus iuris americano”¹⁶⁵.

La Corte IDH, en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* del año 2006, establece que el decreto ley que establecía la amnistía para los crímenes cometidos entre los años 1973 y 1978 por la dictadura militar es inválido, debido a que su aplicación resulta incompatible con la CADH, por lo que no debe tener efectos jurídicos.

En ese mismo caso además, se establece la obligatoriedad para el Poder Judicial de analizar la compatibilidad de los actos sometidos a su conocimiento con la CADH, en caso de que el Poder Legislativo no haya realizado dicha labor. En este sentido, se establece que “(…) cuando el Legislador falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma, y consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella”¹⁶⁶. Por lo tanto, los jueces al analizar un caso sometido a su

¹⁶³ *Ibid.*, p. 369.

¹⁶⁴ Corte IDH. Caso *Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114. Voto concurrente razonado de Sergio García Ramírez, párr. 3.

¹⁶⁵ FERRER MAC-GREGOR, E. 2011, óp. cit., p. 371.

¹⁶⁶ Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 123.

competencia, deberán analizar también si el acto y la legislación aplicable resultan compatibles con la CADH, en caso de no realizar dicho control, estarían vulnerando la obligación de garantía establecida en el artículo 1.1 de la CADH generando responsabilidad para el Estado.

“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde el inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”¹⁶⁷

Este control interno de convencionalidad fue complementado por la Corte IDH en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. En dicha ocasión se reiteró el criterio utilizado en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, especificando tres aspectos: (i) se elimina la mención a “una especie” de control de convencionalidad, (ii) se señala que dicho control debe proceder de oficio, sin necesidad de que las partes lo soliciten, y (iii) se debe realizar dentro del marco de las competencias legales y regulaciones particulares, atendiendo a presupuestos formales y materiales de admisibilidad y competencia¹⁶⁸. Asimismo, en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, se estable que:

“(…) cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas

¹⁶⁷ *Ibid.*, párr. 124.

¹⁶⁸ FERRER MAC-GREGOR, E. 2011, óp. cit., p. 374.

internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”¹⁶⁹

De lo anterior se desprende que son todos los órganos del Estado los que deben realizar el control de convencionalidad, no solo el Poder Judicial ante fallas del Legislativo, y que dicho control debe ser realizado de oficio por los agentes estatales, no esperando que las partes soliciten la realización de dicho control¹⁷⁰. En este sentido, se habla entonces de “control difuso” de convencionalidad, en tanto son todos los jueces responsables de custodiar las garantías establecidas en la CADH, sus protocolos adicionales (además de otros instrumentos internacionales vigentes en el Estado) y la jurisprudencia de la Corte IDH, utilizada para interpretar la normativa.

6. Conclusiones

En este primer capítulo se buscó exponer el marco normativo que será utilizado en el análisis de jurisprudencia que se realizará en los capítulos II y III, con respecto a jurisprudencia nacional y extranjera. En este sentido, este apartado se compuso de dos partes: en primer lugar, se hizo referencia al DIDH de las mujeres; y en segundo, a la recepción del DIDH por el derecho nacional.

Con respecto al primer punto, debido al análisis de la evolución del DIDH de las mujeres y a las deficiencias que presenta el Derecho en general y el DIDH en particular, se constata la necesidad de la creación de convenciones internacionales no desde una perspectiva androcéntrica, sino desde una perspectiva inclusiva. Dicho esfuerzo, desde mediados del siglo XX se ha concretado en la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación y en el sistema interamericano, en la Convención Belém do Pará, principalmente. Por su parte, la CIDH y la Corte IDH a través de su jurisprudencia han elaborado estándares interpretativos de lo contenido en dichas convenciones, que se transforman en criterios a aplicar por los Estados.

Por otra parte, los tratados internacionales de derechos humanos, una vez que son firmados y posteriormente ratificados, ingresan al ordenamiento interno, para ser aplicados por el

¹⁶⁹ Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220, párr. 225.

¹⁷⁰ Se reitera el criterio utilizado en el caso Gelman vs. Uruguay de la Corte IDH.

Estado. Si bien se ha discutido acerca de la jerarquía con la que ingresan dichos tratados, comparto la tesis que señala la jerarquía constitucional de estos, como se expuso en su momento.

Por otro lado, más allá de dicha discusión, lo que no es cuestionable es su validez en el derecho interno, y debido a esto, se genera la obligatoriedad de los jueces de aplicarlo en sus fallos. Para esto además, existen dos herramientas que ayudan a una aplicación sustantiva de los derechos consagrados en tratados internacionales: el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad.

En conclusión por lo tanto, utilizar el DIDH es una obligación para los jueces. Y es en base a lo establecido en la CEDAW y en la Convención Belém do Pará, que se deriva la obligación de que sean capaces de visibilizar los estereotipos de género y de contribuir a la deslegitimación de estos, a través del derecho, modificando los patrones socioculturales que perpetúan la desigualdad entre hombres y mujeres¹⁷¹, que parte de la base de adquirir conciencia de que entre los sexos existen relaciones de poder, que se cruzan por variables tales como raza, etnia, orientación sexual, discapacidad, etc., implica también la comprensión de que “vivimos bajo un sistema de sexo/género con dominación masculina (o en otras palabras un ‘patriarcado’ que no puede ser eliminado por un esfuerzo individual sino que debe ser cambiado en sus propias estructuras a la vez que por medio de la concientización”¹⁷², teniendo un rol fundamental en este sentido los/as operadores/as y administradores/as de justicia.

¹⁷¹ DE JESÚS, G. Observar a la justicia con gafas violeta. Género, sexualidad y derechos humanos 1(1): 8

¹⁷² FACIO, A. 1999, óp. cit., p. 102.

Capítulo II: Uso del derecho internacional de los derechos humanos de las mujeres en la jurisprudencia chilena

1. Introducción

Como se señaló en un inicio, esta Memoria se inserta en la investigación del Proyecto Fondecyt, “Recepción jurisdiccional sustantiva de la normativa y jurisprudencia internacional en Chile: el proceso de reconfiguración de los derechos fundamentales y su impacto en la protección de grupos discriminados”. En ese marco, este trabajo busca determinar si los tribunales superiores de justicia utilizan en forma sustantiva el DIDH de las mujeres –que fue analizado en el Capítulo I-, con el objetivo de comprobar la hipótesis, que en Chile no se realiza un uso sustantivo de dicho Derecho, que comprende las Convenciones Internacionales ratificadas por Chile y los estándares jurídicos emanados de la interpretación que de ellas realizan la Comisión y la Corte IDH.

Para corroborar dicha hipótesis, fueron seleccionadas aquellas sentencias, emanadas de la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones, que mencionaban DIDH de las mujeres desde el año 2005 en adelante, enfocándose en aquellas que hacían referencia a la CEDAW, a la Convención Belém do Pará y a los Convenios Internacionales de la OIT. Este capítulo, que se dividirá según las sentencias encontradas en materia laboral, de familia, penal y constitucional, presenta el análisis de las resoluciones judiciales encontradas.

2. DIDH de las mujeres en materia laboral en materia laboral

La investigación en este ámbito tuvo como objeto las sentencias emanadas de la Corte Suprema y Cortes de Apelaciones, que se hubiesen originado en los Juzgados Laborales, y que fuesen objeto de recursos de nulidad o recursos de unificación de jurisprudencia particularmente. De las 152 sentencias encontradas que utilizaban DIDH, sólo 12 se relacionan con el DIDH de las mujeres, en particular la CEDAW y los Convenios de la OIT N°s 103, 156 y 111. Como analizaremos a continuación, en dichas sentencias la utilización del DIDH de las mujeres dista de ser una aplicación sustantiva que utilice los estándares establecidos internacionalmente.

El DIDH de las mujeres, en materia laboral se expresa principalmente en el uso de la CEDAW y la utilización de convenios internacionales de la OIT, particularmente referidos al convenio N° 103, 111 y 156, referidos a la protección de la maternidad y a la igualdad de remuneraciones. Ahora bien, en este apartado se analizará cómo son utilizadas dichas convenciones, sea para interpretar derechos existentes, para llenar lagunas en la legislación,

o si se aplican directamente; y, además, se determinará si en dichas sentencias se hace referencia a la forma de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al derecho nacional.

En la sentencia de la *Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1458-2007*¹⁷³, fecha 9 de noviembre de 2007, sobre la autorización para desaforar a la trabajadora embarazada, la argumentación se fundamenta en el inciso 2 del artículo 19 N° 1 de la Constitución de la República y el inciso 4 del artículo 1°, referidos a la protección de la vida del que está por nacer, lo que es utilizado para realzar el “superior respeto al insustituible rol procreador del género femenino, al que el conglomerado social todo ha de prodigar -¡cómo no la judicatura!- condiciones de desarrollo espiritual y material plenamente respetuosas de su sagrada condición engendradora, al modo como perentoriamente manda el inciso cuarto del artículo 1° de la misma ley primera”¹⁷⁴. Continúa dicha sentencia señalando que en base a esto, se ha organizado el ordenamiento jurídico estableciendo diversas formas de garantía de la maternidad, tales como el régimen de seguro estatal, en la mantención que realiza el Estado de la mujer hasta una época determinada después del nacimiento del hijo, y que en el ordenamiento nacional es el “patrón” el que debe deparar tales condiciones a la trabajadora.

Posteriormente, establece en su considerando 10° que:

“Que en la resolución de lo pendiente la judicatura en caso alguno puede prescindir del contenido de normas del derecho interno como del externo, inspiradas del rol social del trabajo, en cuanto más cuando se trata de una dama encinta.

“En el ámbito del derecho local resaltan en este aspecto los artículos 2° incisos primero, tercer, cuarto y octavo, y 5° inciso primero del código.

“En el derecho internacional, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 3, 24.1 y 28); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 7.a) i). 10.2 y 3 y 12.2. a); la Convención sobre la Eliminación de

¹⁷³ La demandante en esta causa es la empleadora, quien solicita autorización judicial para poner término a la relación laboral con la demandada, quien tenía contrato fijo de trabajo desde el 11 de enero del año 2006 hasta el 31 de marzo de dicho año, en esta fecha se prorrogó hasta el 30 de septiembre del mismo año. Según consta en los hechos de la causa, al 22 de junio del 2006 la trabajadora tenía ocho meses de embarazo y por lo tanto, contaría con fuero maternal. En primera instancia se concedió la autorización a la empleadora, y contra ese fallo se alza la demandada debido a que establece que su contrato fijo se había transformado en indefinido, que le correspondería fuero maternal (artículo 201 del Código del Trabajo), no teniendo cabida las excepciones del artículo 174 del Código del Trabajo, y que la empleadora no había solicitado la separación provisional. La Corte de Apelaciones revoca el fallo de primera instancia, rechazando la demanda de la empleadora, para esto hace referencia a la protección de la maternidad, la que tiene sustento tanto en el derecho nacional como en el derecho internacional.

¹⁷⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1458-2007, fecha 9 de noviembre de 2007, considerando 7°.

“Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículos 3, 11.1.f), 11.2. a) y b); la Convención Americana (artículos 4.1 y 19); y la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 3.1).

“Es a la luz de los principios trasuntados por esta preceptiva que en cada caso debe ser jurisdiccionalmente protegido el instituto del fuero maternal”.

Luego de mencionar la legislación aplicable, la Corte de Apelaciones devela cuál es la discusión de fondo, el enfrentamiento de dos intereses en juego: por un lado, el interés de un individuo en poner término a una relación de dependencia laboral, y por otro, el interés por asegurar y mantener el “superior fin procreador” de la mujer trabajadora, el cual identifica como un fin de la sociedad en su totalidad¹⁷⁵. Dicho interés no busca cautelar los derechos de la mujer como persona individual, sino que busca proteger la maternidad, con el fin de salvaguardar la vida que está por nacer. La mujer es vista sólo en su rol “procreador”, no haciendo mención a sus derechos como tal, y si bien los derechos mencionados de la CEDAW hacen referencia al derecho de la mujer a la igualdad en el empleo prohibiendo el despido por razones de embarazo o licencia y la obligación del Estado de implantar licencias por maternidad; el enfoque está dado por la protección al menor, lo que se ve reflejado en la utilización de normas que aseguran el derecho del menor a la igualdad, a que se respete su interés superior, y a eliminar la mortalidad infantil.

En este caso, el DIDH de las mujeres es utilizado junto con la legislación nacional, para decidir el asunto en cuestión y resolver el conflicto jurídico; determinando la preeminencia del interés social, representado por el fuero maternal, que es visto primordialmente como una protección del que está por nacer, más que una protección a la mujer¹⁷⁶. Ahora bien, esto se enmarca dentro de lo que se mencionó en el primer capítulo, como aquella legislación implícitamente patriarcal, que sólo considera a las mujeres en tanto su “función reproductora”, estableciendo una serie de “protecciones” para las mujeres, que realmente salvaguardan otros intereses (como el aseguramiento de la paternidad, o protecciones para las futuras generaciones, pero no protecciones a la mujer-persona)¹⁷⁷.

Concuerdo en este sentido con FACIO, quien señala que lo anterior es una de las formas en que se aprecia el sexismo en la legislación, que no se refiere a ignorar a la mujer en la

¹⁷⁵ Considerando 11°

¹⁷⁶ Si bien las normas buscan garantizar la igualdad en el empleo, y que no sean despedidas por causal de maternidad, la idea detrás de eso es que no puede faltar sustento para el hijo y protección –el cual sólo puede ser dado por la mujer según los sentenciadores–.

¹⁷⁷ FACIO, A. y FRIES, L. 1999, óp. cit., p. 59.

elaboración de leyes genéricas, sino en cuando efectivamente se les considera y se les otorgan ciertos derechos, siendo el problema que dicho tipo de legislaciones (referidas principalmente a la “protección de la maternidad”) son invisibles al género porque no toma en cuenta las relaciones de género y la estructura de dichas relaciones de poder. En el caso de la licencia materna, “aunque la legislación esté otorgando un derecho muy necesitado por las mujeres, al no tomar en cuenta la estructuración de género que tiene el mercado laboral también le está causando un perjuicio al dificultarle el acceso a un empleo”¹⁷⁸.

Posteriormente, la sentencia de la *Corte de Apelaciones de La Serena, rol 73-2010*¹⁷⁹, fecha 21 de julio de 2010, también referida a fuero maternal, busca resolver el conflicto de interpretación del artículo 174 del Código del Trabajo¹⁸⁰, en el sentido de determinar las facultades del juez al analizar una demanda de solicitud de desafuero por alguna de las causales objetivas establecidas en dicho Código. En este sentido, la recurrente invoca la causal de nulidad del artículo 477 del Código del Trabajo¹⁸¹, señalando que el fallo que autoriza el desafuero infringió normas constitucionales (artículos 1° y 19 N°1), atentando contra la protección de la maternidad que tiene que el objetivo de proteger la vida del que está por nacer y la vida de la trabajadora embarazada, garantía protegida tanto en el ordenamiento nacional como por normas internacionales, haciendo referencia a los Convenios OIT referidos a la materia, al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante “PIDESC”), a la CEDAW, a la Declaración Universal de

¹⁷⁸ FACIO, A. 1999, óp. cit., p. 122.

¹⁷⁹ Esta sentencia resuelve el recurso de nulidad interpuesto por la demandada, debido a que el Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena acogió la demanda de la empleadora quien solicitaba autorización para poner término al contrato de trabajo. La demandada contaba con contrato de trabajo indefinido desde el 8 de septiembre de 2008. Alega la recurrente que contaba con fuero maternal, pues su hija había nacido el 8 de septiembre del año 2009, y por lo tanto, la sentencia vulnera una serie de garantías constitucionales (artículos 1°, 19 n° 1 y tratados internacionales que protegen la maternidad y al recién nacido) y además, vulnera las reglas de la sana crítica. La recurrida señala que se establece la causal del artículo 174, debido a que el despido es motivado por las ausencias injustificadas al lugar de trabajo (desde el 4 al 17 de enero del 2010). La Corte de Apelaciones realiza un análisis de la prueba presentada, y de la institución del fuero maternal, falla rechazando el recurso de nulidad, y por tanto, confirma el fallo dado en primera instancia.

¹⁸⁰ Artículo 174: En el caso de los trabajadores sujetos a fuero laboral, el empleador no podrá poner término al contrato sino con autorización previa del juez competente, quien **podrá** concederla en los casos de las causales señaladas en los números 4 y 5 del artículo 159 y en las del artículo 160 (El destacado es propio).

El artículo 159 en sus números 4 y 5, señala que el contrato de trabajo terminará con el vencimiento del plazo convenido en el contrato, o, por la conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato, respectivamente. El artículo 160 señala que el contrato de trabajo terminará sin derecho a indemnización cuando el empleador le ponga término invocando causales que señalan la negligencia del/a trabajador/a al realizar su labor o el haber incurrido en conductas indebidas y graves, abandono e incumplimiento de sus labores, entre otras.

¹⁸¹ Artículo 477: Tratándose de las sentencias definitivas, sólo será procedente el recurso de nulidad, cuando en la tramitación del procedimiento o en la dictación de la sentencia definitiva se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías constitucionales, o aquélla se hubiere dictado con infracción de ley que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. En contra de las sentencias definitivas no procederán más recursos.

El recurso de nulidad tendrá por finalidad invalidar el procedimiento total o parcialmente junto con la sentencia definitiva, o sólo esta última, según corresponda.

Derechos Humanos (en adelante “DUDDHH”) y la Convención Internacional sobre Derechos del Niño (en adelante “CIDN”).

En este caso, el tribunal también busca resolver una controversia jurídica suscitada por el instituto del fuero maternal contra el derecho del empleador de poner término al contrato de trabajo por causales establecidas taxativamente en el Código Laboral, buscando determinar si basta con que concurra alguna de las causales del 174 o hay que realizar un análisis no sólo de los elementos objetivos, sino también subjetivos de la situación. El tribunal resuelve el conflicto no utilizando DIDH, ni siquiera haciendo referencia a las normas señaladas por la recurrente. Sólo resuelve en base al derecho nacional, a la norma constitucional y al Código del Trabajo, autorizando el desafuero de la trabajadora. Por lo tanto, en esta sentencia no se utiliza DIDH a pesar de que la recurrente lo había utilizado, no basta entonces que los abogados hagan referencia a ello, es necesario que el resto de los operadores judiciales lo conozcan y utilicen.

Posteriormente, la *Corte de Apelaciones de La Serena, rol 31-2011*¹⁸², fecha 13 de mayo de 2011, al resolver un conflicto jurídico similar, debe resolver si prima la protección a la maternidad por sobre la autonomía de la voluntad en materia laboral al determinar si los contratos definidos se transforman en indefinidos por causa del embarazo. Lo interesante de este caso es que la recurrente señala que la infracción cometida por el Juzgado de Letras al conceder la autorización de desafuero, se basa en que hace primar una causal objetiva de rango legal por sobre garantías constitucionales y tratados internacionales que protegen la maternidad y la vida del que está por nacer. La Corte de Apelaciones al responder a dicho argumento señala:

“(…) debe tenerse en cuenta que el respeto del principio en referencia [protección de la maternidad] no puede tener un carácter extremo y absoluto como parece pretender el recurrente, quien propugna que en todo caso en que una trabajadora caiga en estado de embarazo ha de asegurársele su fuente laboral no importando que se la hubiera contratado para efectuar un trabajo determinado que ya se hubiera ejecutado o para

¹⁸² En este caso la demandada recurre de nulidad contra la sentencia que concede la autorización judicial para poner término al contrato de trabajo, debido a que se había pactado un contrato de plazo fijo del 3 de mayo al 17 de mayo del 2010. La recurrente señala que la sentencia del Juzgado de Trabajo incurre en error: al no considerar la protección de la maternidad (pues la trabajadora se encontraba embarazada), al no tomar en cuenta que posterior al 17 de mayo se siguieron realizando labores para el empleador con conocimiento de este, lo que transformaría al contrato de trabajo fijo en uno indefinido; y, al haber incurrido en errores de apreciación de la prueba pues establece que la relación laboral comenzó el 31 de mayo del 2010. La Corte de Apelaciones analiza la protección de la maternidad en contraposición a la autonomía de la voluntad, rechazando el recurso de nulidad y acogiendo la demanda de autorización para poner término al contrato laboral.

prestar labores por un plazo determinado que hubiera vencido, o que hubiera incurrido en alguna de las situaciones a las que se refiere el artículo 160 del Estatuto Laboral. Sostener esta tesis haría que perdiera vigencia, tratándose de trabajadoras embarazadas, la facultad que concede al juez el artículo 174 del Código del Trabajo en su inciso 1°, de conceder el desafuero en los casos de los números 4 y 5 del artículo 159 y del artículo 160 del Código del Trabajo. No parece ser la protección de la maternidad un principio que tenga la facultad de cambiar por el hecho del embarazo lo voluntariamente contratado y transforme los contratos a plazo, o por obra o faena en indefinidos. Sostener la teoría de la recurrente traería como necesaria consecuencia en vez de un beneficio, el perjuicio de la mujer, cuya contratación sería evitada. El respeto a lo garantizado por la Constitución y tratados internacionales citados, más bien debe estimarse que propiamente se ve reflejado en las reglas sobre protección a la maternidad contenidas en los artículos 194 y siguientes del Código del Trabajo. (...)”¹⁸³.

Este párrafo refleja los incentivos perversos de la contratación laboral, que se basan en un sistema liberal con pretensiones de universalidad que toma como base y como lo humano, al hombre; entiende además –como en la mayoría de los casos-, que lo que se protege es la “maternidad”, no la paternidad y maternidad, sino que es sólo deber de la mujer cuidar al recién nacido. Lo crítico además, es la utilización del DIDH de las mujeres en este caso, pues no sólo no lo utiliza –sólo menciona lo que la recurrente establece en su argumentación-, sino que lo contrapone con normas de carácter legal haciendo primar estas por sobre las normas internacionales, ya que estas se verían reflejadas en el ordenamiento interno. Con esto, suprime el valor del derecho internacional, que no es utilizado sólo para inspirar instituciones nacionales o legislaciones particulares dentro del ordenamiento, sino que tiene valor en sí mismo y debe ser aplicado por el Poder Judicial en base al artículo 5° inciso 2 de la Constitución Política de la República.

Por lo tanto, la Corte de Apelaciones de La Serena entiende que el derecho nacional es el que prima, y el que debe utilizarse para resolver controversias jurídicas, reduciendo a las mujeres a la maternidad y dando cuenta del carácter patriarcal del mercado de trabajo.

En un caso posterior, resuelto por la *Corte de Apelaciones de Santiago, rol 914-2011*¹⁸⁴, fecha 6 de enero de 2012, se rechaza un recurso y se falla a favor de la mujer trabajadora. El

¹⁸³ *Corte de Apelaciones de La Serena, rol 31-2011, fecha 13 de mayo de 2011, considerando cuarto.*

¹⁸⁴ La demandante en este caso, interpone recurso de nulidad contra la sentencia que rechaza la autorización para poner fin al contrato de trabajo por vencimiento del plazo de dicho contrato, el cual comenzó el 7 de marzo de 2011 hasta el 7 de abril del mismo año, comunicando la trabajadora a fines de marzo su embarazo. La Corte

recurrente menciona normativa internacional que estaría siendo vulnerada (hecho que no deja de extrañar ya que menciona la misma normativa que establece la protección a la maternidad), estimando el Tribunal que no se encuentra lo suficientemente fundamentado, y que en todo caso, debería haber mencionado el artículo 159 n° 4 del Código del Trabajo como norma infringida, que hace referencia al vencimiento del contrato de trabajo, más que a las normas de protección de la maternidad.

Luego, la misma *Corte de Apelaciones de Santiago, rol 819-2012*¹⁸⁵, *fecha 18 de julio de 2012*, rechaza otra demanda por nulidad del despido por encontrarse embarazada, determinando que no existía relación laboral entre trabajadora y empleador, por lo que la demanda no podía prosperar. En este caso, el uso del DIDH lo realiza la recurrente quien señala que la protección a la maternidad es garantizada por normas constitucionales y por tratados internacionales, dentro de los cuales menciona Convenios OIT N°s 3, 103 y 156, el PIDESC, la CEDAW, DUDDHH y la CIDN, y que al tratarse de un procedimiento de tutela laboral, el juez se encontraba obligado a aplicarlos. La Corte de Apelaciones no hace referencia a las normas internacionales mencionadas, sólo se centra en la existencia o no de la relación laboral.

En otra ocasión, la *Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 260-2012*¹⁸⁶, *fecha 7 de agosto de 2012*, se enfrenta nuevamente a la controversia entre el fuero maternal y la libertad contractual. La recurrente, alzándose contra la sentencia que acogió la demanda por desafuero, señala vulneradas las normas constitucionales e internacionales que garantizan la protección de la maternidad, y que entre la protección de la maternidad y la libertad contractual, debe primar la primera “puesto que resulta ser un bien jurídico más relevante y por ende es preferible proteger la estabilidad en el empleo de la madre trabajadora, con

de Apelaciones estima que el recurso no estuvo suficiente fundado, y por lo tanto, lo rechaza, confirmando la sentencia del 2° Juzgado de Letras del Trabajo.

¹⁸⁵ La demandante recurre de nulidad contra la sentencia del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo, debido a que este rechazó la demanda interpuesta en procedimiento de tutela laboral por nulidad del despido y despido injustificado. Alega la recurrente la infracción de derechos y garantías constitucionales, además de infracción a las normas de apreciación de la prueba; subsidiariamente reclama infracción a las normas del fuero maternal. Esto, debido a que habría comenzado a trabajar el 5 de mayo del 2009, bajo una situación informal de trabajo, solicitando en varias oportunidades que se regularizara y comunicando en julio del mismo año su embarazo. En septiembre de dicho año se le comunicó el término de la prestación de servicios. La Corte de Apelaciones rechaza el recurso debido a que no se habría probado la relación laboral entre ambas partes.

¹⁸⁶ Se interpone recurso de nulidad por la parte demandada, debido a que el Juzgado del Trabajo acogió demanda contra ella, autorizando el desafuero para proceder al término de la relación laboral. Se basa en que el contrato de trabajo, si bien en un principio era a plazo fijo, se efectuó por más tiempo del establecido en la ley, lo que lo transformaría en un contrato indefinido por lo que la causal invocada por el empleador no se aplicaría. Además, entre la libertad contractual y el fuero maternal, debiera primar la protección a la maternidad. La Corte de Apelaciones rechaza dicho recurso, por estimar que las interpretaciones literales del contrato debiera primar por sobre una interpretación sistemática de normas constitucionales e internacionales.

miras a asegurar la presencia materna en los momentos indispensables de la vida del hijo y un adecuado sustento en sus primeros años”¹⁸⁷, debido a esto el Tribunal debe cerciorarse no sólo de que concurra una de las causales del artículo 174 del Código del Trabajo sino de un elemento subjetivo, que el hecho de la maternidad no haya influido en la decisión del empleador.

Ahora bien, la Corte de Apelaciones señala, haciendo caso omiso de normas internacionales que rigen la materia:

“Que si bien se ha efectuado una profusión de citas constitucionales y de normas de derecho internacional que auxilian la interpretación sistemática de los preceptos que se estiman vulnerados por la sentencia de autos, ello no puede pasar por sobre la interpretación literal de dichas normas, las que estiman que es procedente la interpretación otorgada por el sentenciador, por lo que no existe infracción alguna de ley que influya en lo dispositivo del fallo, por lo que debe rechazarse asimismo esta causal de nulidad”¹⁸⁸.

Por tanto, nunca considera la aplicabilidad directa de normas constitucionales o normas internacionales, sino que se basa en una interpretación literal de normas legales. Ni siquiera realiza el intento por analizar la controversia planteada. Sin embargo, el voto en contra del Ministro Blanco, realiza una interpretación integral señalando la importancia de los bienes que entran en juego, por un lado la estabilidad laboral del derecho del trabajo, y por otro la protección de la vida del que está por nacer (no de la madre), que es un interés que trasciende a todo el ordenamiento jurídico¹⁸⁹. Luego, utiliza las normas constitucionales y legales para determinar que la interpretación que debe primar es la que otorga primacía a la protección de la maternidad, y para reforzar dicha argumentación menciona a normas del DIDH tales como el PIDCP (artículos 3, 24.1 y 28), el PIDESC (artículos 7.a) i), 10.2 y 3 y 12.2.a); la CEDAW (artículos 3, 11.1.f) 11.2.a) y b); la CADH (artículos 4.1 y 19) y la CIDN (artículo 3.1). Concluye señalando que debido a los principios trasuntados, “en cada caso debe ser jurisdiccionalmente protegido el instituto del fuero maternal”¹⁹⁰.

¹⁸⁷ Vistos.

¹⁸⁸ Considerando séptimo

¹⁸⁹ Voto en contra, N° 1

¹⁹⁰ Voto en contra, N° 5

En un caso posterior la *Corte de Apelaciones de Santiago*, rol 1826-2012¹⁹¹, fecha 22 de marzo de 2013, confirma un fallo que condena al empleador que no solicitó autorización judicial previa por despido injustificado de trabajadora que estaba embarazada. En esta sentencia, la Corte de Apelaciones buscó determinar los alcances del instituto jurídico del fuero de maternidad, utilizando los mismos argumentos que en la primera sentencia analizada¹⁹². A dicha institución se contraponen el derecho individual de los acreedores (por quiebre de la empresa), el cual no puede primar por sobre el de la sociedad a mantener dicha relación laboral, por lo tanto, se confirma el fallo anterior. En este caso, como en muchos de los otros se utiliza el DIDH de las mujeres para reforzar la argumentación basada en el derecho interno. Aunque nuevamente, sólo se utiliza el DIDH de las mujeres para proteger la vida del que está por nacer, no en función de la mujer, no considerando a la mujer como sujeto de derechos sino como “la incubadora” que debe proteger al hijo por nacer.

La *Corte Suprema*, rol 4752-2013¹⁹³, fecha 30 de octubre de 2013, evita pronunciarse sobre el tema, pues ante un recurso de unificación de jurisprudencia en la materia relativa a la institución del fuero maternal y a la interpretación correcta que debe otorgarse al artículo 174, señala que los hechos fácticos que fundan las sentencias que motivan dicho recurso son distintos a los señalados en este caso, y por lo tanto, dicho recurso no puede prosperar, no haciendo mayor referencia a la institución del fuero maternal ni a las normas internacionales en la materia (que sí son señaladas por el recurrente).

Por el contrario, sí se pronuncia la *Corte Suprema*, rol 8891-2014¹⁹⁴, fecha 15 de enero de 2015, en sentencia que resuelve un recurso de unificación de jurisprudencia interpuesto ante

¹⁹¹ El recurrente en este caso, interpone recurso de nulidad contra la sentencia del Primer Juzgado de Letras del Trabajo que declaró indebido el despido de Rachel Madriaza, condenando a la empresa a pagar indemnización por fuero maternal, resarcimientos por la separación injustificada y recargo del 50% en la indemnización de perjuicios por años de servicio y feriados legal y proporcional. La Corte de Apelaciones realiza un análisis sobre el instituto jurídico del fuero maternal, y termina por rechazar el recurso, confirmando la sentencia.

¹⁹² Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1458-2007, fecha 9 de noviembre de 2007

¹⁹³ La demandante en este caso solicita ante el Juzgado de Letras del Trabajo de Puente Alto el desafuero laboral que ostentaba la trabajadora por encontrarse embarazada, debido a que el contrato que regía la relación laboral era de plazo fijo. La demandada sostiene que el contrato era indefinido, y que contaba con el perfil para el cumplimiento del cargo. Dicho tribunal rechaza la demanda, se recurre posteriormente a la Corte de Apelaciones de San Miguel quien también rechaza el recurso. Ante esto, se interpone recurso de unificación de jurisprudencia por parte de la demandante con el objetivo de que acoja la demanda de desafuero laboral. La Corte Suprema rechaza el recurso pues establece que la situación descrita no es homologable a los fallos que señala el recurrente como base para el recurso, refiriéndose más a una discusión sobre los elementos fácticos de la demanda.

¹⁹⁴ El demandante solicita autorización para poner término a la relación laboral con trabajadora que contaba con fuero maternal. El Juzgado de Letras de Chillán rechaza la demanda, ante lo cual se interpone recurso de nulidad el que también es rechazado por la Corte de Apelaciones de Chillán. Luego, el demandante interpone recurso de unificación de jurisprudencia ante la Corte Suprema, señalando que la interpretación correcta a aplicar por los

el rechazo de la demanda que solicitaba autorización judicial para desaforar a trabajadora embarazada, por existir un contrato de plazo fijo. La Corte Suprema en este caso, hace un análisis de la maternidad, señalando que se encuentra protegida por normativa internacional, y por normativa interna, tanto constitucional como legal en el Código del Trabajo en sus artículos 201 y siguientes. Luego, realiza un análisis del artículo 174 estableciendo que es una facultad del juez analizar los elementos objetivos y subjetivos que pueden estar detrás de la autorización solicitada para desaforar. Relevante es en este caso, lo que se señala en relación a los criterios que deben utilizar los jueces en este sentido, estableciendo que:

“(..) En otras palabras, tanto a propósito de las causales subjetivas como de las objetivas, corresponde al juez analizar los antecedentes incorporados en la etapa procesal pertinente, conforme a las reglas de la sana crítica y a la luz de la normativa nacional e internacional indicada en el motivo octavo; esta última precisamente por lo que dispone el artículo 5° de la Carta Fundamental”¹⁹⁵.

En este sentido, recalca la obligatoriedad que tienen los jueces de realizar su análisis considerando el DIDH, que es incorporado en función del artículo 5° de la Constitución Política de la República. Esto es de suma relevancia, ya que, de la investigación realizada las sentencias que efectivamente consideran el DIDH para resolver los asuntos son escasas. En esta sentencia, encontramos que el derecho internacional sirve para interpretar una institución jurídica y determinar su alcance.

Posteriormente en la sentencia de la *Corte de Apelaciones de Arica, rol 1-2015*¹⁹⁶, fecha 30 de enero de 2015, la recurrente estima vulnerada la normativa relativa a la protección de la maternidad en cuanto a normativa internacional y nacional referente al Código del Trabajo y normas constitucionales, pese a esto, la Corte ni siquiera menciona la normativa internacional mencionada rechazando el recurso.

Tribunales es aquella que considera que al analizar los tribunales la autorización para desaforar sólo debe observar los elementos objetivos (que sea plazo fijo por ejemplo, y que se encuentre embarazada) y no, elementos subjetivos. La Corte Suprema rechaza el recurso.

¹⁹⁵ Considerando undécimo.

¹⁹⁶ En este caso, la demandada interpone recurso de nulidad contra sentencia emanada de Juzgado de Letras del Trabajo, que acoge demanda de autorización de desafuero para poner término al contrato por vencimiento del plazo. La Corte de Apelaciones rechaza el recurso interpuesto, debido a que a la funcionaria del Ministerio Público le son aplicables, además de las normas establecidas en la ley 19.640, el Código del Trabajo, no sólo en relación a las normas de protección de la maternidad, sino también en relación al vencimiento de contrato.

La Corte Suprema vuelve a pronunciarse sobre el alcance del artículo 174 en la sentencia *rol 19354-2010*¹⁹⁷, fecha 9 de abril de 2015, en los mismos términos que la sentencia emanada de la Corte Suprema, *rol 8891-2014*, fecha 15 de enero de 2015. En esta utiliza el DIDH de la misma forma, ayudando como fuente de interpretación de una institución jurídica, con el objetivo de determinar su alcance, y lo hace aplicable en virtud del artículo 5° de la Constitución¹⁹⁸.

Por lo tanto, para la mayoría de las sentencias analizadas, lo relevante es la mujer en tanto madre. Aplicar la legislación teniendo como paradigma a la mujer/madre no es lo mismo que aplicar la normativa teniendo como fin a la mujer/persona, siendo el primer caso una manifestación del sexismo¹⁹⁹. En este sentido, se debe diferenciar entre medidas correctivas que buscan subsanar la histórica discriminación, exclusión y discriminación; de medidas protectoras, que tienen como base la diferencia biológica entre hombres y mujeres, y que justifican que por esa diferencia, las mujeres sean tratadas como inferiores²⁰⁰. Esta mirada es la que carece de perspectiva de género; por el contrario, la primera visión reconoce situaciones de hecho que es necesario corregir para alcanzar la igualdad sustantiva.

En el único caso referido a igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, de la Corte de Apelaciones de Santiago, *rol 1682-2012*²⁰¹, fecha 10 de enero de 2012, la recurrente utiliza la CEDAW, el Convenio Internacional de la OIT N° 111, la DUDDHH y el PIDCP, que los hace valer a través del artículo 5° inciso 2 de la Constitución Política de la República, junto a normativa constitucional que utiliza para establecer como principio la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, y que este caso particular se vería vulnerada ya que la recurrente ejerciendo el mismo trabajo que el hombre, gana 88% menos. La empresa justifica esta situación debido a que la situación académica de él sería superior a

¹⁹⁷ Demandada interpone recurso de unificación de jurisprudencia contra sentencia de la Corte de Apelaciones que acogió el recurso de nulidad interpuesto contra sentencia que acogió la demanda en que se solicitaba autorización para desaforar y poner término al contrato de trabajo. La trabajadora comenzó a prestar servicios el 1 de noviembre del año 2013, fijándose plazo de vencimiento de contrato el 1 de febrero del año 2014, fecha en la que se encontraba embarazada. La Corte Suprema acoge el recurso de unificación, dictando sentencia de reemplazo en que rechaza la solicitud de desafuero.

¹⁹⁸ Repite el considerando undécimo de la sentencia anterior Corte Suprema, *rol 8891-2014*, fecha 15 de enero de 2015.

¹⁹⁹ En este sentido, ver FACIO, A. 1999, óp. cit., p. 126.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 126.

²⁰¹ En este caso, la demandante recurre de nulidad contra la sentencia del Primer Juzgado de Letras del Trabajo, que rechaza la demanda interpuesta en un procedimiento de tutela laboral en el que se buscaba determinar la infracción de la empresa Banco Estado, Centro de Servicios a la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres. Se alegaba que en dicho lugar la demandada obtenía un sueldo más bajo que otro trabajador que ejercía el mismo cargo. La Corte de Apelaciones rechaza el recurso, pues acoge la interpretación de la empresa demandada, que señalaba que las diferencias remuneracionales se debían a que uno era titulado y la otra no, y no a diferencias de sexo.

la de ella (siendo que no se requiere para ejercer el cargo, y tampoco se encontraba en la descripción del este).

La Corte en este caso parte analizando la prohibición de discriminación establecida en normas constitucionales e internacionales, señalando que la discriminación se encontraría justificada cuando se refiere a la capacidad o idoneidad personal; y “si se trata de una discriminación que genera un resultado desfavorable, es absolutamente prohibida, como ocurre por ejemplo, con la Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación”²⁰². No profundiza más en este concepto, ni lo que entiende como un “resultado favorable”, posteriormente centra su argumentación en los hechos probados, determinando que el sueldo superior se debe a una reestructuración de la empresa, el trabajador en cuestión habría ingresado con anterioridad a la reestructuración y con un sueldo más alto y, luego de la reestructuración, se le habría mantenido el sueldo; en cambio, la recurrente ingresó después de la reestructuración, con el nuevo sueldo (más bajo).

Por otro lado, señala la Corte que, el que el trabajador posea título universitario también es un criterio utilizado para establecer diferencias remuneratorias, basándose para esto en un criterio de realidad. Si bien no está prohibido por el DIDH las diferencias remuneratorias en base a la cualificación que tengan los y las trabajadoras, la posible justificación a las diferencias realizadas en las remuneraciones puede estar escondiendo criterios de una sociedad que no cree en la igualdad de género, pudiendo ser vista como un síntoma de la discriminación; especialmente, si consideramos el artículo 11.1.d de la CEDAW establece el derecho a la igual remuneración entre hombres y mujeres, ante un trabajo de igual valor (y para el que no se requiere tener mayores estudios, como es el caso en comento) y el artículo 3 del Convenio N° 100 de la OIT, que señala: “Las diferencias entre las tasas de remuneración que correspondan, independientemente del sexo, a diferencias que resulten de dicha evaluación objetiva de los trabajos que han de efectuarse, no deberán considerarse contrarias al principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor”. En conclusión, esta era una oportunidad en que la Corte podría haber desarrollado el criterio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, que no fue aprovechada.

*

* *

²⁰² Considerando segundo

Del análisis de las sentencias que utilizan por tanto DIDH de las mujeres en materia laboral, encontramos que se refieren a dos ámbitos: protección de la maternidad e igualdad de remuneraciones. En cuanto al primer ámbito, no se aprecia que los tribunales superiores de justicia utilicen sustantivamente el DIDH de las mujeres en la resolución de los casos; es más, cuando menciona a los Convenios de la OIT y a la CEDAW, lo realiza siempre considerando un interés que no es el de la mujer, sino el interés del niño o “de la sociedad”, es decir, se basa en una visión de la mujer/madre y no en la mujer/persona, primando recurrentemente intereses diversos a los de la mujer. Con respecto al segundo aspecto encontrado en las sentencias, el tribunal no se esfuerza en realizar una argumentación desde el DIDH de las mujeres, a pesar de la existencia de normas que regulan la materia y que habían sido nombradas por la recurrente.

Además, es constante la consideración por los jueces de la falta de necesidad de aplicar el DIDH directamente, debido a la preeminencia otorgada al análisis literal de la norma legal (una interpretación que utilice derecho internacional estiman, no puede pasar por sobre la interpretación literal de la disposición legal), o por considerar que las propias normas legales están inspiradas en convenciones internacionales (por lo que se hace innecesario aplicar el derecho internacional, que ya estaría contenido en la normativa legal).

3. DIDH de las mujeres en materia de familia: análisis de jurisprudencia

La forma en que los tribunales superiores de justicia utilizan el DIDH de las mujeres en temas de familia se refiere a instituciones como el matrimonio, el divorcio y la relación con los hijos, muy relacionada al fenómeno del familismo, esto es, entender que mujer y familia son lo mismo y, por tanto, tienen las mismas necesidades²⁰³.

La *Corte Suprema, rol 8230-2009*²⁰⁴, fecha 18 de noviembre de 2009, sólo utiliza el DIDH de las mujeres al hacer referencia a la argumentación de la recurrente, pero luego omite hacer referencia a ella rechazando el recurso por falta de fundamentación. Ahora bien, en este caso el tribunal no hace un uso propiamente tal de las Convenciones relevantes en la materia, hecho que nos sirve para recalcar precisamente la no utilización del DIDH por los

²⁰³ FACIO, A. 1999, óp. cit., p. 118.

²⁰⁴ En este caso se interpone recurso de casación en el fondo contra sentencia emanada de la Corte de Apelaciones, por vulnerar diversos tratados internacionales y la ley 19.947, debido a que se decretó el divorcio culpable por infidelidad de la cónyuge y por ende, se redujo la compensación económica a la que tenía derecho. Alega la recurrente que la culpa del divorcio no se debe a infidelidad, sino a los malos tratos sufridos por ella durante la vigencia del matrimonio y a la infracción al deber de socorro. La Corte Suprema desestima el recurso, señalando que los temas a debatir en ese caso son fácticos, y no se ha alegado infracción a la valoración de la prueba, y por tanto, no pueden ser revisados los hechos por dicho tribunal.

tribunales, que evitan pronunciarse acerca del derecho internacional. Como se señaló anteriormente, no basta con que los recurrentes en su argumentación y en sus demandas utilicen convenciones, es el Poder Judicial el que debe concientizarse y utilizar los parámetros, en base a lo establecido en el Capítulo I.

Posteriormente, la *Corte de Apelaciones de Talca, rol 209-2010*²⁰⁵, fecha 16 de diciembre de 2010 realiza un análisis más interesante, con respecto a la igualdad entre hombres y mujeres en el matrimonio, debido a recurso interpuesto por la demandante reconvencional sobre el derecho a compensación económica.

El tribunal comienza haciendo referencia a doctrina según la cual el matrimonio y su régimen jurídico se basan en el principio de igualdad entre hombres y mujeres consagrado constitucionalmente; e internacionalmente en el artículo 23.4 del PIDCP, el artículo 24.4 de la CADH y el artículo 16.1.c de la CEDAW. El primero referido a la igualdad de derechos y obligaciones en cuanto al matrimonio, durante este y en caso de disolución del mismo; el segundo, a la igual protección ante la ley; y el tercero, particularmente referido a la CEDAW, reitera lo señalado por el PIDCP con respecto al deber de los Estados de asegurar la igualdad entre hombres y mujeres en relación a adquirir los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución. Que el tribunal en este caso menciona a la CEDAW, y no sólo al PIDCP no deja de ser relevante, esto debido a que la CEDAW, como se señaló en el capítulo I, no es una mera reiteración de lo establecido en las convenciones de derechos humanos que existían a la fecha, sino que apunta a reconocer que existen situaciones sociales y culturales que actúan en desmedro de la igualdad sustantiva. Así, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, en su Recomendación General N° 21, señala con respecto al artículo 16 que:

“La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer recuerda los derechos inalienables de la mujer que ya están consagrados en las convenciones y declaraciones mencionadas, pero va aún más lejos al reconocer que la cultura y las tradiciones pueden tener importancia en el comportamiento y la

²⁰⁵ La demandante reconvencional deduce recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de Familia de Curicó que rechazó la solicitud de compensación económica en procedimiento de divorcio solicitado por el ahora ex cónyuge. La Corte de Apelaciones realiza un análisis sobre la institución de la compensación económica en torno a los principios de igualdad en el matrimonio a la luz de convenciones internacionales, para finalmente conceder el recurso y otorgar el derecho a compensación económica por un monto de \$100.000 pagaderos en 24 cuotas.

mentalidad de los hombres y las mujeres y que cumplen un papel significativo en la limitación del ejercicio de los derechos fundamentales de la mujer”.²⁰⁶

Por lo tanto, no es irrelevante que los tribunales mencionen a la CEDAW además de los otros tratados internacionales referentes a la igualdad, pues reconoce la importancia de la cultura y de los estereotipos de género al momento de establecer acciones estatales; y reconoce además, en su considerando 1° que dichas convenciones son obligatorias para el Estado de Chile.

Luego, la Corte establece “que el derecho de compensación económica, y su obligación correlativa descansen en la igualdad jurídica de los cónyuges importa que, en caso alguno, puede ser ejercido, interpretado o aplicado de manera discriminatoria”²⁰⁷. Además, señala que anterior a la existencia de la compensación económica, y durante la vigencia del matrimonio, el propio derecho establecía herramientas jurídicas para evitar un trato discriminatorio, que impedía o minimizaba el menoscabo económico sufrido por uno de los cónyuges²⁰⁸. Con la existencia del divorcio o la nulidad de este, dichas herramientas ya no son aplicables, y por lo tanto se estaría ante la existencia de una situación de hecho que implica el menoscabo económico de una de las partes. Ante eso, el Estado debe realizar ciertas medidas para asegurar la igualdad de derechos y deberes del matrimonio, y surge por tanto, la institución de la compensación económica, cuyo objetivo apunta a evitar la discriminación en perjuicio de uno de los cónyuges y “evitar la mantención de ciertos modelos discriminatorios durante la vigencia del matrimonio, derivados de entender que la dedicación al cuidado del hogar común y de los hijos, con la imposibilidad o dificultad de un desarrollo profesional y laboral conciliable con ella, representa un cierto costo propio de uno de los cónyuges”²⁰⁹.

Ahora bien, lo relevante de lo dicho anteriormente, es que toma en cuenta patrones socioculturales que establecen estereotipos, buscando evitar las situaciones discriminatorias que dichos estereotipos generan, como el menoscabo económico producto de la crianza de los hijos. Sin embargo, reconoce la sentencia en su considerando 6° que dicho modelo de familia en que era la mujer la que se dedicaba a cuidar a los hijos y el hombre resultaba siendo el proveedor, fue efectuado “voluntariamente”, acordado en conjunto, no

²⁰⁶ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer, Recomendación General N° 21: La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, Doc. N.U. HRI/GEN/1/Rev, 4 de febrero de 1994., párr. 3.

²⁰⁷ Corte de Apelaciones de Talca. Sentencia de 16 de diciembre de 2010, rol 209-2010, considerando 2°.

²⁰⁸ *Ibid.*, considerando 3°

²⁰⁹ *Ibid.*, considerando 5°

considerando explícitamente que dicha voluntariedad es parte de estos patrones socioculturales que determinan que sea la mujer la que debe hacerse cargo de la crianza y cuidado de los hijos, aunque reconoce que dicho hecho no implica una negación posterior de la compensación económica.

La sentencia analizada, si bien no hace hincapié o especifica con mayor detalle los usos dados a la CEDAW, ni al DIDH de las mujeres, dentro de los fallos seleccionados resulta una de las pocas en que se intenta hacer un mayor análisis de la igualdad entre esposo y esposa, derivado de principios y obligaciones garantizados en las convenciones internacionales a las que se hicieron referencia.

Por otro lado, la sentencia de la *Corte de Apelaciones de Punta Arenas, rol 116-2011*²¹⁰, *fecha 20 de enero de 2012*, se refiere a la aplicación del artículo 128 del Código Civil²¹¹. En este caso, la recurrente apela la sentencia del Juzgado de Familia que negó la autorización para que contrajera matrimonio con el padre de su hijo, debido a que entre dicha solicitud y el divorcio anterior, no habría transcurrido el tiempo suficiente.

La argumentación de la recurrente, en primer lugar toma como base el inciso segundo del mencionado artículo, que señala que se deberá descontar del plazo establecido en el inciso uno, los días que hayan precedido a la disolución del matrimonio y en los cuales haya sido absolutamente imposible el acceso del marido a la mujer. En segundo lugar, cambia dicho enfoque (que significa seguir dentro de la misma lógica patriarcal), argumentando que el artículo 128 se debe interpretar desde una perspectiva culturalmente no obsoleta, que sea acorde a los derechos de la mujer, a sus intereses y a la libertad reproductiva de esta. Para fundar esta segunda perspectiva es que hace referencia la CEDAW, a sus artículos 2^o²¹², 5^o²¹³ y 16; además de la Constitución Política de la República y a la CIDN.

²¹⁰ En este caso, se solicita autorización para contraer segundas nupcias ante el Juzgado de Familia de Punta Arenas, solicitud que es rechazada bajo la consideración de que la mujer solicitante está embarazada, el padre es la pareja con la que desea contraer matrimonio, y entre la fecha del divorcio de su matrimonio anterior y la de la solicitud no ha transcurrido el plazo de 270 días establecido en el artículo 128 del Código Civil. La Corte de Apelaciones realiza un análisis de la igualdad entre hombres y mujeres, aludiendo a convenciones internacionales, y acoge el recurso, dando la autorización para que contraiga matrimonio pues la institución establecida en el artículo 128 es derogada tácitamente pues es atentatoria contra la igualdad entre hombres y mujeres.

²¹¹ Artículo 128: Cuando un matrimonio haya sido disuelto o declarado nulo, la mujer que está embarazada no podrá pasar a otras nupcias antes del parto, o (no habiendo señales de preñez) antes de cumplirse los doscientos setenta días subsiguientes a la disolución o declaración de nulidad. (...)

²¹² Los Estados se comprometen a: c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación.

²¹³ Los Estados tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas

La Corte de Apelaciones comienza su análisis señalando que los elementos fácticos del artículo 128 no se corresponden con los del caso, por lo que ya la aplicación por la primera instancia es errónea; para determinar que sí fuera aplicable el plazo (por los elementos de hecho), habría que efectivamente esperar el parto para conceder la autorización²¹⁴. Posteriormente, establece que de todas formas no se aplicará el artículo 128 pues detrás de dicha normativa legal lo que se encuentra es, por una parte, diferencias entre los hijos matrimoniales (nacidos antes, durante y después del matrimonio) y no matrimoniales (reconocidos y no reconocidos); y por otra, diferencias de género “pues las funciones naturales son diversas, siendo en la mujer en la que es posible la condición de vivir la maternidad dentro de su cuerpo, disponiendo el legislador frente a estas diversidades, soluciones, regulaciones y estatutos diferentes, con distintos derechos, obligaciones, privilegios y cargas”²¹⁵. Resulta relevante lo señalado posteriormente por el tribunal:

(...) la ley establecía diferencias ante ella entre los hijos, así como entre un hombre y una mujer, con evidentes desigualdades de toda índole, como la utilización de instituciones jurídicas para resguardarlas, por ejemplo, la presunción de paternidad que pretender aliviar la carga del hijo y de la mujer, para demostrar que un varón es el padre, si la madre está casada con él artículo 184 del Código civil pero, disuelto el vínculo, le deja a ella una carga, como obstáculo a su libertad de contraer matrimonio, que no se impone al ex marido y ello, por la sola razón del papel de la mujer en la procreación, lo que deviene en una discriminación arbitraria²¹⁶.

Lo anterior resulta relevante, pues entiende al Derecho como un cuerpo dinámico que se construye en base a los tiempos y a los cambios culturales, no debiendo constituirse como un obstáculo a ello, sino como un apoyo. Reconoce explícitamente además, el rol de las instituciones jurídicas en la mantención de la discriminación; y el rol que es atribuido a las mujeres, las que deben velar por la “santidad” de la paternidad.

Luego, señala que analizará “la legislación nacional a la luz de las obligaciones contraídas por el Estado en los instrumentos internacionales pertinentes a la esfera de sus derechos, para que estos reciban aplicación sin injerencias arbitrarias”²¹⁷, lo que resulta de suma relevancia debido a que señala explícitamente lo que deberían realizar los tribunales de

consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

²¹⁴ Considerando quinto.

²¹⁵ Considerando sexto.

²¹⁶ Considerando sexto.

²¹⁷ Considerando octavo.

justicia, analizar la legislación aplicable a la luz de las obligaciones internacionales, evitando que los Estados contraigan responsabilidad internacional por la realización de actuaciones contrarias a los tratados o al propósito y objeto de ellos.

En su análisis, la Corte establece que con respecto a la igualdad de género, los tratados internacionales referidos a la materia establecen mandatos directos a los jueces para que los problemas que se susciten referidos a ella, sean solucionados. Por lo tanto, basta que el juez aplique directamente la CEDAW, entre otras, para solucionar los conflictos relativos a la igualdad de género. Luego de mencionar los objetivos de la CEDAW y los principales artículos (a los que hizo mención la recurrente), señala:

“Que en consecuencia, habiéndose establecido que el artículo 128 del Código Civil es una disposición discriminatoria contra el hijo así como contra la mujer, resulta que no puede conciliarse con las estipulaciones de los tratados internacionales que reivindican jurídicamente la igualdad de los niños y de género, habiendo quedado tácita y totalmente derogado por ellos en la forma que lo contemplan los artículos 52 y 53 del Código civil.”²¹⁸

Por lo anterior, vemos que en la sentencia mencionada hay un uso efectivo de la normativa internacional referida al DIDH de las mujeres, en tanto por aplicación de dichas disposiciones, se deroga un artículo con plena vigencia formal en el derecho interno, resultando inaplicable al caso. Esto, es una aplicación sustantiva del control de convencionalidad, en tanto no es sólo tarea de los legisladores realizar el efectivo cumplimiento de las obligaciones contraídas internacionalmente, sino que también es deber del Poder Judicial actuar ante la negligencia del legislador, y realizar lo necesario para que el Estado efectivamente cumpla, en completa concordancia con los estándares internacionales.

Con respecto a la violencia intrafamiliar, la *Corte de Apelaciones de Punta Arenas, rol 28-2012*²¹⁹, fecha 4 de mayo de 2012, reconoce que constituye una violación a los derechos

²¹⁸ Considerando décimo tercero. Cabe recordar lo señalado por FACIO con respecto a artículos similares al art. 128 de nuestro CC: “Debido a la necesidad que tienen los hombres/varones de protegerse contra imputaciones de paternidad debido a que por su sexo no pueden tener entera certeza de ser los padres biológicos de una criatura, existen en casi todos los códigos una serie de artículos que regulan esta materia. Esta necesidad no la tenemos las mujeres y sin embargo a esas regulaciones no se les llama ‘protecciones especiales a los hombres/varones’, mientras que los artículos que regulan, por ejemplo, las licencias por maternidad, son llamadas ‘de las protecciones especiales a las mujeres trabajadoras’. ¿Por qué? Porque las necesidades de los hombres son percibidas, tanto por hombres como por mujeres, como necesidades de la especie toda, mientras que las necesidades de las mujeres son percibidas como necesidades específicas de ese ‘sector’”. FACIO, A. 1999, óp. cit., p. 127.

²¹⁹ El demandado en procedimiento de violencia intrafamiliar, interpone recurso de apelación contra sentencia que lo condena por violencia intrafamiliar psicológica y económica, obligándolo a abandonar el hogar que comparte

humanos, y que lo establecido por los tratados internacionales sirve para interpretar la legislación nacional en la materia, siendo aplicables según dicho tribunal en función del artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política de la República:

“Entre las disposiciones esenciales que rigen la materia destaca, en apoyo de la interpretación de la ley 20.066, la afirmación del legislador internacional, en el sentido que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y le limita total o parcialmente el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades (Preámbulo Convención de Belém Do Pará)”.²²⁰

Luego, se señalan los principales derechos garantizados en la Convención Belém do Pará, relacionados principalmente con el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia, no sólo en el ámbito público sino también en el ámbito privado y el respeto a su integridad física, psíquica y moral. Esto es de suma importancia, en tanto se reconoce que el ámbito privado no es un ámbito ajeno a las interferencias del Estado en donde se permita o se tolere la violencia; el énfasis otorgado por el Tribunal recalca la importancia de detener la violencia contra la mujer en ámbitos privados. El año 1998, la CIDH, emitió un informe Sobre la Condición de la Mujer en las Américas, señalando que:

“La Comisión hace suya la Recomendación General 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) adoptada en 1992, a través de la cual se afirma que la violencia contra la mujer constituye una violación de derechos humanos, enfatizando que los Estados podrían ser responsables de los actos privados si omiten actuar con la debida diligencia para prevenir violaciones a los derechos o investigar y sancionar actos de violencia, o no proporcionan medidas reparatorias o compensatorias (...). En concordancia con el criterio expuesto por CEDAW, la Comisión recomienda a los Estados revisar y reformar la legislación interna, a efectos de que la misma refleje el desarrollo alcanzado en el derecho internacional con relación a los derechos de la mujer, penalizando conductas aún no tipificadas como el acoso sexual, modificando procedimientos en la etapa probatoria cuando resulten discriminatorios y/o prejuiciosos, en razón de ser la víctima una mujer dedicada a

con la víctima. Alega el recurrente que no se precisaron en forma clara los hechos que fundamentan la condena, señalando que él realizaba aportes para el hogar y que no puede abandonarlo pues es de él. La Corte de Apelaciones reconoce la violencia contra la mujer como un tema de derechos humanos, luego de hacer un análisis de esta, rechaza el recurso presentado por el demandado, confirmado la sentencia de primera instancia.

²²⁰ Considerando segundo

tareas “no honestas”, e investigar y sancionar los casos de violencia doméstica con la debida diligencia y por medio de un recurso rápido y sencillo.²²¹

Con lo anterior por lo tanto, el Tribunal da cuenta de reconocer al fenómeno de la violencia como aquel en que están involucrados derechos humanos, y que el Estado tiene un rol activo y fundamental, ya que durante siglos el ejercer violencia contra la mujer no sólo era permitido sino que era correcto. La Corte reconoce que esto no es un problema entre dos personas, sino que es un problema de la sociedad y que las obligaciones del Estado se relacionan con prevenir, investigar y sancionar, es decir, con una obligación de garantía de los derechos efectivamente reconocidos en los tratados internacionales, de actuar con la debida diligencia, estándar al que se hizo referencia en el Capítulo I.

La Corte también hace referencia a la necesidad de modificar las prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o tolerancia de la violencia contra la mujer, en relación a la obligación establecida en el artículo 7.e de la Convención Belém do Pará. La CIDH en sus informes ha relacionado esto con el hecho de que muchos tribunales analicen la “honestidad” de la víctima, y que muchos delitos sexuales por ejemplo estén integrados en el título de Moralidad Pública²²², pero esto también se relaciona con cómo se realizan esas prácticas que son muchas veces influenciadas por los jueces, que consideran a una mujer “histórica” por ejemplo, el poco apoyo de las fuerzas policiales que consideran efectivamente que son problemas entre privados, o el rol que juegan los servicios auxiliares al hacer informes psicológicos sobre la demandante y el demandado²²³.

Por otro lado, en la misma sentencia se hace referencia a la igualdad entre hombre y mujer en el matrimonio, utilizando el PIDCP, la CADH y la CEDAW. Lo relevante en este punto, es que se toma en consideración que durante la fase de disolución del matrimonio, también se ve reflejado el carácter abusivo y violento de la relación, y por lo tanto, es deber de los tribunales intervenir en ese momento para que las consecuencias de la violencia cesen. Nuevamente se aprecia cómo la violencia contra la mujer y la discriminación están íntimamente relacionadas,

²²¹ CIDH. Informe de la CIDH Sobre la Condición de la Mujer en las Américas, OEA/Ser.L/V/II.100Doc.17, 13 de octubre de 1998, pp. 9-10.

²²² PALACIOS, P. 2007. Las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos y la Perspectiva de Género. Santiago, 2° ed., Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 236 y ss.

²²³ En este sentido, el ejercicio de la psicología no está ajena a las mismas críticas feministas que esbozamos en el primer capítulo sobre el derecho. Otros problemas que dificultan el acceso a la justicia en este caso, también se relaciona con la tardanza de la realización de dichos informes, la revictimización, la no aplicación de perspectiva de género, etc.

“(…) pues también en esta fase, como hemos comprobado en autos, es posible encontrar las manifestaciones de una actitud abusiva proveniente de una concepción de los roles de los géneros femenino y masculino que restringe y obliga a la mujer a labores domésticas en una suerte de servicio al varón quien toma distancia de ellas, lo que deviene en un franco abuso cuando no existe un acuerdo entre ambos o un proyecto de vida que justifique estos roles o por su parte, tampoco cumple el rol de proveedor del hogar que va asociado a esta visión tradicional de la pareja humana”.²²⁴

Como es de esperarse, en este caso, la Corte de Apelaciones después de haber explicado latamente la violencia contra la mujer y los principios en que se funda su protección, haciendo referencia a los roles y estereotipos presentes en la sociedad (que se relaciona con la objeción a la voluntariedad señalada en una sentencia anterior), confirma la sentencia apelada ordenando el abandono del hogar común del agresor.

En la sentencia emanada de la *Corte Suprema, rol 7921-2012*²²⁵, fecha 1 de abril de 2013, vemos cómo los estereotipos de los roles asignados a lo femenino y lo masculino entran en juego. En este caso, se entrega el cuidado personal al padre, siendo lo relevante para efecto del análisis, que se suspende la relación directa y regular con la madre, en tanto esta se encuentre privada de libertad.

La recurrente señala que el fallo de la Corte de Apelaciones vulnera la Convención Belém do Pará en sus artículos 6 a) y b) referentes al derecho de toda mujer a ser libre de toda forma de discriminación y al derecho de toda mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación. Esto, debido a que el Juzgado de Familia consideró como un factor relevante el que ella se encontrara en una relación sentimental con una persona privada de libertad en primer lugar, y luego, que ella se hubiese a su vez encontrada privada de libertad.

²²⁴ Considerando octavo

²²⁵ En este caso, el padre de dos menores interpone demanda para solicitar el cuidado personal de sus hijos, el cual detenta desde el año 2010, fecha en la cual se le otorgó el cuidado personal provisional debido a que la madre fue detenida en Argentina. La demandada señala que se vulneró el deber de establecer fundadamente la suspensión de la relación directa y regular de la madre con sus hijos, además de señalar que no existe causa de inhabilidad para que ella ejerza el cuidado personal, alega también que durante el juicio se vulneraron convenciones internacionales que garantizan la no discriminación contra la mujer, esto debido a que salieron a la luz factores relativos a la vida de la madre que no tiene que ver con que ella ejerza o no el cuidado personal, siendo estigmatizada. La Corte Suprema rechaza el recurso de casación en el fondo y confirma la sentencia que otorga el cuidado personal al padre, pues si bien no hay causal de inhabilidad en la madre, atendiendo al interés superior de los niños, se determina que se garantizará de mejor manera si continúan con él.

El tribunal, más que señalar la inconveniencia de que los menores visiten a su madre mientras se encuentra privada de libertad, analiza la conducta anterior de la madre que habría sido temeraria y los habría puesto en riesgo. Con esto, la sentencia de suspensión de la relación directa y regular se asemeja más a un castigo que a un razonamiento fundado en el interés superior de los niños; es más, se acreditó durante el juicio de primera instancia que la madre ejercía un rol fundamental en la vida de los menores, deseando ellos que hubiesen más ocasiones de contacto. Con esto, el tribunal da cuenta de lo que considera debe ser una buena madre/mujer, sin hacer referencia a tratados internacionales ni a los argumentos señalados por la recurrente. Precisamente esa práctica de los jueces de utilizar estereotipos, lo institucionaliza, otorgándole la autoridad de derecho²²⁶.

Asimismo, en la sentencia emanada de la *Corte Suprema, rol 10358-2013*²²⁷, fecha 13 de febrero de 2014, nuevamente es la recurrente la que establece una argumentación basada en la vulneración de convenciones internacionales, evitando la Corte pronunciarse al respecto. Resuelve el conflicto sobre el cuidado personal de una menor en relación a la normativa nacional, rechazando la petición de cuidado personal compartido de la recurrente. Lo mismo ocurre en la sentencia de la *Corte Suprema, rol 32069-2014*²²⁸, fecha 14 de abril de 2015, referida a divorcio culpable.

Lo relevante de la sentencia de la *Corte Suprema, rol 12492-2014*²²⁹, fecha 18 de marzo de 2015, referida principalmente al conflicto que surge entre derecho de un padre para interponer la nulidad del reconocimiento de un menor contra la prescripción de dicha institución, no es su voto de mayoría, que anula de oficio la sentencia y determina la

²²⁶ COOK, R. y CUSACK, S. 2010, óp. cit., p. 42.

²²⁷ En este caso el padre demanda el cuidado persona de su hija, el cual es otorgado por el juzgado de familia debido a que la madre reside en el extranjero. La Corte de Apelaciones confirma dicha sentencia y la demandada interpone recurso de casación en el fondo contra dicha sentencia, por vulnerar esta la ley 20.680 y diversas convenciones internacionales, debido a que estos garantizan que el cuidado personal se ejerza por ambos padres. La Corte Suprema rechaza el recurso, estimando que el derecho fue aplicado correctamente y que se respetó el interés superior del niño en tanto se buscó evitar que cambiara nuevamente de cuidador.

²²⁸ La recurrente interpone recurso de casación en el fondo contra sentencia de la Corte de Apelaciones que confirma la emanada del Juzgado de Familia que acogió la demanda por divorcio culpable tomando como fundamento la infidelidad de la cónyuge. Alega la recurrente que antes de que ella cometiera una infidelidad, el cónyuge le había confesado una infidelidad de él, hecho que habría tornado intolerable la vida en común. Continúa señalando que al verificarse la infracción recíproca y coetánea, se excluiría la procedencia de la causal de divorcio culpable. La Corte Suprema rechaza el recurso, debido a que este presenta falta de fundamento y pretende dirigirse a cuestionar la valoración probatoria realizada en instancias anteriores, hecho que no puede ser posible por este recurso.

²²⁹ El demandante reclama la nulidad del acto de reconocimiento de paternidad, debido a que tuvo conocimiento a través de exámenes de ADN particulares, que no era el padre biológico de la menor. En primera instancia se rechaza la solicitud de realizar nuevos exámenes de ADN por el Servicio Médico Legal, pues se acoge la excepción de prescripción interpuesta por la madre de la menor. La Corte de Apelaciones confirma dicha sentencia, y el demandante interpone recurso de casación en el fondo. La Corte Suprema rechaza el recurso pero recurre a la casación de oficio para anular la anterior y solicitar el examen de ADN. El Ministro Cerda, en un voto concurrente argumenta en base a convenciones internacionales.

realización de exámenes de ADN para determinar si efectivamente es el progenitor o no; sino, el voto del Ministro Cerda, que efectivamente apoya la decisión de la Corte pero con fundamentos basados en el DIDH de las mujeres, pues considera que el no permitir la realización de dichos exámenes atenta contra la igualdad entre hombres y mujeres en sus relaciones familiares, constituyéndose como un acto discriminatorio contra la mujer.

“Fuerza es para este juzgador traerla a colación [la CEDAW], como quiera que obligar a la madre a presentarse ante su hijo con un padre que no lo es, por la sola circunstancia que éste no accionó oportunamente, le parece discriminatorio.”²³⁰

Es más, en su Voto establece que en relación a lo establecido en dicha Convención, en sus artículos 5.a y 2.c, es deber de los Estados modificar los patrones socioculturales y eliminar prácticas y costumbres basadas en estereotipos, como hicimos referencia anteriormente²³¹. Siendo este deber no sólo del poder legislativo, pues es a través de los tribunales nacionales competentes, que la mujer adquiere la efectiva protección de sus derechos. Se establece por tanto, el deber del Poder Judicial de adoptar las medidas que sean necesarias y que estén dentro de su alcance, para eliminar la discriminación sufrida por la mujer. Esto lo aplica pues considera que el derecho no es una serie de compartimentos, sino que es un todo, integrado por el DIDH el cual se hace aplicable pudiendo servir como base para modificar o interpretar el derecho nacional. Así, en este caso, señala que si no se observara el derecho internacional se aplicaría perfectamente la prescripción, pero que debido a la visión holística e integral que debe tener el juez, se termina incluso por derogar ciertas instituciones que inspiraron a Bello, a la luz del DIDH de los niños y las mujeres. En este sentido, se asemeja a lo establecido en la sentencia de la *Corte de Apelaciones de Punta Arenas, rol 116-2011*, que derogaba el artículo 128 del Código Civil debido que no era compatible con las obligaciones internacionales adoptadas por el Estado.

*

* *

Del análisis de las sentencias en materia de familia, encontramos que en un porcentaje considerable, el Tribunal hace caso omiso a lo pronunciado por la/el recurrente, en tanto se menciona como vulnerado el DIDH de las mujeres en los recursos, pero esto no tiene un pronunciamiento posterior por el tribunal. Por otro lado, en ocasiones, se busca dotar de

²³⁰ Voto ministro Carlos Cerda, considerando 7°.

²³¹ Corte Suprema, rol 7921-2012, fecha 1 de abril de 2013

contenido –junto a la legislación nacional- a ciertos principios, como el de igualdad y no discriminación. Además, se aprecia el mantenimiento de ciertos estereotipos con respecto a cómo debe ejercerse el rol de la madre, lo que tiene implicancias en la valoración de pruebas y en el tratamiento que los/as operadores/as de justicia realizan hacia las personas involucradas. Sin embargo, hay un caso que muestra una utilización sustantiva del DIDH de las mujeres y que tiene como efecto una mayor protección de los derechos de la mujer involucrada, referida a la derogación tácita del artículo 128 del Código Civil, precisamente porque es contrario a las obligaciones establecidas en las convenciones internacionales, y que en caso de no ser derogado, perpetúa la discriminación contra la mujer.

En conclusión, si bien no hay una ausencia absoluta de utilización sustantiva del DIDH de las mujeres, dicho uso es excepcional.

4. DIDH de las mujeres en materia penal

Las sentencias encontradas en materia penal se refieren a situaciones de amenazas o lesiones en contexto de violencia intrafamiliar, rigiendo la ley 20.066. Dentro de ellas encontramos dos grupos: el primero, discute la existencia del delito de desacato (establecido en el artículo 240 del Código de Procedimiento Penal) ante la inobservancia de las condiciones establecidas en la salida alternativa de suspensión condicional del procedimiento; el segundo, se refiere también a situaciones de violencia intrafamiliar en que la víctima y el agresor son miembros de una comunidad indígena, por lo que el cuestionamiento en ese caso es la aplicación o no de los acuerdos reparatorios, a pesar de que esté prohibido por la ley 20.066.

4.1. Desacato y suspensión condicional del procedimiento

En la sentencia de la *Corte Suprema, rol 8467-2009, fecha 26 de enero de 2010* el imputado es condenado por delito de desacato, interponiendo la defensa recurso de nulidad, el cual es rechazado por la Corte de Apelaciones de Santiago. El desacato es producto del procedimiento llevado a cabo en su contra por el delito de amenazas en contexto de violencia intrafamiliar, luego de ser formalizado el 11 de diciembre del año 2008, en audiencia de control de detención se accede a una suspensión condicional del procedimiento por el plazo de un año en el cual debe hacer abandono del hogar que compartía con la víctima, junto a la prohibición de acercarse a ella. En mayo del año 2009, se vulnera la prohibición de acercamiento y es condenado en calidad de autor y en grado consumado, por el delito de desacato. La defensa establece que los efectos de vulnerar la suspensión

condicional del procedimiento están establecidos de antemano, y no puede ser objeto de delito de desacato. La Corte Suprema rechaza el recurso.

Al contrario de la sentencia anterior, la *Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 989-2010, fecha 14 de septiembre de 2010* el imputado, –también formalizado por el delito de amenazas en contexto de violencia intrafamiliar y bajo las condiciones de hacer abandono del hogar y no acercarse a la víctima, dentro de una suspensión condicional del procedimiento- vulnera las condiciones establecidas y es condenado por el delito de desacato. La Corte de Apelaciones acoge los alegatos de la defensa en el entendido de que la institución del desacato no es aplicable en estos casos, pues la ley no considera una pena para ese hecho (sólo para las medidas cautelares o accesorias de la ley 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar, y no para la vulneración de la suspensión condicional del procedimiento que tiene sus consecuencias propias).

Luego, la *Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 773-2011, fecha 28 de junio de 2011* retoma el criterio utilizado en la primera sentencia, pues ante el recurso de nulidad interpuesto por la defensa del condenado en delito de desacato, la Corte de Apelaciones lo rechaza. Dicho criterio es reiterado posteriormente en la sentencia de la *Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 695-2012, fecha 4 de julio de 2012*.

El uso que se da a la Convención Belém do Pará en los casos señalados, dista de ser una aplicación sustantiva del DIDH de las mujeres, sirviendo sólo de referencia, mostrando una vez más la concepción bajo la cual opera el poder judicial: el derecho nacional es lo que se debe aplicar por sobre normas que provengan del derecho internacional, pues el derecho nacional es suficiente y es más, el derecho nacional ha tenido como origen el deber del Estado de cumplir con sus obligaciones internacionales²³². Y debido a que ha tenido como inspiración convenciones internacionales, asumen que todos los principios con respecto a dicho tema están contemplados en la ley, muchas veces sin hacer un control de convencionalidad en el caso particular.

Para dar cuenta de lo anterior basta con tomar una ley como ejemplo: la ley 20.066 sobre violencia intrafamiliar. El párrafo reiterado en sentencias que abordan este tema es:

“Que, por su parte la Ley de Violencia Intrafamiliar N° 20.066 que se relaciona con el presente recurso, señala, en sus tres primeros artículos su objetivo correspondiente a

²³² En este sentido, es común ver en las sentencias que los jueces mencionan una determinada ley, para que luego señalen que dicha ley se basa en una convención internacional.

prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar y otorgar protección a las víctimas de la misma, imponiendo al Estado la obligación de adoptar las medidas conducentes para garantizar la vida, integridad personal y seguridad de los miembros de la familia, debiendo además, asumir el deber de adoptar políticas orientadas a prevenir este tipo de violencia, en especial contra la mujer y los niños, y a prestar asistencia a las víctimas, disponiendo que entre otras, adopte las medidas necesarias para dar cumplimiento a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer (...).”²³³

Luego de esa mención al DIDH, el análisis del tribunal –si es que se le puede considerar análisis-, se refiere únicamente al derecho nacional y a lo que establece la ley 20.066 y el Código Procesal Penal, no tomando en cuenta los estándares internacionales establecidos por la misma Convención Belém do Pará, ni aquellos derivados de organismos internacionales y resoluciones que han ido complementando el corpus iuris en la materia, como se estableció en el capítulo I.

Por otro lado, otro de los elementos del párrafo transcrito, se refiere a las obligaciones del Estado de aplicar la Convención Belém do Pará. En este sentido, parece ser una alusión a que no le compete al Poder Judicial realizar los objetivos de dicha convención, sino al Poder Ejecutivo a través de políticas públicas, o al legislativo (como ya lo hizo promulgando la ley 20.066), con lo cual se desliga de una obligación que también involucra a la administración de justicia, aplicar los estándares internacionales en materia de derechos humanos en el análisis y fallo de casos particulares.

4.2. Violencia en comunidades indígenas y la procedencia de acuerdos reparatorios

Los hechos en los siguientes casos se basan en delitos de amenazas o lesiones en contexto de violencia intrafamiliar, cometidos por el marido contra su cónyuge, pertenecientes ambos a la etnia mapuche. Dentro de dicha comunidad, señalan los mismos tribunales de justicia, suelen resolver los conflictos a través de la negociación:

“Que en este sentido, es un hecho público y notorio en esta Región, que las personas de la etnia mapuche, históricamente han resuelto sus conflictos, incluso algunos de

²³³ Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 695-2012, fecha 04 de julio de 2012, considerando sexto. En el mismo sentido. Corte Suprema, rol 8467-2009, fecha 26 de enero de 2012, considerando séptimo; voto de minoría Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 989-2010, fecha 14 septiembre de 2010, considerando tercero; Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 773-2011, fecha 28 de junio de 2011, considerando tercero.

mayor gravedad que los que motivan esta causa, mediante la negociación, por cuanto es propio de su cultura resolver de esta manera los conflictos (...)²³⁴

En este caso la cuestión legal a debatir es si debe aplicarse el artículo 9²³⁵ y 10²³⁶ del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en casos de violencia intrafamiliar, permitiendo la salida alternativa de acuerdos reparatorios, o se aplica la ley 20.066, que prohíbe la procedencia de dichos acuerdos.

De los nueve casos analizados en este tema, desde el año 2011 hasta el 2013²³⁷ los tribunales no dudaban en aplicar el Convenio 169 por sobre la ley 20.066, en cambio, después del año 2014 cambia el criterio de los tribunales superiores, quienes rechazaron la aplicación del convenio internacional²³⁸. Sin embargo, en el único caso en que es utilizada la Convención Belém do Pará es en la sentencia de la *Corte de Apelaciones de Temuco, rol 43-2012, fecha 24 de enero de 2012*, pero no en su voto de mayoría que sostiene la aplicación del Convenio 169, sino en su voto de minoría, que establece precisamente que dicho convenio no puede vulnerar los derechos a la igualdad y no discriminación y el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia.

Ahora bien, en cuanto a las sentencias referidas a la violencia intrafamiliar sufrida por mujeres indígenas, hay que recalcar en primer lugar, lo señalado por el Comité de la CEDAW al Estado de Chile, en relación al seguimiento del cumplimiento de sus obligaciones internacionales, quien en el año 2012 señala que el Estado debe “21(b). Establecer una estrategia y un plan de acción global para prevenir y eliminar todas las formas de violencia contra las mujeres, incluyendo a las comunidades mapuche y a otras comunidades indígenas, así como un mecanismo institucional efectivo para coordinar, supervisar y evaluar

²³⁴ Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 27 de octubre de 2011, Rol 955-2011, considerando 3.

²³⁵ 1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

²³⁶ 1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

²³⁷ Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 27 de octubre de 2011, Rol 955-2011; Corte Suprema. Sentencia de 4 de enero de 2012, Rol 10635-2011; Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 24 de enero de 2012, Rol 43-2012; Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 4 de junio de 2012, Rol 388-2012; Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 17 de julio de 2012, Rol 499-2012; Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 2 de agosto de 2012, Rol 581-2012; Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 21 de agosto de 2012, Rol 635-2012.

²³⁸ Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 4 de septiembre de 2012, Rol 667-2012; Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 3 de mayo 2013, Rol 220-2013; Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 22 de enero de 2014, Rol 40-2014; Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 11 de febrero de 2014, Rol 99-2014.

la eficacia de las medidas adoptadas (...), 21.(f) Reforzar su sistema judicial para garantizar que las mujeres, en particular a grupos desventajados, como las mujeres-indígenas, tengan acceso efectivo a la justicia”²³⁹. Esto, debido a la complejidad que enfrentan dichas mujeres, que se ven expuestas a la falsa dicotomía entre aplicar o el Convenio 169 de la OIT, o la Convención Belém do Pará.

Los tribunales tienden a aplicar o la normativa haciendo referencia a la protección que debe tener su identidad cultural, u otra haciendo referencia a la protección que debe tener por el hecho de ser mujer. Con esto, no se está tomando en cuenta la complejidad del fenómeno, y la complejidad de las opresiones sufridas. Es necesario, por lo tanto una “práctica judicial no sólo con perspectiva de género, sino culturalmente sensible, que tome en consideración las distintas identidades y formas de dominación y exclusión que operan en la vida de las mujeres-indígenas”²⁴⁰, que dé cuenta de la discriminación múltiple sufrida, y por lo tanto, que aplique los estándares internacionales en la materia, como se señalaron en el capítulo I. En este sentido, dicha práctica debe considerar, siguiendo a FACIO, que una mujer indígena no sufre la discriminación por ser mujer y por ser indígena, sino por el hecho de ser mujer indígena, las distintas formas de opresión no se suman matemáticamente, sino que ambas categorías se dan contenido y se significan mutuamente²⁴¹.

Ahora bien, es evidente que la práctica anterior suprime ciertos estándares jurídicos, elaborados principalmente en base a lo contenido en el Convenio 169 de la OIT. En materia indígena, el fundamento se basa en que los miembros de una comunidad indígena alcanzarán el pleno goce y ejercicio de sus derechos si se reconoce sus particularidades culturales, su dignidad y autonomía²⁴². El artículo 8 de dicho convenio, señala que al aplicar la legislación nacional se deberá tomar en cuenta las costumbres y el derecho consuetudinario de las comunidades indígenas; el artículo 8.2 a su vez señala que “dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”.

²³⁹ CEDAW. Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, adoptadas por el Comité en su 53° período de sesiones (1 a 19 de octubre de 2012). [En línea]: <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2013/01/CEDAW-Chile-2012-ESP.pdf>, [consulta]: 20 de marzo de 2016]

²⁴⁰ NASH, C. et al. 2013. Violencia contra mujeres indígenas en el marco de las relaciones familiares: pautas para decidir procedencia de acuerdos reparatorios. Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 9. [En línea]: <http://cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/100.pdf>, [consulta: 7 de marzo de 2016].

²⁴¹ FACIO, A. 1999, óp. cit., p. 101.

²⁴² NASH. C, et al. 2013., p. 22.

El artículo 9 del convenio establece que las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tomar en cuenta la costumbre del grupo indígena al que pertenezca la persona, y el artículo 9.2 que “en la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”. El artículo 10 señala que dichas diferencias deberán ser tomadas en cuenta al momento de determinación de la pena.

Por lo tanto, vemos que ya el propio convenio señala que la aplicación de este debe ser aplicado en forma conjunta con DIDH, no debiendo ser incompatible, sino al contrario, debe ser capaz de determinar las necesidades en relación a la especificidad cultural sin dejar de lado los estándares aplicables en otras materias. La propia Corte IDH reconoce que para garantizar el pleno y efectivo goce de los derechos en igualdad, hay que atender a las especificidades culturales del titular de derechos²⁴³.

*

* *

En conclusión, en materia penal encontramos por un lado, la ausencia de utilización sustantiva del DIDH de las mujeres debido a la preeminencia dada a la legislación nacional, bajo el argumento de la suficiencia del derecho nacional para analizar una determinada situación y debido a que se señala que dicho Derecho está basado a su vez, en principios y obligaciones internacionales. Por otro lado, el poder judicial omite el rol que le corresponde, en tanto poder del Estado, de aplicar la normativa internacional en los casos sometidos a su conocimiento.

Por otro lado, lamentablemente los tribunales utilizan una visión excluyente, sin tomar en cuenta que el análisis de un caso debe considerar tanto el cuerpo normativo nacional como aquellas normas –que son parte del derecho interno-, pero que tienen una fuente diferente: el derecho internacional. Con la visión anterior, desconoce la interseccionalidad en la discriminación, que aqueja a las mujeres indígenas, desconociendo con esto las obligaciones internacionales que derivan de la propia Convención Belém do Pará, que establece que los Estados al adoptar las medidas establecidas en la Convención tendrán en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón de su raza o condición

²⁴³ Corte IDH. Caso Yakyé Axa vs. Paraguay, párr. 51.

étnica, de migrante, de refugiada o de desplazada, se tomará en cuenta además si está embarazada, es discapacitada, menor de edad o anciana, o esté en una situación socioeconómica desfavorable, entre otras.

5. DIDH de las mujeres en materia constitucional: ausencia de sentencias que utilizan DIDH de las mujeres en forma sustantiva

De la recopilación de sentencias emanadas de acciones constitucionales, tales como: acción de protección, acción de amparo, reclamo de nacionalidad, reclamo de expulsión y otras acciones, no se encontraron sentencias que utilizaran el DIDH de las mujeres, a pesar de que los problemas jurídicos que ocasionaban el actuar de tribunales sí se relacionaban con materias que se encuentran tanto en la CEDAW como en la Convención Belém do Pará.

Relevante en este sentido es la sentencia de la *Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 1212-2015, fecha 29 de abril de 2015*, que acoge el recurso de protección interpuesto por postulantes de la Corporación MIGR-ACCIÓN, en beneficio de Daina Jaldin Apaico, de nacionalidad boliviana, en contra del Hospital Regional de Antofagasta por negarse a otorgarle prestaciones médicas. En este caso, Daina, luego de haber ingresado en forma regular al país el año 2010, comenzó a trabajar en forma remunerada sin tener la autorización respectiva para hacerlo, por lo que fue decretada su expulsión la que se llevó a cabo en septiembre del año 2010. En diciembre del año 2011, vuelve a ingresar a Chile en forma regular, abandonando el país a mediados de enero del año 2012, para reingresar nuevamente el 21 de enero del 2012, ocasión en que Policía de Investigaciones le otorga una tarjeta de turismo. Luego, se dirige a la Policía de Investigaciones para dejar constancia de su viaje y en dicha ocasión, es detenida. Daina tenía treinta y seis semanas de embarazo –el que fue calificado de alto riesgo-, y el hecho de que la Gobernación Provincial de Antofagasta le negara la posibilidad de regularizar su situación afectó su derecho a la salud, y el de su hijo; y el poder mantenerse, debido a que no podía trabajar legalmente.

Argumentó que se habían vulnerado las garantías del artículo 19 N° 1 (vida e integridad tanto de la mujer como del que está por nacer), N° 2 (por su condición de migrante irregular se le niegan prestaciones médicas –debido a su embarazo de alto riesgo requiere ser derivada a Santiago, pero se le exige que pague por ello, no pudiendo optar a prestaciones médicas gratuitas-).

En este marco, el tribunal tiene opción de pronunciarse acerca de los tratados internacionales vigentes en Chile, particularmente debido a la transcripción del artículo 5°

inciso 2° de la Constitución Política de la República, que abre la puerta para que la Corte realice un control de convencionalidad. Sin embargo, sólo hace referencia a la Convención de los Derechos del Niño (artículo 24), en particular al derecho a la salud que este posee. En ningún considerando se menciona el derecho de la mujer a la salud, pues se desentiende del hecho que el que sea un embarazo de alto riesgo implica a su vez que la salud de la mujer puede verse en riesgo. Pero nuevamente, y como ya lo apreciamos con el análisis de otras sentencias, cuando se está ante una mujer embarazada la atención se centra en el que está por nacer y su posible afectación, y no en la afectación a la mujer, siendo solo una portadora, siendo una mujer/madre y no una mujer/persona²⁴⁴.

En conclusión, en materia constitucional no existe una utilización sustantiva del DIDH de las mujeres, a pesar de la existencia de sentencias en que sí se podría haber aplicado.

6. Conclusiones

A través del presente capítulo, se realizó un análisis de las sentencias emanadas de la Corte de Apelaciones y de la Corte Suprema que recogían el DIDH de las mujeres, con énfasis en menciones a la CEDAW, a la Convención Belém do Pará y a ciertos convenios internacionales de la OIT, particularmente en materia laboral, de familia, penal y constitucional.

En materia laboral, las sentencias analizadas se referían a dos temas: protección de la maternidad e igualdad de remuneraciones (sólo una hacía referencia a este tópico, y era rechazada). En cuanto al primer tema, se constataba la visión de la mujer/madre, no mujer/persona, pues dicha “protección a la mujer”, realmente no responde a su propio interés sino que a otros, y en este caso la protección del que está por nacer prima por sobre otros intereses.

En el ámbito de familia se aprecian por un lado, el mantenimiento de estereotipos, por ejemplo al analizar el rol de la madre para determinar el cuidado personal (tomando en consideración la pareja de la madre, siendo que son elementos que no son analizados con respecto al padre). Pero por otro lado, se aprecia un avance en el cuestionamiento de instituciones discriminatorias como lo es el hecho de que la mujer tenga que pedir autorización para casarse por segunda vez si no ha transcurrido un plazo determinado desde el divorcio. En este último caso se utiliza el DIDH de los derechos humanos para no aplicar

²⁴⁴ En el mismo sentido: Corte de Apelaciones de Antofagasta. Sentencia de 17 de octubre de 2014, rol 1380-2014. En fallo de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas. Sentencia de 20 de enero de 2015, rol 507-2014, también por protección de la “maternidad”, se recurre a normas genéricas del DIDH.

dicho artículo, y resulta relevante lo señalado por el tribunal en este caso, al establecer que el derecho internacional establece mandatos de aplicación directa al caso particular para resolver ciertos conflictos y fomentar la igualdad de género.

En materia penal no hay un uso sustantivo, sino una mención al DIDH de las mujeres, pues en casos de violencia intrafamiliar se utiliza la ley 20.066 y los jueces se conforman con aplicar dicha legislación por señalar que está basada en el derecho internacional, pero no determinar de todas maneras si en el caso particular se deben aplicar otros estándares. Por lo tanto, estiman suficiente aplicar la normativa nacional para decidir sobre el fondo del asunto. Asimismo, en el caso de mujeres indígenas, la visión de las Cortes ha sido excluyente y no ha sabido considerar la complejidad del asunto, el ser mujer e indígena, ni que estas categorías se alimentan recíprocamente.

Finalmente, en materia constitucional se aprecia la ausencia de referencias al DIDH de las mujeres, siendo que se encontraron casos en que el asunto a resolver era sobre situaciones vividas por mujeres –inmigrantes particularmente- que veían sus derechos vulnerados por la actuación del Estado.

En conclusión, en la mayoría de las sentencias analizadas no existe un uso sustantivo del DIDH de las mujeres sino sólo menciones a este, resolviéndose los casos con referencia a la legislación nacional. La recepción sustantiva del DIDH es una excepción a la regla, más que el actuar común de los jueces y juezas.

Capítulo III: Uso del derecho internacional de los derechos humanos de las mujeres en la jurisprudencia comparada

Resulta relevante, para ilustrar la forma en que podrían ser utilizadas las Convenciones internacionales en la materia, el tratamiento realizado por Cortes Constitucionales y Tribunales Superiores de otros países de Latinoamérica. Para objeto de limitar el estudio, nos centraremos en sentencias emanadas de la Suprema Corte de la Nación de México, de la Corte Constitucional de Colombia y de la Cámara de Apelación en lo Civil y la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

1. Caso de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación

La incorporación del DIDH en el ordenamiento jurídico mexicano, se debe al mandato constitucional que reconoce un bloque de constitucionalidad, siendo integrado por los derechos humanos reconocidos en la Constitución Federal, como aquellos reconocidos en los tratados internacionales, estos forman un parámetro de regularidad constitucional²⁴⁵. Además, se ha hecho mención explícita al valor que tiene la jurisprudencia de la Corte IDH, determinándose que son vinculantes para el Estado, siendo considerados un estándar mínimo que deben aplicar los países que reconocen la competencia de la Corte, los que deben o ser aplicados directamente junto a la jurisprudencia nacional, o ser enriquecidos a través de jurisprudencia que obedezca al principio pro persona²⁴⁶.

En la contradicción de tesis 293/2011 del 3 de septiembre de 2013 se señala que la jurisprudencia de la Corte IDH es vinculante, no distinguiéndose entre aquellos casos en que el Estado mexicano es parte y los que no, aplicándose las siguientes consideraciones: "(i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos"²⁴⁷.

En el expediente varios 1396/2011 se reiteran los criterios anteriores, especificando que las resoluciones pronunciadas por la Corte IDH en que México es parte de la controversia, son

²⁴⁵ SCJN. Fallo de 25 de marzo de 2015, amparo directo en revisión 554/2013, párr. 108.

²⁴⁶ *Ibid.*, párr. 108.

²⁴⁷ SCJN. Fallo de 3 de septiembre de 2013, contradicción de tesis 293/2011; SCJN. Fallo de 11 de mayo de 2015, expediente varios 1396/2011, pp. 27- 28.

obligatorias para todos los órganos del Estado, lo que incluye los puntos resolutivos y los criterios contenidos en ella; y que aquellas resoluciones en que México no es parte, serán vinculantes si resultan más favorables en función del principio pro persona²⁴⁸.

En este apartado se analizará lo contenido en tres sentencias de la SCJN, a) Amparo directo en revisión 2655/2013, del 6 de noviembre de 2013 de la Primera Sala de la SCJN; b) Amparo en revisión 554/2013, 25 de marzo de 2015 de la Primera Sala de la SCJN; y c) Expediente Varios 1396/2011, 11 de mayo de 2015 del Pleno de la SCJN. En dichas sentencias se encontró un uso sustantivo del DIDH de las mujeres, que derivan en una mayor protección de dicho grupo.

1.1. Amparo directo en revisión 2655/2013

La SCJN es enfática, en todas las sentencias analizadas, en señalar la necesidad de impartir justicia con perspectiva de género, hecho que resulta clarificador y esperanzador, tomando en cuenta que en nuestro país dicha obligación aún es débil. El ADR 2655/2013 se origina por demanda de divorcio interpuesta por el marido por la causal de abandono del hogar, y por la pérdida de la patria potestad de la madre con respecto a sus hijos menores, con la argumentación de que descuidaba sus deberes de madre; la demandada argumenta que la sentencia que concedió lo anterior no tomó en cuenta que ella sufría violencia reiterada por parte del cónyuge, lo que la habría llevado a hacer abandono del hogar, precisamente para evitar la continuación del maltrato.

La Primera Sala estima, en base al relato, que el Tribunal Colegiado erróneamente omite analizar el caso desde una perspectiva de género, teniendo la obligación de hacerlo, “al no atender a los planteamientos de la demanda de amparo que expresamente referían a una situación de violencia de género y a la falta de valoración de pruebas con una perspectiva en ese sentido, los cuales actualizan una omisión en estudiar una cuestión de constitucionalidad planteada en la demanda de amparo, pues se insiste, infiere directamente en los derechos humanos de la mujer, de índole constitucional y convencional (...)”²⁴⁹, obligación reiterada en la Contradicción de Tesis 293/2011, resuelta por el Pleno de la SCJN, que señala que los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales forman parte del bloque de constitucionalidad, con los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Federal.

²⁴⁸ SCJN. Fallo de 11 de mayo de 2015, expediente varios 1396/2011, p. 27.

²⁴⁹ SCJN. Fallo de 6 de noviembre de 2013, amparo directo en revisión 2655/2013, párr. 35.

Un aspecto interesante a recalcar de la sentencia, es cómo resuelve una supuesta contradicción de derechos. Es común analizar ciertos derechos (sea derecho de la mujer a una vida libre de violencia o el derecho a la identidad de género, etc.), en contraposición al principio del interés superior del niño²⁵⁰, en el malentendido de que uno debe primar por sobre otro. En este caso, la SCJN establece:

“Igualmente, se advierte que toda vez que el asunto reviste una naturaleza de controversia familiar en la que se ven involucrados derechos de los menores, cabe señalar que no obstante se advierta que la omisión incurrida por el Colegiado refiere a la directriz de impartir justicia con perspectiva de género, ésta no se contrapone con el principio del interés superior del menor, pues ambos principios persiguen un mismo propósito: el respeto a los derechos humanos de las personas involucradas en la controversia; y en esa lógica, al haberse omitido el análisis de legalidad bajo la perspectiva de género, ocasiona en consecuencia el detrimento del principio del interés superior del menor, pues una determinación judicial que no integre la perspectiva de género, ahí donde sea pertinente, no tiende a proteger el interés superior del menor, en tanto resultaría injustificada y por tanto discriminatoria, (...)”²⁵¹

Esta visión holística e integral de la protección a los derechos humanos, fomenta precisamente una cultura de respeto y de una mayor protección, en tanto no es que unos derechos sean aplicables y otros no, sino que toda interpretación realizada por operadores jurídicos y por el Estado en general, debe tender a proteger todos los derechos involucrados en el caso y no sólo los que la persona que está aplicando el derecho considere que son los más relevantes.

Continúa el tribunal determinando el alcance del derecho de la mujer a una vida libre de violencia y discriminación, tomando como base para su determinación lo contenido en la Constitución Federal, la CEDAW, Convención Belém do Pará y la CIDN en cuanto a la igualdad de la mujer ante la ley y el deber que tiene toda autoridad de no discriminar por razones de género²⁵². Señala además, el fundamento del DIDH de las mujeres, que es mejorar la protección de derechos humanos debido a la deficiencia de la normativa a nivel internacional; y su objetivo, consistente en evitar la discriminación contra las mujeres, y lograr la igualdad de género, ampliando la responsabilidad del Estado, pues ya no se refiere

²⁵⁰ Argumentación excluyente que ha sido muy utilizada en los debates sobre derechos reproductivos y sexuales en la región, ver en Chile el actual debate parlamentario.

²⁵¹ SCJN. Fallo de 6 de noviembre de 2013, amparo directo en revisión 2655/2013, párr. 40.

²⁵² *Ibid.*, párr. 47.

sólo a los ámbitos públicos sino también a los privados, es más, la discriminación por parte del Estado ocurre al no aplicar perspectiva de género en las acciones realizadas por entes gubernamentales.

Por lo tanto, en cuanto a las obligaciones del Estado derivadas del DIDH de las mujeres, resultan no sólo obligaciones negativas –consistentes en abstenerse de discriminar-, sino también acciones positivas, como lo veíamos en el capítulo I, referentes a eliminar las trabas discriminatorias (leyes, prácticas, costumbres y estereotipos, entre otros), debiendo aplicar una perspectiva de género en cada caso²⁵³.

Habiendo establecido la obligación de aplicar una perspectiva de género, continúa determinando qué entiende por esta, siendo una herramienta que busca detectar y eliminar las barreras y obstáculos que discriminan a las personas por razones de género²⁵⁴, destacando luego, las obligaciones derivadas de la Convención Belém do Pará, en torno a capacitar y educar a los administradores de justicia, para que no sean los impedimentos en el acceso a la justicia de las mujeres. Por lo tanto, uno de los deberes del Estado consiste en:

“(…) velar porque en toda controversia jurisdiccional donde se denuncie una situación de violencia, discriminación o vulnerabilidad por razones de género, ésta sea tomada en cuenta a fin de visibilizar si la situación de violencia o discriminación de género incide en la forma de aplicar el derecho al caso concreto, pues de no hacerlo, esto es, de no considerar la especial condición que acarrea una situación de esta naturaleza puede convalidar una discriminación de trato por razones de género (…)”²⁵⁵

De lo anterior deriva por tanto, la importancia de que sea el poder judicial y los/as operadores/as de justicia los/as que apliquen un adecuado enfoque de género, con el objetivo de impedir la institucionalización de la discriminación y de mejorar el acceso a la justicia. De nada sirve el reconocimiento del derecho internacional si en el momento de aplicarlo, no se considera todos aquellos elementos que impiden la realización de la igualdad sustantiva. Es deber del Poder Judicial impartir justicia con enfoque de género, eliminando los obstáculos establecidos en la legislación, o en argumentos estereotipados –o indiferentes- que pueden terminar por llevar a una solución del caso discriminatoria,

²⁵³ Lo mismo es reiterado en las sentencias posteriores de la SCJN. Véase SCJN. Fallo de 25 de marzo de 2015, amparo directo en revisión 554/2013, párr. 112.

²⁵⁴ SCJN. Fallo de 6 de noviembre de 2013, amparo directo en revisión 2655/2013, párr. 54; SCJN. Fallo de 25 de marzo de 2015, amparo directo en revisión 554/2013, párr. 113.

²⁵⁵ SCJN. Fallo de 6 de noviembre de 2013, amparo directo en revisión 2655/2013, párr. 56.

invisibilizando la situación vivida; pues sólo de esa forma se respeta el contenido y alcance del derecho humano de la mujer a una vida libre de discriminación²⁵⁶. Dicha obligación debe realizarse aun cuando los recurrentes no contemplen dicha violación en sus alegatos, pues es deber del/a juez/a, aplicar dicha perspectiva cuando sea capaz de identificar que en una situación sometida a su conocimiento, se verifica “la existencia de situaciones de poder o bien de contextos de desigualdad estructural basados en el sexo, las funciones del género o las preferencias sexuales de las personas”²⁵⁷.

Por lo tanto, es deber de los jueces a) interpretar la norma jurídica en atención a los efectos que producirá, si dicha aplicación deriva en una violación directa al derecho de igualdad o debido a los impactos desproporcionados que tiene sobre un género, se optará entonces por una interpretación que no vulnere dicho derecho o, si eso no es posible, no se aplicará la norma; b) analizar el acervo probatorio, interpretar los hechos y valorar las pruebas aportadas sin estereotipos de género, y si no es suficiente con las pruebas aportadas, deberá ordenar todas las necesarias con el objetivo de aclarar la situación por desigualdad de género; y, c) abandonar el lenguaje basado en estereotipos o prejuicios por razones de género; se debe identificar primero la existencia de situaciones de poder que deriven en desequilibrios entre las partes y cuestionar la neutralidad del derecho aplicable, aplicando estándares de derechos humanos²⁵⁸.

En la decisión del ADR 2655/2013, la SCJN remite al Tribunal Colegiado el asunto, para que sea resuelto aplicando una perspectiva de género.

1.2. Amparo en revisión 554/2013

Los hechos del segundo caso a analizar (ADR 554/2013) se basan en la muerte violenta de una mujer de 29 años, cuyo cuerpo fue encontrado en su domicilio, por su cónyuge. En este caso, el Ministerio Público decidió no ejercer la acción penal, ya que se desprendió de las averiguaciones previas que la causa de la muerte había sido asfixia mecánica, correspondiendo las lesiones a maniobras suicidas, no existieron lesiones típicas de lucha o ahorcamiento o la existencia de otros datos que permitieran determinar la existencia de otra persona en los hechos. La madre de la víctima promovió un juicio de amparo indirecto, contra la autoridad responsable de dicha investigación.

²⁵⁶ *Ibíd.*, párr. 65. Se reitera en jurisprudencia posterior, véase SCJN. Fallo de 25 de marzo de 2015, amparo directo en revisión 554/2013, párr. 114.

²⁵⁷ SCJN. Fallo de 6 de noviembre de 2013, amparo directo en revisión 2655/2013., párr. 69. El destacado original.

²⁵⁸ *Ibíd.*, párrs. 71 y ss.

La SCJN, analiza el caso según las obligaciones que surgen para el Estado del DIDH y del derecho nacional, de investigar la muerte violenta con perspectiva de género. Por lo tanto, de los principios generales que veíamos aplicables al poder judicial en el caso anterior, se desprenden acá las obligaciones particulares con respecto a los hechos del caso. En este sentido, señala la Primera Sala que:

“(…) las autoridades investigadoras deben explorar todas las líneas investigativas posibles con el fin de determinar la verdad histórica de lo sucedido. El deber de investigar adquiere mayor relevancia en relación con la muerte de una mujer en un contexto de violencia contra las mujeres, puesto que se debe tomar como una posible línea de investigación el hecho que la mujer muerta haya sido víctima de violencia de género. En ese sentido, todo caso de muertes de mujeres, incluidas aquellas que prima facie parecerían haber sido causadas por motivos criminales, suicidio y algunos accidentes, deben analizarse con perspectiva de género, para poder determinar si hubo o no razones de género en la causa de la muerte y para poder confirmar o descartar el motivo de la muerte”²⁵⁹.

Por lo tanto, queda clara la obligación que deriva del Estado del derecho de la mujer a una vida libre de violencia y discriminación, que obliga a tomar medidas positivas por parte de la autoridad y en este caso particular, de los operadores de justicia encargados de la investigación de los hechos. Los obliga a optar por un enfoque de género, y a adoptar ciertas medidas mínimas en el ejercicio investigativo, que consisten en: i) identificar a la víctima, ii) proteger la escena del crimen, iii) recuperar y preservar el material probatorio; iv) investigar exhaustivamente la escena del crimen; v) identificar posibles testigos y obtener declaraciones; vi) realizar autopsias por profesionales competentes y empleando los procedimientos más apropiados; vii) determinar la causa, forma, lugar y momento de la muerte, y cualquier patrón o práctica que pueda haber causado la muerte; además de viii) identificar las conductas de la muerte, y las razones de género que pudieron ocasionarla, ix) preservar evidencias específicas que determinen si hubo o no violencia sexual, x) realizar las operaciones periciales correspondientes para determinar si la víctima estaba inserta en un contexto de violencia, xi) se debe analizar la conexión que existe entre la violencia contra la mujer y la violación de otros derechos humanos, planteando hipótesis que identifiquen la

²⁵⁹ SCJN. Fallo de 25 de marzo de 2015, amparo directo en revisión 554/2013, párr. 132. Cabe recalcar que para la elaboración de este párrafo se cita jurisprudencia de la Corte IDH, a saber: Caso González y otras (“Campo Algodnero”), párr 293, 455, 300 y 306, Caso del Penal Miguel Castro Castro, párr. 383.

discriminación, razones de género y otros motivos que expliquen la muerte, xii) investigar de oficio las connotaciones discriminatorias del crimen²⁶⁰.

La SCJN toma en cuenta los elementos señalados anteriormente y hace un análisis de los hechos del caso, constatando las deficiencias en la investigación. Resulta relevante el análisis que hace en torno a la omisión de la consideración de la violencia de género sufrida por la víctima, por parte de su esposo, siendo que existían declaraciones de los familiares que hacían mención a la violencia sufrida; y a la omisión de la posible relación de subordinación y de poder, en relación al género y al trabajo de él (agente investigador de la policía). Dichas deficiencias impactaron directamente en el acceso a la justicia para los familiares, manteniendo la impunidad y el silencio, favoreciendo la perpetuación de la violencia contra la mujer.

En este caso, la SCJN ordena que el Ministerio Público complete la investigación –con perspectiva de género- de la muerte, con el objeto de poder juzgar y sancionar a los responsables. Es más, enfatiza el rol de todas las autoridades, y no sólo el encargado de la investigación, de prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres, garantizando los mecanismos administrativos y judiciales correspondientes para combatir las violaciones a los derechos humanos²⁶¹, debiendo en este caso el Procurador del Estado, vigilar, asegurar el cumplimiento y sancionar a aquellos subordinados que no realicen un actuación diligente, con perspectiva de género, acorde a los estándares nacionales e internacionales²⁶².

Cabe destacar finalmente, la labor que la SCJN le otorga al Poder Judicial en su conjunto, debiendo ser capaz de “reparar el daño realizado por parte de las autoridades y de impulsar un cambio cultural”²⁶³, acorde con lo señalado en el artículo 8 de la Convención Belém do Pará, debiendo ser capaz disuadir un cambio de conducta en la sociedad y de potenciales actores.

1.3. Expediente varios, 1396/2011

En este caso, luego de señalar la relación entre el sistema internacional de protección de derechos humanos, y el derecho interno; y analizar las obligaciones derivadas de las sentencias de la Corte IDH en los casos Rosendo Cantú y Fernández Ortega sobre la justicia

²⁶⁰ SCJN. Fallo de 25 de marzo de 2015, amparo directo en revisión 554/2013, párr. 135.

²⁶¹ SCJN. Fallo de 25 de marzo de 2015, amparo directo en revisión 554/2013, párr. 224.

²⁶² *Ibidem*.

²⁶³ *Ibid.*, párr. 227.

militar, hace un análisis de la consideración de la violencia sexual como tortura. En este caso, y siguiendo los criterios señalados en el capítulo I, constituirá tortura cuando el maltrato: a) es intencional, b) causa severos sufrimientos físicos o mentales y; c) se comete con un determinado fin o propósito, considerando para estos efectos lo señalado por la Corte IDH en los casos *Fernández Ortega y Rosendo Cantú*²⁶⁴.

La SCJN señala además que “la violencia sexual tiene causas y consecuencias específicas de género, ya que es utilizada como forma de sometimiento y humillación y método de destrucción de la autonomía de la mujer, la cual puede derivar en una forma extrema de discriminación agravada por situaciones de especial vulnerabilidad, -tales como la pobreza y la niñez-, lo que implica que en la víctima sufra una intersección de discriminaciones”²⁶⁵.

Resulta relevante lo señalado por la SCJN, en atención a lo señalado por la Corte IDH, sobre la obtención y valoración probatoria, en cuanto se establece el deber de los/as investigadores/as y juzgadores/as, teniendo como base un enfoque de género y siguiendo los principios de la realización de una investigación seria, imparcial y efectiva:

- I. Atender a la naturaleza de la violación sexual, la cual, por sus propias características, requiere medios de prueba distintos de otras conductas;
- II. Otorgar un valor preponderante a la información testimonial de la víctima, dada la secrecía en que regularmente ocurren estas agresiones, lo que limita la existencia de pruebas gráficas o documentales;
- III. Evaluar razonablemente las plausibles inconsistencias del relato de la víctima de conformidad con la naturaleza traumática de los hechos, así como otros factores que pueden presentarse en caso de que las víctimas sean indígenas, tales como obstáculos en la expresión, la intervención de terceros, o el uso de diferentes idiomas o interpretaciones en las traducciones;
- IV. Tomar en cuenta los elementos subjetivos de la víctima, entre otros, la edad, condición social, grado académico o su pertenencia a un grupo históricamente desventajado, a fin de establecer la factibilidad del hecho delictivo y su impacto concreto;

²⁶⁴ SCJN. Fallo de 11 de mayo de 2015, expediente varios 1396/2011, p. 60.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 72.

V. Utilizar adecuadamente las pruebas circunstanciales, las presunciones y los indicios para extraer conclusiones consistentes en los hechos²⁶⁶.

Es importante recalcar, que en cuanto a la obligación de actuar con una perspectiva de género, la SCJN reitera en este caso lo señalado en el Amparo en Revisión 554/2013, analizado con anterioridad, dando cuenta que efectivamente el derecho de la mujer a una vida libre de discriminación y violencia incorpora elementos adicionales en la investigación de casos de violencia contra las mujeres, debiendo las autoridades adoptar medidas integrales que se relacionan con un marco jurídico de protección adecuado y la aplicación efectiva del mismo, y políticas de prevención y prácticas adecuadas para reaccionar ante las denuncias²⁶⁷.

Otro elemento analizado en la sentencia, es el acceso a la justicia de mujeres indígenas. Con respecto a ello, el tribunal hace referencia a otras resoluciones emanadas de la SCJN que, al referirse al tema, utilizan el Convenio 169 de la OIT, la CEDAW y la Convención Belém do Pará²⁶⁸. De su análisis establece que el estándar para determinar si el acceso a la justicia fue efectivo, será diferente si estamos ante personas pertenecientes a una comunidad indígena, pues en dicho caso hay que considerar las particularidades por parte de las autoridades judiciales. Concluye determinando que se genera una obligación particular para el Estado, en relación a garantizar el acceso pleno a la tutela judicial de personas indígenas, que consiste en que en todos los procesos en que sea vean involucradas personas indígenas se apreciarán las costumbres y especificidades culturales. Para ello, resulta fundamental que la persona sea asistida en todo momento, por un intérprete. Sólo de esta forma actuará el Poder Judicial acorde a los estándares que ha establecido la propia SCJN y la jurisprudencia de la Corte IDH²⁶⁹.

Asimismo, basándose en criterios establecidos por la SCJN y en la CEDAW y Convención Belém do Pará, reitera la Suprema Corte la obligación de los/as jueces/zas de impartir justicia con perspectiva de género. Para ello, se debe: a) considerar si existe una situación de poder que implique un desequilibrio entre las partes por razones de género; b) cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando estereotipos y prejuicios de género; c) ordenar de oficio las pruebas necesarias para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o

²⁶⁶ *Ibid.*, pp. 73-74.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 77.

²⁶⁸ Véase SCJN, Primera Sala. Tesis: 1a. CCCXXIX/2014 (10a.). Décima Época; Tesis 1a. XCIX/2014 (10a.), visible en la página 524, Libro 4, marzo de 2014, tomo I, de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época, entre otras.

²⁶⁹ SCJN. Fallo de 11 de mayo de 2015, expediente varios 1396/2011, p. 88.

discriminación por razones de género, si no son suficientes las pruebas aportadas por las partes; d) cuestionar la neutralidad del derecho aplicable, evaluando el impacto diferenciado que tendría la interpretación en un determinado sentido según el contexto de desigualdad por razones de género; e) aplicar los estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas (niños, niñas y adolescentes); f) evitar el lenguaje basado en estereotipos, procurando la utilización de lenguaje incluyente²⁷⁰. Estos criterios deben considerarse la regla general²⁷¹, pues concretizan el principio de igualdad.

Por otro lado, se reitera la obligación de reparación del Estado y las que derivan para el sistema judicial señalado con anterioridad, reiterando que el juzgar con perspectiva de género incluye como elemento fundamental, la reparación:

“De tal suerte, por lo que hace a la violencia y discriminación contra la mujer, el sistema de justicia debe ser capaz de reparar el daño realizado por parte de las autoridades y **de impulsar un cambio cultural**, por lo que la respuesta por parte del Poder Judicial ante este tipo de violaciones debe no sólo puntualizar la violación específica por parte de una autoridad y cambiarla, sino que también **debe buscar disuadir un cambio de conducta en la sociedad y de potenciales actores, mejorando las relaciones socialmente establecidas**, en aras de cumplir con las obligaciones de respeto y garantía, así como de reparar las violaciones a los derechos humanos, reconocidos en el artículo 1 constitucional.”²⁷²

Se reitera por tanto, lo ya señalado en el Caso Campo Algodonero²⁷³, sobre el potencial transformador que deben tener las medidas de reparación, debiendo responder a un fin correctivo más que restitutivo. Al señalar las medidas de reparación se hace énfasis en los procedimientos de capacitación de las autoridades estatales, en la elaboración de Protocolos de actuación, realización de Programas que mejoren el acceso a la justicia de mujeres víctimas de violencia sexual, la reiteración de que el poder judicial adopte sus decisiones tomando en cuenta los estándares en derechos humanos reconocidos internacionalmente en relación a la jurisdicción militar y en el otorgamiento de los medios necesarios para un efectivo acceso al proceso penal.

Resulta de especial importancia la obligación que se establece para todas las autoridades y el sistema judicial en particular, de analizar las situaciones desde una perspectiva de género,

²⁷⁰ *Ibíd.*, pp. 88-89.

²⁷¹ *Ibíd.*, p. 91.

²⁷² *Ibíd.*, p. 78. El destacado es propio.

²⁷³ Corte IDH. Caso *González y otras “Campo Algodonero” Vs México*, párr. 450.

entendiendo que el Derecho no es neutral y que su aplicación podría terminar perpetuando y justificando la discriminación.

*

* *

En conclusión, la SCJN ha tenido un desarrollo considerable sobre el DIDH de las mujeres, en particular el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y discriminación, determinando los alcances, el contenido y las obligaciones que derivan de dicho derecho. En los casos analizados, se han utilizado las convenciones internacionales y la jurisprudencia de la Corte IDH directamente, en el entendido que dicha aplicación resulta en una mejor protección de los derechos humanos, en atención al principio pro persona.

La aplicación del DIDH de las mujeres en el caso de México, sirve para ilustrar las deficiencias encontradas en el examen de sentencias en Chile, en donde no existe un análisis ni una fundamentación adecuada, se conserva aún un lenguaje discriminatorio y estereotipos, que derivan en discriminación por razones de género; constatándose en reiteradas ocasiones incluso, que ni siquiera utilizan las convenciones internacionales que los mismos recurrentes utilizaron para realizar sus argumentaciones, haciendo caso omiso de la obligación de aplicar estándares internacionales.

2. Caso de Colombia: Corte Constitucional

2.1. Corte Constitucional de Colombia, C-355/2006, del 10 de mayo de 2006

La Corte Constitucional en este caso marca un hito para los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en dicho país. A través de esta sentencia se despenaliza el aborto en tres causales: en caso de violación o incesto, en caso que traiga como consecuencia un grave riesgo para la salud física o mental de la mujer, y en caso de inviabilidad fetal, realizando consideraciones particulares referidas a la posible objeción de conciencia del personal médico y a la posibilidad de las menores de edad para tomar la decisión libremente.

Los demandantes en este caso, solicitan que se declaren inexecutable ciertos artículos del Código Penal que establecen la prohibición del aborto, debido a que vulneran derechos constitucionales²⁷⁴ y las obligaciones emanadas del DIDH, que el Estado ha ratificado, por lo

²⁷⁴ Derecho a la dignidad (preámbulo y art. 1° de la CP), derecho a la vida (art. 11 de la CP), derecho a la integridad personal (art. 12 CP), derecho a la igualdad y el derecho general de libertad (art. 13° de la CP),

que su vulneración implica responsabilidad internacional del Estado²⁷⁵. Dicha prohibición limitaría de manera desproporcionada e irrazonable los derechos y libertades de la mujer.

La Corte, comienza con un análisis sobre la interpretación que debe realizarse de los tratados internacionales y de los derechos en juego. Con respecto al primer punto, y siguiendo los artículos sobre interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados²⁷⁶, señala que “la interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos no se agota en el uso de los argumentos literales o gramaticales, y es necesario en esa medida acudir a criterios sistemáticos y teleológicos”²⁷⁷. Para esto, debe buscarse una interpretación armónica entre los tratados internacionales de derechos humanos, con especial atención a lo que se ha dicho sobre ellos por los organismos internacionales. Esta interpretación nos permite mirar al derecho como un sistema vivo, que evoluciona y se transforma, y que permite una mejor protección de los derechos humanos de las personas al hacer parte de estos las recomendaciones de los organismos internacionales, como veremos a continuación. Con referencia particular a los derechos de las mujeres, destaca la importancia de las conferencias mundiales convocadas por Naciones Unidas, las que constituyen un marco para interpretar los derechos reconocidos en los tratados internacionales.

Un aspecto relevante, es que no opone el deber absoluto del Estado de proteger la vida del que está por nacer con otros derechos –como el derecho a la vida de la mujer-, en el entendido de que o se aplica uno o se aplica el otro; sino que, entiende que el análisis jurídico es aquel en que dichos derechos se ponderan. En este sentido, se aleja muchas veces de las argumentaciones contenidas en fallos chilenos, analizadas en el capítulo II, cuyo análisis para resolver conflictos se basa en la omisión de un derecho, privilegiando otro; en vez de realizar una interpretación sistemática. Señala la Corte constitucional que: “Dicha ponderación exige identificar y sopesar los derechos en conflicto con el deber de protección de la vida, así como apreciar la importancia constitucional del titular de tales derechos, en estos casos, la mujer embarazada”²⁷⁸. Con lo anterior, aplica una mirada del Derecho que no responde a las lógicas androcentristas, que se ven reflejadas en el debate de la legalización o despenalización del aborto al considerar como único problema a analizar la protección de

derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 CP), derecho a la autonomía reproductiva (art. 42 CP), derecho a la salud (art. 49 CP).

²⁷⁵ Art. 93 CP.

²⁷⁶ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. 1969, arts. 31 y ss.

²⁷⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia del 10 de mayo de 2006, C-355/2006, p. 240. Véase Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de 26 de enero de 2006, C-028/06.

²⁷⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia del 10 de mayo de 2006, C-355/2006, p. 241.

la vida intrauterina, sino que considera la afectación que dicha hipótesis tiene concretamente en la vida de las mujeres, en la que deja de ser una discusión abstracta sino que se transforma en una discusión ético-práctico²⁷⁹.

Habiendo determinado, la Corte Constitucional, que la protección de la vida del que está por nacer no es un valor absoluto, y que requiere ponderación con otros derechos, señala posteriormente cuáles son esos con los que debe ser ponderado: los derechos fundamentales de las mujeres establecidos en la Constitución colombiana y en el derecho internacional. Luego, realiza una reseña histórica de dichos derechos en Colombia, para señalar posteriormente que efectivamente existen situaciones que van a afectar de manera particular a las mujeres, sobre todo en lo relacionado con su cuerpo, con su sexualidad y su reproducción. Resulta relevante, después de describir los derechos reconocidos en tratados internacionales relacionados con lo anterior, la conclusión que realiza en cuanto reconoce que los derechos sexuales y reproductivos son derechos humanos, y como tales, son parte del derecho constitucional. Analiza luego, los límites del legislador en la configuración del derecho penal, en relación al libre desarrollo de la personalidad señala que:

“La libertad de toda persona de optar sin coacción alguna de escoger su estado civil, y entre otras opciones decidir entre contraer matrimonio, vivir en unión libre o permanecer en soltería.

“El derecho a ser madre, o, en otros términos, la consideración de la maternidad como una “opción de vida” que corresponde al fuero interno de cada mujer. En consecuencia, no es constitucionalmente permitido que el Estado, la familia, el patrono o instituciones de educación, establezcan normas que desestimulen o coarten la libre decisión de una mujer de ser madre, así como tampoco lo es cualquier norma, general o particular, que impida el cabal ejercicio de la maternidad. En ese orden de ideas, el trato discriminatorio o desfavorable a la mujer, por encontrarse en alguna especial circunstancia al momento de tomar la decisión de ser madre (ya sea a temprana edad, dentro del matrimonio o fuera del mismo, en una relación de pareja o sin ella, o mientras se desarrolla un contrato de trabajo etc.) resulta, a la luz del derecho al libre desarrollo de la personalidad, abiertamente inconstitucional”.²⁸⁰

Posteriormente, analiza los límites del legislador en la configuración del derecho penal en relación a la salud, la vida y la integridad de las personas.

²⁷⁹ Para ver más sobre esta discusión, FACIO, A. 1999, óp. cit., p. 106.

²⁸⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia del 10 de mayo de 2006, C-355/2006, p. 261.

“Cabe recordar nuevamente, que el derecho a estar libre de todas las formas de violencia y coerción que afecten la salud sexual y reproductiva, por su parte, tiene una clara perspectiva de género y se desprende de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, principalmente la Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Implica el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin discriminación, coacciones o violencia, en esa medida guarda estrecha relación con el derecho a la integridad personal. Supone por una parte el deber del Estado de proteger a los individuos, especialmente a la mujer de presiones de índole familiar, social o cultural que menoscaben su libre determinación en materia sexual o reproductiva, tales como el matrimonio en edad temprana sin el libre y total consentimiento de cada cónyuge o la circuncisión femenina. Igualmente implica la prohibición de prácticas estatales como la esterilización forzosa o la violencia y el abuso sexual”²⁸¹.

En relación al bloque de constitucionalidad como límite al poder del legislativo de configuración del derecho penal, se analiza el hecho de que la prohibición absoluta del aborto ha sido analizada por organismos internacionales, como una prohibición que vulnera derechos humanos. Se menciona por la Corte Constitucional lo establecido por el Comité de Derechos Humanos, que ha señalado que el no garantizar un aborto seguro cuando existen graves malformaciones fetales constituye una vulneración de la prohibición de no ser sometido/a a torturas y tratos crueles, inhumanos y/o degradantes (art. 7 PIDCP)²⁸². Asimismo, se consideran los pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que han señalado que los Estados deben revisar su legislación sobre el aborto por ser contraria, cuando se encuentra prohibido absolutamente o muy restringido, al derecho a la vida y otras garantías²⁸³.

La Corte Constitucional, luego de determinar lo mencionado por dichos organismos internacionales, busca establecer si dichas recomendaciones u observaciones generales, se incorporan de manera inmediata al bloque de constitucionalidad para efectos de su aplicabilidad, hecho que sí ocurre con los tratados internacionales de derechos humanos. En

²⁸¹ *Ibid.*, p. 268.

²⁸² Comité de Derechos Humanos, caso Llantoy vs Perú, Comunicación No.1153/2003.

²⁸³ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 6, El derecho a la vida. Doc. N. U., CCPR/C/21, Rev. 1, 30 de julio de 1982.; Comité de la Convención para la eliminación de las formas de discriminación contra la mujer. Recomendación General No. 19, la violencia contra la mujer. Doc. N.U. A/47/28, 30 de enero, 1992, par. 7.

este sentido, señala la Corte, que las recomendaciones y observaciones emitidas por organismos internacionales no se incorporan de manera inmediata al bloque de constitucionalidad, y por lo tanto, no se constituyen como un parámetro de constitucionalidad de las leyes. Sin embargo, sí deben ser utilizados para determinar el contenido de las disposiciones de los tratados internacionales²⁸⁴. No cabe duda entonces, que el bloque de constitucionalidad y por ende, los derechos contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos constituyen un límite al legislador, y por lo tanto, lo que debe analizarse es si la prohibición absoluta del aborto vulnera lo establecido en ellos.

Retomando el inicio de su argumentación, vuelve al hecho de que la prohibición absoluta del aborto conlleva el sacrificio absoluto de los derechos fundamentales de la mujer, desconociendo por tanto su dignidad y reduciéndola a un “mero receptáculo de la vida en gestación, carente de derechos o de intereses constitucionalmente relevantes que ameriten protección”²⁸⁵. Dicha anulación vulneraría los principios constitucionales actuales, referentes al principio de proporcionalidad que busca armonizar los derechos entre sí y no determinar la preeminencia incondicional de uno sobre otro.

Un punto a destacar, se refiere a las atribuciones del poder judicial –y del juez constitucional en este caso-, para evitar la vulneración de derechos fundamentales:

“No obstante, si el legislador no determina estas hipótesis, corresponde al juez constitucional impedir afectaciones claramente desproporcionadas de los derechos fundamentales de los cuales es titular la mujer embarazada, sin que ello signifique que el legislador carezca de competencia para ocuparse del tema dentro del respeto a los límites constitucionales”.²⁸⁶

Por tanto, el poder judicial no puede omitir pronunciarse acerca de vulneraciones a derechos fundamentales, con la excusa de que son temas de pronunciamiento del legislador. De esta forma, los poderes judiciales y legislativos se van retroalimentando, sin limitarse, sino avanzando en una mayor y más efectiva protección de los derechos humanos.

En cuanto a los argumentos para despenalizar el aborto en las causales determinadas, con respecto a la violación se señala que:

²⁸⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia del 10 de mayo de 2006, C-355/2006, p. 270.

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 285.

²⁸⁶ *Ibidem.*

“(…) ésta debe ser una de las hipótesis bajo las cuales debe considerarse que la interrupción del embarazo no es constitutiva de delito de aborto, no sólo por la manera como fue inicialmente contemplada por el legislador sino también porque en este caso la prevalencia absoluta de la protección de la vida del nasciturus supone un total desconocimiento de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad de la mujer gestante, cuyo embarazo no es producto de una decisión libre y consentida sino el resultado de conductas arbitrarias que desconocen su carácter de sujeto autónomo de derechos y que por esa misma razón están sancionadas penalmente en varios artículos del Código Penal”²⁸⁷

En estos casos, el juez impone un límite al legislador, el que no podrá afectar con cargas desproporcionadas a la mujer como: acreditación de la violación a través de evidencia forense, la necesidad de probar la falta de consentimiento, el tener que contar con un agente de policía que esté convencido de la comisión del delito o el requerir autorización de los padres o del cónyuge²⁸⁸.

Con respecto al peligro para la vida y para la salud, señala que resulta desproporcionado exigir el sacrificio de la vida y la salud de la mujer. Para concluir esto, utiliza la Corte Convenciones Internacionales, pues existen obligaciones internacionales que el Estado debe respetar, además de considerar que el derecho a la salud incluye la salud mental:

“Ahora bien, resulta aquí relevante la interpretación que han hecho distintos organismos internacionales de derechos humanos respecto de disposiciones contenidas en distintos convenios internacionales que garantizan el derecho a la vida y a la salud de la mujer, como el artículo 6 del PDCP , el artículo 12.1 de la Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer, y el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales , en el sentido que estas disposiciones, que hacen parte del bloque de constitucionalidad, obligan al estado a adoptar medidas que protejan la vida y la salud. **La prohibición del aborto cuando está en riesgo la salud o la vida de la madre puede constituir, por lo tanto, una trasgresión de las obligaciones del Estado colombiano derivadas de las normas del derecho internacional.**

“En todo caso, esta hipótesis no cobija exclusivamente la afectación de la salud física de la mujer gestante sino también aquellos casos en los cuales resulta afectada su

²⁸⁷ *Ibíd.*, pp. 285-286.

²⁸⁸ *Ibíd.*, pp. 287-288.

salud mental. Recuérdese que el derecho a la salud, a la luz del artículo 12 del PIDESC supone el derecho al goce del más alto nivel posible de salud física y mental, y el embarazo puede causar una situación de angustia severa o, incluso graves alteraciones síquicas que justifiquen su interrupción según certificación médica.”²⁸⁹

En cuanto a la causal de inviabilidad fetal, el deber de protección penal sobre el nasciturus pierde fuerza, no es posible obligar a la mujer a llevar a término dicho embarazo, pues dicha imposición implicaría obligar a una conducta que excede la carga normal exigible a la mujer. Además,

“(..) [E]n las hipótesis en las cuales el feto resulta inviable, obligar a la madre, bajo la amenaza de una sanción penal, a llevar a término un embarazo de esta naturaleza significa someterla a tratos crueles, inhumanos y degradantes que afectan su intangibilidad moral, esto es, su derecho a la dignidad humana”²⁹⁰

Como resultado, se entiende que no se incurre en el delito de aborto, cuando la interrupción voluntaria del embarazo tenga lugar: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto²⁹¹.

Por lo tanto, en este caso el poder judicial, utilizando el bloque de constitucionalidad y a través de éste, el DIDH, manifiesta el poder de transformar el Derecho y la normativa que regula los derechos sexuales y reproductivos²⁹², lo que deriva en la mayor protección de las mujeres. En este caso, la utilización sustantiva del DIDH, en el entendido que junto al derecho doméstico forman un todo que debe interpretarse y aplicarse, en función del bloque de constitucionalidad generan una protección más efectiva de los derechos humanos.

2.2. Corte Constitucional de Colombia, A-092/2008, de 14 de abril de 2008; A-009/2015, de 27 de enero de 2015

La Corte Constitucional de Colombia, el año 2004 en la sentencia T-025/04, declaró un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado interno, constatando

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 289. (El destacado es propio)

²⁹⁰ *Ibid.*, pp. 290-291

²⁹¹ *Ibid.*, p. 301.

²⁹² Recordar el caso de México, y su referencia al poder transformador del poder judicial.

la vulneración sistemática, masiva y grave de los derechos fundamentales de las personas desplazadas. Posteriormente, en el Auto 092 del año 2008²⁹³ se señaló que las mujeres desplazadas estaban expuestas a un riesgo mayor de violencia, abusos sexuales, prostitución forzada, esclavitud sexual y trata de personas con el fin de explotación sexual; se detectaron además las deficiencias que tenía la autoridad para prevenir dicha violencia, juzgarla y sancionarla adecuadamente.

En dicha sentencia, el juez constitucional se hace cargo del contenido específico del derecho reconocido en el artículo 7 de la Convención Belém do Pará, y sus alcances particulares en el ámbito de la prevención de la violencia contra la mujer en el contexto de conflicto armado. Se señala que se debe adoptar un enfoque diferenciado, que implica que:

“(…) las autoridades colombianas están en la obligación constitucional e internacional, imperativa e inmediata, de identificar y valorar los riesgos específicos a los que están expuestas las mujeres en el marco del conflicto armado, por ser éstos causa directa del impacto desproporcionado que tiene sobre ellas el desplazamiento, para así poder actuar de la manera más enérgica posible para prevenirlos y proteger a sus víctimas.”²⁹⁴

Es decir, está presente la obligación de aplicar una perspectiva de género con el objetivo de prevenir la violencia de género, tomando en cuenta el impacto diferencial y agudizado, debido a los riesgos y cargas específicas que les son impuestas por su género, en la violencia armada, afectando a las mujeres de manera desproporcionada.

En el A-009/15, que es seguimiento de la sentencia T-025/04, la Corte Constitucional realiza un análisis de las obligaciones constitucionales del Estado, que derivan del deber de actuar con debida diligencia en la prevención, atención, protección y acceso a la justicia –referida a garantizar la investigación, el enjuiciamiento y sanción de los responsables- en favor de las mujeres sobrevivientes a la violencia sexual realizada por actores armados. Para determinar el alcance de este derecho utiliza las obligaciones garantizadas en la CEDAW y en la Convención Belém do Pará, pues en virtud del artículo 93 de la CP y la noción de bloque de constitucionalidad en sentido estricto, los tratados internacionales son parte del ordenamiento constitucional interno. Debido a esto, los estándares en cuanto a la protección y las obligaciones para el Estado obligan al poder legislativo, al Ejecutivo y todos los

²⁹³ Corte Constitucional de Colombia, A-092/2008, de 14 de abril de 2008, p. 18.

²⁹⁴ Corte Constitucional de Colombia, A-092/2008, p. 18. (El destacado es original)

funcionarios judiciales. En relación a la prevención de la violencia, la Corte Constitucional señaló que:

“[d]e tal manera que, la existencia de una relación entre discriminación y violencia de género, obliga al Estado a emprender acciones para erradicar la primera, generando a su vez impactos considerables en la disminución de los factores de riesgo y la concreción de la segunda. Por tanto, las obligaciones generales de prevención deben apuntar a la producción de cambios en la sociedad y en las instituciones, a fin de transformar los imaginarios sociales, paradigmas, hábitos y cualquier conducta o actitud que atribuya roles de género degradantes sobre la condición femenina, que designe concepciones estereotipadas de la sexualidad y el cuerpo de la mujer y, en general, que expresen discriminación de género”.²⁹⁵

Por lo señalado anteriormente, se entiende que las medidas a adoptar por los Estados deben ser integrales, ser capaces de prevenir los factores que aumentan el riesgo y fortalecer las instituciones para que las respuestas que puedan darle a las mujeres sean rápidas y efectivas. Entiende como medios apropiados para desarrollar políticas de prevención:

“(i) la transformación de la cultura institucional estatal frente a la violencia y la discriminación contra la mujer; (ii) la transformación de la cultura de la sociedad en general; (iii) la adopción de mecanismos administrativos y legislativos que procuren el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia y discriminación; y (iv) la aplicación de la garantía de verdad, justicia y reparación a las sobrevivientes de violencia sexual, en tanto medida preventiva por excelencia y la “primera línea de defensa” contra este tipo de violencia”²⁹⁶.

En cuanto a la protección y la atención de víctimas de violencia, la Corte, basándose en la jurisprudencia de la Corte IDH y en informes de la CIDH²⁹⁷, señala que las víctimas deben ser atendidas de forma inmediata, gratuita, con un enfoque diferencial y durante todo el tiempo que sea necesario para superar las afectaciones físicas y psicológicas²⁹⁸. Además, se deben realizar los exámenes médicos necesarios y otorgar apoyo urgente, el acompañamiento psicológicos debe estar garantizado también durante el proceso judicial, desde la realización de la denuncia hasta que se termine el procedimiento, para asegurar

²⁹⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de 27 de enero de 2015, A-009/2015.

²⁹⁶ *Ibidem*.

²⁹⁷ Véase los Casos de la Corte IDH: Rosendo Cantú Vs. México, y Fernández Ortega Vs. México; y, el Informe de la Comisión IDH sobre Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia Sexual en Mesoamérica.

²⁹⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de 27 de enero de 2015, A-009/2015.p. 74.

que la entrada al sistema judicial no implique una mayor afectación, minimizando la revictimización, o la afectación por el contacto con el agresor, “y la exposición a situaciones y entornos de presión psicológica ante funcionarios, abogados y personas desconocidas para la víctima”²⁹⁹. Es menester, que se cuente con un equipo interdisciplinario (jurídico y psicosocial), que acompañe a la mujer durante toda la intervención judicial³⁰⁰.

Con respecto a la debida diligencia en relación a la investigación, enjuiciamiento y sanción de actos de violencia sexual, la Corte toma en consideración estándares de la Corte IDH y organismos internacionales, junto a jurisprudencia constitucional, para señalar cuáles son los deberes que comprenden actuar con debida diligencia en esta etapa, sin perjuicio de que señala que sólo se referirá a algunos³⁰¹.

Dentro de los que considera, se encuentran: (i) el deber de oficiosidad en el impulso de las investigaciones; (ii) el deber de recaudar las evidencias probatorias de acuerdo con los estándares internacionales; (iii) el deber de valorar las evidencias probatorias de acuerdo con estándares constitucionales; (iv) el deber de diseñar e implementar metodologías de investigación adecuadas; (v) el deber de calificar los hechos de manera adecuada, (vi) el deber de adelantar las investigaciones en tiempos razonables y sin dilaciones injustificadas; (vii) el deber de dar estricto cumplimiento a los derechos de los que los que son titulares las víctimas en los procesos penales; (viii) el deber de garantizar la protección y atención de las víctimas y de su núcleo familiar por riesgos contra su vida, seguridad e integridad personal; (ix) la prohibición de tratos discriminatorios o lesivos de la dignidad de la víctimas de actos de violencia sexual; y finalmente, (x) el deber de observar los requisitos constitucionales en las decisiones de archivo de las investigaciones³⁰².

Cabe destacar de lo señalado por la Corte, las implicancias con respecto a la valoración de la prueba, señalando la importancia que tienen la prueba indiciaria y testimonial en investigaciones de delitos sexuales, haciendo referencia particularmente a víctimas menores de edad. Recalca la importancia de que dichos testimonios sean tomados en cuenta a lo largo del proceso. La Corte reitera, que:

“(a) el consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento

²⁹⁹ *Ibid.*, p. 74.

³⁰⁰ *Ibidem*.

³⁰¹ *Ibid.*, pp. 77 y ss.

³⁰² *Ibid.*, p. 83.

voluntario y libre; (b) el consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre; (c) el consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual; (d) la utilización de la prueba de consentimiento de la víctima como defensa del agresor, debe ser restrictiva; (e) la credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo; (f) la corroboración de la declaración de la víctima y la posibilidad de realizar preguntas sobre su comportamiento sexual anterior o ulterior, deben ser excluidas; (g) el argumento de falta de precisión del relato o del testimonio de la víctima, cuando se busca precisión en detalles o fechas, con el objetivo de desestimarlos, debe ser rechazado; y finalmente (h) la violencia sexual debe ser comprendida como no limitada a la invasión física del cuerpo humano, toda vez que también puede incluir actos que no impliquen la penetración o el contacto físico.”³⁰³

Finalmente, la Corte recalca la deficiencia de un enfoque diferenciado que tome en cuenta una perspectiva de género, particularidades de mujeres indígenas y mujeres con discapacidad, así como la falta adecuada de medidas de reparación. Para ello mismo, ordena mejorar la coordinación entre las autoridades, tanto administrativas como judiciales, para mejorar la aplicación del marco jurídico; además de ordenar la realización de capacitaciones y planes de formación en cuanto a la aplicación de una perspectiva de género, hecho que resulta fundamental a la hora de garantizar el goce real y efectivo de los derechos humanos de las mujeres.

2.3. Corte Constitucional de Colombia, T-772/2015, del 16 de diciembre de 2015

En dicha sentencia, la Corte Constitucional determina cuál es el problema jurídico a resolver, a saber: si se vulneraron los derechos a la vida, al debido proceso y el derecho de la mujer a una vida libre de violencia, debido a la inactividad de los operadores de justicia. Para dar solución, comienza determinando el tratamiento que ha tenido el fenómeno de la discriminación contra la mujer en el DIDH, mencionando la CADH, la CEDAW, Convención Belém do Pará, y las Recomendaciones del Comité de la CEDAW³⁰⁴; y por otro lado, la evolución que ha tenido en el derecho nacional la igualdad de género, tanto en la normativa

³⁰³ *Ibid.*, pp. 91-92.

³⁰⁴ Corte Constitucional de Colombia, T-772/2015, del 16 de diciembre de 2015. Entre los párrs. 2.3.1.4 a 2.3.1.7 de la Sentencia se menciona el Convenio Internacional y sus principales derechos, como marco general para realizar el análisis de fondo posterior.

como en las políticas públicas realizadas al respecto³⁰⁵ y en la jurisprudencia constitucional³⁰⁶. Con ello, determina el contenido del derecho de la mujer a una vida libre de violencia.

Luego, señala la garantía de las víctimas a la no repetición y el deber del Estado de evitar su revictimización, durante los procedimientos judiciales a realizar³⁰⁷. Para establecer la obligatoriedad de dicho deber, utiliza la Corte la jurisprudencia de la Corte IDH que reconoce las garantías de no repetición como parte de un deber de reparación integral a la víctima³⁰⁸.

Ahora bien, el derecho a una vida libre de violencia es vulnerado por los operadores de justicia, que no tomaron las medidas de protección correspondientes. Es interesante recalcar lo señalado por la Corte Constitucional al referirse a las pretensiones de la demandante, ya que efectivamente durante el procedimiento impugnado, el agresor es condenado determinándose una pena de tres años, pero se omitió el pronunciamiento de las pretensiones restantes de la demandante referentes al otorgamiento de ciertas medidas de protección³⁰⁹.

Lo anterior da cuenta de la particularidad de la violencia de género, que no funciona dentro de la misma lógica del sistema penal. Debido a la urgencia y gravedad de los hechos, deben adoptarse de inmediato todas las medidas de protección necesarias contra la violencia, independiente de la responsabilidad penal que le pueda corresponder al agresor³¹⁰, por eso, no es requisito esperar a que se realice algún tipo de imputación por parte del organismo público para poder pedir las y que sean otorgadas; y por lo mismo, el estándar probatorio para que sean otorgadas es menor, en tanto la ley colombiana 294 de 1996 sólo exige que existan indicios al menos leves de haber ocurrido una agresión. El objeto, por tanto, de dicho proceso no está puesto en la responsabilidad penal, sino en la víctima y en su protección.

En este caso se vio vulnerada la garantía de no repetición, pues al realizar la denuncia y solicitar medidas de protección, no se tuvo respuesta por parte de los órganos judiciales. Posterior a dicha denuncia, fue nuevamente agredida por su pareja. Es más, meses después

³⁰⁵ *Ibid.*, bajo el título numerado 2.3.2.

³⁰⁶ *Ibid.*, bajo el título numerado 2.3.3

³⁰⁷ *Ibid.*, párr. 2.5.1.

³⁰⁸ Véase Corte IDH. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú, Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Caso Molina Theissen Vs. Guatemala, Caso Gómez Lund y otros (Guerrilla do Araguaia) Vs. Brasil.

³⁰⁹ Que la policía realice una vigilancia especial sobre el agresor, que cese el agresor de los actos de violencia, que se realice el trámite de las medidas de protección de prohibir al agresor el ingreso a los lugares en que la demandante se encuentre, ordenar protección temporal especial por parte de las autoridades de policía, decidir provisionalmente el régimen de visitas, y el establecimiento de pensión.

³¹⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de 16 de diciembre de 2015, T-772/2015, párr. 3.2.6.

se realizó una audiencia para determinar la procedencia de las medidas, con lo que fue revictimizada por las autoridades³¹¹.

Lo anterior da cuenta de la falla del sistema en el tratamiento de la violencia de género, que se relaciona con la ausencia de una perspectiva de género por parte de los/as operadores/as del sistema judicial. Al igual que en nuestro país, existe un sistema normativo que garantiza el derecho a una vida libre de violencia, estableciéndose particularidades en la persecución de este delito, relacionadas con la protección de la víctima y de sus derechos. La ley colombiana contempla la posibilidad de adoptar medidas sin la necesidad de realizar imputaciones al agresor, una correcta aplicación de dicha normativa junto al reforzamiento que otorga el DIDH de las mujeres, obliga a las autoridades a actuar con perspectiva de género, obligación que queda especificada de manera bastante completa en las sentencias de la SCJN de México. Queda al descubierto la falta de diligencia de fiscales y jueces para investigar, perseguir y sancionar adecuadamente hechos que constituyen violencia de género. Refuerza dicha afirmación lo señalado por la misma Corte en la sentencia, al ordenar en la parte decisiva que: **“Se prevendrá a la Fiscalía General de la Nación, a los Comisarios de Familia, a los Jueces Civiles o promiscuos municipales y a los jueces de control de garantías que una vez reciban una denuncia por violencia intrafamiliar o violencia de género tienen posición de garante frente a las lesiones que pueda sufrir la víctima de no adoptarse las medidas contempladas en la Ley 1257 de 2008”**³¹².

En este caso por lo tanto, el DIDH de las mujeres es utilizado para fundamentar la necesidad de que el Poder Judicial no establezca, solamente, responsabilidad penal en procedimientos de violencia contra la mujer, sino que otorgue medidas de protección y reparación, entendiendo como parte de éstas, garantías de no repetición.

*

* *

En conclusión, el caso colombiano presenta grandes avances en la utilización del DIDH de las mujeres. Por un lado, logra transformar la normativa nacional con respecto a derechos reproductivos, en base a las obligaciones internacionales que el Estado debe cumplir; estableciendo explícitamente el deber del poder judicial para modificar situaciones –ante la

³¹¹ *Ibíd.*, párr. 3.3.5.2.

³¹² *Ibíd.*, 3.3.4.2.3. (El destacado es original)

ausencia del legislativo-, si estas no obedecen a estándares internacionales de derechos humanos. Por otro, reconoce que una interpretación sistémica –que considere derecho nacional e internacional- implica integrar holísticamente todos los intereses presentes en determinada situación, alejándose de la visión excluyente de Chile. Y finalmente, se recalca el rol que tienen no sólo los/as jueces/zas, sino los/as operadores/as de justicia de aplicar estándares de debida diligencia –emanados del DIDH de las mujeres- al momento de investigar, enjuiciar, sancionar y reparar a las víctimas de violencia de género.

3. Caso de Argentina

En cuanto a la recepción formal del DIDH, la reforma constitucional de 1994 otorgó jerarquía constitucional a una serie de tratados internacionales³¹³ -dentro de los cuales se encuentra la CEDAW-, dichos tratados junto con los derechos reconocidos constitucionalmente, componen el bloque de constitucionalidad. En este sentido, se señala por la jurisprudencia argentina que las soluciones a los casos que se presenten deben responder a un análisis sistemático, a la luz de los pronunciamientos de organismos internacionales –debido a la reforma de 1994-, pues de otro modo implicaría que el Estado sería responsable por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales³¹⁴.

Existen voces críticas con respecto a la utilización del DIDH de las mujeres –y en particular la CEDAW- por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, constatándose que el poder judicial es uno de los territorios más hostiles en su aplicación, pues se aprecia la falta de utilización y de oportunidades, para elaborar criterios jurisprudenciales que reconozcan los derechos humanos de las mujeres, basados en dicha convención³¹⁵. Desde la reforma constitucional de 1994 hasta el año 2012, sólo en seis oportunidades aparecía mencionada la CEDAW, siendo que los casos en que se veían afectados los derechos de las mujeres era una suma considerablemente mayor³¹⁶. A continuación, se revisan tres casos, que resultan ejemplificadores de los usos que ha dado la jurisprudencia argentina, en el primero se busca dar contenido a un principio, mientras que en las otras se hace una mención, sin una aplicación sustantiva.

3.1. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, caso Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/Freddo S.A s/amparo, sentencia del 16 de diciembre de 2002

³¹³ Véase art. 75 de la Constitución Argentina.

³¹⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia F.A.L. s/medida autosatisfactiva, con fecha 13 de mayo de 2012, considerando 7°.

³¹⁵ CÁNAVES, V. 2012, óp. cit, p. 11.

³¹⁶ *Ibid.*, p. 16.

El presente caso se origina con la demanda presentada por la Fundación Mujeres en Igualdad contra la empresa Freddo S.A, por ejercer esta, prácticas discriminatorias contra las mujeres en el proceso de selección de personal, pues la proporción de hombres contratados –en relación a las mujeres- excedería lo razonable. La Cámara comienza su análisis señalando la necesidad de establecer acciones afirmativas para superar la desigualdad entre hombres y mujeres, recurriendo para esto al DIDH de las mujeres:

“También se encuentra prevista la llamada discriminación inversa en diversas convenciones internacionales con rango constitucional. Así, el art. 1.4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, las admite en tanto no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron. En el mismo sentido, el art. 4.1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Se aclara en ambas disposiciones que las medidas especiales que se adopten no deben ser entendidas como formas de discriminación”.³¹⁷

Posteriormente señala que en el derecho argentino las normas sobre igualdad, que incluyen a las disposiciones constitucionales y aquellas establecidas en tratados internacionales sobre derechos humanos, implican que cualquier distinción basada en el sexo, entre otras, se presume inconstitucional³¹⁸. Luego de realizar un análisis sobre la noción de igualdad basándose en jurisprudencia norteamericana, utiliza el Convenio de la OIT N° 111, sobre igualdad en el empleo, enfatizando lo dispuesto en su artículo 1, en tanto las exclusiones de ciertos empleos son contrarias al Convenio³¹⁹; y la CEDAW:

“Reviste singular importancia lo dispuesto por el art. 11 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer: ‘Los Estados adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo con el fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano; b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección, en cuestiones de empleo (...)’”.³²⁰

³¹⁷ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, caso Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/Freddo S.A s/amparo, sentencia del 16 de diciembre de 2002, pp. 1-2.

³¹⁸ *Ibid.*, p. 2.

³¹⁹ *Ibid.*, p. 6.

³²⁰ *Ibidem.*

En este sentido, utiliza lo dispuesto en los convenios y convenciones internacionales para concretizar el principio de igualdad y no discriminación, utilizando un concepto amplio de este, referido a la igualdad de hecho; y, siguiendo las directrices de la CEDAW que obliga a los Estados a suprimir la discriminación contra la mujer en todas sus manifestaciones³²¹. Acierta la Cámara posteriormente, al hacerse cargo de las discriminaciones de hecho, que no tienen sustento en disposiciones legales, sino que obedecen a motivos históricos de discriminación, y que sólo pueden ser superadas con acciones afirmativas³²².

La empresa por su parte argumenta que lo que busca a través de la contratación de hombres es proteger a la mujer y no discriminarla. Esto, debido a las tareas que deben realizar las personas empleadas, tales como cargar baldes de 10 kg., ingresar a pozos de frío, y para los motoristas cargar combustible, reparar y cambiar las piezas del vehículo; los horarios por otro lado, son rotativos por lo que puede corresponder cumplir el turno en altas horas de madrugada³²³. Ante eso, señala la Cámara:

“Al limitarse a la mujer, por la sola razón de su sexo, la posibilidad de emplearse en determinadas tareas y condiciones de trabajo, se restringe su derecho a elegir una ocupación adecuada a sus aptitudes y necesidades, derecho que, en rigor, no es sino una manifestación del ejercicio de la libertad. Posibilidad de elección que no se limita ni condiciona al trabajador varón, de modo que la prohibición pone en evidencia un inequívoco contenido discriminatorio.”³²⁴

Por lo tanto, no es justificable la distinción realizada por el empleador, sino que obedece a un fundamento discriminatorio.

Asimismo, la Cámara reitera la obligación de realizar acciones afirmativas, pues señala que en base al derecho constitucional y el DIDH se establecen obligaciones para el Estado, referidas a la necesidad de garantizar la efectividad del goce y pleno ejercicio de los derechos humanos³²⁵. Es por esto mismo que al resolver, ordena que la empresa Freddo S.A. contrate sólo mujeres, hasta que sea compensado en forma equitativa la desigualdad que se ha producido con su actuar.

La resolución en este caso, refleja de forma evidente la noción de igualdad presente en la CEDAW. Esto resulta de suma relevancia en tanto es este principio, el que utiliza la Cámara

³²¹ *Ibidem*.

³²² *Ibid.*, p. 9.

³²³ *Ibid.*, pp. 12-13.

³²⁴ *Ibid.*, p. 13.

³²⁵ *Ibid.*, p. 14.

para fundamentar el establecimiento de una obligación del Estado, a saber, establecer acciones afirmativas. Dicho resultado es fruto de la utilización sustantiva de estándares y convenciones internacionales, que redundaron en este caso, en una mayor protección de los derechos de las mujeres.

3.2. Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia F.A.L. s/medida autosatisfactiva, con fecha 13 de mayo de 2012

En este caso, la madre (A.F.) de A.G, de 15 años, interpone un recurso ante la justicia para solicitar la interrupción del embarazo de la adolescente, producto de la violación del padrastro. Este es concedido por el Tribunal Superior de la Provincia de Chubut. Posterior a la realización de la interrupción del embarazo, recurre contra la decisión del tribunal el Asesor General Subrogante de la Provincia del Chubut en su carácter de Tutor Ad Litem y Asesor de Familia e Incapaces.

La Corte comienza señalando la importancia y función que puede tener pronunciarse con respecto al caso en cuestión, cuando en la práctica la decisión que pueda tomar ya resulta impracticable, lo que suele ocurrir en estos casos en que finalmente el tribunal termina resolviendo sobre una cuestión abstracta y no sobre el caso concreto. Recalca entonces, que debido a la función de garante supremo de derechos humanos de los tribunales, corresponde señalar que resultan justiciables los casos en que puedan repetirse los hechos³²⁶, con el objetivo de que los criterios expuestos sean utilizados en casos futuros.

El debate en este caso se origina por el artículo 86 inciso 2° del Código Penal,³²⁷ en torno a si se realiza una interpretación restrictiva o extensiva de su contenido. La interpretación restrictiva señala por tanto, que el aborto no será punible si la mujer que ha sufrido la violación es incapaz; la interpretación amplia, por otro lado, entiende que el requisito de la “incapacidad” no se requiere para evitar la punibilidad del aborto, sino que basta con la existencia de una violación. Para determinar qué interpretación considera correcta, la Corte Suprema señala en primer lugar que no existe ningún mandato constitucional o convencional que ordene una interpretación restrictiva. Por el contrario, establece el tribunal que un

³²⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia F.A.L. s/medida autosatisfactiva, con fecha 13 de mayo de 2012, considerando 5°.

³²⁷ Artículo 86 Código Penal: “(...) El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible (...) 2° Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”.

análisis de ciertos principios básicos de hermenéutica, obligan a interpretar en forma amplia el precepto en cuestión³²⁸.

Uno de aquellos principios, es el de igualdad y no discriminación, el cual tiene reconocimiento constitucional e internacional, y que adopta alcances específicos en relación a la garantía de dicho derecho para mujeres que han sido víctimas de violencia sexual. Utiliza para fundamentar lo anterior convenciones internacionales, haciendo referencia particular a la CEDAW y a la Convención Belém do Pará, y jurisprudencia de la Corte IDH (particularmente el caso Fernández Ortega vs. México). Además, ayuda a su interpretación los efectos que tendrían una y otra, señalando que una interpretación restrictiva tendría como consecuencia la ampliación del alcance del castigo penal, negando a toda persona el derecho de acceder a la interrupción voluntaria del embarazo³²⁹.

Posteriormente señala que las obligaciones en materia internacional, y el hecho de que el aborto se encuentre despenalizado por ciertas causales implica que el Estado debe adoptar las medidas necesarias de políticas públicas para garantizar el acceso a un aborto seguro.

Resulta interesante la orden emitida, en los puntos resolutive, exhortando al poder judicial en su conjunto a abstenerse de judicializar el acceso a los abortos no punibles que se encuentran previstos en la legislación. A pesar de esto, posterior a dicha resolución podemos encontrar casos en que los derechos reconocidos son negados por el personal médico y/o por los funcionarios de la administración de justicia, lo que deriva en que las personas tengan que acudir a la justicia. Si bien los Tribunales Superiores han tendido a confirmar los lineamientos realizados en el caso analizado³³⁰, en más de dos ocasiones³³¹ se ordenó por el máximo tribunal revisar el actuar de los/as jueces/zas por los obstáculos que ordenaron, en pos de permitir la realización de la interrupción voluntaria del embarazo. En un caso se impuso una sanción, y en otro la jueza que llevaba la causa renunció con anterioridad a la dictación de la decisión sobre su actuar por el Consejo de Magistratura. Dichos casos manifiestan el gran problema en la aplicación del DIDH en la práctica, que se relaciona con las creencias, ideología y convicciones de los/las jueces/zas, pues la valoración moral que

³²⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia F.A.L. s/medida autosatisfactiva, con fecha 13 de mayo de 2012, considerandos 6°, 7° y 8°

³²⁹ *Ibíd.*, considerando 17°

³³⁰ Véase GEBRUERS, C. y GHERARDI, N. 2015. El aborto legal en Argentina: la justicia después de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el caso "F.A.L.". Buenos Aires: ELA, CEDES, 35p [en línea]: <http://www.cedes.org/publicaciones/documentos/Salud/2015/10658.pdf> [consulta: 4 de abril de 2016]

³³¹ *Ibíd.*, Ver los casos: (i) Asesoría de Incapaces N° 2 en representación de NN por nacer vs. E. C. - Amparo - Recurso de Apelación y (ii) [Corte Suprema de Justicia de la Nación, Caso Pro Familia Asociación Civil c/ GCBA y otros s/ impugnación actos administrativos, Sentencia de 17 de septiembre de 2013.](#)

realicen de un asunto será un obstáculo –en ciertos casos- para la administración de justicia y el garantizar la efectividad de los derechos.

Como hemos visto a lo largo de esta investigación, uno de los grandes problemas es la falta de perspectiva de género y de aplicación del DIDH por parte de los/as jueces/zas, y esto no resulta baladí, si entendemos que ellos/as son los que determinarán finalmente, la posibilidad de gozar de derechos que se encuentran consagrados a nivel internacional.

3.3. Corte Suprema de la Justicia de la Nación, sentencia Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/Taldelva SRI, y otros s/amparo, con fecha 20 de mayo de 2014

Este caso trata sobre la discriminación laboral por razón de género, por no incorporar mujeres como conductoras en el servicio de transporte público en la ciudad de Salta, interpuesto por Mirha Sisnero y la Fundación Entre Mujeres, contra la Sociedad Anónima del Estado del Transporte Automotor (SAETA), la Autoridad Metropolitana de Transporte (AMT) y las siete empresas operadoras de transporte público en dicha ciudad.

En primera instancia se concede la pretensión de las actoras, pero en segunda instancia se revoca el fallo. La CSJN realiza su análisis basado en el principio de igualdad y no discriminación, pilar fundamental tanto del orden constitucional argentino como del sistema internacional, señalando en este caso los tratados internacionales que se refieren a la materia, y en particular la CEDAW y el Convención n° 111 de la OIT, que consagran la igualdad entre hombres y mujeres en el empleo y en el acceso a las mismas oportunidades, buscando eliminar la discriminación en dicho ámbito; para lo cual el Estado debe adoptar todas las medidas adecuadas para eliminar prácticas y normativa discriminatoria.

La Corte en este caso toca varios puntos interesantes. En primer lugar, reafirma el respeto de los derechos humanos tanto por los poderes públicos, como por particulares, para lo cual recurre a jurisprudencia de la misma Corte y opiniones consultivas de la Corte IDH. En segundo lugar, con respecto al hecho considerado como discriminatorio, y haciendo referencia al fallo de segunda instancia, que no consideró el acto particular como discriminatorio, consideró que el que no hubiesen mujeres contratadas para el cargo era un síntoma de discriminación en la sociedad, y correspondía adoptar las medidas adecuadas para modificar los patrones socioculturales, en función de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado³³². Finalmente, en cuanto a la prueba del acto discriminatorio

³³² Corte Suprema de la Justicia de la Nación, sentencia Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/Taldelva SRI, y otros s/amparo, con fecha 20 de mayo de 2014, considerando 4°

establece un criterio rector: “si el reclamante puede acreditar la existencia de hechos de los que pueda presumirse su carácter discriminatorio, corresponderá al demandado la prueba de su inexistencia”³³³. En ese sentido, el fallo de segunda instancia yerra, pues incluso considerando que había “síntomas discriminatorios en la sociedad”, no lo consideró discriminatorio. Por lo tanto, revoca la sentencia determinando que efectivamente se vulneraron derechos.

Ahora bien, en dicha sentencia la mención al DIDH de las mujeres sirve para reforzar y dar contenido –en particular cuando se refiere al contenido de la igualdad en el empleo- del derecho a la igualdad y no discriminación, pero posteriormente lo relevante para la decisión del juez es el ámbito probatorio y cómo es erróneo el razonar del tribunal de Salta en dicho aspecto, y para establecer ese criterio no utiliza DIDH de las mujeres. Por lo que no se aprecia que la aplicación del derecho sea una con perspectiva de género, como es entendido por la SCJN de México. La aplicación suele ser formalista, sin una aplicación verdaderamente sustantiva sino sólo haciendo mención a los derechos establecidos en ello, como si fuera un cuerpo aparte y no un todo.

*

* *

Por lo tanto mucho, el uso que se realiza de los DIDH de las mujeres en el caso argentino presenta deficiencias, siendo una aplicación formalista sin un uso sustantivo en la mayoría de los casos. Sin perjuicio de ello, cabe destacar el primer caso en que se dota de contenido al principio de igualdad, lo que se utiliza como fundamento de la necesidad de aplicar medidas afirmativas para concretizar la igualdad sustantiva. En el resto de los casos si bien hay menciones, no hay una utilización sustantiva que derive en una mayor protección de los derechos humanos de las mujeres.

Es considerable eso sí, la diferencia que encontramos entre los votos de mayoría y el voto de Petracchi, que en otra sentencia señala:

“Más allá de la praxis y de la doxa, no sé bien en qué consiste la femineidad y ya, a mis años, dudo de que llegue a saberlo, o siquiera acercarme a su formulación; pero me resulta evidente que no podría definirla para, después, esperar de las mujeres conductas que se adecuen a dicha definición. Si así lo hiciera estaría adoptando un

³³³ *Ibíd.*, considerando 5°.

criterio fundamentalista que, partiendo de la preconstitución del concepto de lo femenino, establece un dogma necesariamente discriminatorio (**utilizable como instrumento de dominación**) que, fundamentalmente, consiste en imponer a la mujer una femineidad que no es la suya³³⁴

En dicho párrafo se aprecia una reflexión y una convicción acerca del género y acerca del Derecho, es eso lo que le permite hacer una interpretación acorde a la CEDAW, y no sólo utilizarlo como elemento “cosmético”, el entender la necesidad de una transformación cultural.

4. Conclusiones

De la revisión jurisprudencial realizada, vemos cómo se crea una distancia considerable entre los países examinados –particularmente México-, y nuestro país. Las sentencias analizadas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México muestran una verdadera aplicación del DIDH de las mujeres, cuyo uso determina el alcance del contenido de ciertos derechos, entendiendo además que tanto los derechos reconocidos en la Constitución como los derechos reconocidos en los tratados internacionales deben aplicarse conjuntamente, pues tienden a reforzar la protección de los derechos humanos. En este sentido, es interesante cómo la propia constitución asegura la obligatoriedad de realizar un control de convencionalidad, y aplicar finalmente la norma nacional o internacional que mejor responda al principio pro persona.

En el caso mexicano, las diferentes sentencias dan cuenta de: a) la obligación de aplicar justicia con perspectiva de género (que implica realizar una interpretación de la norma jurídica en atención a los efectos que producirá –si tiene efectos desproporcionados para un sexo-, analizar la valoración de las pruebas sin estereotipos de género y abandonar el lenguaje basado en prejuicios por razones de género, entre otras); b) la obligación del Estado de actuar con la debida diligencia, tanto en la prevención como en la investigación, enjuiciamiento y sanción de delitos violentos contra las mujeres, detallando en qué consiste cada una, tomando como base la normativa internacional al respecto; y, c) el rol que se le atribuye al poder judicial, que consiste en ser un agente transformador de estereotipos y actitudes discriminatorias, a partir del caso particular, de la sociedad.

³³⁴ CSJN. Fallo D. de P. V., A. c/ O., C. H. s/ impugnación de paternidad. Voto disidente de Bossert y Petracchi, 24 de abril de 2008.

Para llegar a las conclusiones anteriores, la SCJN utiliza sustantivamente el DIDH de las mujeres, tanto las disposiciones establecidas en las convenciones internacionales, como los estándares jurídicos emanados de la Comisión y la Corte IDH, dotando de contenido principalmente a derechos particulares. Dicho análisis dista bastante de lo realizado por los Tribunales Superiores chilenos, en tanto ellos ni siquiera mencionan la noción de “perspectiva de género”; pues tienden a considerar los derechos reconocidos en las convenciones internacionales como disposiciones que deben “proteger” a la mujer (haciendo referencia mayormente a la protección de la maternidad), omitiendo los avances en el DIDH de las mujeres. En cuanto al estándar de debida diligencia, si bien en las sentencias chilenas existe mención a dicho estándar, este no es aplicado a los hechos del caso; pues sólo es utilizado para introducir el problema de la violencia contra la mujer, sin ver en la práctica cómo esos estándares son utilizados o no. Con respecto al poder transformador, el Poder Judicial chileno dista de considerarse a sí mismo como un agente transformador de la sociedad –por lo menos en las sentencias analizadas-, encontrándose en varios casos incluso, la justificación de normativa nacional porque fueron elaboradas en cumplimiento de obligaciones internacionales, sin realizar un análisis si esta responde o no a estándares jurídicos que deben ser aplicados.

En el caso colombiano, la Corte Constitucional por su parte, presenta grandes avances en la utilización del DIDH de las mujeres, estableciendo deberes para la autoridad administrativa y judicial que deben ser cumplidos, y avanzando en ámbitos de derechos reproductivos y sexuales. En los casos analizados: a) se enfatiza cómo la prohibición absoluta de interrumpir el embarazo afectaba desproporcionadamente a las mujeres, aplicando precisamente una perspectiva de género; b) se reconoce la afectación particular a los derechos que sufren mujeres que han sido desplazadas, reconociendo la obligación que recae en el poder judicial y en todos los operadores de justicia, de aplicar estándares internacionales con respecto al tratamiento, y a la obligación de investigar, enjuiciar y sancionar las vulneraciones a los derechos humanos; y, c) se constata la falta de diligencia del Estado para establecer medidas de protección, atención, investigación, sanción y reparación de una mujer que sufrió violencia por parte de su pareja. Queda patente en este último caso uno de los problemas centrales que recorre nuestro continente, y que se refiere a la falta de perspectiva de género para enfrentar dichos casos, la falta de diligencia de los/as operadores/as de justicia y la actuación aún basada en estereotipos de género.

En los casos colombianos analizados, se aprecia la utilización de estándares de DIDH de las mujeres –aplicación sustantiva-, y que, contrastado con la situación en Chile nos advierte nuevamente, de las deficiencias en la aplicación del DIDH en nuestro país. La Corte Constitucional de Colombia utiliza las convenciones internacionales y los estándares jurídicos de la Comisión y la Corte IDH para fundamentar sus decisiones, debido a que ellos generan obligaciones que el Estado debe cumplir (el caso más patente es sobre la despenalización de ciertas causales para interrumpir voluntariamente el embarazo), y que colisionan con el derecho interno, debiendo resolverse dicha controversia a favor del DIDH de las mujeres, en tanto se busca ponderar los derechos. En este sentido, el único caso que resulta similar encontrado en Chile es aquella sentencia que decide no aplicar la institución del artículo 128 del Código Civil porque atenta contra el DIDH de las mujeres. Pero fuera de ese caso, no existe aplicación sustantiva –sí se menciona en reiteradas ocasiones el Derecho, como si el realizar una mención implicara un uso de inmediato-, sin que afecte la decisión, la utilización o no del DIDH.

Por su parte, en el caso de Argentina, dicho país está al debe en la utilización sustantiva del DIDH, pues en los casos analizados existe una tendencia a mencionar solamente los derechos sin que tengan una real incidencia en la decisión del asunto, excepto en el primer caso analizado en que se fundamenta la necesidad de aplicar medidas afirmativas basándose en el DIDH de las mujeres. En el segundo caso, si bien fue un avance interpretativo el que se dio a la legislación sobre el aborto, utilizando normas internacionales, podría la Corte haber ido un poco más lejos. Finalmente, en el caso Sisnero, el voto de mayoría presenta una argumentación que dista de una aplicación sustantiva del DIDH, pero en el voto de minoría es donde encontramos una aplicación de los principios internacionales y de una perspectiva de género.

Cabe destacar el primer caso analizado, que busca aplicar una noción amplia de igualdad, utilizando DIDH de las mujeres y jurisprudencia extranjera (norteamericana, alemana y española), para fundamentar la aplicación de medidas afirmativas en el caso particular, lo que recalca el poder transformador del Poder Judicial, que a través de un caso particular va cambiando los patrones socioculturales discriminatorios.

El caso argentino es el que presenta más semejanzas con el caso chileno, en tanto en la mayoría de las sentencias analizadas sólo realiza una mención al DIDH de las mujeres, sin realizar una aplicación sustantiva de este, salvo en contadas ocasiones.

En conclusión, la SCJN de México es el tribunal que realiza una mejor aplicación sustantiva del DIDH de las mujeres, lo que resulta en una mayor protección de los derechos humanos de las mujeres. Colombia continúa la línea mexicana; Argentina, sin embargo, no lo utiliza en todos los casos analizados. Este análisis sirve para corroborar la hipótesis planteada en inicio, pues efectivamente el uso sustantivo del DIDH de las mujeres que apreciamos en la jurisprudencia comparada, no se realiza en Chile. Si bien el corroborar la hipótesis no es una posición esperanzadora, la comparación con México nos ayuda a sentar un parámetro de cómo debiese ser la aplicación del DIDH en la jurisprudencia, y establece el camino que el poder judicial chileno debe recorrer para efectivamente aplicar sustantivamente estándares jurídicos y derechos contenidos en convenciones internacionales.

Capítulo IV: Conclusiones Generales

Durante el desarrollo de este trabajo, me he centrado en los problemas observados en la jurisprudencia, sin embargo, no hay que olvidar la existencia de un problema estructural:

“Si bien es cierto que las mujeres conocemos nuestros derechos, y que aun conociéndolos, no tenemos el mismo acceso a la administración de justicia, también lo es que las leyes en sí, son androcéntricas y por ende nunca han reflejado nuestras necesidades, potencialidades ni características. Los problemas legales que tenemos las mujeres no se deben solamente a que los y las funcionarias judiciales y policías nos discriminen a la hora de aplicar las leyes genéricas; se debe también a las leyes que no existen, a todas las instituciones que no se han creado, y a la falta de una doctrina jurídica desde la perspectiva de la mujer como género subordinado. Pero por sobre todo, *Se debe a que esas Leyes genéricas, en realidad sí tienen Género y ese Género es el masculino*”.³³⁵

Por lo tanto, como señalamos en el primer capítulo, el Derecho en sí no es neutro, sino que se basa en un universal masculino, fundamento del sistema patriarcal. Es en ese contexto que surgen voces críticas, que abogan por un Derecho diferente, crítico e inclusivo. De ese modo, surge el DIDH de las mujeres, que tiene como objetivo último el fin de la discriminación y la violencia contra la mujer. He ahí la relevancia de utilizar instrumentos nacionales e internacionales que, a pesar de tener defectos, apuntan en la dirección de elaboración de normas que no respondan a la lógica anterior, como la CEDAW y la Convención Belém do Pará. El desafío ahora es que dicha normativa se transforme en paradigma obligatorio para los jueces, y no en una facultad que pueden ejercer o no³³⁶.

Para determinar aquello, realicé un análisis sobre la forma en que la jurisprudencia utiliza dicho Derecho. Como pudimos apreciar en el segundo capítulo, el derecho no es aplicado por entes neutrales que analicen una situación que tenga respuesta automática en las normas, como una solución matemática, sino que responde a una patrones socioculturales, a un contexto que asigna roles y estereotipos a los sexos y que no utiliza el DIDH de las mujeres para resolver los asuntos en cuestión.

³³⁵ FACIO, A. 1999, óp. cit., p. 108.

³³⁶ Véase ALMÉRAS, D. y MONTANO, S. 2007. Ni una más. El derecho a vivir una vida libre de violencia en América Latina y el Caribe, CEPAL, pp. 103-104, [en línea] <http://repositorio.cepal.org/handle/11362/2870> [consulta: 1 de febrero de 2016].

Los y las operadoras de justicia, los/as funcionarios/as y jueces/zas, son uno de los principales llamados a la protección de los derechos humanos, y por lo mismo, el rol que jueguen en la protección de grupos vulnerables o vulnerabilizados a través de la historia es fundamental. Lamentablemente, en nuestro país son el principal obstáculo a la hora de aplicar el DIDH de las mujeres y un derecho con perspectiva de género.

Del análisis realizado en el Capítulo II se concluye que el uso por parte del poder judicial es escaso, y más bien nulo en muchos casos. Son contadas las excepciones en que se utiliza para no aplicar una norma interna discriminadora, o para dar contenido a un derecho, y que efectivamente implique una protección de los derechos más efectiva. El uso más común es sólo hacer menciones, resolviendo en base a la normativa nacional pero complementada con una simple mención a convenciones internacionales, y que por tanto, no deriva en una mayor protección a las personas. Ahora, se podría pensar que esa es la regla común en todos los tribunales superiores de América. Pero no. Si comparamos la situación con México o Colombia, nos damos cuenta que una brecha se abre entre nuestros países, pues en el primero sobre todo, se aplica el DIDH de las mujeres directamente junto a la normativa nacional, como un todo que funciona en pos de un principio: pro persona. Por lo mismo, se corrobora la hipótesis planteada en un inicio: los tribunales superiores de justicia chilenos no utilizan de forma sustantiva el DIDH de las mujeres en los casos que se presentan ante ellos, y cuando es utilizado, sólo se hace mención a este sin que exista una aplicación sustantiva de los estándares internacionales, haciendo la salvedad que existen de todas formas casos aislados de utilización sustantiva.

De los ejemplos de jurisprudencia comparada, se aprecia que el DIDH es una herramienta emancipadora, que sirve para transformar los discursos legales y culturales. Ahora bien, eso no significa que en los países en que se da un uso sustantivo, la realidad del país se ajuste a esos avances, pero eso es tema de otro estudio. El poder judicial no puede transformarse en un impedimento para la aplicación efectiva de los derechos humanos de las mujeres, contenidos en gran parte en convenciones internacionales que son efectivamente parte del ordenamiento interno.

Ahora bien, durante el presente trabajo se recogieron una serie de deficiencias en la aplicación, y dichas deficiencias no son particulares de nuestro país ni ajenas a las cortes extranjeras, ya el año 1998, hace casi veinte años, BYRNES al analizar los factores de influencia en el uso que hacen los y las juezas de las normas internacionales en la jurisprudencia nacional, señalaba que son variados los estudios que mostraban frustración e

impaciencia por la resistencia de los tribunales nacionales para considerar y aplicar normas internacionales, por los errores cometidos en la poca aplicación que se exhibía y por la falta de conciencia de las normas internacionales, deficiencia extendida tanto dentro del poder judicial como en la profesión legal; esto debido a la falta de capacitación –tanto en las facultades de derecho como durante la carrera en el poder judicial-, y una falta de conocimiento de las normas de derechos humanos³³⁷.

Por lo tanto, aún queda mucho por avanzar hacia una verdadera recepción sustantiva de los estándares internacionales. Esperamos que nuestro país llegue a alcanzar el grado de convencimiento que se da en México, y que se desprende de lo señalado por la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, al señalar que “uno de los derechos de las mujeres, es el derecho a ser juzgadas con perspectiva de género; es decir a que no sean juzgadas con base en estigmas o prejuicios por ser mujeres (...)”³³⁸ y se expresa en que se considera un deber por parte el aplicar DIDH de las mujeres, y no sólo a falta de norma que resuelva el asunto.

³³⁷ BYRNES, A. 1999. El uso de las normas internacionales de derechos humanos en la interpretación constitucional para el adelanto de los derechos humanos de las mujeres. En: FACIO, A. y FRIES, L. (Eds.) Género y Derecho. Santiago, LOM, p. 336.

³³⁸ Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. 2015. Solicitud de Informe complementario, Ex p. CDHDF //IV/122/CUAUH/14/00852, 20 de agosto de 2015, p. 2. [En línea]: http://www.womenslinkworldwide.org/premios/administrador/doc_casos/56cb6dc8f359e_pgja_Mexico_Pronunciamiento_CDDHH_CasoXimenaConstante_es.pdf [consulta: 3 de abril de 2016].

Bibliografía

Libros y artículos

1. ABRAMOVICH, V. 2010. Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso “Campo Algodonero” en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Anuario de Derechos Humanos, 167-182.
2. AGUILAR, G. 2009. La Corte Suprema y la aplicación del derecho internacional: Un proceso esperanzador. Revista de Estudios Constitucionales Universidad de Talca 7(1): 91-136.
3. ALMÉRAS, D. y MONTANO, S. 2007. Ni una más. El derecho a vivir una vida libre de violencia en América Latina y el Caribe, CEPAL, 143 p., [en línea] <http://repositorio.cepal.org/handle/11362/2870> [consulta: 1 de febrero de 2016].
4. AMOROS, C. y COBO, R. 2005. Feminismo e Ilustración. En: AMOROS, C. y DE MIGUEL (Eds.), Teoría Feminista: de la Ilustración a la Globalización. Madrid, Minerva Ediciones, tomo 1: De la Ilustración al Segundo Sexo, pp. 91-144.
5. ARANGO, M. 2014. Medidas provisionales adoptadas por la Corte IDH en el asunto B. con El Salvador y el fortalecimiento en la protección de derechos reproductivos en el sistema interamericano. Anuario de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 177-185.
6. BENADAVA, S. et al. 1992. Nuevos enfoques del derecho internacional. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
7. BYRNES, A. 1999. El uso de las normas internacionales de derechos humanos en la interpretación constitucional para el adelanto de los derechos humanos de las mujeres. En: FACIO, A. y FRIES, L. (Eds.) Género y Derecho. Santiago, LOM, pp. 325-370.
8. CÁNAVES, V. 2012. Elige tu propia desventura. La CEDAW en los caminos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Santa Fe, Argentina, Ediciones UNL, 32 p.

9. CANCADO, A. 2001. El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI. Santiago, 2° ed., Editorial Jurídica de Chile.
10. CRENSHAW. K. 1991. Mappin the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color. *Stanford Law Review* 43: 1241-1299.
11. COOK, R. y CUSACK, S. 2010. Estereotipos de género: Perspectivas Legales Transnacionales. Bogotá, Profamilia, 291 p.
12. CUSACK, S. y PUSEY, L. 2013. CEDAW and the Rights to non-discrimination and equality. *Melbourne Journal of International Law* (14): 54-92.
13. DE BARBIERI, T. 1993. Sobre la categoría de género. Una introducción teórica metodológica. *Debates en sociología* (18):145-169.
14. DE JESÚS, G. Observar a la justicia con gafas violeta. *Género, sexualidad y derechos humanos* 1(1): 5-12.
15. DE LAS HERAS, S. 2009. Una aproximación a las teorías feministas. *Revista de Filosofía, Derecho y Política* (9): 45-82.
16. DULITZKY, A. 1996. Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano. En: *Estudios especializados de derechos humanos*. Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos, tomo I, pp. 129-166.
17. FACIO, A. 1998. La Carta Magna de todas las mujeres. Módulo sobre la CEDAW. ILANUD. Costa Rica, p. 542. En línea, disponible en http://www.equidad.scjn.gob.mx/biblioteca_virtual/doctrina/31.pdf
18. FACIO, A. 1999. Metodología para el análisis de género del fenómeno legal. En: FACIO, A. y FRIES, L. *Género y Derecho*. Santiago, LOM, pp. 99-136.
19. FACIO, A. y FRIES, L. 1999. Feminismo, género y patriarcado. En: *Género y Derecho*, Santiago, LOM, pp. 21-60.

20. FACIO, A y MORGAN, M. 2008. Equity or Equality for Women? Understanding CEDAW's Equality Principles. *Alabama Law Review* 60(5): 1133-1170.
21. FALCON O'NEILL, L. 1998. Historia de los derechos de las mujeres. La construcción del sujeto político. En: *Derechos Humanos de las Mujeres, Aportes y Reflexiones. Serie Mujer y Derechos Humanos 6. Movimiento Manuela Ramos y UNIFEM. Lima, Perú.*
22. FEMENÍAS, M. 2006. Releyendo los caminos de la exclusión de las mujeres. En: en *Feminismos de París a la Plata. Buenos Aires, Catálogos*, pp. 39-65.
23. FERRER MAC-GREGOR, E. 2011. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano. *Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, pp. 339-429. [En línea]: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29018.pdf>, [consulta: 15 de enero de 2016]
24. FREEMAN, M. 1991. The Human Rights of Women under the CEDAW Convention: complexities and opportunities of compliance. *ASIL Proceedings* 91: 378-382.
25. FRIES, L. y LACRAMPETTE, N. 2013. *Feminismos, Género y Derecho*. En: LACRAMPETTE, N. (Ed.) *Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica*. Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 33-68.
26. GARCÍA, A.M. 2006. Tratados internacionales según la reforma del 2005. *Revista de Derecho Público*, (68).
27. GEBRUERS, C. y GHERARDI, N. 2015. El aborto legal en Argentina: la justicia después de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el caso "F.A.L.". Buenos Aires: ELA, CEDES, 35p [en línea]: <http://www.cedes.org/publicaciones/documentos/Salud/2015/10658.pdf> [consulta: 4 de abril de 2016].

28. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. 2004. Los derechos humanos de las mujeres: fortaleciendo su promoción y protección internacional. De la formación a la acción. San José, Costa Rica, IIDH., pp. 72-169.
29. KELLER, L. 2005. The convention on the elimination of all forms of discrimination against women: evolution and (non)implementation worldwide. *Thomas Jefferson Law Review*, (27): 35-44.
30. JIVAN, V. y FORSTER, C. 2009. Challenging conventions: in pursuit of greater legislative compliance with CEDAW in the Pacific. *Melburne Journal of International Law* (10): 655-690.
31. LI-ANN, T. 1997. The impact of internationalisation on domestic governance: gender egalitarianism & the transformative potential of CEDAW. *Singapore Journal of International & Comparative Law* (1): 278-350.
32. LOMBARDO, E. y VERLOO, M. 2010. La interseccionalidad del género con otras desigualdades en la política de la Unión Europea. *Revista Española de Ciencia Política* 23:11-30.
33. MEDINA, C. 2003. Human rights of women: Where are we now in the Americas? En: MANGANAS, A. (ed.), *Essays in honour of Alice Yotopoulos Marangopoulos*, Volume B, Ed. Nomiki Bibliothiki Group, Greece, pp. 907-930.
34. MEDINA, C. 2006. Observación general 16 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Mujeres e Igualdad". *Anuario de Derechos Humanos*, pp. 127-132.
35. MEJÍA, L. 2012. La Comisión Interamericana de Mujeres y la Convención Belém do Pará. Impacto en el sistema interamericano de derechos humanos. *Revista IIDH*, (56): 189-213.
36. MUÑOZ, P. 2010. *Violencias Interseccionales: Debates Feministas y Marcos Teóricos en el tema de Pobreza y Violencia contra las Mujeres*. Central America Women's Network (CAWN), Londres, 69 p.

37. NASH, C. 2006. La incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el ámbito nacional: la experiencia chilena. En: LEÓN, A., et al. La aplicación judicial de los tratados internacionales. Serie Democracia y Judicatura. Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos.
38. NASH, C. 2010. La relación entre el sistema constitucional e internacional en materia de derechos humanos. En: SIMPOSIO Humboldt: Internacionalización del derecho constitucional-constitucionalización del derecho internacional: octubre 2010, Universidad de Buenos Aires. [En línea] <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/39.pdf> [consulta: 20 de enero de 2016].
39. NASH, C. 2012. Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y Aplicación en el ámbito interno. Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 447 p.
40. NASH, C. et al. 2013. Violencia contra mujeres indígenas en el marco de las relaciones familiares: pautas para decidir procedencia de acuerdos reparatorios. Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 102 p. [En línea]: <http://cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/100.pdf>, [consulta: 7 de marzo de 2016].
41. NASH, C. 2013. Estudio introductorio: Derechos Humanos y Mujeres, Teoría y Práctica. En: LACRAMPETTE, N. (Ed.) Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica. Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 13-32.
42. NASCH, C. y NÚÑEZ, C. 2015. Capítulo IV: Tutela judicial y protección de grupos en situación de discriminación. En: La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en Latinoamérica. México D.F., Editorial UBIJUS, CEAD e IIDH, pp. 125-194.

43. NASH, C. y NÚÑEZ, C. 2015. Derechos Humanos y Juicio Penal en Chile. Santiago, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública 9, 347 p.
44. NEUWIRTH, J. 2005. Inequality before the law: Holding states accountable for sex discriminatory laws under the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women and Through the Beijing Platform for Action. Harvard Human Rights Journal, 18: 19-54.
45. NOGUEIRA, H. 2007. Reforma Constitucional de 2005 y Control de Constitucionalidad de Tratados Internacionales. Estudios Constitucionales 5(1): 59-88.
46. NOGUEIRA, H. año. El bloque constitucional de derechos: La confluencia del derecho internacional y del derecho constitucional en el aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales en América Latina. En: JORNADAS DE DERECHO PÚBLICO, fecha, Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, p. 40. [En línea]: <http://www.jornadasderechopublico.ucv.cl/ponencias/El%20bloque%20constitucional%20de%20derechos.pdf>, [consulta: 26 de enero de 2016]
47. NÚÑEZ, C. 2015. Control de Convencionalidad: Teoría y Aplicación en Chile. Cuadernos del Tribunal Constitucional, 224 p.
48. PALACIOS, P. 2007. Las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos y la Perspectiva de Género. Santiago, 2º ed., Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 254 p.
49. PALACIOS, P. 2011. El tratamiento de la violencia de género en la Organización de Naciones Unidas. Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 220 p.
50. PINTO, M. 2000. Cuestiones de género y acceso al sistema internacional de derechos humanos. En: BIRGIN H., Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores, y experiencias comparadas, Buenos Aires, Editorial Biblos, Colección Identidad, Mujer y Derecho.

51. PURDIE, V. y EIBACH, R. 2008. Intersectional invisibility: The distinctive advantages and disadvantages of multiple subordinate-group identities. *Sex Roles* 59:377-391.
52. RODRÍGUEZ, M. 1997. Tomando los derechos humanos de las mujeres en serio. En: ABREGÚ, M. y COURTIS, C. (compiladores) *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales.* (compiladores). Buenos Aires, CELS – Ed. Del Puerto, pp. 579-620.
53. ROTH, B. 2002. The CEDAW as a collective approach to women's right. *Michigan Journal of International Law*, (24): 187-225.
54. RICO, N. 1996. *Violencia de género: un problema de Derechos Humanos.* Santiago, CEPAL (Serie Mujer y Desarrollo 16), 47 p.
55. SAGUÉS, N. 2010. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Revista de Estudios Constitucionales Universidad de Talca* 8(1): 117-136.
56. SARMIENTO, C. 2013. Mirando la discriminación con otros ojos. En: LACRAMPETTE, N. (Ed.) *Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica.* Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 147-178.
57. SEPPER, E. 2008. Confronting the sacred and unchangeable: the obligation to modify cultural patterns under the women's discriminatory treaty. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, (30): 585-639.
58. UPRIMNY, R. 2006. *Bloque de Constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal.* Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", Colombia.
59. VALCÁRCEL, A. 2001. *La memoria colectiva y los retos del feminismo.* Santiago, CEPAL (Serie Mujer y Desarrollo 31), 34 p.

60. VALDÉS, T. 2013. La CEDAW y el Estado de Chile: viejas y nuevas deudas con la igualdad de género. Anuario de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, (9): 171-181.

Documentos

1. CEDAW. Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, adoptadas por el Comité en su 53° período de sesiones (1 a 19 de octubre de 2012). [En línea]: <http://acnurdh.org/wp-content/uploads/2013/01/CEDAW-Chile-2012-ESP.pdf>, [consulta]: 20 de marzo de 2016].
2. CIDH, Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 enero 2007 (expediente de anexos a la demanda, tomo VII, anexo 2, folio 1822).
3. CIDH. Informe anual de la CIDH de 1995. OEA/Ser.L/V/II.91, 28 de febrero de 1996. [en línea] <http://www.cidh.oas.org/annualrep/95span/cap.III.peru10.970c.htm> [consulta: 11 de febrero de 2016].
4. CIDH. Informe Anual de la CIDH, 2000. OEA/Ser./L/V/II.111, de 16 de abril de 2001. [en línea] <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Brasil12.051a.htm>, [consulta: 11 de febrero de 2011].
5. CIDH. Informe de la CIDH Sobre la Condición de la Mujer en las Américas, OEA/Ser.L/V/II.100Doc.17, 13 de octubre de 1998.
6. Comité de Derechos Humanos, caso Llantoy vs Perú, Comunicación No.1153/2003.
7. Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 6, El derecho a la vida. Doc. N. U., CCPR/C/21, Rev. 1, 30 de julio de 1982.
8. Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su resolución 2263 del 7 de noviembre de 1967.

9. Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. 2015. Solicitud de Informe complementario, Ex p. CDHDF /IV/122/CUAUH/14/00852, 20 de agosto de 2015, p. 2. [En línea]: http://www.womenslinkworldwide.org/premios/administrador/doc_casos/56cb6dc8f359e_pgja_Mexico_Pronunciamiento_CDDHH_CasoXimenaConstante_es.pdf [consulta: 3 de abril de 2016].
10. Comité para la Eliminación de las formas de discriminación contra la mujer. 1992. Recomendación General No. 19: la violencia contra la mujer. Doc. N.U. A/47/28, 30 de enero, 1992.
11. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer. 1994. Recomendación General N° 21: La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares. Doc. N.U. HRI/GEN/1/Rev, 4 de febrero de 1994.
12. Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación. 1995. Progress Achieve in the Implementation of the Convention on the Elimination of All Forms of Discriminatio Against Women, 4° Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, China, septiembre de 1995. ONU Doc. A/CONF.177/7. [En línea]: <http://www.un.org/documents/ga/conf177/aconf177-7en.htm> [consulta: 4 de febrero de 2016].
13. Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. 2004. Recomendación General N° 25: Medidas especiales de carácter temporal. N.U. DOC/A/59/38, anexo 1.4., 2004.

Instrumentos internacionales

1. Declaración de Beijing y Plataforma de Acción, realizada entre el 4 y el 15 de septiembre de 1995.
2. Declaración de la Conferencia Internacional del Trabajo sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras, año 1975.

3. O.E.A. Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención Belém do Pará”. Adoptada en la Ciudad Belém do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994.
4. O.N.U. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. “CEDAW”. Adoptada el 18 de diciembre de 1979 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.
5. O.I.T. Convenio sobre la igualdad de remuneraciones, año 1951, N° 100.
6. O.I.T. Convenio sobre la protección de la maternidad, año 1952, N° 103.
7. O.I.T. Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), año 1958 N° 111.
8. O.I.T. Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, año 1981, N° 156.
9. O.I.T. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, año 1989, N° 169.
10. O.I.T. Convenios sobre la protección de la maternidad, año 2000, N° 183.
11. O.I.T. Protocolo de 1990 relativo al Convenio (revisado) sobre trabajo nocturno (mujeres) 1948, N° P. 089.
12. O.I.T. Recomendación sobre la protección de la maternidad, año 1952.

Jurisprudencia internacional

1. CIDH, Informe de fondo No. 4/01, Maria Eugenia Morales de Sierra (Guatemala), 19 de enero de 2001.
2. CIDH, Informe de Fondo N° 53/01, Caso 11.565, Ana, Beatriz, y Cecilia González Pérez (México), 2 de abril de 2001.

3. CIDH, Informe de Fondo No. 54/01, Caso 12.051, Maria Da Penha Fernandes (Brasil), 16 de abril de 2001.
4. CIDH, Informe de Fondo No. 80/11, Caso 12.626, Jessica Lenahan (Gonzales) y Otros (Estados Unidos), 21 de julio de 2011.
5. Corte IDH. Asunto B., Medidas Provisionales respecto de El Salvador, 29 de mayo de 2013.
6. Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.
7. Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257.
8. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.
9. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.
10. Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.
11. Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.
12. Corte IDH. Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289.
13. Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215.

14. Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220.
15. Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221.
16. Corte IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No.205.
17. Corte IDH. Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012 Serie C No. 253.
18. Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275.
19. Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252
20. Corte IDH. Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105.
21. Corte IDH. Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116.
22. Corte IDH. Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195.
23. Corte IDH. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.

24. Corte IDH. Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194,
25. Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216.
26. Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114. Voto concurrente razonado de Sergio García Ramírez.
27. Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190.
28. Corte IDH. Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277.
29. TPIR. Caso Fiscal vs. Jean Paul Akayesu. Sentencia de 2 de septiembre de 1998, Caso N° ICTR-96-4-T.

Jurisprudencia extranjera

1. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Argentina, caso Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/Freddo S.A s/amparo, sentencia del 16 de diciembre de 2002.
2. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de 26 de enero de 2006, C-028/06.
3. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia del 10 de mayo de 2006, C-355/2006.
4. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de 14 de abril de 2008, A-092/2008.
5. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de 27 de enero de 2015, A-009/2015.
6. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de 16 de diciembre de 2015, T-772/2015.

7. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso D. de P. V., A. c/ O., C. H. s/ impugnación de paternidad. Voto disidente de Bossert y Petracchi, 24 de abril de 2008.
8. Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia F.A.L. s/medida autosatisfactiva, con fecha 13 de mayo de 2012.
9. Corte Suprema de la Justicia de la Nación, sentencia Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/Taldelva SRI, y otros s/amparo, con fecha 20 de mayo de 2014.
10. SCJN. Fallo de 3 de septiembre de 2013, contradicción de tesis 293/2011.
11. SCJN. Fallo de 6 de noviembre de 2013, amparo directo en revisión 2655/2013.
12. SCJN. Fallo de 25 de marzo de 2015, amparo directo en revisión 554/2013.
13. SCJN. Fallo de 11 de mayo de 2015, expediente varios 1396/2011.

Jurisprudencia chilena

1. Corte de Apelaciones de Antofagasta. Sentencia de 17 de octubre de 2014, rol 1380-2014.
2. Corte de Apelaciones de Antofagasta. Sentencia de 29 de abril de 2015, rol 1212-2015.
3. Corte de Apelaciones de Arica. Sentencia de 30 de enero de 2015, rol 1-2015.
4. Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 9 de noviembre de 2007, rol 1458-2007.
5. Corte de Apelaciones de La Serena. Sentencia de 21 de julio de 2010, rol 73-2010.
6. Corte de Apelaciones de La Serena. Sentencia de 13 de mayo de 2011, rol 31-2011.

7. Corte de Apelaciones de Punta Arenas. Sentencia de 20 de enero de 2012, rol 116-2011.
8. Corte de Apelaciones de Punta Arenas. Sentencia de 4 de mayo de 2012, rol 28-2012.
9. Corte de Apelaciones de San Miguel. Sentencia de 14 de septiembre de 2010, rol 989-2010.
10. Corte de Apelaciones de San Miguel. Sentencia de 28 de junio de 2011, rol 773-2011.
11. Corte de Apelaciones de San Miguel. Sentencia de 4 de julio de 2012, rol 695-2012.
12. Corte de Apelaciones de San Miguel. Sentencia de 7 de agosto de 2012, rol 260-2012.
13. Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 6 de enero de 2012, rol 914-2011.
14. Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 10 de enero de 2012, rol 1682-2012.
15. Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 22 de marzo de 2013, rol 1826-2012.
16. Corte de Apelaciones de Talca. Sentencia de 16 de diciembre de 2010, rol 209-2010.
17. Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 24 de enero de 2012, rol 43-2012.
18. Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 27 de octubre de 2011, Rol 955-2011.
19. Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 24 de enero de 2012, Rol 43-2012.
20. Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 4 de junio de 2012, Rol 388-2012.

21. Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 17 de julio de 2012, Rol 499-2012.
22. Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 2 de agosto de 2012, Rol 581-2012.
23. Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 21 de agosto de 2012, Rol 635-2012.
24. Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 4 de septiembre de 2012, Rol 667-2012.
25. Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 3 de mayo 2013, Rol 220-2013.
26. Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 22 de enero de 2014, Rol 40-2014.
27. Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 11 de febrero de 2014, Rol 99-2014.
28. Corte de Apelaciones de Punta Arenas. Sentencia de 20 de enero de 2015, rol 507-2014.
29. Corte Suprema. Sentencia de 13 de diciembre de 2006, rol 559-2004.
30. Corte Suprema. Sentencia de 13 de marzo de 2007, rol 3125-2004.
31. Corte Suprema. Sentencia de 10 de mayo de 2007, rol 3452-2006.
32. Corte Suprema. Sentencia de 18 de noviembre de 2009, rol 8230-2009.
33. Corte Suprema. Sentencia de 26 de enero de 2010, rol 8467-2009.
34. Corte Suprema. Sentencia de 4 de enero de 2012, Rol 10635-2011.
35. Corte Suprema. Sentencia de 1 de abril de 2013, rol 7921-2012.
36. Corte Suprema. Sentencia de 30 de octubre de 2013, rol 4752-2013.

37. Corte Suprema. Sentencia de 13 de febrero de 2014, rol 10358-2013.
38. Corte Suprema. Sentencia de 15 de enero de 2015, rol 8891-2014.
39. Corte Suprema. Sentencia de 18 de marzo de 2015, rol 12492-2014.
40. Corte Suprema. Sentencia de 9 de abril de 2015, rol 19354-2010.
41. Corte Suprema. Sentencia de 14 de abril de 2015, rol 32069-2014.
42. STC, Rol N° 288, de 24 de junio de 1999.

Sitios Web

1. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. La OIT y la igualdad de género [en línea] <http://www.ilo.org/gender/Aboutus/ILOandgenderequality/lang-es/index.htm>, [consulta: 5 de febrero 2016].
2. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenios actualizados no ratificados por Chile [en línea] http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11210:0::NO::P11210_COUNT_RY_ID:102588 [consulta: 5 de febrero 2016].