



LA JUSTICIA EN CONSTRUCCIÓN

Derechos y género ante los tribunales y los medios
de comunicación en América Latina

LA JUSTICIA EN CONSTRUCCIÓN

...

Derechos y género ante los tribunales y
los medios de comunicación en América Latina

La Justicia en construcción: derechos y género ante los tribunales y los medios de comunicación de América Latina / dirigido por Natalia Gherardi - 1a ed. - Buenos Aires: Equipo Latinoamericano de Justicia y Género- ELA; Equipo Latinoamericano de Justicia y Género- ELA, 2012

368; 23 x 15 cm.

ISBN 978-987-26196-5-7

1. Derechos Humanos. 2. Estudios de Género. I. Gherardi, Natalia, dir.
CDD 323

Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA), 2011
Tucumán 1581 5to piso Oficina 10 B – C10510AAE - Buenos Aires
ela@ela.org.ar - www.ela.org.ar
Impreso en la Argentina

Diseño gráfico: María Marta Parodi

Impresión: Triñanes Gráfica, Charlone 971, Avellaneda, Buenos Aires – Argentina
Febrero 2012.

Permitida su reproducción citando las fuentes.

Este libro cuenta con el auspicio del Gobierno de Holanda a través del MDG3 Fund.

Monitorear derechos para construir justicia - Natalia Gherardi	5
I. LA AGENDA PENDIENTE	15
Haydée Birgin	17
Marta Lamas	23
Rebeca Grynspan	33
II. DERECHO Y GÉNERO ANTE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA	39
Derecho a una vida libre de violencia	41
Josefina Durán	43
Patsilí Toledo Vázquez	45
Corporación Humanas Colombial	59
Coordinadora de la Mujer	71
Derecho a la igualdad en la vida pública y política	89
Josefina Durán	91
María Inés Zigarán y Alicia Chalabe	93
Roxana Arroyo Vargas	121
Derecho a la no discriminación en la formación profesional y el empleo	137
Josefina Durán	139
Mariela Puga y Romina Otero	141
Maria Jennie Dador	161
Derechos sexuales y reproductivos	171
Josefina Durán	173
Paola Bergallo	175
Helena Olea	209
Luis Saenz Dávalos	231
Andrea Parra	255
Derecho a la no discriminación en las relaciones familiares	271
Josefina Durán	273
Paula Viturro	275
Mauricio Albarracín Caballero	287
Fabiola Lathrop Gómez	305
III. LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES EN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN	337
Mariana Morelli y Paula Rey	339
Acerca de las autoras y autores	365

Monitorear derechos para construir justicia: los derechos de las mujeres en las cortes y los medios de comunicación

Natalia Gherardi

La iniciativa de monitorear los derechos de las mujeres en América Latina a través del seguimiento de las sentencias de las cortes de justicia y de las noticias publicadas en los medios de comunicación estuvo fundada en dos convicciones. Por un lado, que el marco normativo internacional y nacional de los países de la región es amplio y suficiente, de modo tal que -con una interpretación integral y respetuosa de los estándares internacionales- los derechos humanos de las mujeres deberían encontrar un marco regulatorio adecuado para asegurar su protección. Por otro lado, que tanto los discursos de los operadores de justicia a través de sus sentencias como los de los comunicadores sociales en sus coberturas periodísticas, contribuyen a consolidar una mirada particular sobre las mujeres, sobre los roles de género que les son asignados y sobre el respeto que sus derechos merecen por parte de la sociedad en su conjunto.

El objetivo de los Observatorios de Sentencias Judiciales y de las Mujeres en los Medios creados en 2009 por las organizaciones que conformamos la Articulación Regional Feminista por los Derechos Humanos y la Justicia de Género es contribuir a los debates necesarios sobre las condiciones de vigencia efectiva de los derechos consagrados en los tratados, las constituciones y las leyes. También, sobre las vinculaciones entre los derechos que se disputan ante los tribunales de justicia, la agenda de los medios de comunicación y los efectos de ambos discursos en la sociedad.¹ Los Observatorios creados y las reflexiones a las que dieron lugar los materiales incluidos en sus bases de datos de acceso público constituyen herramientas que aspiran a consolidarse como un aporte útil para los debates sobre género y justicia en la región.²

La recuperación de las democracias en muchos países de América Latina coincidió con un contexto internacional favorable y el desarrollo de un marco propicio para la protección de derechos. De la mano de reformas constitucionales, ratificación de tratados internacionales de derechos humanos y la incorporación de herramientas procesales novedosas se avanzó en el camino hacia el desarrollo de actores judiciales más abiertos a escuchar las deman-

1 La Articulación Regional Feminista está integrada por organizaciones de Argentina (ELA - Equipo Latinoamericano de Justicia y Género), Bolivia (Coordinadora de la Mujer), Chile, Colombia, Ecuador (Corporación Humanas, presente en los tres países), Guatemala (La Cuerda), México (EQUIS, Justicia para las Mujeres) y Perú (Demus - Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer). La página web ofrece mayor información sobre su creación, objetivos, trabajos y alianzas (www.articulacionfeminista.org).

2 Las páginas de Internet de la Articulación Regional Feminista y de las organizaciones que las componen incluyen el acceso libre y gratuito a los Observatorios y a los materiales elaborados a partir del análisis de su contenido.

das de grupos sociales que perseguían distintas formas de reparación frente a las violaciones de sus derechos. Sin embargo, este contexto no pudo ser aprovechado del mismo modo por diferentes grupos. Por el contrario, grandes colectivos de personas continúan siendo discriminadas y viviendo en situaciones de desventaja social y económica frente a disímiles oportunidades para plantear reclamos administrativos o judiciales conducentes al reconocimiento de sus derechos. Entre estos grupos se encuentran las mujeres de América Latina, en toda su diversidad, cuyas condiciones de desarrollo social y económico aún resultan adversas para el pleno ejercicio de su autonomía.³

El escaso uso del sistema legal y de sus herramientas para promover los derechos de diversos grupos desaventajados ha sido objeto de reflexión desde la academia, la sociedad civil y los organismos internacionales. La estrategia legal, tan arraigada en costumbres anglosajonas, no ha recibido siempre el mismo ímpetu en la región aún cuando ha habido incipientes y promisorias experiencias en materia de derechos económicos y sociales y justicia transicional, entre otros. Pero los avances producidos en la consagración de derechos de las mujeres pocas veces fueron de la mano de estrategias jurídicas impulsadas por activistas y sus organizaciones ante los tribunales de justicia.

Las controversias que se plantean ante el Poder Judicial, ya sea entre particulares o frente al Estado, son apenas un indicador de ciertos derechos en disputa que no encuentran satisfacción a través de otros canales de negociación previos a la demanda judicial. Sin duda, no son más que una muestra de las necesidades jurídicas insatisfechas de la población, muchas de las cuales no encuentran respuesta como consecuencia de los variados obstáculos materiales y subjetivos que no pueden ser superados por grandes colectivos de personas.

La realidad de las mujeres de América Latina nos muestra una región teñida por la desigualdad: con alarmantes índices de mortalidad materna y mortalidad infantil, desigual acceso a la salud y a la educación de calidad, discriminación de las mujeres rurales y de las mujeres pertenecientes a pueblos originarios, y una violencia sexista que persiste aún frente a las herramientas legales implementadas en los países de la región. Los avances en la conquista de los derechos claramente no encuentran un correlato en la transformación de la realidad de muchas mujeres. Frente a la violación de un derecho, el remedio que ofrece el sistema democrático es el reclamo judicial. Así, en el monitoreo de las sentencias de las cortes de justicia incluidas en nuestro

3 Para una descripción del estado de vigencia y respeto de los derechos de las mujeres en Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, México y Perú véase el *Informe regional de derechos humanos y justicia de género 2011*, preparado por la Articulación Regional Feminista como parte del trabajo de documentación sobre el cumplimiento de los estándares de derechos humanos en cada uno de los países parte. La publicación contiene un diagnóstico actualizado en materia de participación política de las mujeres, violencia, justicia de género, autonomía y familias, derechos sexuales y reproductivos, trabajo y generación de ingresos, educación, multiculturalidad y plurinacionalidad, y mujeres migrantes. Disponible en www.articulacionfeminista.org.

Observatorio de Sentencias Judiciales encontramos procesos vinculados con violencia, agresiones sexuales, reclamos por el reconocimiento de derechos civiles, divorcios, alimentos, problemas vinculados con el reconocimiento del trabajo reproductivo y la protección en el empleo, violaciones de los derechos sexuales y reproductivos, por nombrar sólo algunos de los que encuentran a las mujeres como sus principales protagonistas.

Sin duda hay obstáculos económicos, geográficos, culturales y simbólicos que dificultan el acceso a la justicia, es decir, las posibilidades de activar los mecanismos institucionales existentes para demandar la vigencia de los derechos. Muchos de estos obstáculos afectan de un modo particular a las mujeres, sus organizaciones y, en general, a las y los activistas de derechos humanos. Sin embargo, en aquellos casos en que es posible superar estas dificultades y barreras para el acceso, es interesante analizar cuál es la respuesta del Poder Judicial ante estos reclamos.

El Observatorio de Sentencias Judiciales fue creado en 2009 como un aporte en esa dirección. Se trata de una herramienta que recopila, monitorea y difunde las decisiones de los tribunales de justicia de Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú⁴ con el objetivo de identificar en qué medida la justicia recibe y procesa los reclamos por el ejercicio efectivo de los derechos de las mujeres en temas tales como participación política, trabajo reproductivo, empleo, derechos sexuales y reproductivos, violencia, derechos civiles, entre otros. Montado sobre una base de datos interactiva establecida en una página de Internet de libre acceso, contiene las decisiones más importantes de los tribunales superiores de justicia, cortes constitucionales y otros tribunales de cada país en materia de derechos de las mujeres, las definiciones y normas jurídicas utilizadas y sus condiciones de ejecución.

Desde su inicio, la base de datos del Observatorio de Sentencias Judiciales ha reunido más de 1000 decisiones entre todos los países que integran el proyecto, organizadas a partir de los derechos consagrados en la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés). Todas estas sentencias resuelven controversias entre particulares o apelaciones directas a las obligaciones del Estado vinculadas con los derechos de las mujeres, las condiciones de su vigencia y la interpretación de normas de jerarquía constitucional que garantizan el derecho a la igualdad, la no discriminación y la autonomía personal.

A partir de la información contenida en el Observatorio de Sentencias Judiciales es posible relevar los casos que se litigan ante la justicia, qué derechos involucran, quiénes los llevan adelante, qué argumentos invocan, en qué medida respetan los estándares internacionales para la protección de los derechos humanos y cómo se resuelven en las cortes nacionales.

4 A este trabajo se ha sumado más recientemente México a través del trabajo de Equis, Justicia para las Mujeres.

La construcción del Observatorio supuso un reto metodológico que es al mismo tiempo un tema de preocupación. El Poder Judicial, como uno de los poderes del Estado, se encuentra alcanzado por la obligación de publicidad de los actos de gobierno que se deriva de los principios que nutren el sistema democrático y republicano, facilitando el acceso a la información pública. A pesar de la demanda de la sociedad civil organizada, varios países de la región no cuentan todavía con legislación específica sobre el tema. Mientras se continúa impulsando su regulación, corresponde trabajar para profundizar la obligación del Poder Judicial de responder a los estándares de transparencia, información y rendición de cuentas que se encuentran íntimamente asociados con la recolección de información estadística y su divulgación.

Las dificultades para acceder a la justicia que enfrenta la población en general y las mujeres en particular son muchas y variadas. Para avanzar en su comprensión y en el diseño de políticas reparadoras, es necesario desarrollar estudios de tipo cualitativo que permitan ir desanudando algunos de estos problemas. Hay distintas fuentes de información relevantes a estos efectos. Por un lado, la información estadística sobre las denuncias, las causas, los tiempos de su tramitación y el resultado de los procesos. Por otro lado, el texto de las sentencias judiciales a través de las cuales se resuelven los casos, dictaminando la interpretación judicial del derecho vigente.

El principio que indica que -los jueces sólo hablan a través de sus sentencias- remite a la voz autorizada que las sentencias tienen respecto de lo que es el derecho pero también implica que las sentencias son el modo más adecuado para la comunicación entre el Poder Judicial y la sociedad. Si esto es así, cobra mayor relevancia el conocimiento que una sociedad democrática, basada en valores republicanos, debe tener de los pronunciamientos de sus tribunales de justicia. La ciudadanía tiene derecho a conocer las *razones* de las decisiones que la afectan, y es por esto que el Poder Judicial debe actuar sobre la base de un principio de transparencia informativa.

En América Latina no hay una práctica uniforme en cuanto a la publicidad de las sentencias. A excepción de aquellas cortes superiores o constitucionales que cuentan con una base de datos en Internet en la que difunden sus decisiones, éstas son generalmente reunidas en publicaciones privadas con fines comerciales, lo que condiciona el tipo de sentencias que se divulgan, los sistemas de clasificación y su accesibilidad restringida a clientes. Otra tarea pendiente radica en mejorar los criterios de clasificación de modo de visibilizar algunas problemáticas disimuladas bajo categorías neutras en términos de género.

El resguardo de la privacidad de las personas involucradas en un proceso es fundamental, pero no necesariamente debe constituirse en un obstáculo insalvable para la difusión del contenido de la decisión judicial. En las causas vinculadas con temas sensibles, en las que se busca evitar la revictimización de las personas y en particular de menores de edad, es posible recurrir a es-

trategias como el reemplazo de los nombres por iniciales, la identificación a través de una serie numérica o la eliminación de datos personales u otros que pudieran permitir su identificación, como es práctica habitual en algunos sistemas judiciales de la región. El objetivo de asegurar la confidencialidad de la identidad no necesariamente debe impedir la implementación de una política que favorezca la transparencia del Poder Judicial y la difusión de las reglas de interpretación que establece a través de sus decisiones.

La diversidad de las problemáticas presentes en el transcurso de los procesos civiles y penales, sumada a las dificultades de articulación entre el Poder Judicial y las políticas públicas (sociales, de salud, empleo) merecen el escrutinio cuidadoso al que pueden contribuir las investigaciones empíricas. Es importante avanzar en la conciencia acerca del uso que las sentencias judiciales tienen en la construcción del sentido de las normas, en tanto son una expresión clara del derecho en su aplicación concreta a las realidades de mujeres y varones en nuestra sociedad. Para ello, es importante promover la investigación como forma de avanzar en la consolidación de mecanismos para la formulación de mejores interpretaciones constitucionales y mayor reconocimiento de los derechos.

Sabemos que sólo una pequeña proporción de las mujeres que viven el menoscabo de sus derechos llega a la justicia y por lo tanto el desafío para las políticas públicas en general y para la comunidad jurídica en particular radica en acercar las soluciones del estado de derecho a la sociedad. Si los medios de comunicación logran transmitir estas deficiencias en el acceso a la justicia, también serán una contribución para visibilizar una de las deudas actuales de nuestra democracia.

Los modos en que los medios de comunicación reproducen las noticias vinculadas con los derechos de las mujeres, el discurso público al que contribuyen y las diversas formas en que tratan los temas que también son materia de decisión en el ámbito de la justicia, aportan a un mejor conocimiento de las percepciones que la sociedad tiene respecto de las mujeres y sus derechos.

El Observatorio de Las Mujeres en los Medios implementado por la Articulación Regional Feminista realizó un minucioso trabajo de monitoreo y análisis de noticias sobre violencia contra las mujeres. A través del monitoreo de medios gráficos de distribución nacional y regional se relevaron más de 10.000 noticias sobre diversas manifestaciones de la violencia de género en los 79 periódicos monitoreados. Una base de datos virtual en una página de Internet de libre acceso, sirvió de plataforma para recopilar diariamente las notas que los medios impresos publicaron sobre violencia contra las mujeres.

El Observatorio Regional de Medios se planteó varios objetivos. En primer lugar, identificar el modo en que las mujeres son representadas por los medios impresos de sus respectivos países. Luego, analizar si en el tratamiento que se hace en las noticias se reproducen estereotipos de género. Finalmente, evaluar

si las piezas periodísticas que tienen como sujetos centrales a las mujeres contemplan y/o están presentadas desde una perspectiva de derechos humanos.

Claramente, las noticias sobre violencia ocupan un lugar cada vez más relevante en la prensa, tal vez como un indicador de la conciencia creciente de la sociedad sobre lo inaceptable que resulta esta violación de los derechos humanos. Sin embargo, no se logra todavía vencer ciertos prejuicios en relación con la visión estereotipada que los medios reproducen de las mujeres, sus relaciones interpersonales, su sexualidad. En la medida en que no se generalicen las campañas de difusión para consolidar la idea de la violencia hacia las mujeres como una violación de derechos humanos, junto con diversas intervenciones para contribuir a modificar una cultura que naturaliza muchas formas de violencia, no será posible consolidar los cambios necesarios para avanzar en el respeto de los derechos las mujeres. Los medios de comunicación, mientras tanto, son reproductores de estas falencias que nos aquejan como sociedad.

Esta publicación presenta una selección de artículos que ilustran los desafíos que enfrenta una región que pretende avanzar en la construcción de una sociedad más justa y equitativa, superando el discurso dogmático que sólo invoca los derechos para entrar de lleno en la preocupación por sus condiciones de vigencia efectiva. Así, la primera parte del libro plantea tres grandes temas que claramente se identifican como la agenda pendiente y que permiten colocar en contexto los artículos transcritos en la segunda parte. Allí, diversos autores reflexionan sobre los derechos de las mujeres a partir de sentencias resonantes emitidas por las cortes de justicia.

El recorrido por la agenda pendiente se inicia con el artículo de Haydée Birgin, que traza las relaciones entre el acceso a la justicia como garantía para la igualdad con los postulados del estado social de derecho en las democracias liberales, mientras cuestiona cuáles son los motivos por los que la violencia contra las mujeres continúa siendo uno de los principales problemas de la región. En un contexto de innegables avances en materia legislativa, la persistencia del problema lleva a preguntarse por las relaciones entre la justicia y la cultura, las dificultades para incluir este problema en una agenda más amplia que involucre a otros actores sociales y el rol de las políticas públicas, demasiado alejadas del Poder Judicial. Será tiempo de modificar el enfoque desde el que se aborda la problemática, habitualmente concentrada en las situaciones de violencia individuales en las que se busca, a través del derecho, una respuesta del ordenamiento jurídico. Es momento también de identificar políticas públicas, abordajes institucionales y patrones comunes que pueden ser planteados en otros términos, impulsando un cambio político cualitativo.

A continuación, el artículo de Marta Lamas aborda un tema fundamental en la agenda de derechos de las mujeres en América Latina.⁵ Convencida

5 Los artículos de Marta Lamas y de Rebeca Grynspan recogen sus intervenciones en el acto inaugural del IV Encuentro de Operadoras de Justicia de América Latina, celebrado en la Facultad

que referirse hoy a los derechos humanos implica hablar de diversidad cultural, valores y universalismo, la autora recupera las discusiones sobre los derechos sexuales y reproductivos y la legalización del aborto, que enfrentan objeciones de parte de sectores que pretenden imponer un modelo de moral por sobre el ordenamiento jurídico. Lamas argumenta que los conflictos provocados por la existencia masiva de abortos ilegales en un país con aspiraciones democráticas son múltiples: remite a cuestiones centrales de la noción moderna de ciudadanía, tales como la autonomía personal, la no-intervención del Estado en la vida privada y la libertad de conciencia. Como sostiene en el artículo, convivir respetando los derechos humanos supone algo más que voluntad para aceptar la diversidad cultural y religiosa: implica mover las fronteras de nuestras sociedades hacia niveles superiores de solidaridad y responsabilidad.

Para cerrar esta primera parte, el artículo de Rebeca Grynspan propone analizar los retos del Siglo XXI en un contexto más amplio: el de la desigualdad social. Grynspan argumenta que no es posible construir sociedades más equitativas e incluyentes sin abordar la inequidad de género pero, al mismo tiempo, no es posible abordar la inequidad de género sin atender a la construcción de sociedades más equitativas e incluyentes. Así, repasa los avances de las mujeres en materia de inserción laboral, participación política y acceso a la educación. Destaca asimismo los avances en materia legislativa, ya que en muchas democracias el tema de género y derechos de las mujeres se ha insertado poco a poco en las agendas políticas. Sin embargo, la autora advierte la importancia de analizar cuidadosamente las desigualdades entre las mujeres y sus realidades diversas aún dentro de un mismo país. Los países de la región tienen todavía un largo camino que recorrer hacia la construcción de sociedades más libres y más incluyentes, y destaca que el empoderamiento de las mujeres en el ejercicio de sus derechos, de su autonomía económica y su participación política son piezas fundamentales de ese camino.

La segunda parte de esta publicación presenta una selección de artículos que ilustran desde diversas perspectivas los debates en torno a los derechos y el género ante los tribunales de justicia.

Desde la creación del Observatorio de Sentencias Judiciales, las organizaciones de la Articulación Regional Feminista promovimos en cada uno de nuestros países la discusión sobre los derechos litigados ante las cortes a partir del análisis minucioso de las sentencias monitoreadas. En una serie de libros editados en cada país, se publicaron artículos que abordaron las principales discusiones jurídicas significativas para las mujeres y la vigencia de sus derechos. La primera serie de libros publicados en cada uno de los países, *Derechos de las mujeres y discurso jurídico*, presentaba el informe anual del Observatorio de Sentencias Judiciales luego de su primer año de funcionamiento. La segunda serie de libros, *Los derechos de las mujeres en la mira*,

incluye artículos que abordan tanto el análisis jurídico como el discurso de los medios de comunicación.⁶

Para esta publicación hemos realizado una selección entre los artículos publicados con anterioridad, y reproducimos algunos que abordan diversos aspectos de temas que sin duda son comunes a la región: el derecho a vivir una vida libre de violencia; el derecho a la igualdad en la vida pública y política; el derecho a la no discriminación en la formación profesional y el empleo; los derechos sexuales y reproductivos; y el derecho a la no discriminación en las relaciones familiares. Se trata de temas que atraviesan los discursos sociales de un modo tal que han estado presentes no sólo en las sentencias de los tribunales de justicia sino también muchas veces en los medios de comunicación. No hay duda que la plena vigencia de estos derechos hace a la construcción misma de la ciudadanía, en un proceso de apropiación y ejercicio efectivo de los derechos que los tribunales de justicia en muchos casos apoyan al mismo tiempo en que se constituyen como un espacio de disputa.

Si bien se trata de artículos escritos a partir del análisis de un caso nacional, en ellos es posible vislumbrar tendencias argumentativas y estrategias interesantes capaces de servir de inspiración en otros países, tanto para avanzar en la promoción de los derechos de las mujeres, como para resistir los embates que todavía impulsan sectores que combaten la igualdad y el respeto por la diversidad. La calidad de los aportes de las autoras y autores que contribuyeron a nuestras anteriores publicaciones nos permiten asegurar la relevancia de sus artículos, a pesar de los desarrollos posteriores que pudieran haberse producido en cada uno de los países. En todo caso, tenemos la certeza que deseamos impulsar la forma en que se realiza el análisis y el uso que se hace de las sentencias y de los discursos sociales, para trabajar en la promoción de los derechos.

Finalmente, en la tercera parte de esta publicación el artículo de Mariana Morelli y Paula Rey presenta una síntesis de los hallazgos del Observatorio Las Mujeres en los Medios. Los hallazgos permiten establecer un diagnóstico regional que indica que el tema de la violencia hacia las mujeres ocupa un lugar relevante en la agenda pública de los países de la región. Sin embargo, no logra todavía vencer ciertos prejuicios en relación con la visión estereotipada que los medios reproducen de las mujeres, sus relaciones interpersonales, su sexualidad. El trabajo en el análisis de los medios muestra una tendencia uniforme entre los países de la región, que no ha mostrado cambios a lo largo del tiempo. Es momento entonces de avanzar en nuevas estrategias de intervención ante los medios, apoyando formas de trabajo más vinculadas con un enfoque de derechos y más alejadas de la urgencia informativa sensacionalista.

Al finalizar el proyecto que dio origen a estas iniciativas de monitoreo de los

6 Todas las publicaciones se encuentran disponibles en la página de Internet de la Articulación y la de cada una de las organizaciones nacionales.

derechos de las mujeres en América Latina, es tiempo de agradecimientos. En primer lugar, al MDG3 Fund del Gobierno de Holanda, sin cuyo apoyo financiero esta empresa no hubiera sido posible. En segundo lugar, a los equipos de trabajo de las áreas de justicia y de comunicación de cada una de las organizaciones que integran la Articulación Regional Feminista, y a todas las personas que contribuyeron al desarrollo y consolidación de los Observatorios de Sentencias Judiciales y de las Mujeres en los Medios a lo largo de estos años. Asimismo, agradecemos el entusiasmo que este proyecto y el trabajo de nuestras organizaciones ha despertado en el interés demostrado por integrantes de la sociedad civil, la academia, áreas de gobierno, defensorías, Ministerios Públicos y del Poder Judicial de cada uno de nuestros países, que recibieron nuestros aportes y participaron de los ciclos de talleres que hemos desarrollado en los últimos años.

En relación con esta publicación, una palabra especial de agradecimiento a Josefina Durán por el trabajo de selección y edición de los artículos que integran la segunda parte del libro, autora también de las presentaciones que les preceden y que contribuyen a situar los artículos en contexto. Asimismo, a Mariana Morelli por el trabajo en la edición y supervisión general del contenido de esta publicación.

Finalmente, nuestro agradecimiento a las autoras y autores que han contribuido con sus ideas a enriquecer el análisis que puede hacerse de los materiales que ofrecen los Observatorios. Nuestra aspiración es que puedan servir de inspiración para nuevas preguntas y la profundización de las indagaciones necesarias para avanzar en la conquista de los derechos de las mujeres en América Latina, y también más allá de nuestras fronteras.

Dedicamos nuestro trabajo a las mujeres y varones comprometidos con la libertad y la igualdad, por la convicción compartida de que el cambio es posible a pesar de las evidencias cotidianas que en ocasiones se empecinan en indicar lo contrario.



La agenda pendiente

Acceso a la justicia y violencia: Una deuda con los derechos de las mujeres

Haydée Birgin^{1*}

El discurso jurídico se entrelaza y crea, al mismo tiempo, otros discursos. A un concepto reduccionista del Derecho que lo presenta como pura norma, debe oponérsele la concepción que lo caracteriza como una práctica discursiva social, que excede las palabras de la ley.

Desentrañar cómo opera la ley en las relaciones entre discurso e ideología, por un lado, y entre estructuras materiales y relaciones de poder, por otro, permite esbozar un marco teórico diferente, capaz de poner en cuestión las categorías de análisis desde las que se han definido conceptos clave tales como el significado del término *igualdad*. ¿En qué consiste la igualdad cuando hay disociación entre la ley y la práctica social? ¿O cuando las políticas no garantizan el ejercicio efectivo de los derechos que resguarda la ley? ¿Qué sucede cuando los mensajes comunicados mediante la ley son contradictorios con los que prevalecen en otros ámbitos de la cultura? ¿Qué efecto tiene la ley sobre las ideas y las conductas?

Una preocupación del análisis feminista es indagar sobre el modo en que diversos discursos sociales y jurídicos construyen y operan sobre las mujeres. Esto es, cómo el género funciona dentro del derecho y cómo el derecho opera para *crear* género. Este enfoque implica dirigir la atención al concepto de derecho como *creador* de género, que necesita ser comprendido junto a la idea de que el derecho *tiene* género.² De este modo, es posible analizar el poder del derecho como algo más que una sanción negativa que oprime a las mujeres. El derecho –aunque no sea monolítico ni unitario– también instituye y reproduce diferencias de género y de identidad, contribuye a construirlas y a reforzarlas.

Al mismo tiempo, el análisis feminista revisa la forma en que el derecho se vuelve acción. El acceso a la justicia es un derecho humano fundamental en un sistema democrático que tenga por objeto garantizar los derechos de todas las personas en condiciones de igualdad. Cuando otros derechos son violados, ésta constituye la vía para reclamar su cumplimiento ante los tribunales y garantizar la igualdad ante la ley.

En el Estado social, caracterizado por un compromiso activo con el bienestar de la ciudadanía, los individuos no quedan abandonados a su propia suerte sino que el Estado, además de crear el marco adecuado para el libre ejercicio

^{1*} Las ideas presentadas en este artículo fueron publicadas con anterioridad en Birgin y Kohen (2006) y en Birgin y Gherardi (2011).

² Véase Smart, Carol (1994: 177).

de los derechos individuales y castigar todas las violaciones de esos derechos, está obligado a proveer las condiciones necesarias para asegurar su ejercicio.

El acceso a la justicia como mecanismo facilitador para ejercer los derechos y defender las libertades es el principal derecho –el más importante de los derechos humanos– en un sistema legal moderno e igualitario que tenga por objeto garantizar, y no simplemente proclamar, los derechos de todas las personas. Como todo derecho, el acceso a la justicia requiere un sistema de garantías que posibilite su pleno ejercicio. Claramente, esto supone la obligación del Estado de crear las condiciones jurídicas y materiales que garanticen su vigencia en condiciones de igualdad.

Las normas constitucionales y legales de origen nacional y otras contenidas en tratados o convenciones internacionales acentúan la importancia de la jurisdicción como mecanismo de solución de conflictos y la asistencia legal como garantía de los derechos. Sin embargo, esta preocupación por las normas ha sido insuficiente para enfrentar el acceso a la administración de justicia. En tanto que los componentes del sistema legal no se agotan en las regulaciones, instituciones y procedimientos, hay aspectos culturales y simbólicos que constituyen otros importantes ingredientes del sistema legal: la cultura legal, la confianza en el sistema, la forma en que las personas orientan sus conductas y actitudes en relación con la ley.

El acceso a la justicia compromete a los tres poderes del Estado. Mientras que al Poder Judicial le corresponde administrar justicia, el Poder Ejecutivo y el Legislativo son responsables de dotar al Poder Judicial de los recursos necesarios para garantizar la resolución de los conflictos en tiempo y condiciones razonables.

El acceso a la justicia, entonces, puede ser considerado desde varios aspectos diferentes aunque complementarios. Por un lado, involucra el *acceso propiamente dicho*, es decir, la posibilidad de *llegar* al sistema judicial contando con la representación de un abogado o abogada, hecho que resulta fundamental en el camino de convertir un problema en un reclamo de carácter jurídico. En segundo lugar, la *disponibilidad de un buen servicio* de justicia, es decir, que el sistema brinde la posibilidad de *obtener un pronunciamiento judicial justo en un tiempo prudencial*. En tercer lugar, el acceso a la justicia implica la *posibilidad de sostener el proceso completo*, es decir, que las personas involucradas no se vean obligadas a abandonar una acción judicial a lo largo del proceso por razones ajenas a su voluntad. En este sentido, el sistema debería proveer los recursos e instrumentos necesarios para garantizar esta cobertura, en especial, para los sectores y grupos en desventaja económica y social (la población que vive bajo la línea de la pobreza, las mujeres que no pueden concurrir a los tribunales porque no tienen con quién dejar a sus niños, las que concurren con ellos a costas, las personas con trabajos precarios que pierden el jornal por asistir al tribunal; las personas que tienen dificultades de traslado, sea por discapacidades y/o por razones económicas,

entre muchas otras situaciones). Por lo tanto, cuando se plantea la *gratuidad* para garantizar el acceso a la justicia, no nos referimos sólo al beneficio de litigar sin gastos (como las tasas de justicia o las costas de los peritos), sino también a contemplar los gastos de transporte y las pérdidas de jornales implicadas. Finalmente, esto presupone el *conocimiento de los derechos* por parte de los ciudadanos y de *los medios* para poder ejercer y hacer reconocer esos derechos y, específicamente, *la conciencia del acceso a la justicia como un derecho* y la consiguiente *obligación del Estado* de brindarlo y promoverlo en forma gratuita tanto para casos penales como civiles.

Hay un doble significado implícito en el concepto de acceso a la justicia: en un sentido amplio se entiende como *garantía* de la igualdad de oportunidades para acceder a las instituciones, órganos o poderes del Estado que generan, aplican o interpretan las leyes y regulan normativas de especial impacto en el bienestar social y económico. Por otra parte, también incluye el conjunto de medidas que se adoptan para que las personas resuelvan sus conflictos y protejan sus derechos ante los tribunales de justicia.

Ambas perspectivas no son excluyentes. De ahí la necesidad de analizar el acceso a la justicia en el marco de la intervención social del Estado, es decir del conjunto de las políticas públicas que afectan las condiciones de vida de la población y el orden social, como el gasto público, el sistema tributario, las políticas demográficas y de familia.

Uno de los ámbitos en los que se vislumbra con claridad el problema de acceso a la justicia es la persistencia de la violencia dirigida hacia las mujeres. La violencia contra las mujeres constituye hoy un tema innegable del debate social y político en la región, que no se ha superado a pesar de los avances logrados. La incorporación este tema a la agenda pública es, sobre todo, un mérito del movimiento feminista que desde las décadas de 1960 y 1970 ha luchado para hacer visible ese flagelo y ha promovido acciones para atacar en igual medida sus causas y sus consecuencias. En el proceso de reconocimiento de las dimensiones y las características específicas de este tipo de violencia, han contribuido también los tratados y las convenciones internacionales vinculados con los derechos humanos, entre ellos, la Convención de Belem do Pará y más tarde el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que en 1998 estableció que la violencia contra las mujeres en conflictos armados es un crimen de lesa humanidad.

Paulatinamente, las necesidades y las inquietudes de las mujeres se han ido transformando en demandas y propuestas que han tenido su correlato en una mayor difusión del problema, en acciones de prevención y en la sanción de leyes específicas en prácticamente todos los países, entre otros recursos. En ese marco, cada vez más mujeres víctimas de violencia han comenzado a denunciar públicamente la situación de injusticia a la que se vieron expuestas, tanto quienes la han padecido en el interior de sus hogares como aquellas obligadas a soportar los abusos en contextos de conflictos armados.

Mucho se ha avanzado en la comunidad internacional desde la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos en 1993 para aumentar los esfuerzos por la erradicación de la violencia contra las mujeres. El reconocimiento y la comprensión de la problemática, la adopción de instrumentos específicos para combatirla, la fuerza con que ha permeado las instancias y los instrumentos generales de derechos humanos, la adopción de legislaciones y políticas sociales nacionales destinadas al tratamiento y la protección de las víctimas, entre otros, permiten dar cuenta de la inclusión de este tema en la corriente principal de los derechos humanos.

En las últimas décadas, también se han producido avances importantes en América Latina. Los países han sancionado leyes que establecen políticas públicas en la materia y que a menudo abarcan diversos órdenes (salud, educación, justicia) y distintos espacios de gobierno (federal, local). El desafío, entonces, ya no es consagrar o justificar derechos suficientemente reconocidos en el ordenamiento jurídico sino garantizar su ejercicio efectivo. Tal como señalaba Norberto Bobbio

el problema... no es filosófico, sino jurídico y, en sentido más amplio, político. No se trata tanto de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados (Bobbio, 1991:64).

Después de tantos esfuerzos en cada uno de los países y en la comunidad internacional, es lícito preguntarse por qué persiste la violencia contra las mujeres. Sabemos que constituye una situación paradigmática, presente en todas las sociedades y culturas, exacerbada ante conflictos armados y en situaciones de pobreza y exclusión. Sabemos que el lugar social que ocupan las mujeres en el conjunto de la sociedad y en los grupos más vulnerables (como migrantes, indígenas, niñas y adolescentes, trabajadoras) reúne factores que afectan de manera dramática las condiciones de vida de la población femenina y sus posibilidades futuras de desarrollo personal y colectivo. ¿Habría que revisar, entonces, la conceptualización teórica? ¿Qué razones impiden incluir este problema en una agenda más amplia que involucre a otros actores sociales?

Los marcos legales, si bien han sido claves en el reconocimiento y la visibilización de una problemática históricamente ocultada, también revelan graves deficiencias en su aplicación producto de la persistencia de prácticas discriminatorias –en especial en el acceso a la justicia–, prejuicios de los operadores de justicia, falta de recursos y debilidad o ausencia de políticas sociales. Las mujeres víctimas de violencia no sienten que puedan resolver su conflicto y, en cambio, se ve fortalecida la sensación de impunidad, que reproduce mayor violencia social e institucional.

Desde la política social, se cuenta con experiencias disímiles en relación al tratamiento de la problemática. Parte del repertorio adoptado en América Lati-

na en el marco de políticas que buscan generar las condiciones de tratamiento y atención a las víctimas han sido las comisarías para mujeres, las casas de acogida y/o de refugio y la creación de servicios de asistencia médica y legal. Sin embargo, estas medidas aparecen como experiencias aisladas en relación con una política social más general que alcance a *transversalizar* el quehacer del Estado. Y, en este sentido, tampoco se ha logrado estructurar un movimiento social capaz de organizar y llevar adelante las demandas tendientes a erradicar la violencia contra las mujeres y a orientar la intervención social del Estado.

Una respuesta posible, entonces, a la pregunta sobre la persistencia de la violencia que afecta a las mujeres es la debilidad de las políticas públicas en esta materia. Si esta violencia es resultado de un fenómeno enraizado en la cultura y en las relaciones de poder entre varones y mujeres, es claro que no puede resolverse sólo con leyes y con asistencia psicológica, sino que requiere una política pública integral que abarque el problema en su complejidad. Esa política integral debería contemplar la asistencia a las víctimas de este flagelo, pero también debería implementar políticas sociales activas que garanticen el acceso a la justicia, única condición para la eficacia del resto de las acciones y de la cual hoy están excluidos grandes sectores de la población. Esto implica, entonces, tanto políticas que permitan a las mujeres sostenerse en la denuncia como el desarrollo de una estrategia comunicacional que establezca la condena social al agresor, acción también necesaria para impactar en los patrones sociales que se busca modificar.

En otro orden, la ausencia de datos estadísticos sistemáticos y de investigaciones empíricas acerca de la aplicación de las leyes y de la implementación de políticas en esta área constituye, sin duda, uno de los mayores déficits para medir el grado de eficacia en el control efectivo de la violencia contra las mujeres. Se requiere mayor información que permita establecer, entre otros datos, el tipo de violencia, las características de las víctimas, los recursos con que cuentan y los obstáculos que enfrentan para acceder a la justicia. Este tipo de datos resulta imprescindible para diseñar políticas públicas fundamentadas, que puedan impactar efectivamente en el estado de cosas que se busca modificar.

Habitualmente las situaciones de violencia individuales son abordadas como conflictos particulares en los que se busca, a través del derecho y sus procedimientos penales o civiles, una respuesta del ordenamiento jurídico. En ese sentido, hay intervenciones posibles a partir del poder punitivo del Estado como de las estrategias que pueden ofrecer los tribunales de familia en el ámbito civil. Sin embargo, también es posible identificar políticas públicas, abordajes institucionales y patrones comunes que pueden ser planteados en otros términos. Por caso, la existencia y las condiciones de los refugios para víctimas de situaciones de violencia intrafamiliar para atender la urgencia inmediata, las subvenciones económicas, las preferencias para planes de vivienda, los planes de capacitación que se ofrecen a mujeres víctimas de

violencia, y una infraestructura de servicios de cuidado para los niños, niñas y otras personas dependientes del hogar de modo de permitir a las mujeres (sus principales cuidadoras) la inserción laboral. Se trata de políticas públicas que tienen efectos sobre el colectivo de mujeres afectado y que implican, por lo tanto, un cambio político cualitativo.

En otras palabras, sin un Estado activo, no habrá acceso efectivo a la justicia.

Bibliografía

Birgin, Haydée; Kohen, Beatriz (2006) "Introducción. El acceso a la justicia como derecho". En: Birgin, Haydée; Kohen, Beatriz (Comp.) *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas*. Buenos Aires: Editorial Biblos.

Birgin, Haydée; Gherardi, Natalia (2011) "Introducción". En: Birgin, Haydée; Gherardi, Natalia (Comp.) *Reflexiones jurídicas desde la perspectiva de género*. Colección "Género, Derecho y Justicia" N° 7. México: Editorial Fontamara.

Bobbio, Norberto (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid: Sistema.

Smart, Carol (1994). "La mujer en el discurso jurídico". En: Larrauri, Elena (Comp.) *Mujer, derecho penal y criminología*. Madrid: Siglo Veintiuno.

Globalización, diversidad y derechos de las mujeres

Marta Lamas

Hablar hoy de derechos humanos implica hablar de diversidad cultural, valores y universalismo. Y como para construir una convivencia respetuosa se vuelve imprescindible establecer una plataforma común de valores, en las democracias se ha estado dando un debate para definir ese piso de valores universales, que todas las culturas compartan.

Hacia allí apunta el objetivo primordial de los derechos humanos y Fernando Savater (2002) ha sido de los defensores más convincentes de que es posible construir una ética compartida, pese a las diferencias culturales, pues

No existe ninguna cultura en el mundo, ni antigua ni moderna, ni civilizada ni incivilizada, en la cual la mentira sea más apreciada que la verdad, la cobardía sea mejor considerada que la valentía, la avaricia sea preferida a la generosidad, ni hay tampoco una que considere que el crimen de alguien de la comunidad es algo positivo. Lo que varía es el ámbito al que se aplican estas normas. Es decir, hay quien cree que la obligación de decir la verdad, de ser generoso, rige en el marco de su grupo pequeño mientras que otros piensan que esto debería extenderse a una escala universal. Lo que varía es la escala, pero los valores son muchísimo más semejantes, incluso los hay de carácter universal.

Y aunque aseverar que no hay ser humano que voluntariamente busque una mutilación sexual ni persona que considere la violación sexual de sus seres queridos algo aceptable, hay cuestiones sobre las que ha sido más difícil encontrar consenso, en concreto, las que tiene que ver con la sexualidad y la reproducción. ¿Cuáles son las prácticas donde hay suficientes coincidencias para construir una ética sexual y reproductiva con valor universal? Más que definir dónde situar la línea de lo aceptable y lo inaceptable en las prácticas sexuales y reproductivas de los seres humanos, el criterio universalista ha consistido en aplicar la misma regla a todas las personas, en sus diferentes culturas: cada quién tiene derecho a decidir su vida sexual y reproductiva, mientras no afecte a terceros. Esto ha resultado más fácil de aplicar en materia sexual, a partir del principio del respeto al consentimiento mutuo, que en el ámbito reproductivo. Y en el ámbito de la reproducción el punto nodal de conflicto ha sido el aborto. Y ¿saben qué es impresionante? Que todas las personas, absolutamente todas, desde los obispos más conservadores hasta las feministas más radicales, anhelan lo mismo respecto al aborto: todos desean que ya nunca ninguna mujer se tenga que hacer un aborto. Sin embargo, de ese consenso total, se pasa a las posturas más polarizadas. ¿Por qué? Porque se confunde lo moral y lo jurídico.

Cuando en 1985 se debatió la despenalización del aborto en España, país hegemónicamente católico como todos los de nuestra América Latina, el obispo

auxiliar de Madrid, Monseñor Alberto Iniesta hizo una declaración que abrió las conciencias al respecto al introducir una perspectiva que establece una distinción entre el hecho del aborto en sí y su tratamiento penal. El Obispo Iniesta dijo: “Mi conciencia rechaza el aborto totalmente; pero mi conciencia no rechaza la posibilidad de que la ley deje de considerarlo como un hecho delictivo”.¹ Esta declaración de un obispo católico constituye un ejemplo extraordinario de que la diferencia entre lo jurídico y lo moral está calando en la conciencia y la sensibilidad de muchas personas.

Las resistencias religiosas frente a la reivindicación de los derechos sexuales y reproductivos es parte de un proceso que reconoce que las necesidades sociales requieren ser reguladas adecuadamente por el Derecho. La experiencia en varios países muestra que si bien es importante el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos, este reconocimiento se torna por entero insuficiente cuando no va acompañado de los mecanismos que permitan la protección real de sus contenidos normativos y la apropiación y vivencia de tal clase de derechos por las personas.

Mujeres y hombres son iguales en tanto seres humanos, pero son diferentes en tanto sexos. La distinta sexuación produce una respuesta biológica absolutamente diferencial en el caso de la procreación. Aunque la creación de un ser humano requiere insumos masculinos (espermatozoides) y femeninos (óvulos), todo el proceso de concepción, gestación y parto se lleva a cabo exclusivamente en el cuerpo de la mujer. Esta actividad gestante puede ser vivida por las mujeres como algo deseado y gratificante o también como algo no deseado que produce conflictos y sufrimiento. La desigualdad procreativa entre mujeres y hombres ha sido la base material sobre la cual se ha construido la subordinación social femenina, y ha resultado muy complejo introducir una mirada que “desnaturalice” la condición femenina como esencialmente reproductora y que tome a las mujeres, no como hembras paridoras sino como sujetos en su propio derecho.

Un jurista italiano, Luigi Ferrajoli (1999), se pregunta como actúa el paradigma de la igualdad sobre la diferencia de sexo. ¿Acaso la diferencia fundante, la sexual, impone algún tipo de elaboración, un derecho sexuado o derecho de la diferencia? Ferrajoli señala que la valorización de la diferencia sexual se funda esencialmente en el principio normativo de la igualdad, en el sentido de que la igualdad consiste en el igual valor de las diferencias como rasgos constitutivos de las personas y como tal la igualdad es asegurada por el carácter universal de los derechos fundamentales. Ferrajoli identifica el derecho a la igualdad con el derecho a la identidad diferente. Por eso ante la diferencia sexual, para Ferrajoli hay un derecho relativo únicamente a las mujeres, que es el derecho “a la autodeterminación en materia de maternidad (y consecuentemente de aborto)” (1999:84). Para este jurista se trata de un derecho que es “al mismo tiempo fundamental y exclusivo de las mujeres por múltiples y fundadas razones.”

1 Citado en Ibáñez (1993: 156).

No es extraño que sea un italiano el que desarrolle esta reflexión. En Italia desde 1978 se despenalizó el aborto, con todo y Vaticano presente. Y fue justamente deslindar lo moral de lo jurídico lo que permitió tal decisión legislativa. El argumento que más peso tuvo fue el de que si sólo las mujeres con recursos económicos tenían las condiciones sanitarias básicas para realizarse la interrupción del embarazo, se daba una quiebra moral en la sociedad.

En América Latina los términos de la discusión pública para encontrar una normatividad que respete los derechos humanos de las mujeres siguen muy polarizados y la transmisión que los medios de comunicación han hecho de estas posiciones encontradas reduce el difícil problema a términos equivocados: estar “a favor” o “en contra” del aborto. ¿Quién puede estar “a favor” del aborto? Nadie en su sano juicio puede estar “a favor”, así, en abstracto. Por otro lado, ¿qué significa estar “en contra”? ¿Acaso se pretende impedir que las mujeres violadas aborten, que las que tienen embriones con patologías graves tengan que llevar a término sus embarazos, o que las embarazadas en peligro de morir sean sacrificadas por la llegada de una nueva vida? No es posible formular la complejidad de las cuestiones asociadas a la interrupción voluntaria del embarazo a un maniqueo posicionamiento de “a favor” o “en contra”. Si se cambia de perspectiva, tal vez se podría formular la interrogación sobre el aborto de manera más productiva: ¿qué hacer para que ya ninguna mujer enfrente la necesidad de realizarse un aborto? Precisamente para definir una meta que podamos compartir todas las personas interesadas en que se acaben los abortos, hay que ubicar con claridad el problema.

La inexistencia legal del “aborto voluntario” es lo que introduce graves problemas de justicia social y salud pública: las mujeres con recursos económicos se hacen abortos voluntarios ilegales en las mejores condiciones, mientras que las demás -que son la mayoría- son maltratada psicológicamente, además de que pagan sumas totalmente impropiedades y sufren las complicaciones y la fatalidad de los abortos mal practicados. Por todo esto, aunque nadie está “a favor” del aborto, sí se puede estar “a favor” de un mejor manejo de los abortos que ya se realizan, y así abatir los problemas de justicia social y salud pública que esta práctica genera. Además un manejo abierto favorecería una educación que prevenga la repetición de esa conducta.

Precisamente por eso es que ha ido ganando terreno la perspectiva que establece una distinción entre el hecho del aborto en sí y su tratamiento penal, tal como señaló el obispo español. Al enfrentar dilemas complejos es imprescindible no simplificarlos. Al abordar la discusión sobre la despenalización del aborto es importante conocer lo que han hecho otras sociedades con una religiosidad católica similar a la de nuestros países latinoamericanos: Francia, Italia y España. Vemos pues que la tradición católica entretejida en nuestra cultura no es siempre un obstáculo para que se cambien las leyes.

El *quid* del asunto está en algo aparentemente muy sencillo: aceptar que las mujeres son personas capaces de decidir sobre sus cuerpos y sus vidas.

¿Qué son las mujeres?, ¿son medios o son fines en sí mismas?, ¿son receptáculos o son ciudadanas con derechos? Bajo la prohibición del aborto hay un claro desprecio hacia la mujer como persona: no cuenta su vida, sólo la que está por venir. La idealización abstracta de la vida humana, sin valorar las vidas concretas de las mujeres, genera una distorsión de lo que realmente supone el conflicto del aborto para las mujeres. Toda mujer que ha tomado la decisión de abortar lo ha hecho no como la opción más deseable, sino como la menos grave: abortar es el menor de los males que afrontar. Por eso los países que han legislado el derecho a interrumpir el embarazo han reconocido una cruda realidad: las mujeres decididas a abortar lo harán de todas formas.

Los conflictos provocados por la existencia masiva de abortos ilegales en un país con aspiraciones democráticas son múltiples. Si llevamos hasta sus últimas consecuencias las implicaciones de la Ley y la justicia social vemos el asunto es muy complejo, pues la interrupción voluntaria del embarazo remite a cuestiones centrales de la noción moderna de ciudadanía, tales como la autonomía personal, la no-intervención del Estado en la vida privada y la libertad de conciencia. Por eso el dilema del aborto trasciende el moralismo simplista. El punto ya no es “aborto sí” o “aborto no”, sino ¿quién debe tomar la decisión sobre la interrupción del embarazo? Y si ni el Estado, ni la Iglesia deben tomar la decisión se requiere un tratamiento penal distinto de la interrupción voluntaria del embarazo para garantizar que todas las ciudadanas tengan la libertad de decidir si procrear o no.

A lo largo de la historia los seres humanos hemos aspirado a lograr un orden en nuestras relaciones. Las leyes que rigen la convivencia son la concreción de esa aspiración, pero cuando la sociedad cambia y las leyes no reflejan esas transformaciones, el orden social entra en conflicto. Resulta fundamental para la vida democrática reconocer que las acciones de los ciudadanos van ampliando y transformando los márgenes de lo que se considera aceptable o moral. Una verdadera convivencia respetuosa dentro el pluralismo requiere contar con un Estado laico, que garantice un régimen de tolerancia religiosa, y el imperio de la ley y la razón.

Los derechos sexuales y reproductivos participan tanto de la naturaleza de los derechos civiles y políticos (que básicamente requieren abstenciones estatales), como de la naturaleza de los derechos económicos y sociales (que generalmente presuponen la realización de actividades prestacionales). Pero hoy los derechos sexuales y reproductivos están jaloneados por un lado por valores morales tradicionales, que los quieren hacer desaparecer y, por otro, por aspiraciones democráticas que insisten en ponerlos en la agenda política. La diversidad cultural y religiosa es enriquecedora y conflictiva a la vez, pero no debe ser usada como excusa para acciones que restrinjan la libertad humana. Lo que obstaculiza la universalización de estos derechos, que ya son una realidad en Europa, Canadá, Australia, Estados Unidos y otros países no es la diversidad de religiones o culturas, sino las posturas fundamentalistas.

Richard Hare, un filósofo inglés que trabajó sobre las valoraciones morales desde la racionalidad, formuló una definición clarísima del fundamentalismo. Hare describe ese tipo de fanatismo como “la actitud de quien persigue la afirmación de los propios principios morales dejando que éstos prevalezcan sobre los intereses reales de las personas de carne y hueso, al mismo tiempo que permanece indiferente frente a los enormes daños que su actuación ocasiona a millones de seres humanos” (Hare, 1982).

Ahora bien, convivir respetando los derechos humanos supone algo más que voluntad para aceptar la diversidad cultural y religiosa: implica mover las fronteras de nuestras sociedades hacia niveles superiores de solidaridad y responsabilidad. Ese es el sentido último de la despenalización, que no obliga a abortar a quien no quiera hacerlo, pero permite que las mujeres más vulnerables lo hagan en condiciones de seguridad. Plantear una liberalización de las leyes como parte de un proceso que reconoce que las necesidades sociales requieren ser reguladas adecuadamente por el Derecho debe tener como objetivo final el de lograr que cada vez más las mujeres eviten abortar, al contar con educación sexual y anticonceptivos seguros. Esa sería realmente la reivindicación libertaria más radical: que ya nunca ninguna mujer tenga que enfrentar el dilema de un aborto.

Bibliografía

Ferrajoli, Luigi (1999) *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta.

Hare, Richard (1982) *Moral Thinking*. Oxford: Oxford University Press.

Ibáñez, José Luis (1993) *La despenalización del aborto voluntario en el ocaso del siglo XX*. Madrid: Siglo XXI Editores.

Savater, Fernando (2002) “Globalización de los valores” en *Observatorio siglo XXI*. José Tono Martínez compilador. Buenos Aires: Paidós.

Bibliografía general

Abracinskas, Lilián; López Gómez, Alejandra (2006). “Análisis feminista del debate social sobre el aborto en Uruguay. Un tema de la agenda democrática”. En: Checa, Susana (Comp.) *Realidades y coyunturas del aborto. Entre el derecho y la necesidad*. Buenos Aires: Paidós.

Barraza, Eduardo (2003). *Aborto y pena en México*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.

Cabria, Ángeles (2006). “El aborto en la esfera internacional actual: entre liberalizaciones y mordazas”. En: Checa, Susana (Comp.) *Realidades y coyunturas del aborto. Entre el derecho y la necesidad*. Buenos Aires: Paidós.

Carbajal, Mariana (2006a). "Una demanda ciudadana: la despenalización del aborto en Uruguay" en *debate feminista* número 34, octubre 2006.

____ (2006b). "La situación del aborto en la Argentina. Un debate pendiente" en *debate feminista* número 34, octubre 2006.

CFFC (1996). "La Iglesia en las Naciones Unidas". En *The Vatican and the Fourth World Conference on Women*. Catholics For a Free Choice. Washington.

Chaneton, July (1994). "El aborto como objeto de discusión pública". Comunicación leída en el *Congreso Internacional: Literatura y Crítica Cultural*, Facultad de Filosofía y Letras. Universidad de Buenos Aires, 15 al 18 de noviembre 1994.

Checa, Susana (Comp.) (2006). *Realidades y coyunturas del aborto. Entre el derecho y la necesidad*. Buenos Aires: Paidós.

CRLP y Foro Abierto de Salud y Derechos Reproductivos (1998). *Encarceladas. Leyes contra el Aborto en Chile*.

CRLP (2000a). *Perseguidas. Proceso político y legislación sobre aborto en El Salvador: un análisis de derechos humanos*. Center for Reproductive Law and Policy. New York.

____ (2000b). *La Iglesia Católica en las Naciones Unidas: un obstáculo para los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres*. Colección de documentos del CRLP. Center for Reproductive Law and Policy. New York.

____ (2001). *Mujeres del mundo: leyes y políticas que afectan sus vidas reproductivas: América Latina y el Caribe: Suplemento 2000*. Center for Reproductive Law and Policy. New York.

Cohen, Jean L. (1999). "Para pensar de nuevo la privacidad: la autonomía, la identidad y la controversia sobre el aborto", en *Debate feminista*. Número 19, abril 1999

Cook, Rebecca (1991). "Leyes y políticas sobre el aborto: retos y oportunidades", en *Debate Feminista*. Número 3, marzo 1991

Cruzalta Aguirre, Julián (2008). "Ética y libertad de conciencia". En: Enríquez, Lourdes; de Anda, Claudia (Coordinadoras) *Despenalización del aborto en la ciudad de México. Argumentos para la reflexión*. México: Programa Universitario de Estudios de Género, GIRE e IPAS.

De la Barreda, Luis (1991). *El delito de aborto. Una careta de buena conciencia*. México: Miguel Ángel Porrúa e Instituto Nacional de Ciencias Penales.

Demus, Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología, PROMSEX, CIES y Flora Tristán (2006). *El derecho a un protocolo para el aborto terapéutico*. Lima: DEMUS.

Diniz, Débora; González Vélez, Ana Cristina (2006). "Aborto y razón pública: el desafío de la anencefalia en Brasil". En Checa, Susana (Comp.) (2006) *Realidades y coyunturas del aborto. Entre el*

derecho y la necesidad. Buenos Aires: Paidós.

Dworkin, Ronald (1993). *Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia and Individual Freedom*. New York: Knopf.

Enríquez, Lourdes; de Anda, Claudia (Coordinadoras) (2008). *Despenalización del aborto en la ciudad de México. Argumentos para la reflexión*. México: Programa Universitario de Estudios de Género, GIRE e IPAS.

Ferrajoli, Luigi (1999). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta.

Franco, Jean (1998). "Defrocking the Vatican: Feminism's Secular Project". En: *Cultures of Politics. Politics of Cultures. Re-visioning Latin American Social Movements*. Editado por Sonia E. Alvarez, Evelina Dagnino y Arturo Escobar. Westview, Boulder Colorado. Hay traducción: "Deponer al vaticano: el proyecto secular del feminismo" en *Debate Feminista*, núm. 23, 2003. México.

Gilligan, Carol (1985). *La moral y la teoría*. México: F.C.E.

GIRE (2000). *Paulina. En el nombre de la ley*. Temas para el debate número 2. Cuadernos de GIRE. México.

____ (2003). *Leyes del aborto en México*. Hoja informativa. México, noviembre 2003.

____ (2004). *Paulina. Cinco años después*. Temas para el debate número 4. Cuadernos de GIRE. México.

____ (2004). *Leyes sobre el Aborto. Los avances en la Ciudad de México*. Hoja informativa. México.

____ (2008a). *Paulina. Justicia por la vía internacional*. Temas para el debate número 6. Cuadernos de GIRE. México.

____ (2008b). *El proceso de despenalización del aborto en la Ciudad de México*. Temas para el debate número 7. Cuadernos de GIRE, México

____ (2009). *Constitucionalidad de la despenalización del aborto en la Ciudad de México*. Temas para el debate 8. Cuadernos de GIRE, México.

Hare, Richard (1982). *Moral Thinking*. Oxford: Oxford University Press,

Harrison, Beverly Wildung (1985). "Our Right to Choose; the Morality of Procreative Choice", En *Women's Consciousness, Women's Consciousness*, edit. Barbara Hilkert Andolsen, Christine E. Gu-dorf y Mary D. Pellauer, Harper & Row, San Francisco, 1985.

Htun, Mala (2003). *Sex and the State. Abortion, Divorce and the Family Under Latin American Dictatorships and Democracies*. Massachusetts: Cambridge University Press.

IPAS (2004). *Aborto en América Latina y el Caribe*. México: IPAS.

IPPF (2006). *Death and Denial: Unsafe Abortion and Poverty*. London: International Planned Parenthood Federation.

Kissling, Frances (1994). "La disidencia católica basada en la conciencia", en *Debate Feminista* núm. 10, septiembre.

____ (1994). "El Papa les dice a las mujeres: ¡feliz día de las mártires!", *Revista fem.* núm. 140, octubre.

Kitzinger, Sheila (1979). *Women as mothers*. New York: Vintage Books.

Lake, Randall A (1986). "The Metaethical Framework of Anti-Abortion Rethoric", revista *Signs*, vol. 11, num. 3, Primavera.

Lamas, Marta (2001). *Política y reproducción. El aborto: la frontera del derecho a decidir*. México: Plaza y Janés.

____ (2005). "Nuevos horizontes de la interrupción legal del embarazo". En *Desacatos. Revista de Antropología Social*. Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, núm. 17, enero-abril 2005.

____ (2007). "Desigualdad, reproducción y derecho" en *Los derechos humanos económicos, sociales y culturales*, Luis Orcí Gándara y Víctor Manuel Martínez Bullé Goyri coordinadores, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México.

____ (2008). "El aborto en la agenda del desarrollo en América Latina" en *Perfiles Latinoamericanos* núm. 31 (enero-junio), FLACSO, México.

____ (2010). "La despenalización del aborto en el Distrito Federal" en *Los códigos del género. Prácticas del derecho en el México contemporáneo*, Helga Baitenmann, Victoria Chenaut y Ann Varley coordinadoras, Programa Universitario de Estudios de Género, UNAM, México

Macklin, Ruth. "Contemporary Ethical Issues: Abortion" en *The Encyclopedia of Bioethics*, 2a Edición, Macmillan Publishing Co., New York,

Miró Quesada, Francisco (1991). "Hombre, naturaleza, historia: el problema de una fundamentación racional de la ética", en *El derecho, la política y la ética*, David Sobrevilla, compilador. México: Siglo XXI Editores.

Monsiváis, Carlos (1991). "De cómo un día amaneció Pro Vida con la novedad de vivir en una sociedad laica", en *Debate Feminista*, núm. 3, septiembre.

Morales Aché, Pedro Isabel (en prensa). "Los derechos sexuales desde una perspectiva jurídica" en *Ciudadanía, sexualidad y derechos*, compilado por Ivonne Szasz Pianta. El Colegio de México. México.

Morgan, Lynn M. y Michaels, Meredith W. (1999). *Fetal Subjects, Feminist Positions*. University of Pennsylvania Press, Philadelphia.

Navarro, Marysa y Mejía, María Consuelo (2006). "La red latinoamericana de Católicas por el Derecho a Decidir" en *De lo privado a lo público. 30 años de lucha ciudadana de las mujeres en América Latina*, coordinado por Nathalie Lebon y Elizabeth Maier. LASA y Editorial Siglo XXI. México.

Olivé, León (Compilador) (1988). *Racionalidad: ensayos sobre la racionalidad en ética y política, ciencia y tecnología*. México: Siglo XXI Editores.

Organización Mundial de la Salud (1998). *Unsafe abortion: global and regional estimates of incidence of mortality due to unsafe abortion with a listing of available country data*. 3rd. ed. Geneva.

Petchesky, Rosalind (1994). "The Body as Property; a Feminist Re-Vision", en *Conceiving the New World Order*, Faye Ginsburg y Rayna Rapp, editoras, Univ. de California.

Poniatowska, Elena (2000). *Las mil y una... La herida de Paulina*, Plaza y Janés, México.

Portugal, Ana María (editora) (1989). *Mujeres e iglesia: sexualidad y aborto en América Latina*, Católicas por el derecho a decidir, Distribuciones Fontamara.

Ratzinger, Joseph (1987). *Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la creación*, Congregación para la Doctrina de la Fe, Ed. Paulinas.

Roa, Mónica (2006). "El proyecto LAICIA (Litigio de Alto Impacto en Colombia: la Inconstitucionalidad del Aborto) en Realidades y coyunturas del aborto. Entre el derecho y la necesidad. Susana Checa compiladora. Paidós, Buenos Aires. Toda la información del litigio LAICIA, texto completo de la demanda y comunicados de prensa de todo el procedimiento legal se pueden consultar en: http://www.womenslinkworldwide.org/sp_proj_laicia.html/

Savater, Fernando (1993). *Sin contemplaciones*, Ediciones libertarias, Madrid.

Sen, Gita y Snow, Rachel C. (1994). *Power and Decision. The Social Control of Reproduction*. Harvard University Press, Boston.

The Alan Guttmacher Institute (1994). *Aborto clandestino: una realidad latinoamericana*. The Alan Guttmacher Institute, Nueva York.

UNIFEM (2005). *El progreso de las mujeres en el mundo 2005. Mujeres, trabajo y pobreza*. Martha Chen, Joann Vanek, Francie Lund, James Heintz con Renata Jhabvala y Christine Bonner. UNIFEM, PNUD y OIT.

Nuevos desafíos de la equidad de género para el Siglo XXI

Rebeca Grynspan

Considero muy relevante para estas Jornadas compartir con ustedes alguno de los últimos datos y análisis que se han elaborado en recientes Informes de Desarrollo Humano del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) sobre inequidad de género y su relación con la desigualdad en general. Quisiera empezar por reconocer los grandes avances que se han dado en la equidad de género en el mundo y en la región.

Es innegable que ha habido un gran avance en el acceso de la mujer a la educación. En algunos ámbitos se habla de la brecha inversa de género: en algunos países las mujeres tienen una mayor representación en la secundaria e incluso en la universidad. En el ámbito político se ha avanzado no solo en el derecho a elegir, sino también en el derecho a ser elegidas. En muchas democracias el tema de equidad de género y derechos de las mujeres se ha insertado poco a poco en las agendas políticas. También ha habido una expansión muy grande del número de mujeres que acceden al mercado de trabajo.

Todas las regiones han mostrado avances en aspectos relacionados con la equidad de género, sin embargo el caso de América Latina ha sido notable. Una mirada global a los Objetivos de Desarrollo del Milenio -indicadores que han sido calculados para todos los países- nos da cuenta de que en todo el mundo ha habido un avance muy importante, por ejemplo, en el acceso a la educación básica de niñas y niños.

Sin embargo, uno de los Objetivos de Desarrollo del Milenio que ha quedado más rezagado es el de la mortalidad materna, y esto es así en todos los continentes. La reducción de la mortalidad materna es el Objetivo del Desarrollo del Milenio que muestra más dificultades para su cumplimiento en el año 2015. Como ejemplo, el promedio de mortalidad materna en el mundo pasó de 480 muertes por 100.000 nacidos vivos en 1990, a 450 por 100.000 nacidos vivos en 2005. En 15 años el avance fue minúsculo. En los países desarrollados este indicador es de 9 muertes maternas por cada 100.000 nacidos vivos. En los países en desarrollo el número se eleva a 450 y tenemos 14 países de menor desarrollo relativo donde este indicador es de 1000 muertes maternas por cada 100.000 nacidos vivos, cuando sabemos que la tecnología actual, el acceso a los servicios de salud y el cuidado pueden evitar estas muertes. En América Latina el indicador es de 85 por 100.000 nacidos vivos y en Argentina es de alrededor de 40 por cada 100.000 nacidos vivos. También sabemos que una parte importante del rezago en este indicador se explica precisamente por la inequidad de género, la discriminación hacia las mujeres y la marginación en cuanto a su capacidad de decisión.

Los rezagos en el acceso de las mujeres en otros ámbitos son igualmente importantes, como por ejemplo los obstáculos para poseer la tierra. En particular en los países más afectados por el VIH-SIDA, las mujeres sin acceso a la herencia ni a la tierra sufren doblemente: primero son infectadas por su compañero y dejan de trabajar para cuidarlo. Después, cuando él muere, se les despoja de todo, no tienen acceso a la herencia familiar y a sus hijos se les quita también la tierra. Los derechos de las mujeres a la tierra, a la herencia, a los derechos civiles, al crédito, a la representación política y la eliminación de la violencia de género, son fundamentales para disminuir estos rezagos.

El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) ha elaborado varios indicadores a través de los Informes de Desarrollo Humano. En el informe de 2010 se generó un nuevo índice de inequidad de género que incluye tres dimensiones: salud reproductiva (por primera vez), empoderamiento de las mujeres e inclusión en el mercado laboral. Las cinco variables que fueron consideradas para estas tres dimensiones son las siguientes: participación de las mujeres en la fuerza de trabajo; logros educativos de las mujeres desde la secundaria, considerando estudios superiores; participación de las mujeres en los parlamentos; mortalidad materna y fertilidad adolescente. Estas dos últimas variables son las que han sido incluidas por primera vez para calcular el Índice de Desigualdad de Género (IDG). Este índice se calculó para 147 países, con algunas dificultades para la recopilación de la información. Quiero compartir con ustedes algunos de estos resultados:

El promedio mundial del IDG es de 0,56. El índice va de 0 a 1 (siendo el 0 total igualdad y el 1 total desigualdad). El número a nivel global significa que se está perdiendo un 56% del potencial que se podría alcanzar si esa inequidad no existiera. En un Informe de Desarrollo Humano para la región de Asia Pacífico se calculó la pérdida por la subrepresentación de la mujer en la fuerza de trabajo. El valor obtenido fue 89 billones de dólares por año. Por lo tanto la inequidad de género genera una pérdida no solo a las mujeres, sino a toda la población.

En el IDG la brecha es amplia, pues va desde 0,17 en Holanda hasta 0,85 en Yemen. Regionalmente en los países de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico), es alrededor de 0,32 y en América Latina es casi el doble, 0,60. Por lo tanto, en América Latina existe más inequidad que en Europa. Sin embargo, presenta mejor posición relativa que los países Árabes, el sur de Asia y África Subsahariana. Uno de los factores que más afecta a este índice en América Latina es la fertilidad adolescente, es decir, el acceso a la salud reproductiva es un elemento importante para cerrar la brecha de género en la región. También sabemos que para combatir la transmisión intergeneracional de la pobreza y la desigualdad hay que combatir el embarazo adolescente; más aún, hay que combatir el embarazo temprano porque solo cuenta el número de hijos que se tenga sino la edad a la que se empezó a tener hijos: cuanto más temprano, mayor la vulnerabilidad a la pobreza.

Otra de las cuestiones que debemos preguntarnos es cómo se relaciona la inequidad de género con la inequidad social: ¿las sociedades más inequitativas son también desiguales en cuestiones de género? ¿Podemos tener una agenda de equidad de género que no tome en cuenta la inequidad en general? En el informe del PNUD también se ha calculado el Índice de Desarrollo Humano (IDH) ajustado por desigualdad. Por primera vez fue evidente que el promedio del IDH no explica qué es lo que le está pasando a las poblaciones más vulnerables en el mundo. En las sociedades inequitativas, los promedios de algunos de estos índices esconden más de lo que revelan. Colocamos en un eje el IDH ajustado por desigualdad y en el otro el IDG: la correlación entre ambos resultó muy alta. Para encontrar la causalidad en estos datos es necesario continuar con el debate y análisis. Pero ya este cálculo resulta sugerente.

Argentina, Costa Rica, Chile y Uruguay son los países de América Latina que tienen los mejores niveles de equidad de género; sin embargo, estos altos niveles se encuentran donde existe elevado IDH y elevado IDG. Por otra parte encontramos países donde existe un mismo nivel de inequidad social pero la inequidad de género se mueve en el eje horizontal, donde si bien hay una alta correlación, la relación está lejos de ser de uno a uno.

Lo anterior me lleva por tanto a plantear que, si bien las medidas de discriminación positiva y una agenda específica para reducir la inequidad de género son necesarias, trabajar para disminuir la inequidad social en general, es indispensable.

Respecto al IDH, América Latina tiene una gran fluctuación cuando se ajusta por desigualdad. Nuevamente Chile, Uruguay y Argentina muestran la menor pérdida. La pérdida de Argentina por inequidad es del 20%. Los mismos números se encuentran en Chile y Uruguay.

Acerca del empoderamiento de las mujeres tenemos dos ejes sobre los que trabajar: por un lado el empoderamiento económico y por otro el empoderamiento político. El 70 % de las mujeres de entre 20 y 40 años están insertas en el mercado de trabajo en América Latina. Aquí hay un cambio generacional notable. De acuerdo a la tendencia, muy pronto tendremos 100 millones de mujeres en el mercado de trabajo en América Latina y el Caribe. Sin embargo dicha inserción en muchos casos es precaria, pues observamos que una alta proporción de mujeres se incorpora al mercado informal y carecen de prestaciones sociales.

Para dar cuenta de la inequidad que también existen al interior del grupo de las mujeres podemos mencionar que las mujeres de mayores ingresos participan aproximadamente entre el 75% y el 80 % en el mercado de trabajo, y las de bajos ingresos participan en promedio alrededor del 38% en Chile, Costa Rica y Panamá y 57% en Argentina, Brasil y Uruguay. Si no tomamos medidas en el ámbito de la conciliación trabajo -familia vamos a seguir encontrando

casos de mujeres que escogen el mercado informal para poder conciliar sus actividades domésticas y del cuidado de la familia con las demandas laborales. Es decir, no hemos avanzado suficientemente en que la responsabilidad del cuidado sobre la familia y el hogar sea compartida socialmente y no sea solamente una carga individual.

Los datos también revelan que, a igual educación entre hombres y mujeres y cuanto más elevado es el nivel educativo, experimentamos mayores brechas salariales. Por lo tanto, el problema no radica en que las mujeres no cuenten con suficiente preparación o capacitación, ni en que no salgan a buscar trabajo. Lo que sucede es que la institucionalidad del mercado de trabajo sigue discriminando entre hombres y mujeres. Parte de esa discriminación proviene, en gran medida, de la necesidad de tener que conciliar individualmente familia y trabajo.

En cuanto al ámbito político, el 22, 4% de los asientos en las Cámaras bajas de los países de la región que tienen Congresos unicamerales, es ocupado por mujeres. Esto es un gran avance: en 1997 el porcentaje era del 10%, por lo que se ha duplicado la presencia de mujeres en los parlamentos. Sin embargo, solo 3 países superan el 30%: Costa Rica, Argentina y Ecuador. Esto sólo sucede cuando hay cuotas aplicadas y mantenidas de manera estable.

A nivel local, con las políticas de descentralización, las mujeres estaban llegando a los centros de decisión municipales. Cuando se comenzó a dar más recursos a las municipalidades, se volvieron más importantes y políticamente rentables. Desde ese momento el porcentaje de representación de las mujeres en las municipalidades se estancó en 8,5%. La descentralización no benefició la participación de las mujeres a nivel local, aunque se pensaba que así sería debido a la capacidad organizativa que tienen. La competencia por el poder se volvió importante porqueya no se trata de municipios pobres, sino que ahora cuentan con más recursos y tiene más prestigio ser electo en los municipios a partir de la descentralización. Existe una tarea pendiente a nivel municipal para implementar un sistema eficiente de cuotas. Es necesario abrir el debate sobre la necesidad de que exista un lugar para las mujeres desde el cual ir subiendo a otros niveles de gobierno, con el fin de ir las incorporando al proceso democrático y aumenten sus posibilidades de ser electas.

Donde encontramos avances positivos es en la incorporación de mujeres a los gabinetes. En América Latina ha habido una *feminización* de los cargos ministeriales. En este momento las mujeres representan el 25% de los ministerios, el cual es un número record en la historia latinoamericana. Incluso encontramos gabinetes paritarios en algunos países. Por otra parte está la elección directa de mujeres a la presidencia, como los casos de Cristina Fernández (Argentina), Dilma Rousseff (Brasil), Michelle Bachelet (Chile) y Laura Chinchilla (Costa Rica). En centro América ya hubo dos mujeres electas presidentas, Violeta Chamorro (Nicaragua) y Mireya Moscoso (Panamá).

En el campo legislativo se ha registrado un cambio positivo. Ha habido mucho dinamismo en la región con numerosas reformas a las leyes existentes, con promulgación de nuevas leyes, reformas a los códigos penales y la ampliación de las penas sobre delitos de lo que se considera violencia contra las mujeres. Sin embargo, las encuestas de opinión y estudios revelan que las mujeres no confían en el sistema judicial para denunciar y buscar justicia. Los casos que llegan a la justicia por violencia en la región son mínimos y los que se juzgan siguen siendo todavía menores en promedio. No hay correspondencia entre los casos de violencia que aparecen en los datos y los que llegan a la justicia o son juzgados. Hay todavía una gran desconfianza de las mujeres al usar los sistemas judiciales para buscar justicia.

Es importante resaltar la importancia que tiene la labor de organizaciones como ELA, que contribuyen en este avance hacia mayor equidad social. Debe haber algún lugar donde sintamos que se nos trata como iguales, y al buscarlo sin duda volvemos a ver el de la justicia. Debemos avanzar en esta agenda para que haya un espacio institucional al cual acudir frente a todas las imperfecciones que nos tocará vivir todavía en este mundo de inequidades mientras avanzamos constructivamente hacia la mejora. Lo que se espera es que haya un lugar dentro de la sociedad donde podamos ir y presentarnos como iguales para buscar la satisfacción de ser tratadas con justicia.

En conclusión, no podemos construir sociedades más equitativas e incluyentes sin abordar la inequidad de género, pero también estoy convencida de que no podemos abordar la inequidad de género olvidándonos de la construcción de sociedades más equitativas e incluyentes. Las mujeres fuimos las únicas que en los años 80 y 90 mantuvimos la agenda de la inequidad, pues se encontraba marginada de la discusión de las políticas sociales y de la agenda política, ya que la discusión giraba en torno al combate a la pobreza. Fue el movimiento feminista el que sostuvo este tema en América Latina y hoy en día volvemos a resaltar la importancia de la construcción de la equidad, de esta agenda doble donde no es suficiente combatir la pobreza porque la inequidad haría irrelevantes nuestros esfuerzos por las múltiples desigualdades que reproduce la pobreza. Si no hacemos algo con respecto a ese marco más general también nuestros esfuerzos por la equidad de género se verán vulnerados y su efectividad será mucho menor.

Dentro de esta construcción de sociedades más libres y más incluyentes, el empoderamiento de las mujeres en el ejercicio de sus derechos, su autonomía económica y su participación política son piezas fundamentales de ese camino. Sigo convencida de que la organización de las mujeres para construir sociedades más incluyentes será, sin ninguna duda, una puerta fundamental para mantener esta agenda.



Derecho y género ante los tribunales de justicia

Derecho a una vida libre de violencia

Derecho a vivir una vida libre de violencia

Josefina Durán

El derecho a vivir una vida libre de violencia, en rigor, no ha sido reconocido como tal en la CEDAW. Sin embargo, a partir de la Observación General N° 11, el Comité que vela por el cumplimiento de la Convención y que se constituye como su intérprete legítimo declaró que este derecho se encuentra reconocido en ella de un modo implícito a lo largo del texto. Resultaba a todas luces inconducente que se impulsara la ratificación de un pacto específico consagrando los derechos de las mujeres, pero que al mismo tiempo silenciara su situación de especial vulnerabilidad frente a determinadas manifestaciones de violencia (principalmente interpersonal y sexual) de las que son víctimas. La Observación General vino a saldar esa deuda. Por esta razón, el Observatorio de Sentencias Judiciales que se organiza a partir de los derechos contenidos en la CEDAW, ha incorporado el derecho a vivir una vida libre de violencia como un derecho más.

A partir de la década del '80 se incorporaron en diversos países de la región legislaciones contra la violencia familiar. En la década siguiente comenzaron los debates, aún pendientes, acerca de la conveniencia de usar otra terminología, tal como violencia contra las mujeres. Las disquisiciones terminológicas pueden agruparse entre quienes aluden, por un lado, a la violencia familiar, doméstica o en las relaciones interpersonales, que hacen hincapié en el ámbito en el que se manifiesta la violencia. Por otro lado, se encuentran quienes sostienen que es más adecuado aludir a la violencia sexista, machista, contra las mujeres o violencia de género, que pretenden visibilizar las relaciones de desigualdad entre varones y mujeres.

Ambas opciones presentan ventajas y desventajas. Aludir al ámbito en que la violencia tiene lugar cuenta con la ventaja, a nivel legislativo y judicial, de permitir un tratamiento único tanto a las víctimas mujeres como a los niños y adultos mayores, quienes suelen sufrir también en alta proporción las consecuencias de la violencia familiar, doméstica o interpersonal. En términos de técnica legislativa, debe tenerse en cuenta que las leyes tienden a la universalidad de sujetos. Esta opción no implica desconocer que las mujeres son mayormente las víctimas de este tipo de violencias, pero son las políticas públicas las que deben focalizarse según las personas destinatarias. Por otra parte, referir a la violencia contra las mujeres, sexista, machista o de género, pone en cuestión a los sujetos involucrados y destaca las relaciones de poder y desigualdad involucradas en este tipo de conflictos.

Otro debate sin saldar es el del tipo de enfoque jurídico más apropiado para encarar ciertas expresiones de violencia. Mientras que los delitos se encuentran enunciados en los códigos penales y son sancionados con penas privativas de la libertad, las conductas disvaliosas en el ámbito familiar están contempladas como conflictos a los que le son aplicables las normas del código civil. Optar

por incluir la violencia familiar, cuando no está involucrada la comisión de un delito, en el ámbito del derecho penal o del derecho civil, es una opción de política legislativa no menor. Mientras que el castigo penal no redunde en un efecto disuasivo ni retributivo de eficacia cabe preguntarse si, más allá de su valor simbólico, es el medio adecuado para prevenir y erradicar la violencia familiar. No lo parece, pero la discusión en la región está lejos de clausurarse.

A partir de los asesinatos masivos de mujeres en Ciudad Juárez, México, se extendió el uso el concepto de femicidio (o feminicidio, que se emplean en esta presentación como sinónimos), que nació en el seno académico y que aludió inicialmente a las muertes de mujeres a consecuencia de diversas formas de discriminación. Luego su uso se fue restringiendo a la definición de los asesinatos de mujeres en razón de su género.

La conveniencia o no de legislar un tipo penal específico de feminicidio, de limitar su uso al registro forense pero sin crear la figura penal autónoma, de limitar el uso del vocablo al plano académico, de renombrar tipos penales ya existentes, son cuestiones de honda actualidad en América Latina. Para coleccionar la situación chilena y cotejarla con la de otros países de la región, resulta de sumo interés el artículo de Patsilí Toledo Vásquez “Tentativa de parricidio, tentativa de femicidio: ¿Qué cambiará con la aplicación de la nueva ley de femicidio en Chile? Comentario en base a la sentencia RUC 00701 de 2010”.

El análisis de las expresiones de violencia contra las mujeres en el marco del conflicto armado interno colombiano resulta rico precisamente por el motivo opuesto: por la particularidad de la realidad local. La introducción al artículo realizado por las integrantes de la Corporación Humanas de Colombia versa sobre el uso de la violencia sexual como arma de guerra, como un método de sometimiento a las víctimas en su doble condición de mujeres y consideradas además enemigas. Exponen allí también los resultados de una encuesta realizada a jueces y juezas respecto del grado de eficacia de la tipificación de los delitos sexuales en el código penal y afirman la incompetencia del fuero militar para intervenir en delitos de esta índole.

Por último, las integrantes de la Coordinadora de la Mujer analizaron las sentencias emitidas en las instancias locales en el caso conocido como MZ. El caso cobró repercusión internacional por ser uno de los pocos vinculados a la vulneración de derechos de las mujeres en los que intervino la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. MZ, de nacionalidad holandesa, estaba temporalmente residiendo en Bolivia cuando fue violada por el hijo del dueño de la vivienda que habitaba. Pese a contar con abundante material probatorio, el atacante fue absuelto. En la instancia supranacional, el Estado llegó a un acuerdo de solución amistosa con la víctima, reconociendo su responsabilidad en la denegación de justicia. El artículo resalta el rol de las organizaciones de mujeres y de las organizaciones no gubernamentales que impulsaron el litigio, quienes lograron realizar un trabajo conjunto con la víctima para visibilizar el caso y sostenerlo durante el largo derrotero judicial que debió padecer.

Tentativa de parricidio, tentativa de femicidio: ¿Qué cambiará con la aplicación de la nueva ley de femicidio en Chile?

Comentario en base a la sentencia RUC 00701 de 2010

Patsilí Toledo Vásquez

1. Introducción

Luego de intensos debates en Chile se tipificó el delito de femicidio, parte de una tendencia latinoamericana que se analiza. A partir de un caso, en este artículo se revisan las consecuencias prácticas de esa modificación legal y se considera la existencia de atenuantes de la pena que refuerzan estereotipos de género y justifican la violencia contra la mujer.

En el mes de mayo del año 2010, un hombre intentó asesinar a su conviviente en la ciudad de La Serena. En el juicio, llevado a cabo en octubre del mismo año, el Ministerio Público solicitó una pena de 15 años de presidio, como autor del delito de parricidio en grado de frustrado.¹ El tribunal recalificó el grado de desarrollo del delito a tentativa, y agregó la atenuante de “haber actuado por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan provocado arrebatos y obcecación”, dado que la mujer le había dicho que había estado con su amante ese día. En consecuencia, la pena impuesta al acusado fue de 5 años de presidio menor, pena que además no se cumplirá en prisión sino en libertad.²

El resumen anterior es, por cierto, un bosquejo muy grueso de un caso y una sentencia de mayor complejidad. Sin embargo, es un resumen que permite identificar ciertos elementos centrales que no son excepcionales en casos de este tipo en Chile, pero que posiblemente podrían repetirse en muchos otros países que pertenecen a la misma tradición jurídica. Por una parte, es un ejemplo más de cómo actualmente los delitos contra la vida o la integridad de las personas pueden tener penas mucho más bajas que delitos contra la propiedad en nuestro país. Pero más allá de eso, esta sentencia ejemplifica claramente la manera en que el discurso jurídico reproduce las consideraciones sociales tradicionales sobre la conducta de las mujeres -lo que ocurre en muchos procesos penales relativos a violencia contra las mujeres³-. En este caso, se hace a través de la atenuante vinculada al arrebatos y la obcecación del acusado, provocado por un estímulo “tan poderoso” como la “reconocida infidelidad” de su pareja. En la medida que se trata de un caso que no es, en

1 Reconociendo al acusado la atenuante de “irreprochable conducta anterior”.

2 Atendido que el acusado, sin antecedentes penales previos, cumplía los requisitos para optar a la medida de libertad vigilada.

3 La expresión “violencia contra las mujeres”, se usa en este texto en el sentido que se le da desde perspectivas feministas así como de derechos humanos, es decir, entendiendo que es una violencia basada en su género, como señala la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, de la Organización de Estados Americanos (Art. 1).

este sentido, tan extraordinario, parece interesante tomarlo como base para reflexionar en torno a los alcances de la recientemente promulgada ley que establece el delito de femicidio en Chile, y los efectos que podría o no tener en casos como éste. ¿Podría haber sido diferente esta sentencia si la ley hubiese estado vigente?

2. La tipificación del femicidio en Chile en el contexto latinoamericano

En diciembre de 2010 fue promulgada en Chile la Ley N° 20.480⁴ que incorpora el delito de femicidio en el Código Penal, después de poco más de tres años de tramitación parlamentaria⁵. Esta ley introduce, junto con una ampliación del delito de parricidio (para incluir no sólo al actual cónyuge o conviviente –como era hasta entonces–, sino también a quien lo ha sido en el pasado), la figura del *femicidio*. Este nuevo tipo penal se incorpora dentro del parricidio, para constituir una forma específica de éste, cuando se causa la muerte de quien “es o ha sido la cónyuge o la conviviente de su autor”.

Hasta inicios del año 2011, en Latinoamérica cuatro países han tipificado el femicidio o feminicidio como delito específico:⁶ Costa Rica (2007), Guatemala (2008), El Salvador⁷ (2010) y Chile, -además de dos entidades federativas mexicanas⁸-, y se discute su incorporación al ordenamiento jurídico también en países como México⁹, Perú¹⁰, Nicaragua¹¹, Panamá¹² y Argentina¹³. Tal como se ha extendido por la región el uso mismo del neologismo *femicidio* o

4 Modifica el Código Penal y el decreto ley N° 321 de 1925 para sancionar el “femicidio”, y aumentar las penas aplicables a este delito y modificar las normas sobre parricidio. Promulgada el 13 de diciembre de 2010 y publicada en el Diario Oficial el 18 de diciembre del mismo año.

5 Proyecto de Ley que Modifica el Código Penal y el Decreto Ley N° 321, de 1925, para sancionar el ‘femicidio’, y aumentar las penas aplicables a este delito. Boletín N° 4937-18, presentado a tramitación legislativa el 3 de abril de 2007, por los diputados y diputadas Francisco Encina, Carolina Goic, Antonio Leal, Adriana Muñoz, Clemira Pacheco, Antonieta Saa, Alejandra Sepulveda, Carolina Tohá, Ximena Valcarce, Ximena Vidal.

6 En Colombia, además, desde 2008 se considera como homicidio agravado el cometido contra una mujer por el hecho de serlo, aunque no se le denomina femicidio ni feminicidio.

7 En El Salvador, la ley entrará en vigor el 1° de enero de 2012.

8 En el Estado de Guerrero se incorporó la figura del feminicidio en febrero de 2008; y en el Estado de México, en marzo de 2011. En el caso del Estado de Chihuahua, México, además, existe desde el año 2003 una norma que excluye el mínimo de la pena de homicidio en los casos en que la víctima sea mujer, aunque no se le denomina como feminicidio.

9 Desde 2004 se han presentado iniciativas para introducir la figura a nivel federal, así como en las entidades federativas de Chihuahua, Sinaloa. Las iniciativas en discusión se han multiplicado a partir de marzo de 2011, tanto para su tipificación a nivel federal como en entidades federativas como Guanajuato, Veracruz, Baja California y Querétaro, así como en el Distrito Federal.

10 En Perú hay tres proyectos de ley en trámite legislativo, el primero presentado en noviembre de 2009 y dos más presentados en 2010.

11 En Nicaragua hay dos iniciativas en discusión, una presentada en octubre de 2010 y otra en febrero de 2011.

12 El Defensor del Pueblo presentó ante la Asamblea Nacional un anteproyecto de ley al respecto el 29 de marzo de 2011.

13 Hay dos proyectos de ley para tipificar el femicidio, ambos presentados en febrero de 2011.

*feminicidio*¹⁴ desde la década de 1990, para aludir a los asesinatos de mujeres¹⁵ cometidos por motivaciones de género, así como las investigaciones destinadas a dimensionar el fenómeno, se ha extendido también en los últimos años la tendencia legislativa hacia su tipificación como delito específico.

Estas expresiones, sin embargo –al igual que los tipos penales- suelen entenderse de manera distinta en los diversos países, al igual que el uso que tienen fuera de Latinoamérica. Así, en la esfera mediática, muchas veces al hablarse de *feminicidios* –por ejemplo, en la prensa europea- se alude a cierto tipo de asesinatos de mujeres ocurridos en algunas regiones de México o Centroamérica, caracterizados por ser crímenes particularmente crueles, como los casos en los que ha habido secuestro, mutilaciones, violencia sexual y asesinato de mujeres, como los de las víctimas del ya tristemente conocido caso de Campo Algodonero, en Ciudad Juárez, México.

En Chile, Argentina o Costa Rica, en cambio, cuando se habla de *femicidios* en los medios informativos, se alude a los homicidios de mujeres cometidos por sus parejas o exparejas. Es un uso, entonces, equivalente al que se hace en España y otros países europeos para aludir a los homicidios de mujeres por “violencia de género” o “violencia intrafamiliar”.

Estas dos tipos de crímenes representan la mayor parte de los casos que suelen identificarse como femicidios o feminicidios, aunque la diversidad de expresiones que abarcan los homicidios de mujeres motivados en consideraciones de género es aún más amplia.¹⁶ Esta distinción, en todo caso, coincide con la separación teórica –y jurídica- que, en un nivel más general, distingue los dos grandes ámbitos en los que se produce la violencia contra las mujeres (y, por tanto, también los femicidios): aquellos crímenes que se producen en la esfera privada, en las relaciones familiares o íntimas, por una parte, y aquellos que ocurren en la esfera o espacio público, por otra. En términos generales, los primeros, por ejemplo, incluirán aquellos femicidios cometidos por mari-

14 En este texto se usan ambas expresiones a pesar que existe aún en la región un cierto debate en torno al uso de una u otra palabra. En principio, la expresión *femicidio* se deriva directamente de la castellanización de la palabra *femicide*, y es de uso en gran parte de la región. En México y algunos países centroamericanos, sin embargo, se habla de *feminicidio* tanto por razones lingüísticas pero en especial por los aportes formulados principalmente por Marcela Lagarde –antropóloga feminista y ex parlamentaria mexicana-, quien incluía también la responsabilidad del Estado como elemento de este tipo de crimen. Como figura penal, a nivel comparado, se utiliza en forma mayoritaria la expresión femicidio, excepto en la ley salvadoreña, que sanciona el feminicidio (aunque sin referencia a la responsabilidad del Estado).

15 En los últimos años –y también dado su uso jurídico- se tiende a reducir el contenido de esta expresión a los crímenes que causan la muerte de las mujeres. Sin embargo, de acuerdo a la formulación teórica inicialmente desarrollada por Diana Russell y Jill Radford, el *femicide* incluye no sólo homicidios de mujeres, sino también muertes de mujeres a consecuencia de diversas formas de discriminación (muerte por abortos clandestinos en países que éste no es legal, por desnutrición selectiva de niñas, por falta de adecuada atención sanitaria a enfermedades que afectan única o desproporcionadamente a la población femenina, etc.), que no necesariamente constituyen –jurídicamente- un delito.

16 Como los casos en que son asesinadas mujeres lesbianas, transgénero o trabajadoras sexuales, o los asesinatos de viudas o adúlteras, en ciertos contextos jurídicos y culturales.

dos, novios, parejas, ex parejas o familiares, es decir por personas que son conocidas para la víctima; mientras los segundos comprenden aquellos que se producen fuera de estos vínculos o relaciones, los casos en que la víctima es atacada sexualmente por desconocidos, o en contextos de conflicto, entre otros.

Por supuesto, la separación teórica entre la esfera pública y privada –consustancial a la configuración del Estado moderno y el sistema jurídico occidental- resulta frecuentemente superada por la realidad, especialmente en esta materia. En efecto, a pesar que la mayor parte de las legislaciones en torno a la violencia contra las mujeres adoptadas en las últimas décadas en el mundo occidental se abocan a la violencia que se ejerce en la esfera privada –históricamente al margen de la intervención estatal- y de hecho en este mismo sentido se encuentran las leyes sobre femicidio en Costa Rica y Chile, las expresiones de la violencia hacia las mujeres excede este ámbito y también se ajusta a los nuevos espacios que ocupan las mujeres en la sociedad.

Efectivamente, la esfera privada –y sexual, en la medida que se considera simbólicamente parte de lo privado- ha sido tradicionalmente el espacio donde se ejerce la mayor violencia hacia las mujeres –e históricamente, en total impunidad -, relacionado también con el hecho que ha sido y es “el lugar” de las mujeres. Sin embargo, este tipo de aseveraciones hoy en día debe ser matizado en una realidad latinoamericana que muestra un importante incremento de los asesinatos de mujeres en el espacio público, pero inevitablemente ligados a “su papel” en el espacio privado: mujeres que son asesinadas por desconocidos, pero “porque” ella es “la mujer de” alguien a quien se quiere enviar un mensaje de amenaza, a través de lo que se hace al cuerpo de su novia, esposa o conviviente. Este nuevo escenario de los femicidios/feminicidios ha sido investigado especialmente en contextos de criminalidad organizada, y es un fenómeno que se ha incrementado sustancialmente en países centroamericanos y México, en la última década.¹⁷

Así entonces, los procesos de tipificación del femicidio o feminicidio a nivel latinoamericano responden a una amplia diversidad de fenómenos presentes en la región como expresiones extremas de la violencia contra las mujeres. La distinción entre unos y otros tipos de crímenes permite definir las estrategias más adecuadas para su erradicación, especialmente considerando los diversos contextos en que se producen y los factores que específicamente afectan a países o regiones determinadas en cada momento. Precisamente en atención a estas consideraciones, es posible entender –en parte- que a nivel latinoamericano coexistan diversas tipificaciones del femicidio / feminicidio, de acuerdo a las distintas realidades que se buscan abordar en los diversos países.

17 El estudio de Ana Carcedo (2010) presenta una nueva tipología para describir los femicidios, precisamente para lograr hacer las distinciones más adecuadas a la realidad que se vive en los diversos países centroamericanos actualmente.

Así, en lo legislativo, en el caso de Chile, y de una manera muy semejante en la legislación costarricense, la expresión femicidio alude únicamente a los homicidios de mujeres cometidos por quienes tienen o han tenido una relación de pareja con ellas con diversas restricciones, tanto en Costa Rica como en Chile.¹⁸ Es decir, se trata de los casos que son calificados como “femicidio íntimo” desde una perspectiva teórica. Por el contrario, las leyes aprobadas en Guatemala y El Salvador¹⁹ incluyen tanto estos crímenes como también aquellos cometidos por desconocidos o en la esfera pública, cuando concurren elementos que permiten calificar la conducta como una manifestación de violencia contra las mujeres.²⁰

3. Los efectos de la tipificación

En un primer momento, el principal cuestionamiento en torno a la existencia de estas figuras penales especiales se encontraba en relación al riesgo de vulneración de la igualdad ante la ley entre hombres y mujeres. Sin embargo, actualmente se ha llegado a un consenso a nivel comparado sobre la justificación de la existencia de normas que sancionan en forma “específica” la violencia contra las mujeres, es decir, el abandono de las leyes penales neutras en esta materia, sin que ello pueda considerarse discriminatorio²¹ sino, por el contrario, una acción específicamente dirigida a abordar una realidad que es desproporcionadamente “diferente” y específica cuando se trata de las mujeres.

Durante el último tiempo, entonces, el debate que generan los procesos de tipificación del femicidio / feminicidio en Chile y otros países de la región, se enfoca hacia a los objetivos que se persiguen con una tipificación especial de este tipo. Esta pregunta es fundamental, pues es la que también permitirá a futuro evaluar los efectos de la tipificación, tanto en Chile como en otros países.

Uno de los objetivos primarios tanto de la construcción teórica de la expresión femicidio / feminicidio como de la tipificación, ha sido hacer social y jurídi-

18 En el caso de Costa Rica, es necesario que exista actual matrimonio o unión de hecho, declarada o no, entre la víctima y el autor. En el caso de Chile, es necesario matrimonio o convivencia, actual o pasado. En ambas legislaciones se excluyen las relaciones de noviazgo u otras relaciones cercanas de la figura de femicidio.

19 Así como la legislación colombiana y las leyes aprobadas en las entidades federativas mexicanas de Guerrero y México.

20 En este sentido, son variadas y controvertidas las fórmulas que se utilizan en cada legislación para determinar los casos en que se trata de feminicidio / femicidio, desde expresiones abiertas como matar a una mujer “por el hecho de ser mujer” (en el caso de Colombia, Guatemala) o bien incluir motivaciones adicionales en el autor, como misoginia (Guatemala), o la realización de otras acciones sobre la víctima, como actos de violencia sexual o mutilación (Guatemala).

21 En este sentido se han pronunciado el Tribunal Constitucional español en torno a las disposiciones de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y la Sala Constitucional de Costa Rica, en relación a la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, y el Tribunal Constitucional chileno, al examinar la recientemente aprobada tipificación del femicidio.

camente visible el fenómeno de los homicidios de mujeres basados en su género, e incluso evidenciar que la mayor parte de los homicidios de mujeres se perpetran, precisamente, por el hecho de ser mujeres. Un primer objetivo, entonces, es de carácter fundamentalmente simbólico y cultural: la utilización del derecho, y del derecho penal específicamente, para reconocer una realidad específica que ha permanecido históricamente invisible o –al menos– indiferenciada con respecto al resto de los homicidios. Este objetivo ha sido compartido por todas las leyes que han reconocido diversas formas de violencia contra las mujeres en las últimas décadas, a nivel global, como ha ocurrido con la violencia doméstica o intrafamiliar, acoso sexual, entre otros.

Por cierto, tratándose de hechos criminales, este reconocimiento específico debe darse a través del derecho penal. Luego, entonces, la discusión se dirige en gran parte a la justificación de “recurrir” al derecho penal en casos de violencia contra las mujeres. Lo interesante en este caso –a diferencia de lo que ocurría en el pasado con la violencia doméstica leve y el acoso sexual, por ejemplo– es que se trata de conductas que *ya son un delito*, es decir, no se incluye una nueva conducta como ilícita en el sistema penal que se trata de diferenciar dentro del homicidio –y, en el caso de Chile, del parricidio– ciertos crímenes que revisten características particulares.

La distinción de categorías dentro de los tipos penales, por supuesto, ya es propia del derecho penal, y así existen figuras bases, agravadas (o calificadas), o bien privilegiadas (o atenuadas), precisamente en atención a diversos elementos adicionales que justifican una distinción. En el caso de los homicidios de mujeres, la justificación de esta distinción radica precisamente en el carácter particular de la violencia contra las mujeres en la sociedad, y los compromisos específicos que los Estados tienen en materia de derechos humanos para la erradicación de un fenómeno históricamente tolerado. La sola distinción de estos crímenes, aunque no se altere la sanción penal, ya constituye un reconocimiento de esta grave manifestación de violencia contra las mujeres. A través de una denominación específica –en este caso, femicidio–, se identifica un fenómeno particular dentro de los homicidios, y esta sola distinción contribuye también a un tratamiento diferenciado, tanto a nivel estadístico como en relación al desarrollo de mecanismos más adecuados de prevención.

En este sentido, los femicidios –de la manera en que son definidos en nuestro país, es decir, aquellos cometidos por parejas o ex parejas de la mujer– pueden separarse del resto de los homicidios, en cuanto efectivamente son algunos de los crímenes más “prevenibles” en términos concretos. En efecto, la mayor parte de los homicidios de mujeres en estos contextos no constituyen el primer ataque a la mujer por parte de su agresor, sino que suelen ser precedidos por episodios de violencia física o psicológica, especialmente amenazas de muerte. El solo hecho que las mujeres siempre sepan “quien” las ha amenazado –y frecuentemente, tengan toda la información para identificarlo y localizarlo– hace que la realización de estas amenazas tenga mayores posibi-

lidades de ser evitada, especialmente si se consideran los factores de riesgo²² presentes en cada caso.

De esta manera, es importante considerar que los efectos preventivos generales –como en el caso de cualquier otro delito- tienen relación fundamentalmente con las medidas que se adopten a nivel social para la disuasión de estas conductas. Tanto en Chile como en Costa Rica –cuyas legislaciones en esta materia son similares- la penalización especial del femicidio, además, no supone una penalidad diferente a un homicidio cometido contra un hombre en circunstancias similares, es decir, la pena es la misma en caso que la víctima sea hombre o mujer. Esta decisión –aunque pueda ser discutible en el plano teórico²³-, resulta además concordante, en términos prácticos, con la evidencia empírica que muestra que las mayores penas no generan un mayor efecto disuasivo. Esto es aún más importante cuando –en los casos de femicidios íntimos- una parte importante de quienes los cometen intenta o consigue quitarse, a su vez, la vida.²⁴

4. La opción chilena sobre femicidio: una forma de parricidio

La normativa chilena, como hemos señalado, se une a la tendencia minoritaria de la región –junto con Costa Rica- cuyas normas sobre femicidio se restringen a los “femicidios íntimos”. En este caso, se incorpora la figura del femicidio dentro del parricidio, el cual se amplía para comprender también a quienes han sido cónyuges o convivientes en el pasado,²⁵ señalándose que si la víctima del parricidio “es o ha sido la cónyuge o la conviviente de su autor, el delito tendrá el nombre de femicidio.”²⁶ Si bien durante la tramitación legislativa se discutió la posibilidad de limitar en el tiempo la inclusión en esta figura de las relaciones entre ex cónyuges y ex convivientes,²⁷ finalmente se optó por no establecer plazos de protección luego del cese de la convivencia o disolución del matrimonio.

El parricidio –una figura penal que ha sido eliminada de gran parte de las legislaciones contemporáneas- supone la agravación de la sanción penal pre-

22 Para la identificación de los factores de riesgo es imprescindible no sólo el registro estadístico de los femicidios que se cometen en el país, sino el estudio específico de ellos a fin de determinar la mayor cantidad de elementos que confluyen para la comisión de estos crímenes.

23 Básicamente, en torno a los mismos criterios por los cuales se sancionan más gravemente los *hate crimes* o “crímenes de odio” en gran parte de los países europeos y Norteamérica, aunque éstos suelen estar restringidos –también por razones históricas y políticas- a los crímenes basados en discriminación racial, étnica o religiosa.

24 En España, por ejemplo, alrededor de un 30% de los femicidas intenta o consigue suicidarse, luego de dar muerte a su pareja. (Fuente: Instituto de la Mujer. Suicidios de Agresores desde 1999. Información disponible en la sección de estadísticas de www.inmujer.gob.es).

25 A pesar que se debatió durante la tramitación del proyecto la posibilidad de incluir también a los padres de un hijo/a común, así como otras relaciones de afectividad sin convivencia, no fueron incluidas en el tipo penal.

26 Art. 390 inciso 2º del Código Penal.

27 Planteándose, por ejemplo, un plazo máximo de tres años desde el cese de la convivencia.

vista para el homicidio atendido el mayor valor que jurídicamente se reconoce a la vida de ciertos parientes, el cónyuge o conviviente, comparada con la vida de un extraño, valoración que tendría su justificación en las normas constitucionales que establecen que la familia es “el núcleo fundamental de la sociedad”²⁸ aunque también se sostiene que esta agravación tiene su fundamento en la mayor culpabilidad en la conducta, es decir, en el plano subjetivo de la misma.²⁹ La improcedencia de la protección de “la familia” o el orden familiar a través del derecho penal así como la valoración diferenciada de la vida de unas y otras personas (conocidas y desconocidas) han hecho que la figura del parricidio como tal tienda a desaparecer de los códigos penales en las últimas décadas aunque, sin embargo, se ha introducido en muchos de ellos una agravación general por el vínculo existente entre el autor y la víctima y, en otros, la circunstancia del parentesco o vínculo posee un carácter mixto, con lo cual puede tanto agravar como atenuar la sanción penal.

Hasta la actualidad, en la mayor parte de las legislaciones - tanto civiles como penales- la violencia contra las mujeres se aborda a partir de dos grandes restricciones: la primera, en cuanto se restringe a la esfera doméstica o privada y, la segunda, en cuanto esta protección se otorga en términos neutros en cuanto a género, a fin de no vulnerar el principio de no discriminación. De esta manera, la protección consecuente se enfoca, en el plano simbólico y normativo, no en las mujeres -aunque sean éstas las principales víctimas de la violencia doméstica, intrafamiliar o en la pareja- sino en ciertas relaciones o vínculos que se estiman merecedores de una protección especial por parte de la ley, pues son parte o pueden serlo, de relaciones de familia.

En una línea totalmente diferente, la sanción diferenciada y eventualmente “agravada” de la violencia contra las mujeres es una tendencia muy reciente en el derecho penal comparado,³⁰ cuya justificación se aleja diametralmente de lo que en el pasado era “la protección de la familia” como en la sanción agravada del parricidio. Por ello resulta ciertamente paradójico que la sanción de una forma extrema de violencia contra las mujeres, que responde a consideraciones de derechos humanos que han alcanzado su desarrollo en los últimos años, se inscriba “dentro” de una figura “tradicional” como el parricidio que precisamente por consideraciones también garantistas, ha tendido a eliminarse de las leyes penales contemporáneas.

Posiblemente, sea este elemento paradójico el que distingue el caso chileno

28 Art. 1° de la Constitución Política.

29 Cobo- Carbonell, Bajo Fernández, Bustos, Grisolia y Politoff, por ejemplo, no consideran que el parricidio se agrave por el mayor injusto que supone atentar contra la vida de aquellas personas.

30 La sanción diferenciada encuentra sus primeros antecedentes en la legislación penal sueca, que desde 1989 sanciona “separadamente” la violencia contra mujeres en relaciones de pareja, aunque la pena es equivalente a la que se impone en casos que los hombres sean víctimas. La sanción agravada fue incorporada, en tanto, en la legislación penal española a partir de 2004, en diversos delitos de violencia leve contra las mujeres en relaciones de pareja. Ninguna de estas legislaciones ha extendido estas distinciones al homicidio.

de otras iniciativas en la región, que sancionan el femicidio o feminicidio. En general, esta tipificación se ha hecho en la región en leyes especiales³¹ y en los casos en que se ha incluido dentro de los códigos penales respectivos, se considera un tipo separado dentro de los delitos contra la vida.³² En el caso de Chile es el único en que se introduce el femicidio dentro del parricidio.

Ahora bien, la introducción del femicidio dentro de las normas sobre el parricidio también genera otra consecuencia relevante. A diferencia de los países que han optado por leyes especiales sobre violencia contra las mujeres para incluir la figura del femicidio o feminicidio,³³ en Chile esta figura se introduce en el ordenamiento jurídico penal en ausencia de un marco conceptual y elementos interpretativos que faciliten su adecuada aplicación. Se trata de una norma aislada en el Código Penal, que se encuentra descontextualizada respecto del fenómeno de la violencia contra las mujeres y más aún, su contexto está determinado por el parricidio, una figura cada vez menos justificada en el debate jurídico penal contemporáneo.

Lo anterior no facilita una evolución interpretativa o jurisprudencial que sea concordante con las críticas feministas al derecho penal que precisamente se encuentran a la base de la adopción de nuevas normativas que introducen figuras penales especiales para sancionar la violencia contra las mujeres, como en Suecia³⁴ o España³⁵, y como el femicidio o feminicidio en países latinoamericanos. En el caso de Chile y en ausencia de los elementos de contexto que dotan de contenido y sentido a este tipo de reformas, el peso histórico de las interpretaciones tradicionales de las normas penales puede llegar a hacer que la aplicación del femicidio sea exactamente igual que la aplicación actual de las normas del parricidio u homicidio. La sentencia que da origen a este comentario, precisamente muestra el peso de aquellas interpretaciones.

5. La violencia “justificada” contra las mujeres

Históricamente, pero también hasta la actualidad en menor grado, la violencia ejercida contra las mujeres ha sido justificada por los discursos sociales

31 En Costa Rica, Guatemala y El Salvador.

32 En el caso de los Estados de México y Guerrero en México. En el caso de Colombia, en que no se le da la denominación de feminicidio o femicidio, se incluye en dentro de los homicidios agravados.

33 Costa Rica, Guatemala y El Salvador.

34 El Código Penal sueco contiene desde 1998 un tipo penal denominado “grave violación de la integridad de la mujer”, ubicado en el Capítulo 4, relativo a los “Delitos contra la libertad y la paz”, sección 4 a. Se consagra un tipo separado, pero la penalidad es la misma en el caso que el delito se cometa contra un hombre.

35 España a partir de la LO 1/2004 agrava la sanción de ciertos delitos (lesiones agravadas, malos tratos, amenazas de un mal no constitutivo de delito y coacciones) cuando se cometen contra la “esposa, o mujer que esté o haya estado ligada por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia”. En estos casos, los delitos conllevan una penalidad mayor que cuando las mismas conductas se cometan contra hombres, aunque exista también relación de pareja.

y también jurídicos, especialmente la ejercida en la esfera privada o sexual.³⁶ Basta pensar, como ejemplos, en el uxoricidio por el cual se atenuaba sustancialmente la sanción penal del marido que mataba a la mujer adúltera, el delito de adulterio como ilícito que sólo podía ser cometido por la mujer (no por el marido), la extinción de la responsabilidad penal del violador por el posterior matrimonio con la ofendida, la exigencia de “honestidad” o “buena fama” en las víctimas de ciertos delitos sexuales, etc. Es decir, figuras penales donde la mujer puede ser sujeto activo o pasivo del delito pero en las que, en cualquier caso, se refuerzan los roles y estereotipos de género que pesan sobre ella.

Si bien la mayor parte de estas figuras penales han sido eliminadas o “corregidas” en las últimas décadas conforme ha avanzado el garantismo penal en general y el reconocimiento de los derechos de las mujeres, en particular, ello no significa que se hayan erradicado los criterios o prejuicios culturales con que se aplican las normas penales. Así, a pesar de la eliminación de muchas normas expresamente discriminatorias, frecuentemente se encuentra la aplicación de aquellos mismos criterios a través de la aplicación de circunstancias atenuantes o eximentes de responsabilidad en casos de violencia contra las mujeres.

Dentro de estas circunstancias, la que ha sido aplicada en la sentencia precisamente constituye una de aquellas por las cuales se introducen fácilmente consideraciones sociales o culturales en las que subyacen prejuicios y estereotipos de género que tienden a responsabilizar a las propias mujeres víctimas por los delitos que padecen. En efecto, el Art. 11 N° 5 del Código Penal señala:

Art. Son circunstancias atenuantes: ... 5a. La de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebato y obcecación.

Ésta es una de las llamadas “atenuantes pasionales” que reconoce un estado de perturbación anímica importante que impediría al quien comete el delito controlar sus acciones de la forma en que normalmente lo haría.³⁷ Por cierto, el problema se plantea al determinar qué estímulos son capaces de provocar este estado de alteración anímico en el caso concreto. Y es aquí donde entran consideraciones culturales y sociales que –en casos como la sentencia que se examina– priman por sobre la evaluación individualizada del sujeto que se ve expuesto a estos estímulos.

En efecto, una primera constatación es que en lo cultural hombres y mujeres son socializados de manera diferente, y ello es especialmente diferente en cuanto al control de sus propios impulsos violentos normalmente provocados

36 Al respecto ver, por ejemplo, la revisión histórica española en la materia, en Acale (2006: 21-62). También, en términos generales Laurenzo (1998) y Laurenzo et al. (2008).

37 La Real Academia de la Lengua Española define el arrebato como “furor, enajenamiento causado por la vehemencia de alguna pasión, y especialmente por la ira”, y obcecación como “ofuscación tenaz y persistente”.

por algún nivel de arrebató u obcecación. Esto se evidencia, por ejemplo, en la notoria diferencia en la comisión de delitos violentos entre hombres y mujeres, en todo el mundo.³⁸ Así, atenuantes de responsabilidad como la establecida en el N° 5 del Art. 11, están prácticamente “hechas” para justificar la violencia masculina, causante de la mayor parte de los delitos violentos que se cometen en la sociedad.

Pero más allá de esto, la calificación de los estímulos que “naturalmente” provocan este arrebató u obcecación, también parecen ser valorado de forma distinta para hombres y mujeres. Y precisamente aquí la conducta sexual de las mujeres vuelve a tener relevancia, pues a pesar de haber sido eliminado el adulterio y también la figura privilegiada del uxoricidio en todos los códigos penales modernos, se continúa atenuando la sanción –por esta vía- del hombre que atenta contra la vida de “su mujer” al sorprenderla en una situación de “infidelidad”.

Si bien en esta atenuante –como en otras figuras penales- se utiliza el baremo del hombre medio para determinar la producción del arrebató u obcecación, se deben considerar también las circunstancias personales, lo cual no ocurre en este caso. En efecto, aunque la atenuante en cuestión pone el énfasis en el resultado de los estímulos y no en los estímulos en sí mismos, debiendo atenderse a la propia personalidad del autor para determinar si aquellos estímulos eran capaces de provocar la atenuante o no, la sentencia que se comenta simplemente da por acreditada la atenuante por los solos dichos de la víctima en torno a la relación con su amante:

Que favorece al encartado la atenuante del N.º 5 del artículo 11 del Código Penal ... la cual se encuentra acreditada con los dichos de la propia víctima, quien, reconoció en la audiencia ... que dijo a Wilson Torres que, ese mismo día ... había tenido sexo con su amante ... siendo esta confesión de la ofendida, tan cruel, que más que decir la verdad, con lo que se justificó, fue una verdadera agresión al acusado, en lo más íntimo de su ser, como varón y como pareja ...³⁹

Llama la atención en esta redacción la manera en que el tribunal considera que el estímulo –la “confesión” de la mujer- por sí mismo era suficiente para provocar el arrebató u obcecación que llevó al acusado a atentar contra la vida de su conviviente, calificando esto como una “verdadera agresión al acusado, en lo más íntimo de su ser, como varón y como pareja”. Este juicio se hace, así, ausencia de cualquier otra evidencia –psicológica o psiquiátrica- que comprobara que en el caso específico de este acusado quien además había sido informado por su conviviente, días antes, del hecho que ella tenía un amante

38 En general, las mujeres llegan a cifras cercanas al 10% de la población penitenciaria. Aún así, los delitos por los que más suelen ser condenadas en las últimas décadas (narcotráfico) no son violentos. Ver, por ejemplo, en relación a la situación de la delincuencia femenina en España: http://www.elpais.com/articulo/sociedad/enigma/escasa/delincuencia/femenina/elpepusoc/20091005elpepisoc_1/Tes

39 Considerando Decimosexto de la sentencia. Destacado nuestro.

se haya producido el referido arrebató u obcecación. Es decir, se considera que la “infidelidad” de la mujer es un atentado “a lo más íntimo” del ser masculino, al punto que el tribunal considera que la declaración de la mujer “más que decir la verdad”, constituye una “crueldad”.

La redacción que utiliza el tribunal al justificar la aplicación de esta atenuante resulta muy cercana a la que en el pasado justificaba la existencia misma del uxoricidio de la mujer “adúltera”, como figura privilegiada. Este tipo de interpretación, por tanto, de una norma de supuesta “aplicación general” como es el Art. 11 N° 5, muestra de una manera clara cómo perviven en la cultura y razonamientos judiciales las ideologías de subordinación de las mujeres y el sentimiento de “propiedad” de los hombres hacia ellas -los celos- como una conducta “normal” o incluso “natural”.

6. Conclusiones

Una sentencia como ésta probablemente habría tenido apenas una modificación formal en caso que hubiese estado en vigor la figura del femicidio en nuestro país. En efecto, los razonamientos que hacen que el tribunal recalifique el delito como tentativa y no como parricidio frustrado, así como la atenuación de la pena por considerar que el acusado actuó movido “por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebató y obcecación” habrían también rebajado de igual manera la pena por un “femicidio”.

Una sentencia de este tipo revela que uno de los problemas fundamentales que persisten en relación al acceso a la justicia en condiciones de igualdad y no discriminación en materia de violencia contra las mujeres, está dado por las consideraciones culturales que priman en la interpretación de las leyes, en los cuales la conducta de las mujeres –y en particular su conducta sexual- sigue teniendo el peso suficiente para justificar la violencia de que son víctimas.

En términos comparados, si bien podemos reconocer que el contenido de la figura de femicidio en Chile puede ser más amplio que la ley costarricense, por ejemplo, en la medida que se trata sólo de un artículo –menos aún, de un inciso dentro de un artículo- resulta una disposición totalmente descontextualizada, y que no introduce en el ordenamiento jurídico penal criterios ni disposiciones que permitan una interpretación más ajustada a la violencia basada en el género que esta figura supone.

Así, la opción legislativa de nuestro país que, en términos simples, sólo cambia la denominación del tipo penal de “parricidio” a “femicidio” cuando la víctima es una mujer y el victimario su actual o ex pareja, puede tener impactos prácticos positivos para efectos de registro y seguimiento, pero en definitiva no reconoce la situación de grave desigualdad y discriminación implícita en estas conductas, asemejándolas en la configuración y en la sanción a los actos de violencia de mujeres contra hombres que puedan existir en estas relaciones.

Al no dar más elementos para una interpretación no discriminatoria tanto de estas normas como de las normas generales –tales como las circunstancias modificatorias de responsabilidad-, hace que los avances en esta materia sean aún muy limitados. Y así, es posible esperar que sentencias como las que se comentan sigan pronunciándose en el país, incluso con la vigencia de la figura del femicidio, pues a pesar del cambio de denominación, se sigue asumiendo que la conducta sexual de las mujeres es la que está a la base de la violencia que ejercen los hombres que son sus parejas, incluso cuando llegan a atentar contra sus vidas. Entre esto y la antigua figura del uxoricidio, no hay tanta diferencia. También es un cambio de nombre.

.....

Bibliografía

Acale Sánchez, María (2006). *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Madrid: Editorial Reus.

Carcedo, Ana (coord.) (2010). *No olvidamos ni aceptamos: Femicidio en Centroamérica. 2000-2006*, San José de Costa Rica: CEFEMINA.

Lagarde, Marcela (2006). “Presentación a la edición en español”. En: Diana Russell y Jill Radford (Eds.) *Feminicidio. La política del asesinato de las mujeres*, México: UNAM.

Lagarde, Marcela (2008). “Antropología, feminismo y política: Violencia feminicida y derechos humanos de las mujeres”. Ponencia presentada en el XI Congreso de Antropología ‘Retos teóricos y nuevas prácticas’, Donostia, España, Septiembre de 2008.

Laurenzo, Patricia (1998). “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, en *Análisis del Código penal desde la perspectiva de género*, Emakunde/Instituto Vasco de la Mujer. Vitoria-Gasteiz, 1998, p. 244 - 260.

Laurenzo, Patricia; Maqueda, María Luisa y Rubio, Ana (coords.) (2008). *Género, violencia y derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Russell, Diana y RADFORD, Jill (1998). *Femicide*. Disponible en internet: <http://www.dianarussell.com/femicide.html>

Russell, Diana y VAN DE VEN, Nicole (1976). *Crimes against women. Proceedings of the international tribunal*, Les Femmes Pub.

Referencias legislativas

Chile, Ley N° 20.480, que modifica el Código Penal y el decreto ley N° 321, de 1925, para sancionar el “femicidio”, y aumentar las penas aplicables a este delito y modificar las normas sobre parricidio. Publicada en el Diario Oficial el 18 de diciembre de 2010.

Costa Rica, Ley para la Penalización de la Violencia contra las Mujeres N.º 8589, publicada el 30 de mayo de 2007.

El Salvador, Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres, Decreto N° 520, de 25 de noviembre de 2010.

España, Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Estado de Chihuahua, México, Decreto N.º 790-03 IX P.E. publicado en el Periódico Oficial N.º 69, del 27 de agosto del 2003.

Estado de Guerrero, México, Ley N.º 553 de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, de 8 de febrero de 2008.

Guatemala, Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer. Decreto N° 22-2008, de 7 de mayo de 2008.

Suecia, Código Penal. Versión en inglés disponible en <http://www.legislationline.org/upload/legislations/59/94/4c405aed10fb48cc256dd3732d76.pdf>

Interpretaciones androcéntricas de los delitos de violencia sexual cometidos contra las mujeres: otro obstáculo para acceder a la justicia en Colombia

**Corporación Humanas
Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género**

Lo que le sucede a las mujeres es demasiado particular para ser universal o demasiado universal para ser particular, lo cual significa demasiado humano para ser femenino o demasiado femenino para ser humano (Mackinnon, 2007: 142).

1. Introducción

Hablar en Colombia del derecho que tienen las mujeres víctimas de delitos sexuales a acceder a la justicia pasa por comprender que la violencia sexual no es un delito que cometen individuos enfermos o afectados por alguna particularidad que los impulsa a ello, sino que esta es una forma de dominación. El uso de la violencia sexual en contextos no armados es un indicador de que los conflictos de género se están resolviendo por medio de la vulneración de los derechos de las mujeres; de hecho su uso es una negación de su carácter de sujeto y por tanto de su humanidad.

El uso de la violencia sexual por parte de actores armados es una forma redundante de dominación masculina. Pero esa redundancia no es solo una forma doble de demostrar quién detenta el poder. Con la violencia sexual se materializa la dominación sobre la persona (en general mujeres o niñas) y sobre un grupo humano particular. Es decir, se amplía la materialización de la dominación que se ejercía sobre la persona (en privado) hacia el ámbito de lo público. Es porque esta irradiación hacia lo público la lleva a cabo un actor armado que la violencia sexual se constituye en un arma de guerra.

El análisis de 276 casos recogidos por distintas instancias en los que se ha reportado que al menos una mujer ha sido víctima de violencia sexual ha llevado a concluir que la violencia sexual es un arma de guerra polifuncional.¹ Con su uso es posible alcanzar diversos objetivos: dominar, regular, callar, obtener información, castigar, expropiar o exterminar a quienes se consideran enemigos, o recompensar o cohesionar al grupo que la comete.

1 Estos 276 casos se pueden consultar en la página web de la Corporación Humanas. [Disponible en:] www.humanas.org.co

Las feministas hemos planteado que las violencias contra las mujeres se cometen en tiempos de paz y en tiempos de guerra y que en estos últimos se exacerbaban. No obstante, asegurar que hay un agravamiento de la violencia en contextos de conflicto armado, podría llevar a pensar que con la resolución de estos, las formas de violencia contra las mujeres disminuirían ya sea porque se reduciría el número o la crueldad con que se cometen. Sin embargo, la información fáctica con que se cuenta pone de manifiesto una alta incidencia y ferocidad de las violencias sexuales perpetradas por actores no armados. En efecto en el 73% de los dictámenes sexológicos se presume la responsabilidad de un pariente o persona allegada a la víctima² y, como se presentará en este artículo, el encarnizamiento con que han actuado algunos perpetradores es enorme sin que esto se deba a que tenían un vínculo con algún grupo armado o a que sus víctimas eran objetivos militares.

Es importante regresar sobre la afirmación que hacemos al principio: con el uso de la violencia se desconocen por completo los derechos de las mujeres víctimas. Cuando se afirma que la violencia sexual es una forma de dominación masculina sobre lo femenino (o con la que se feminiza a la víctima) se está planteando que con ella se está demostrando que se tiene poder, que se puede dominar, poseer y sujetar a la persona sobre la que la ejerce, es decir que se puede objetivar a la persona (convertir al sujeto en objeto). La violencia sexual es una forma de desconocimiento de los derechos a la dignidad, autonomía, integridad física y psicológica de la persona; un desconocimiento o una expropiación de su carácter de humanidad.

En un Estado de derecho, el Estado debe garantizar el pleno disfrute de los derechos de sus asociados. Asimismo, Colombia como firmante de la Convención de Belém do Pará se obliga a garantizar a todas las mujeres el derecho a vivir una vida libre de violencia consagrado por este instrumento. Para ello y en consecuencia de la suscripción de la Convención, el Estado convino en adoptar de forma inmediata políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar todas las formas de violencia cometidas contra las mujeres (definida como cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado).

Los órganos de justicia son los entes responsables de sancionar a las personas que cometen violencias sexuales contra las mujeres. No obstante, la instauración del sistema penal acusatorio ha significado para las mujeres víctimas de violencias una denegación en muchos casos de su derecho de acceder a la justicia puesto que la incorporación al sistema de figuras procesales como la conciliación y los preacuerdos, las negociaciones o el principio de oportunidad y reglas probatorias se hizo sin prever el impacto negativo que

2 En 2008 el 73% de los presuntos responsables de violencias sexuales cometidos contra mujeres y niñas eran familiares consanguíneos o políticos, personas con las que había o hay un vínculo sexual o afectivo o eran personas conocidas (cfr. Datos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2009).

podrían tener para las mujeres víctimas de violencia.³ Por otra parte, los y las operadoras de justicia y la judicatura en general desconocen los derechos de las mujeres y fallan de acuerdo con prejuicios y distinciones discriminatorias basadas en el género. Estas dos situaciones hacen que se esté frente a un sistema judicial insuficiente, inadecuado y carente de un enfoque que permita interpretar las particularidades que rodean este tipo de violencias y garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

Esta insuficiencia del sistema judicial tiene consecuencias mucho más negativas cuando por su intermedio se judicializan casos de violencia sexual cometida en contextos de conflicto armado. Existen obstáculos de orden sustancial y procedimental identificados en la justicia ordinaria, que es previsible persistan para el juzgamiento de hechos de violencia sexual cometidos por actores armados tanto para los que se procesen por la ley de justicia y paz como los que se lleven por justicia ordinaria al no haberse acogido a esta normativa.

Entre los aspectos de orden sustancial que puedan obstaculizar el acceso a la justicia de las víctimas de los delitos sexuales cometidos en contextos de guerra, que también se presentan para la judicialización de estos delitos cometidos en contextos de paz, se resaltan la insuficiencia de los tipos penales y las dificultades para judicializar concursos y el desconocimiento de la jurisdicción competente. Los obstáculos de orden procedimental se centran más en las reglas probatorias que se establecen para valorar la credibilidad del testimonio de la víctima, el consentimiento y la situación de incapacidad de resistir en que estas puedan, en ciertos casos, encontrarse y el uso de la violencia para cometer la relación sexual. Se considera que estos obstáculos pueden generar una mayor dificultad en la judicialización de delitos cometidos en contextos de conflicto, por cuanto la ausencia de testigos, la permanencia de actores armados en la zona, así como la ausencia total en la mayoría de los casos de huellas físicas debido al tiempo transcurrido entre los hechos y su denuncia, el olvido de fechas y circunstancias de tiempo, modo y lugar, hacen más difícil establecer su comisión. Esto conlleva a una denegación del acceso a la justicia para las víctimas.

Gran parte de estos problemas se deben a los prejuicios que imperan en jueces y juezas que conocen casos de violencia sexual. Este artículo presenta algunos prejuicios ligados a visiones androcéntricas del delito sexual identificados a partir del análisis de 185 sentencias, de las cuales 48 fueron proferidas por juzgados, 64 por tribunales y 73 por altas Cortes. Para comenzar se presentan los problemas sustantivos mencionados: los vacíos en la tipificación y el desconocimiento del concurso de delitos, así como la jurisdicción que debe conocer el hecho. Después se abordan los prejuicios en la valoración de la credibilidad del testimonio de la víctima, el establecimiento de los elementos del consentimiento, la incapacidad de resistir y la violencia.

3 Para abordar con mayor profundidad las consecuencias de los institutos procesales del sistema acusatorio en las mujeres víctimas, véase la publicación de la Corporación Humanas (2008).

2. Vacíos en la tipificación y desconocimiento del concurso de delitos

La Corporación Humanas le preguntó a dieciséis jueces y juezas y quince magistrados y magistradas si los delitos sexuales contenidos en el Código Penal colombiano son suficientes para judicializar las modalidades de violencia sexual que se cometen en la realidad. La mayoría de ellos respondió que efectivamente son suficientes y que el problema no es dar respuesta a este tipo de violencias con más leyes o normas. No obstante, cuando a continuación se les preguntó cómo podrían tipificar una conducta en la que un agresor sin tener ningún contacto con la víctima, sin tocarla en lo absoluto, con un arma de fuego la obliga a tocarse sus partes íntimas, incluso la obliga a penetrarse ella misma, ya sea con los dedos o con otros objetos,⁴ no todas las respuestas fueron unánimes en calificar la acción como un delito sexual.

Los planteamientos expresados ante la situación presentada en la entrevista fueron los siguientes:

a) Quienes consideraron que no era un delito sexual, adecuaron este hecho hipotético a la forma del constreñimiento. Este es un delito contenido en el título de aquellos que atentan contra la autonomía personal, cuando lo que se penaliza es obligar a otro a hacer algo que no quiere hacer, lo que da una pena de uno a dos años.

b) Quienes efectivamente consideraron el hecho como un delito sexual, no tienen muy claro a qué tipo se ajusta. Algunos calificaron la conducta como acto sexual violento y hubo quien hablara de inducción a la prostitución.

c) En ningún caso fueron contundentes en calificar el hecho como acceso carnal violento debido a que es la propia víctima la que se penetra y el victimario no tiene contacto corpóreo con ella.

Estas situaciones de incertidumbre normativa reflejan la ausencia de tipos penales autónomos que permitan, con claridad, la adecuación de todas las modalidades de violencia sexual existentes. Esta misma incertidumbre sufren los casos de anticoncepción forzada, que se conoce han cometido algunos actores armados en Colombia.

También existe un vacío en la contemplación de los delitos abusivos (aquellos cometidos contra menores de 14 años), ya que no están contenidos en el título que tipifica delitos contra personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario (DIH). Lo anterior genera una dificultad para adecuar los casos de violencia sexual cometidos por actores armados contra menores de 14 años y que han ocurrido en algunas regiones de Colombia.

4 En derecho penal esta pregunta no es fácil de responder por cuanto existe un debate jurisprudencial, cuando se plantea que para la comisión de los delitos sexuales es necesario que exista una “relación corpórea” entre victimario y víctima; esto es, que haya interacción o contacto entre el cuerpo de uno y la otra lo que no permite adecuar la conducta sin dificultad a los tipos penales ya establecidos.

Por otra parte, los y las operadoras de justicia no ofrecen análisis que permitan visibilizar las múltiples violaciones tanto a derechos a la integridad física como a la libertad sexual de las que pueden ser víctimas las mujeres cuando son agredidas sexualmente. En algunos casos en que es evidente la vulneración de otros bienes jurídicos, no se imputan los delitos que permitan establecer esa otra vulneración.

Todas las noches, cuando María llega del trabajo su esposo la huele con el fin de encontrar algún rastro que le indique que le ha sido infiel. Posteriormente a eso la viola delante de sus hijos, mientras ellos lloran y ella también de verse y sentirse humillada delante de los niños. Un día determinado, además de repetir como siempre la rutina mencionada, el esposo le introduce por la vagina una parte de un motor de soldadura encendido causándole múltiples lesiones en sus órganos genitales internos y externos.⁵

En este caso, por ejemplo, se reconocen además del delito sexual las lesiones personales causadas a la víctima. Sin embargo, es posible inferir de estos hechos que el autor le infligió dolores y sufrimientos a la víctima con el fin de castigarla por la sospecha de que le era infiel, lo que permitiría encuadrarlos además en un tipo de tortura.

Un hombre contrata un sicario para que mate a su ex novia, pero le advierte en el “contrato” que realizan: “Yo quiero que usted la mate, pero antes de matarla, yo quiero que ella sufra, así que le compré este ácido, usted se lo echa y después la mata”. El sicario le dice que él no es capaz de echarle ácido, que eso le parece terrible, que si él lo que quiere es que la mujer sufra, él se “la viola” y después la mata.⁶

En este caso también es clara la finalidad de causarle sufrimiento a la víctima en castigo porque ella le fue infiel; no obstante solo fue condenado por acceso carnal violento.

3. Jurisdicción que debe conocer el hecho

Dos son las condiciones que el artículo 221 de la Carta Política establece para que la investigación y juzgamiento de los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública sean de competencia de la justicia militar. La primera es que el imputado al ejecutar la conducta ilícita se encuentre en servicio activo y la segunda que el delito guarde relación con el servicio. Para la existencia del fuero militar no basta con que se tenga la calidad de miembro activo de la Fuerza Pública sino que es necesario, además, que el delito esté sustancialmente ligado con la actividad militar o policial desarrollada por el sujeto agente.

En las horas de la tarde, una patrulla integrada por miembros del Ejército Nacional y la Armada Nacional se presentaron en un sitio ubicado a las orillas del río Mag-

5 Caso referenciado por juez entrevistado en Bogotá.

6 Caso referenciado por magistrada en Medellín.

dalena con el fin de realizar un operativo contra-guerrillas. Una vez en el sitio un suboficial de la Armada Nacional entró a la habitación de una familia del lugar y allí comenzó a molestar a Fabiola, menor de 15 años de edad, a quien posteriormente condujo a un platanal en donde la amenazó con una bayoneta y la obligó a desvestirse, para luego accederla carnalmente.⁷

El comandante de la flotilla fluvial del Magdalena dirigió un oficio al juez promiscuo que conoció el caso en el cual le solicitó la remisión de las diligencias, aduciendo que “le corresponde es al juez de Instrucción Penal Militar por cuanto se trata de un supuesto delito en el cual se quiere involucrar a personal de las Fuerzas Armadas”. El juzgado accedió a dicha solicitud y ordenó el envío de lo actuado al juez de Instrucción Penal Militar.

En el caso no se discute la calidad de miembro activo de la Fuerza Pública del procesado, pero sí la relación del hecho con el servicio. La Corte ha dicho que cuando se habla de relación con el servicio se está haciendo referencia al nexo que debe existir entre el acontecer delictivo y la actividad militar, que solo puede ser calificada como tal cuando se realiza mediante actos propios del servicio o en estricto cumplimiento de las órdenes impartidas por quien ejerce la función de comando. En esas condiciones, el militar que aun estando en servicio activo se aparta de las funciones relacionadas con dicho servicio para dedicarse a ejecutar comportamientos delictivos ajenos a él, no goza de fuero constitucional.

La conducta que se atribuye al procesado por el delito de acceso carnal violento al que sometió a la joven menor de edad, no guarda relación alguna con la misión militar que le fue encomendada, la cual se restringía a las propias de la lucha antiguerrillera, que le imponía el deber de desarrollar actos dirigidos al mantenimiento del orden público, la repulsa de ataques, la inspección e incautación de armas y otros objetos de prohibida tenencia, es decir, a todo aquello que sirviera a las finalidades de la misión, ninguno de los cuales puede implicar el atropello a la libertad sexual de las personas.

4. Credibilidad del testimonio de la víctima

La credibilidad de un testimonio en delitos sexuales, siempre ha sido un problema jurídico de difícil resolución. En tanto los sistemas de derecho responden a una lógica patriarcal es muy común que en los casos de violencia sexual la víctima sea quien tiene que probar que efectivamente se cometió el delito.

En el caso que se presenta a continuación se le resta credibilidad al testimonio de la víctima debido a su conducta sexual anterior.

Alba, joven menor de 18 años, había conocido a Pedro por internet y quiso que le enseñara a hacer tatuajes porque él dijo ser experto. Con ese interés fue a su casa. Después de sostener una conversación, Pedro tomó a la joven por uno de sus brazos,

7 Fallo proferido por la Corte Suprema de Justicia.

la levantó agresivamente de la silla que ocupaba y la llevó a una habitación contigua donde la arrojó boca arriba sobre la cama; le bajó el pantalón y la ropa interior que vestía y procedió a accederla vía vaginal y anal, repetitivamente, así como oralmente, eyaculando en una oportunidad, sobre el abdomen de la joven, sin que ella pudiera oponerse. La menor le dijo a Pedro que parara, pero él no le hizo caso. Alba fue después agredida verbalmente y humillada y no pudo salir sino hasta cuando Pedro quiso. Alba se infligió cortadas en las muñecas cuando llegó a su casa. La joven fue internada en un establecimiento asistencial debido al trauma y a la autoagresión, lo que se repitió en el tiempo siendo tratada psicológica y psiquiátricamente.⁸

La primera instancia le dio total credibilidad al testimonio de la víctima y condenó al procesado; sin embargo, la segunda instancia puso en tela de juicio su testimonio. Los aspectos sobre los que se basó el Tribunal para desconocer la versión de los hechos de la víctima fueron que ella le mintió al sindicado sobre su verdadera edad, en los chats sostenidos con el procesado había hablado abiertamente de sus prácticas sexuales y a los distintos evaluadores médicos les dio versiones diferentes de lo ocurrido. Por otra parte no aceptó el peritaje de medicina legal que diagnosticó estrés postraumático en la víctima sino que valoró las alteraciones psicosociales y siquiátricas como una razón que prueba que efectivamente el hecho no se cometió. El Tribunal además consideró que era razonable dudar de la víctima por pertenecer a las nuevas subculturas de “porno alternativo” o “*suicide girl*”.

Si bien el Tribunal utilizó como pruebas a favor del victimario las grabaciones que él hizo en su computador de los chats sostenidos con la joven, desestimó como creíble la parte en que ella expresó tajantemente que no permitiría por nada del mundo sexo anal, puesto que si ella había mentido sobre su edad y estudios, también podría haber mentido sobre sus apetencias sexuales. Con esta valoración las pruebas del acceso carnal anal fueron anuladas.

En este proceso las reglas de procedimiento y prueba del Estatuto de Roma no fueron respetadas y el pasado de la víctima fue utilizado para restarle credibilidad.⁹

El siguiente caso también es un ejemplo de la forma como el testimonio de la víctima es desestimado y el sindicado absuelto de los hechos a pesar de haber otras pruebas que permiten establecer la veracidad del testimonio. En este caso lo que prima para restarle credibilidad a la víctima es su imposibilidad de ratificar la denuncia ante los funcionarios judiciales.

Un médico denuncia que encontró muestras de abusos en niña menor de 14 años y

8 Caso que llegó al Tribunal Superior de Bogotá.

9 En la Regla 70, literal (d) de las Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto de Roma se establece que “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”.

se pudo establecer que la menor de edad era abusada por su primo y por el esposo de su tía. No obstante, la niña casi no quiso hablar de los hechos y se mostró parca frente a la entrevista realizada, por lo que dentro del proceso se debatió la credibilidad de su testimonio y el sindicado fue absuelto.¹⁰

5. Consentimiento y puesta en incapacidad de resistir

El consentimiento es uno de los elementos sobre los que se indaga con sospecha en los procesos judiciales. Aceptar una invitación, estar a solas con un hombre en un cuarto, ingerir licor con un acompañante, pueden ser conductas que desestimen la existencia de un delito y permitan inferir una relación sexual consentida.

Sin embargo, en los casos de violencia sexual cometidos contra personas menores de 14 años el consentimiento no es objeto de debate por cuanto se presume que una persona de esa edad no tiene la capacidad para determinarse o actuar libremente en el ejercicio de la sexualidad debido al estadio de madurez que presentan sus esferas volitiva, intelectual y afectiva. Esta presunción es de carácter absoluto, y no admite, por tanto, prueba en contrario. En el caso que se presenta a continuación se ignora esta presunción de derecho.

En las horas de la mañana José convenció a Silvia, menor de 14 años, para que lo acompañara a un motel donde mantuvieron relaciones sexuales de común acuerdo. La madre de la niña al conocer los hechos formuló denuncia penal. El imputado aceptó los hechos indicando que desde hacía muy poco tiempo mantenía vínculos de amistad con Silvia y que la relación sexual que sostuvieron fue voluntaria. En sentido similar declaró esta última. Afirmó que el acto fue consentido por ella, y que era la primera vez que mantenía relaciones de este tipo.¹¹

En este caso, el juzgado de primera instancia condenó al procesado como autor responsable del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años. Sin embargo, la defensa apeló el fallo y el Tribunal Superior revocó integralmente la sentencia impugnada, y en su lugar absolvió al procesado bajo el argumento de que la relación sexual sostenida con la menor fue consentida desconociendo la presunción de derecho que en materia de delitos sexuales ampara a los menores de 14 años.

En el caso que se presenta a continuación se infiere el consentimiento para establecer la no responsabilidad del procesado, a partir de la ausencia de resistencia física de las víctimas, mayores de 14 años, además de otros prejuicios que llevaron a desestimar finalmente la existencia del delito de acceso carnal violento.

Astrid y Consuelo fueron abordadas por cinco hombres uno de los cuales tocó el

10 Sentencia proferida por Tribunal Superior de Pasto.

11 Caso que llegó a la Corte Suprema de Justicia.

cuerpo de Astrid, la que le reclamó por la agresión. Los individuos forzaron a las dos mujeres a cambiar de rumbo hasta llegar a un parque donde las intimidaron, las empujaron contra la pared y las despojaron de teléfonos celulares y bolsos de mano, luego de lo cual los agresores huyeron excepto uno. Este último, bajo la amenaza de “chuzarlas”, forzó a Astrid a hacerle una felación mientras le tocaba los senos a Consuelo. A continuación obligó a Consuelo a sentarse e hizo desnudar a Astrid, a quien intentó acceder carnalmente pero, ante la imposibilidad de hacerlo, la obligó a practicarle sexo oral. Las víctimas fueron auxiliadas por unos taxistas que después de algún tiempo llegaron al lugar.¹²

Tanto en primera como en segunda instancia se condenó al acusado por el delito de acceso carnal violento. Sin embargo, cuando es conocido el caso por la Corte Suprema, esta lo absuelve con base en el argumento de que los testimonios de las víctimas fueron valorados erróneamente, puesto que de los mismos se dedujo que los comportamientos sexuales desarrollados por el acusado tuvieron origen en la violencia que desplegó sobre las supuestas víctimas sin tener en cuenta, de un lado, que él no tenía armas y, del otro, que las jóvenes no opusieron resistencia, circunstancia de la cual la Corte concluyó que hubo consentimiento de su parte y por tanto exime de responsabilidad al acusado. La Corte consideró que en estos casos lo “normal” es que los autores de las violaciones utilicen armas o algún elemento para intimidar a la víctima.

La necesidad de que las víctimas deban oponer resistencia en los casos de violación, demostrar una acción beligerante o evasiva, pues de lo contrario es posible suponer su consentimiento al hecho, es una regla de la experiencia y la sana crítica que construyó la Corte para desestimar el delito, desconociendo las reglas de procedimiento y prueba 70 y 71 del Estatuto de Roma que expresamente prohíben exigir la oposición al hecho por parte de las víctimas para configurar el delito de violación.

Otros importantes debates sobre el consentimiento se dan en los casos donde se discute la situación de incapacidad de resistir en la que está o se pone a la víctima. En el caso de una mujer que es accedida carnalmente por un hombre que había conocido hace poco y con el que estaba consumiendo licor la sentencia fue absolutoria. La decisión se tomó porque se determinó que no siempre el estado de embriaguez es incapacidad de resistir por parte de la víctima. El juez determinó que de acuerdo con la versión no era creíble que la víctima no estuviera consciente de lo que estaba pasando y que en todo caso, no era posible probar que el procesado había tenido la intención de embriagarla para tener relaciones sexuales con ella, que fue la joven quien asumió una conducta “imprudente” y se puso en “riesgo” al aceptar salir con un sujeto que apenas si conocía, que no era posible afirmar que la víctima fue puesta en incapacidad de resistir, sino que ella misma al consumir licor se puso en incapacidad.¹³

12 Corte Suprema de Justicia. Radicado 29308 del 13 de mayo de 2009.

13 Sentencia proferida por un juzgado de Medellín.

6. Uso de la violencia

A pesar de que la Corte Suprema de Justicia colombiana ha sido clara frente a lo que significa la violencia en los delitos sexuales,¹⁴ cuando se intenta probar este elemento, la generalidad es que los y las operadores de justicia requieran pruebas que ratifiquen el dicho de la víctima, por lo general con un dictamen médico legal que evidencie rastros físicos de la violencia. En el caso que se presenta, el dicho de la víctima no fue suficiente para acreditar la violencia con que se realizaron los encuentros sexuales.

Fabiola manifestó ante las autoridades judiciales que su compañero permanente, la ha atacado sexualmente varias veces, el último episodio fue en octubre de 2007, época para la cual la joven se hallaba en avanzado estado de embarazo. Durante el juicio el procesado reconoce que hay una historia de violencia intrafamiliar entre ellos anteriormente pero no acepta haberla violado. “Las únicas pruebas que existen en este caso son el dicho de la víctima y su compañero permanente”.

En este caso el Tribunal consideró que no halla en la versión de la víctima la solidez suficiente para edificar una sentencia de condena pues, si bien es cierto que la jovencita puede estar diciendo la verdad, no hay ninguna otra prueba que así lo ratifique por cuanto, también se aportó al juicio oral la declaración del acusado y en ella reconoce los maltratos físicos pero no los accesos carnales violentos y, al igual que la víctima, su dicho puede ser cierto por cuanto tampoco existen elementos de juicio diversos a su versión para sostener que miente.

La Sala reflexiona sobre la posibilidad de concluir, mediante una inferencia lógica, que hallándose demostrada la agresión física reiterada, no es extraño que la violencia se utilizara también para accederla carnalmente; sin embargo, afirma que no tiene prueba que lo ratifique y el testimonio de la víctima no es suficiente para dar certeza.

7. Conclusión

Los hallazgos evidencian la necesidad de incorporar en la reflexión y en el accionar jurídico la comprensión de la dominación masculina como núcleo central de la vulneración de derechos sexuales en las mujeres, así como de avanzar en la comprensión de la problemática de la violencia como un problema que aprovecha cualquier intersticio social, como la guerra para ser redundante.

14 La violencia es definida como la fuerza, constreñimiento, presión física o psíquica –intimidación o amenaza–, que el “agente despliega sobre la víctima para hacer desaparecer o reducir sus posibilidades de oposición o resistencia a la agresión que ejecuta” (Corte Suprema de Justicia. Proceso 25743 de 2006).

Bibliografía

Corporación Humanas (2008). *La situación de las mujeres víctimas de violencias de género en el sistema penal acusatorio*. Bogotá: Corporación Humanas, Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género.

1. Introducción

El presente caso es emblemático en lo que a punibilidad del delito de violencia sexual se refiere. Fue impulsado y asumido para su defensa por la Oficina Jurídica de la Mujer, organización no gubernamental que defiende el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, con sede en la ciudad de Cochabamba, Bolivia. El hecho que motivó la acusación y el consecuente proceso fue la violencia sexual a la que fue sometida M. Z., mujer de nacionalidad holandesa, por el hijo de los propietarios de la casa que ésta alquilaba en la ciudad de Cochabamba.

Luego de haberse iniciado el proceso penal, el agresor fue condenado en primera instancia por el delito de violación sexual, sentencia que fue apelada por la víctima quien pretendía una sanción más justa, cuya pena sea acorde y proporcional al daño que se le ocasionó.¹

En segunda instancia lo que se observa es que, fuera de cualquier razón jurídica y/o fáctica, los jueces decidieron absolver al imputado.² La base argumentativa de dicha decisión judicial evidenciaba la falta de objetividad e imparcialidad en el conocimiento de la causa por quienes estaban facultados a administrar justicia, y que claramente exponían en su decisión (auto de vista) criterios y razonamientos altamente sexistas y prejuiciosos en razón de género (tales como la evaluación de la conducta de la víctima). Estos criterios tendientes a desvalorizar los hechos denunciados por la víctima, los cuales, peor aún, permitieron en este caso poner en consideración el consentimiento de la víctima a aquella “relación sexual”, derivando en la declaración de absolución del imputado.

Por último, la víctima y quienes la representan decidieron interponer un recurso de casación, el cual finalmente una vez más es relativizado, generando un desconocimiento de los derechos de la víctima y la vulneración flagrante del derecho al debido proceso, declarado infundado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 25 de abril del año 2000.

Estas evidentes vulneraciones al derecho de acceder a la justicia por parte de la víctima motivaron una vez más en ésta, la necesidad de alcanzar la justicia,

1 El texto completo de la sentencia del Juzgado N° 3 en lo Penal de Cochabamba se encuentra disponible en el Observatorio de Sentencias Judiciales, referencia OSJ Fallo 377, en www.articulacionfeminista.org.

2 El texto completo de la sentencia de la Sala Penal Segunda de la Corte Superior de Distrito de Cochabamba se encuentra disponible en el Observatorio de Sentencias Judiciales, referencia OSJ Fallo 378, en www.articulacionfeminista.org.

en búsqueda de una idónea sanción y de una reparación al daño que se le causó. De este modo la Oficina Jurídica para la Mujer, El Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de las Mujeres (CLADEM) denunciaron el caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El caso fue declarado admisible en octubre de 2001 y en junio de 2002 la organización no gubernamental *Equality Now* presentó un escrito en calidad de *Amicus Curiae*. Con fecha 11 de marzo de 2008, en el marco de una propuesta presentada por las instituciones co-peticionarias, se logró un acuerdo de solución amistosa. El Estado reconoció en forma pública el 21 de julio de ese año su responsabilidad internacional en el caso

... ilustrando la situación de muchas mujeres víctimas de violencia sexual, que han sido discriminadas por el sistema de justicia y se les han violado los derechos protegidos por la Convención de Belem do Pará y la Convención Americana, en particular el derecho de todas las mujeres a una vida libre de violencia y la obligación del Estado de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres.³

El acuerdo amistoso negociado por las instituciones co-peticionarias establece que el Estado boliviano adquiere diversos compromisos, además de hacer públicos los términos del acuerdo y difundir el mismo. Las medidas concertadas que son objeto formal de seguimiento fueron:

(a) Implementar en un año a través del Instituto de la Judicatura una acción positiva que garantice mínimamente 15% de sus programas pedagógicos con asistencia de su personal especializado en el tema, a la formación en derechos humanos con enfoque de género.

(b) Incluir en los procesos y normas evaluativas de los/las jueces/as en el lapso de los 6 meses del acuerdo, un indicador que califique el grado y nivel de conocimiento de derechos humanos y en particular aspectos referidos a la discriminación por género.

(c) Publicar en las páginas oficiales del Consejo de la Judicatura y del Ministerio Público, durante un plazo razonable los *curriculum vitae* de los candidatos seleccionados a ocupar vacancias judiciales con el fin de garantizar la máxima publicidad y tener la posibilidad de recibir objeciones, u observaciones sobre cada candidatura.

(d) Organizar una Conferencia destinadas a funcionarios judiciales de la Corte Suprema de Justicia, Superiores de Distrito, Fiscalía General de la República, fiscalías de distrito, Policía Nacional y para abogados de ejercicio libre de la profesión sobre los derechos de las mujeres y la Convención de Belém do Pará, asegurando la parti-

3 Comisión y relatoría sobre derechos de las mujeres en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso N° 12.433 MZ vs. Bolivia, cláusula segunda. Texto íntegro disponible en internet en http://www.cladem.org/index.php?option=com_content&view=article&id=407:caso-mz-bolivia-violencia-sexual&catid=46&Itemid=132

cipación de las instituciones peticionarias y del Ministerio de justicia y Viceministerio de Género.

(e) Edición de manuales y otros sobre tratamiento de víctimas de violencia sexual y realización de campañas de sensibilización con funcionarios públicos sobre derechos de las mujeres y la vigencia de tratados internacionales.

(f) Creación de la Unidad Especializada de Atención a Víctimas de Violencia Sexual como para también la investigación y el ejercicio de la acción penal pública respecto de esos delitos (en el plazo de dos años).

(g) Creación de la Unidad Especial para desarrollar los estudios científico-técnicos requeridos para la investigación de los delitos de libertad sexual.

(h) Implementar espacios físicos necesarios en los que las víctimas de violencia sexual presten sus declaraciones guardando las condiciones de infraestructura necesarias para garantizar su privacidad (en el plazo de dos años).

Estos compromisos debieron ser cumplidos en coordinación entre el Poder Ejecutivo, el Poder Judicial y la Fiscalía General de la República, con la finalidad de erradicar la discriminación del sistema de administración de justicia y la vulneración de los derechos protegidos por la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y terminar con la violencia contra la mujer.

A efectos de informar sobre el presente caso, a continuación se expone un análisis respecto a las decisiones judiciales emitidas por las autoridades competentes a lo largo del derrotero procesal, comenzando por lo sucedido en primera instancia.

2. El caso ante la justicia en primera instancia

2.1. Relación de los hechos

De acuerdo a la declaración de la víctima, el 2 de octubre de 1994, M. Z., ciudadana holandesa que reside en Bolivia, denuncia que fue agredida sexualmente por Jorge Carlos Aguilar, cuando se encontraba en su domicilio particular de la Calle José Pol Terrazas.

El hecho ocurrió en horas de la madrugada, cuando, para perpetrar este delito, M.Z. fue sometida con violencia por el agresor quien ingresó al domicilio de la víctima de manera intempestiva, para luego insinuar una relación sexual que es rechazada, por lo que procede a agredirla y someterla sexualmente. En su relato M.Z. afirma que el victimario ingresó por una ventana sorprendiéndola con su presencia.

En la versión del victimario en su declaración inicial llamada indagatoria, éste expresó que en estado de ebriedad visitó a M. Z. y que, debido a una relación

amorosa anterior de “amantes” y con consentimiento de ella, mantuvieron relaciones sexuales aduciendo que ella conocía su condición de casado y que no quería romper con esta relación. El día de los hechos, indicó que después de sostener relaciones sexuales ella había ido al baño y cuando salió del mismo le atacó violentamente causándole una herida sangrante. Ante esta actitud, Aguilar habría salido de la vivienda semivestido. En su segunda declaración, llamada confesoria según el antiguo sistema acusatorio que se realizaba en la etapa del plenario, indicó que no tuvieron relaciones sexuales y que se encontraba sorprendido por el resultado del certificado médico forense.

2.2. Medios probatorios y su valoración

Existe en la autoridad judicial, representada por el Juez 3º de Partido en lo Penal, una apreciación adecuada de las pruebas científicas como es el certificado médico forense y el resultado laboratorial respecto al resultado de presencia de espermatozoides en M.Z. que le hace deducir que el hecho ocurrió.

Sin embargo cuando procede al análisis de las declaraciones afirma “... en torno a este hecho particular la denunciante, a tiempo de su instructiva jurada y su informativa policial, proporciona datos enrevesados y algo incoherentes...” demostrando una posición parcializada, porque duda con respecto a la declaración de la víctima tomando la ruta fácil de buscar en el expediente datos que le apoyen para crear incertidumbre en la posibilidad de una apelación.

En los casos donde el juzgador encuentra prueba suficiente pero quiere justificar la sanción mínima que impondrá toma en cuenta, como en el presente caso, aspectos irrelevantes como la declaración de la víctima, que es posible que tenga recuerdos de lo vivido y que éstos también no estén presentes en su memoria por el trauma sufrido. Psicológicamente, eso es normal debido a las reiteradas declaraciones que tiene que hacer, o también porque la angustia, el miedo y la rabia pueden paralizar a la víctima física y mentalmente. En el presente caso no hubo duda razonable que hubiese permitido una absolución: el juez fue claro al valorar las pruebas, apreciándolas como demostración de certeza de haber ocurrido el hecho.

Es cierto que los prejuicios sociales repercuten en el Juez, en el cual, antes que su posición de autoridad, prima su posición humana producto de esta sociedad machista. Cuando analiza y describe las declaraciones de la víctima, él mismo refiere aspectos superfluos sin tomar en consideración que está analizando la situación y posición de una persona en estado de vulnerabilidad.

Los administradores de justicia deben tomar nota del estado emocional en el que se encuentra la víctima, en el momento de haber sido atacada, debiendo conocer los aspectos más relevantes. En primer lugar, la imposibilidad real

de que la víctima pudiera relatar todo lo acontecido en la agresión sexual en una primera instancia, por su situación de shock, y que al pasar el tiempo podrá recordar aspectos importantes de los hechos. Esto no quiere decir que la misma esté inventando o mintiendo respecto a lo ocurrido. En segundo lugar, otra debilidad del juez es confrontar la declaración del imputado con el de la víctima; obviamente, ambas declaraciones serán contradictorias y vale la pena analizarlas de manera separada y no ligarlas.

Es sabido que, ante el testimonio de una persona sometida sexualmente, cualquiera fuera su edad, sexo y condición cultural, cuando la misma relata su versión, la mayoría de las personas que toman esta declaración asumen una posición de renuencia, que la expresan sin ningún temor. Para los operadores de justicia, es natural realizar preguntas como las siguientes: “¿y por qué andabas sola hasta tan tarde ... no has gritado? ... ¿así siempre te vestes?.....”. O, en medio de la declaración proceder a lanzar sus prejuicios con palabras como “... por eso no hay que salir de la casa ... cada vez el mismo cuento éstas no escarmientan ... seguro que es su novio y quiere arruinarle con esta denuncia ... seguro que ha habido acuerdos para estas relaciones, pero tiene miedo avisar a sus padres la verdad...”

Desvalorizar la declaración o la versión de una víctima de abuso sexual, empezando por la familia y terminando con los operadores de justicia, que respondiendo a una formación familiar, social, son capaces de revictimizar e incidir en la deserción de la denuncia, provoca en las víctimas ese sentimiento de vergüenza que ya lo tienen latente. Las autoridades no responden a una formación académica en temas como la victimología, que podría permitir que tuvieran una posición empática mucho más adecuada a la realidad.

La declaración de la víctima es un momento de vía crucis, porque tanto al recordar el hecho como al tener que responder preguntas que constituyen un ataque a la credibilidad de su versión, a su intimidad, a su privacidad en presencia de personas extrañas en su mayoría varones, repercute en su decisión la posibilidad de dejar el caso o de continuar con el mismo, cuando encuentra el respaldo adecuado.

Ese es el caso de M.Z., que fue apoyada por amigos y amigas y que, sabedora de sus derechos, no renunció al derecho a ser escuchada; al contrario de lo que ocurre con la población que no conoce sus derechos y opta por dejar sus denuncias antes de ser juzgada por personas misóginas. Evidentemente el juez optó por realizar un análisis sesgado para fundar una sanción incoherente con las pruebas aportadas.

Para el juez las pruebas no son fehacientes. Es decir, extraña la existencia de una contundente demostración de la existencia del hecho. Cabe preguntarse si la declaración de la víctima no es una prueba fehaciente. En la cotidianidad boliviana se cree más fácilmente a quien indica que le robaron un celular o una billetera, antes que creerle a una persona que fue víctima de

abuso sexual. Nos preguntamos cuál es la razón de ello. Desde el punto de vista jurídico no debiera existir diferencia, puesto que tanto el robo, el hurto o la violación son delitos iniciados a la sola presentación de la denuncia verbal o escrita de la víctima. En el delito de abuso sexual se exige el certificado médico forense, se da poca o nula credibilidad a la versión o relato de una persona sometida sexualmente. Las personas que tienen contacto inicial con la víctima que son los parientes amigos, operadores de justicia, no dan la importancia real a este hecho, sino que responden a prejuicios, a una visión machista, que no les permite atender a las víctimas de abuso sexual con la sensibilidad que éstas merecen. Los delitos contra bienes jurídicos como la propiedad, contra la integridad corporal, contra el honor, contra la libertad son investigados sin tanta desconfianza, sin actitudes prejuiciosas, contrariamente a lo que ocurre en el caso de los delitos contra la libertad sexual. En muchos operadores y administradores de justicia, el abuso sexual constituye un hecho gravoso, pero por la sanción que contempla la ley, no por los efectos que se produce en las víctimas, el stress post traumático en que viven es totalmente desconocido por estas autoridades, que sólo realizan un análisis jurídico y cuidan que el cumplimiento de las formalidades sean efectivas, sin importarles por ejemplo la reparación del daño moral que merece ser resarcido por los victimarios.

Al contrario, las declaraciones del victimario, durante la investigación y en el momento de los debates fueron totalmente contradictorias porque en una ocasión afirma la existencia de relaciones sexuales y en la segunda versión la niega. Y debió ser objeto de análisis del Juez indagar estas versiones contradictorias, que serían desvirtuadas por los testigos quienes indicaron la existencia del abuso sexual por las afirmaciones confidenciales que Aguilar hizo a sus amigos, solicitando por medio de sus familiares un arreglo amistoso. El análisis que el juez realiza no tiene la dureza que se aplica en el análisis que realiza con las declaraciones de la víctima; simplemente éste indica que fueron desvirtuadas por las afirmaciones realizadas por su entorno familiar y de amistad, otorgando un tratamiento benévolo y suave al victimario.

El Juzgador procede a basarse en otras declaraciones como las de los testigos para convencerse de esta contradicción cuando en un rápido análisis se podría haber desechado la versión de defensa del victimario pero, al parecer, aún se quería creer que éste era inocente.

Fundamenta el Juzgador "... Que este conjunto de nuestras indiciarias y vestigios concretos conducen indubitablemente a la presunción cierta de que el procesado ha cometido el delito de violación ..." La presunción cierta a la que se refiere el juez nuevamente nos hace colegir que todavía existía dudas en su fuero interno, porque no se refiere a las pruebas. Presumir significa suponer, conjeturar y no estar seguro sobre la existencia del hecho. Ciertamente, esa afirmación pretendía abrir en la mente un claro camino a una sanción de poca monta.

El Juez, cuando se refiere a la existencia del certificado emitido por el ginecólogo Jorge Aranibar del Centro Médico Quirúrgico Boliviano Belga, convalidado por el médico forense, dice: "... un segundo indicio confirmatorio de tal cohabitación constituyen los certificados médicos..." No fue suficiente prueba para el juzgador, puesto que hace referencia a la anatomía tanto de la víctima como del victimario, tratando de justificar de que en una agresión sexual la confrontación entre las personas responde a la fuerza empleada según su contextura, de manera que se puede visibilizar que, para el juzgador, debiera la víctima resistir a riesgo de ser mayormente agredida. La resistencia a un hecho, por ejemplo, en un asalto con armas, o en un atraco realizado por varias personas, no se aconseja ni se espera debido a que la consecuencia pudiera ser la muerte. Pero en un abuso sexual la víctima, en el parecer de muchas personas legas en derecho y para los funcionarios del sistema penal, debe resistir, debe evitar que la agredan, haciendo posible que logre que el hecho no ocurra. Este aspecto debe ser reflexionado por estas autoridades, puesto que en el asalto o agresión sexual, cuando es realizado con violencia física, la superioridad del agresor será tal que la víctima se impondrá y el hecho de que la víctima pueda incluso quedar paralizada no quiere decir que el hecho no revista gravedad. En este caso, "...si bien la víctima se caracteriza por ser una mujer de apreciable estatura, pero no de mucha contextura física, no debe perderse de vista que el varón por el contrario demuestra un cuerpo robusto y físicamente bien dotado, más aún, como cadete del Colegio Militar..."

A nuestro parecer este análisis no tiene relación con el hecho, puesto que pone en duda la manera cómo ocurrió el mismo. Es decir, el empleo de la violencia, entre líneas, da a entender que la contextura física debiera ser un factor para defenderse y dar lucha y así evitar o resistir hasta las últimas consecuencias.

Al analizar la personalidad de ambos contendientes, nuevamente se toma una posición parcializada con el victimario, cuando se trata de justificar la comisión del hecho, adjudicando éste a su situación de embriaguez. El agresor, a todas luces, ha buscado encontrarse envalentonado por el alcohol que consumió antes de perpetrar el daño.

A decir del Juez, "... la situación también especial de trato reservado que al parecer mantuvo con la damnificada..." hace énfasis en las condiciones de un romance que puede disminuir la responsabilidad del victimario en el momento del hecho.

Un aspecto interesante se indica cuando se afirma en la sentencia

... la repercusión social causada por las publicaciones edictales y periodísticas, que conllevan una represión social y moral acentuada y anticipada, así como el efecto real que significa la reclusión en nuestros centros penitenciario...

Al haberse conocido públicamente el hecho en los medios de comunicación,

se habría constituido una pena anticipada. Asimismo, sobre los edictos publicados en la prensa no se menciona que fueron publicados ante el ocultamiento en el que se encontraba el victimario, extremo que actualmente constituye una obstaculización a la investigación y no una atenuante como el juzgador lo plantea cuando fundamenta la aplicación de la sanción penal. El análisis del juzgador con referencia a los edictos ha sido una postura subjetiva, sencilla de lanzarla en la fundamentación de la sentencia: no se incide en que el edicto es una forma de notificación pública y masiva, que implica que la ciudadanía se entere de esta búsqueda legal y alguien le anocie de que está enfrentando un trámite judicial, ante su falta de responsabilidad de presentarse ante la autoridad, como ocurrió en el presente caso, ya que el victimario pensó que, con su desaparición, el caso podía ser olvidado, archivado y liberado de responsabilidades. Afirmamos por tanto que el juzgador realizó una valoración parcializada de este procedimiento penal.

Finalmente, para encubrir su parcialidad con el victimario, éste hace referencia a que la sanción penal no debe estar orientada a ser una venganza, camuflando su posición justificadora de la conducta del victimario; es importante tomar en cuenta que la sanción penal debe esencialmente considerar el daño económico, el daño moral, el perjuicio psicológico de la víctima que, en el caso M.Z. fue demostrado superabundantemente.

2.3. La decisión judicial

Después del análisis sesgado por los prejuicios, el juez dictó una sanción de cinco años de reclusión que no condicen con la existencia de pruebas fehacientes reproducidas. Se puede dudar de la probidad y la sana crítica que debió observar el juzgador, al existir un daño en la vida de M.Z., y la conducta asumida de no sometimiento a la justicia por el victimario que en ningún momento asumió actitud de arrepentimiento. El mismo era merecedor de una pena mayor, tomando en cuenta que al tener una formación militar conocía exactamente de que el abuso sexual es un delito; debió considerarse la agravante de su preparación académica en derecho, que sabemos imparten en toda institución castrense.

El delito de violación no modificado aún cuando se dictó la sentencia en el caso M.Z., contemplaba una pena mínima de 4 años y una máxima de 10 años, en los casos como el que se analiza, es decir a persona mayor. El Juez decide individualmente, bajo el paraguas de su conocimiento, sus valores y de su cultura, sancionar con 5 años de presidio, pena que, en relación al hecho, hace que las circunstancias, las pruebas y los antecedentes personales de las partes resulten insuficientes, generando una sanción a medias. Se ha olvidado analizar el peligro que representaba el sujeto en la sociedad, su estado de ebriedad, su conocimiento del domicilio que facilitó que su acceso sea en horas de la noche, son todos aspectos que el juzgador no analizó pronunciándose con una sentencia nada coherente con el hecho y sus circunstancias.

3. El caso ante la justicia de segunda instancia

La sentencia de primera instancia da lugar a una apelación promovida por la parte querellante y que permite visibilizar cómo las autoridades jerárquicas realizan un nuevo análisis favorecedor al victimario, nuevamente bajo la perspectiva de esa mirada machista que pasamos a indicar.

Después de realizar un análisis del hecho, los vocales de la Sala Penal pasan a fundamentar el Auto de Vista en aspectos diferentes a los que el Juzgador de Sentencia había valorado. Por ejemplo, se refieren de manera muy subjetiva al hecho de que cuando era soltero mantenía un romance con M.Z. y que después de que contrajo matrimonio restablecieron ese romance, prosiguiendo en la revisión y análisis de las pruebas. Con ello, al parecer se justifica al victimario porque se refiere a detalles como que éste tocó el timbre, cuando esos extremos no fueron materia de análisis en la sentencia.

La existencia supuesta de un romance en el momento del hecho, según los vocales, supone “consentimiento” implícito en el momento del acceso carnal. Se debe considerar que un romance, una relación conyugal, un enamoramiento, una relación de hecho obligan a las mujeres a tener relaciones sexuales, cuando por el contrario existe la libertad de negarse. Los vocales, con una mentalidad poco acorde con los avances de los derechos sexuales y reproductivos, han ignorado este aspecto o simplemente desconocen estos temas reconocidos por los derechos humanos.

La ley penal, cuando se refiere al recurso de apelación, indica que es la sentencia la que debe ser analizada para dictarse un Auto de Vista, no como en el presente caso que se refiere a elementos diferentes no tocados en sentencia. Si se aceptara este análisis basado en aspectos no relatados en la sentencia, se debió valorar *in extenso* los certificados médicos con mayor énfasis. Sin embargo, el juez hizo caso omiso de la existencia de este elemento probatorio contundente, donde se evidencia todas las contusiones y escoriaciones sufridas durante el hecho.

Avanzando en el análisis del Auto de Vista, llegamos a determinar que los vocales afirman su posición reiterando que el requisito para la violación es la utilización de la fuerza física, extrañando estas autoridades esta condición en la víctima, demostrando ceguera ante la existencia del certificado médico forense que, en su parte esencial, indicaba la presencia de una hinchazón pequeña y rojiza y que al igual que el del vestíbulo, son producto del contacto sexual y de orden totalmente reciente.

Fundamentan el Auto de Vista en el hecho de que la querellante M.Z. no acusó al llamado de los vocales y deducen que la razón es porque no existió el ilícito penal. Nuevamente, analizan los hechos y la conducta de la víctima con una mirada de subestimación al trauma en la que la misma se encontraba, dando total respaldo al victimario, pensando que la víctima tenía la *obligación*

de defender su libertad sexual, empleando la fuerza física. Olvidan que el Art. 308 del Código Penal en ese entonces aún no modificado en el tiempo de la sanción penal, se refiere a la utilización de la fuerza física y de la intimidación; que en el presente caso el victimador se encontraba en situación físicamente superior ante la víctima por su preparación militar, punto que los vocales olvidaron en todo momento mencionar. Como era de esperar, la fundamentación del Auto de Vista termina en la absolución del victimario, que en derecho y en aplicación del anterior procedimiento penal, se sostuvo en la argumentación de que no existieron pruebas fehacientes para mantener o modificar la condena del primer juzgador.

Cabe preguntarse aquí si los operadores de justicia de ese entonces habrían leído con atención la doctrina y las convenciones internacionales, con seguridad que si las leyeron no las aplicaron debido a su cultura misógina de pretender que las mujeres que no resisten a una agresión sexual lo hacen porque la aceptan y que el varón tiene toda la facilidad y respaldo ciudadano de someter sexualmente a las mujeres. En su razonamiento las mujeres son dadoras de satisfacción sexual a cualquier persona que así lo decida: para los varones que una mujer le sonría significa que está dispuesta a una eventual relación sexual. La mujer que es suave, que se viste diferente, que es coqueta está buscando una relación sexual; y que cuando una mujer se encuentra en situación de ser sometida sexualmente, según los vocales y muchos operadores de justicia y la gran mayoría de la ciudadanía, debe reaccionar con fiereza, gritar, defenderse físicamente, cuando la realidad contundente es que el varón en relación a cualquier mujer ha de presentar mayor fuerza y someterá fácilmente para transformarla en una víctima, utilizando como en muchos casos la amenaza, la promesa, el amedrentamiento, la utilización de elementos químicos para someter a un víctima y que no siempre este autor presentará heridas en el rostro o en el cuerpo. Lamentable precedente en la justicia nacional.

Los puntos en los que basaron la fundamentación del Auto de Vista son objeto del siguiente análisis:

.... M.Z es robusta y tiene 1.87 m de altura, frente a la constitución delgada y la estatura mediana del procesado... el testigo de cargo... señala que ésta es alta y fornida y con una estatura entre 1, 83 y 1, 85 m., y que en una eventual lucha cuerpo a cuerpo le habría sido imposible reducirla.

Con ello, se justifica la violación, dando la responsabilidad de resistir, de impedir el sometimiento sexual a la víctima debido a su contextura física, olvidando que cualquier ser humano sorprendido por un ataque se paraliza por el temor que en ese momento vence cualquier pensamiento relacionado con mecanismos de defensa. Lo que hizo que el victimario se viera en ventaja en relación a M.Z., más aún si provocó su embriaguez para sentirse mucho más capaz de cualquier acción, sin que tenga nada que ver la posibilidad física mayor o menor del atacante. Es bien sabido que los varones, por sus destrezas físicas desarrolladas, tienen más fuerza que las mujeres; en este punto, los vocales

olvidan mencionar que el victimario tenía preparación militar y que obviamente esto facilitó la perpetración del delito de violación.

Los vocales indican

Resulta desde todo punto de vista inverosímil que el agresor que, según la versión de M.Z., ingresó con escalamiento y violencia al inmueble y, en particular, a su dormitorio, se haya quedado a dormir 4 horas con su víctima en el escenario del crimen y que en estas 4 horas ninguno de los vecinos del lugar ni inquilinos de la casa hayan escuchado ruido alguno de violencia y menos gritos de auxilio.

Nuevamente, agrediendo y revictimizando a M.Z., los vocales afirman que al no existir gritos de auxilios no habría ocurrido el hecho, ignorando las pruebas claras existentes como el certificado médico forense y la propia declaración y denuncia de M.Z., ocasionando dolorosa frustración en la víctima que estaba siendo sometida a una revictimización recurrente y la injusticia de no valorar las pruebas de cargo con la responsabilidad que debía caracterizarles, y se estaba analizando la sentencia, buscando cómo justificar la absolución que se veía venir.

Indican también que el testigo

... Jong Kwon Yu Yang, a fs. 226 que vive a escasos 3 m. del departamento de M. Z. textualmente dice sobre lo ocurrido la noche de la supuesta violación: no oí nada, ningún ruido que pudiera sobresaltarme y mucho menos oí gritar a M. Z.

En este punto, relacionan la noche con el silencio y que por esa razón a lo largo de la misma debiera oírse hasta el mínimo ruido; no reconocen que en la noche la gente duerme y que no está obligada a estar atenta a lo que ocurre a su alrededor. Basan su análisis en su imaginación cuando hacen un relato propio del hecho, de la siguiente manera:

... es inadmisibile que un agresor que ingresa a dormitorio ajeno en la noche, con el fin de consumir una violación a persona extraña, se desvista para violar y cuatro horas después huya dejando su prenda íntima en el escenario del crimen ... resulta aún más inverosímil si se toma en cuenta la estatura y el peso de la supuesta víctima, que permitió primero que su agresor se desvista para violarla y, segundo, que ella guarde silencio absoluto por más de cuatro horas. Además, ella señala que el agresor comenzó la violación estando vestido, por lo que resulta extraño que durante el acto, éste haya podido desvestirse y consumir el delito como lo muestran las prendas encontradas en la habitación. También MZ dice que el atacante le gritó para que se callara, lo que también resulta extraño en un agresor que en vez de intentar pasar desapercibido y evitar todo ruido, levante la voz contra su víctima en un lugar habitado y en horas de la noche.

Los vocales para nada han mezclado su propia experiencia en los encuentros sexuales, dejando a un lado el *modus operandi* de los violadores que no les

interesa estar vestidos o no para agredir y someter sexualmente y que en el presente caso la prueba fotográfica indicaba la existencia de las prendas íntimas en el suelo y especialmente de la víctima cuya prenda se encontraba rota. Los vocales en este punto justifican la conducta del victimario: es decir, pese a que existió el hecho, especulan sobre el tiempo de permanencia, los gritos de auxilio, las prendas de vestir y otros que sólo les servía para distraer a la víctima de los verdaderos propósitos de los vocales de eximir de responsabilidad al victimario.

Continúan los vocales diciendo

... ausencia total de signos de violencia en el rostro y el cuerpo del supuesto violador (arañazos, mordiscos, contusiones, heridas) lo que significa que M.Z. no obstante su tamaño y fortaleza física no hizo nada durante más de cuatro horas, para intentar la más mínima oposición a la violación.

Con ello develan su posición personal ante el abuso sexual, pues para ellos la víctima debe asumir la “responsabilidad” de impedir un abuso sexual, debe demostrar que el hecho ocurrió ensangrentando al victimador, para demostrar la resistencia.

No se puede exigir como una prueba que el violador se encuentre herido y ello, una vez más, muestra el desconocimiento del tema de abuso sexual, - que no debiera existir en un operador de justicia - , pues nos dice la calidad de juzgadores que aún existen y que lamentablemente afectan intereses de muchas víctimas que, al contrario de M.Z., dejan de luchar para lograr la sanción de los victimarios, que estarán felices de encontrar aliados por doquier.

Reza en el Auto de Vista

... Según versión de la querellante sólo ella tenía la llave de la reja del pasadizo que conduce a su departamento ... Sin embargo, esta verja estaba abierta cuando ambos salieron del departamento después de la supuesta violación, lo que demuestra que abrió esta reja a horas 2 de la mañana para dejar pasar a su visita y la dejó abierta...

En ningún momento se hizo un estudio sobre la supuesta apertura de la puerta por la víctima del lugar de los hechos, pero los vocales afirman que la reja fue abierta por la víctima, en una total parcialización con el victimario y en flagrante prevaricato, al basar una resolución en imaginarias pruebas.

Realmente los vocales en el afán de absolver al victimario y descartar la posibilidad de un abuso sexual, indican que

... la querellante entra en contradicciones cuando afirma que no reconoció a su agresor hasta el amanecer, y sin embargo afirma que en la oscuridad de la noche sí vio que éste tenía una cortadura en su ceja, además de decir que la última vez que lo

vio y conversó fue dos semanas antes del hecho, cuando éste le cobró los alquileres. Tenía, dice M.Z., una cortadura en una de sus cejas, que posiblemente se hizo al traspasar la verja de mi casa. Con esta afirmación la querellante demuestra que no se defendió de ninguna manera y que la única herida que llevaba el procesado fue ajena a la agresión que ella soporta la noche del hecho.

Esta forma de fundamentar el Auto de Vista es considerada como un intento de justificar lo injustificable.

Se debió tomar como parte de la fundamentación del Auto de Vista, la identificación plena del agresor: la hora, el día y el lugar donde lo hizo no gravita en el Auto de Vista, sino que lo reconoció desde inicio del proceso penal.

El abuso sexual para los vocales no existe cuando la pareja tiene o tuvo un romance; es esta la razón por la que se apoya en las declaraciones de testigos que afirma que había una relación cercana entre las partes. Debemos señalar que la relación sexual debe ser consentida en todo momento, en respeto a la libertad sexual reconocida por nuestra leyes y las convenciones internacionales, lo contrario es abuso sexual. Desde el piropo, la caricia indeseada y el coito forzado, así exista un amistad, un enamoramiento, un noviazgo, una relación conyugal, las relaciones sexuales son y deben ser *consentidas*. Si esta condición no existe, es un acto de abuso sexual, haya o no haya rastros de contusiones tanto en la víctima como en el victimario. Los abusos sexuales son mayoritariamente cometidos bajo amenazas, intimidación, coerción, maltrato psicológico, utilización de fármacos adormecedores, que colocan a las víctimas en estado de inconsciencia que no necesariamente reluce en lesiones físicas.

Cuando se debe realizar la valoración de pruebas y circunstancias de un ilícito penal, se toma en cuenta el resultado, la autoría y los medios empleados para su ejecución, entonces la conexión de causa, que es la relación del autor del hecho con el resultado, es la base de un proceso penal y los vocales una vez más analizan extremos no importantes, ya que el cómo ingreso el victimario adquiere poca importancia con referencia al resultado que fue el sometimiento sexual violento.

Cuando se refieren al certificado médico forense hacen una relación del diagnóstico, sin analizar punto por punto como se hizo en otros aspectos irrelevantes de las circunstancias del hecho. No se refiere a que los certificados médicos que en su contenido indican "... relación sexual reciente" y no se refieren a la escoriaciones que presentaba el cuerpo de la víctima. Simplemente valoran, o escriben mejor dicho, los puntos que respaldarán su inverosímil resolución de absolución por existir prueba semiplena.

Los magistrados afirman "Estos son los principales puntos que convencen de manera objetiva y clara que no hubo delito de violación". Objetividad que al parecer no analizó que la víctima era una persona que trató de evitar la agresión sexual, que por esa razón presentó lesiones, tanto en el cuerpo como en

las partes genitales que no fueron consideradas y que el análisis genético de ADN no fue contundente para estas autoridades que han mantenido como base de su fundamentación la relación amorosa.

4. El caso ante la Corte Suprema de Justicia

La fundamentación realizada por los Supremos, cae en el grave error de basarse en el Auto de Vista, sin realizar como corresponde una revisión exhaustiva del caso. Consta que la misma es tan limitada como el análisis que hicieron los jueces y por lo mismo basándose en los mismos criterios concluye confirmando la sentencia de la instancia inferior.

Es sabido que la violencia sexual siempre fue subestimada frente a cualquier otro delito. Sin embargo, contrariamente, se cree que las mujeres cuando están en ámbito público corren el riesgo de ser agredidas sexualmente. El cuerpo de la mujeres especialmente ha sido considerado por los abogados, los policías, los jueces, los fiscales, que son parte del sistema penal, como un objeto que puede ser dispuesto porque ella desea que sea así. En consecuencia, cuando se denuncia este tipo de delitos ante el sistema judicial se puede advertir que desde la primera persona que recibe la denuncia, hasta el magistrado de alta investidura se atribuyen el derecho o la facultad de desoír, de desvalorizar las declaraciones de la víctima, lo que conlleva a restringir el acceso a la justicia de las víctimas y en el mejor de los casos la reparación del daño que ocasiona este crimen.

5. El caso MZ en los medios

El hecho de que el caso M.Z. haya sido impulsado y asumido para su defensa por la Oficina Jurídica de la Mujer y que organizaciones como CEJIL y CLADEM, con presencia regional, también lo hayan hecho contribuyó a crear una red informativa desde estas instituciones que contribuyó a posicionar el tema en los medios.

Asimismo, el hecho de que la víctima denuncie al Estado boliviano y apele para que la pena dada al agresor se aumente como forma de resarcimiento por la vulneración los derechos humanos de M.Z., y de su derecho a acceso a la justicia, contribuyó a que este caso goce de una amplia cobertura.

Una vez obtenida la resolución en instancias internacionales, el Acuerdo de solución amistosa al que llegó el Estado con la víctima fue publicado a solicitud del Ministerio de Relaciones Exteriores en medios de comunicación de circulación nacional y local, como los periódicos “La Razón” y “Los Tiempos”. Dar visibilidad a la asunción de responsabilidad por parte del Estado es también una satisfacción pública, una forma de resarcir los derechos vulnerados.

Ahora bien, al hacer una relación de este caso con los datos recabados a través del Observatorio Regional de Medios de la Articulación Regional Fe-

ministra es importante resaltar que en las noticias analizadas en éste no se profundiza la connotación que se le asigna al concepto de “violencia contra las mujeres”.

Si bien es importante destacar que al hablar de “víctima”, no se cae en un discurso que intenta justificar los hechos de violencia culpabilizando a la mujer que los sufre por haber desafiado normas y preceptos que la ubican como un ser pasivo, dependiente y subordinado, algunas de las noticias describen el hecho violento como un acto de “locura pasional”. Con ello, el tema se mantiene en el terreno de lo personal, pero continúa quedando al margen de lo político, pues se evita describir y caracterizar la violencia contra las mujeres como un delito, pero también como una agresión. Ambos aspectos permiten comprender la complejidad de la violencia de género como una forma de dominación y reproducción de la misma en todos los ámbitos sociales.

Hablar solamente de agresión pone a la misma en el campo de lo no punible legalmente sustrayendo responsabilidad al Estado; hablar únicamente de delito y de los procedimientos institucionales para castigarlo deja de lado la subjetividad de las mujeres que sufren violencia, pues se habla de “víctima” como una figura legal, sin ahondar en lo que para éstas significa ser sometidas a una vulneración de su integridad y sus derechos.

Asimismo, la mayoría de las noticias no enfocan la problemática de la violencia contra las mujeres como algo estructural, es decir, como un conflicto que responde a una construcción cultural que hace que la sociedad y el Estado se nieguen a encarar la naturalización alarmante de la violencia, sobre todo la de carácter sexual. No se visibiliza la violencia sexual hacia las mujeres como una realidad que responde a la inserción de prácticas cotidianas de subordinación de género que refuerzan patrones patriarcales que dividen el ámbito privado del público y que evitan que el tema de la violencia contra las mujeres se encare desde la justiciaabilidad y la exigibilidad de los derechos de las mujeres frente al Estado.

De ahí que el tratamiento del tema en los medios, evidencie que el énfasis está puesto en describir el acontecimiento como un delito del que se ocupan las autoridades respectivas, obviando señalar elementos estadísticos que conducen a interpelar a la sociedad sobre la pasividad con que se encara el tema, tales como el número de actos de violencia contra las mujeres que efectivamente concluyen con la condena de los agresores, la identificación y caracterización de quiénes son las personas violentas y por qué elijen como objetivo agredir a las mujeres. ¿Qué hacer como sociedad para afrontar el problema? ¿qué acciones efectivas propone llevar adelante el Estado como garante de los derechos fundamentales de las mujeres?

Concentrarse en una perspectiva que sólo enfatiza en la necesidad de prevenir delitos o de aplicar la coerción penalizando a los agresores según ley, concentrando la atención justamente en quien comete los delitos y en quien

los sufre nuevamente sustrae el asunto de lo público y de lo político, pues quita responsabilidad estatal y social en la reproducción de la violencia como elemento de dominio y subordinación de las mujeres representadas como una diferencia negativa, inferior, carente y objetivable.

Finalmente, dejar de lado un enfoque de derechos humanos al encarar la problemática de la violencia de género contribuye a que se siga considerando que la respuesta política a la misma, desde el gobierno y desde el Estado, es un acto de voluntad y de benevolencia, no un hecho de justicia. Omitir nombrar los derechos que se vulneran, por otra parte, dificulta la movilización de la opinión pública, pues la misma no relaciona el hecho de violencia narrado con la responsabilidad social que deviene al constatar que si ciertos derechos humanos no son garantizados, respetados y ejercidos en un sistema, se corre el peligro de que los demás también lo sean.

6. Balance final

La víctima ha sido considerada por el sistema judicial boliviana como una persona provocadora del delito, una persona que habría consentido el acto sexual porque había un romance de por medio y que los genitales no presentaban aspectos alarmantes en una persona adulta con una supuesta experiencia sexual. Así, los jueces dan a conocer su enfoque machista con referencia a la víctima, mientras que al victimario le dan en todo momento el beneficio de la duda, duda que no es razonable, puesto que se basa en la subjetividad con la que se analizaron los hechos y motivaron la sentencia y posteriores decisiones judiciales y no con la objetividad que debe existir en todos los funcionarios del sistema de justicia.

Un aspecto importante a visibilizar es el hecho de que la agresión sexual como tal no fue analizada en sus efectos ni por el Juzgador ni por los Vocales, puesto que analizaron la existencia o no de la comisión del delito, pero no se refirieron a la incidencia de la violencia sexual en nuestra sociedad, no tomaron en cuenta las consecuencias psicológicas de este hecho en las víctimas, no analizaron el bien jurídico protegido.

Fue más fácil irse por las ramas, analizando puntos favorecedores a una absolución. Se debería preguntar cuál era el pensamiento de los vocales en el momento de dictar el Auto de Vista: ¿estaban de buen humor? ¿Existió algún rasgo xenofóbico de los magistrados? ¿Tuvieron una representación de la víctima de manera libidinosa, como una persona capaz de “merecer” la agresión sexual? ¿Cuáles eran sus pensamientos sobre la sexualidad? No por nada todos los vocales eran varones, que suelen ser solidarios entre ellos en todo ámbito y también en el ámbito de la justicia. No se castiga igual a una mujer que a un varón por la comisión de un similar delito. En el caso del delito de lesiones cometido por un varón, por ejemplo, se “entiende” que es varonil y muy masculino recurrir a los golpes como resolución de conflictos; en cambio, a la mujer se le sanciona con mayor drasticidad porque se supone que debe

ser más delicada, menos agresiva y que debe mantener esa imagen de mujer dócil, suave y tierna que la sociedad le pide y que al romper estos moldes o roles que la sociedad le asigna, merece un “escarmiento”, a través de una sanción mayor.

Es importante hacer referencia al punto principal en la que basaron la fundamentación tanto los vocales de la Corte Superior, como los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de Bolivia, que fue la de ofrecer resistencia al hecho, dando cuenta de la cultura machista que se filtra en la sociedad boliviana, basada en una serie de conceptos, actitudes e ideas que definen lo masculino y lo femenino, sugiriendo mitos, creencias y tabúes sobre la sexualidad, facilitando la violencia sexual, justificándola y naturalizándola mediante la representación de lo femenino como identidad subalterna, sin que las víctimas de la violencia de género puedan recibir apoyo por falta de información y respaldo de su familia principalmente.

Derecho a la igualdad
en la vida pública y política

Derecho a la igualdad en la vida pública y política

Josefina Durán

El feminismo de la primera ola o feminismo liberal concibió la igualdad formal como la meta a alcanzar. La lucha por el reconocimiento del derecho al sufragio inicialmente y más tarde por la posibilidad de ser elegidas, fueron los objetivos iniciales del movimiento. Sin embargo, la igualdad formal no devino en igualdad sustantiva y pronto se hizo evidente que la cantidad de mujeres empadronadas para votar no guarda proporción con las posibilidades de participar políticamente en cargos de cierta jerarquía.

La segregación vertical o “techo de cristal” vigente en el mercado laboral, definida como la desigualdad entre mujeres y varones en el acceso a cargos de mayor poder de decisión, no está ausente en el plano de la participación en cargos públicos. La legitimidad de implementar mecanismos de cupo como solución temporal a este techo invisible pero férreo generó y genera debates incluso dentro del feminismo. Empero, si se consideran los porcentajes de la presencia femenina en cargos con anterioridad a la incorporación del cupo en los países de la región, y los resultados posteriores, se observa que la medida es eficaz. Eficaz, aunque no suficiente: realmente transformador será el día que medidas temporales no sean necesarias, por haber operado cambios tan profundos en la sociedad que el porcentaje fijado en el cupo deje de ser visto como un techo y no como un piso mínimo, y vuelva innecesaria la ley misma.

Los artículos que se incluyen en la presente sección dan cuenta de las desigualdades regionales en la conquista de derechos políticos. Mientras que en Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú cuentan con leyes que a través de diversos mecanismos establecen la presencia de una cantidad mínima de mujeres en los cargos electivos, en Chile aun es una deuda pendiente. El caso argentino ilustra que las disparidades también pueden darse al interior de los países ya que, mientras el Estado nacional suele ser felicitado en foros internacionales por ser el país de la región con mayor representación femenina en el Congreso Nacional, en la provincia de Jujuy no existió hasta 2010 una ley para promover la participación política de las mujeres. Cabe recordar que la ley que reformó el Código Nacional Electoral de la Nación data de 1991, pero como la Argentina es un país federal cada provincia sancionó en los años sucesivos sus propias normas al respecto.

El análisis realizado en el artículo de Zigarán y Chalabe “Casi dos décadas después de la Ley 24.012: las resistencias al cupo en Jujuy” es interesante por varios motivos. En primer lugar, porque resulta paradójico que el caso se haya dado en Argentina, dejando en evidencia las dificultades por superar ciertos prejuicios aun en un contexto nacional favorable a este tipo de normas. En segundo lugar, porque las litigantes son las autoras del artículo, lo que les permite repasar en primera persona las alianzas y estrategias políticas y jurídicas

que desarrollaron con el objetivo de impulsar la sanción de una ley de cupo femenino local. El 25 de noviembre de 2010 la Legislatura de Jujuy finalmente sancionó una norma que habilitó cupos inferiores al 30% que marca la legislación nacional, lo que motivó que el movimiento de mujeres recurriera ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A la fecha de publicación de este libro el recurso ante la Corte se encuentra pendiente.

El artículo de Roxana Arroyo Vargas repasa diversas sentencias de la Corte Constitucional ecuatoriana que permiten poner de relieve los problemas para la participación política de las mujeres incluso cuando existen leyes de cupo. Las dificultades para el ejercicio de los derechos reconocidos en los plexos normativos pueden estar dadas por el incumplimiento de los porcentajes establecidos, así como por la inobservancia de las posiciones en las listas electorales. La autora parte de las sentencias para vislumbrar las concepciones e interpretaciones sobre los derechos fundamentales relacionados con la participación política y los alcances de las cuotas, y la igualdad sustantiva versus la igualdad considerada solo formal que se encuentran presentes en los pronunciamientos judiciales “al tiempo que evidencian las prácticas del sistema político ecuatoriano y de su sistema de justicia, y la presencia de fenómenos políticos y sociales relativamente novedosos”, según sus propias palabras.

Casi dos décadas después de la ley 24.012. Las resistencias al cupo en Jujuy

María Inés Zigarán y Alicia Chalabe

1. Introducción

La provincia de Jujuy, la más septentrional de la Argentina fue, después de la sanción de la Ley 24.012 de cupo femenino, una de las primeras en sumarse al reclamo por un incremento de mujeres en la vida política. Sin embargo, los poderes Ejecutivo y Legislativo ejercieron una firme resistencia que se extendió por casi dos décadas. La judicialización del reclamo promovida por un grupo de ciudadanas y ciudadanos marcó un hito en el proceso.

El 27 de mayo de 2010, un tribunal local condenó al Estado jujeño por incumplir las disposiciones constitucionales referidas a medidas de acción positiva destinadas a las mujeres en la vida política¹. El hecho desencadenó un escándalo institucional que durante todo 2010 atravesó la agenda política y mediática jujeña. El Poder Legislativo se sintió agraviado y promovió un jury de enjuiciamiento contra los magistrados que firmaron la sentencia. Por su parte, el Poder Ejecutivo interpuso un recurso de inconstitucionalidad por arbitrariedad manifiesta. El Superior Tribunal de Justicia de Jujuy dejó sin efecto el fallo y solicitó que un tribunal subrogante volviera a fallar, previa consulta a los partidos políticos.

El 25 de noviembre de 2010, en el Día de la No Violencia hacia la Mujer, la Legislatura de Jujuy sancionó una norma que habilitó cupos inferiores al 30% y que no permitirá modificar la escasa presencia de mujeres que se registra, particularmente, en los consejos comunales del interior de la provincia. El movimiento de mujeres apeló ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en búsqueda de satisfacción a una problemática que genera extrañeza en pleno siglo XXI.

Este artículo presenta un recorrido por las estrategias políticas, jurídicas y de alianzas que tejieron un grupo de mujeres y varones movilizados con el objetivo de lograr la sanción de una ley de cupo femenino en la provincia de Jujuy. El contexto político, social y cultural donde se desarrolló la experiencia ayuda a comprender los obstáculos que encuentra la agenda de género en esta provincia del norte del país y marca, también, los desafíos que la gobernabilidad democrática deberá asumir los próximos años. Una eficaz articulación entre las estrategias políticas, jurídicas y comunicacionales ha permitido lo que tal vez sea el mayor logro en este proceso: poner en el debate público cuestiones vitales para el proyecto democrático, como el lugar de la mujer y las formas de distribución del poder.

1 Se trata del caso "Zigarán y otros c/ Estado Provincial s/ acción de amparo", resuelto por el Tribunal en lo Contencioso Administrativo de San Salvador de Jujuy, disponible en el Observatorio de Sentencias Judiciales, bajo la referencia OSJ Fallo 788.

2. Un norte periférico

La Provincia de Jujuy limita al oeste con la Cordillera de los Andes, al noroeste con Bolivia y al sureste con la provincia de Salta. Según el Censo de 2010, la población asciende a 672.260 habitantes, de los cuales 330.364 son varones y 341.896 son mujeres, es decir, casi el 51%.² Es además, la provincia con mayor presencia de población indígenas del país, nucleada en siete pueblos originarios.

Las políticas de corte neoliberal de la década de los 90 provocaron un impacto diferencial en las comunidades locales, donde la presencia del Estado resulta vital para garantizar el acceso a bienes y servicios esenciales. La provincia ha ostentado índices sociales desfavorables como lo demuestra, por ejemplo, el hecho de que sea un territorio crítico en materia de mortalidad materna por abortos provocados. Si bien las autoridades provinciales aseguran que habría mejorado levemente, la problemática sigue haciendo estragos.³ Los altos índices de muertes por aborto dan cuenta de las dificultades existentes en la apropiación, por parte de las mujeres, de los derechos sexuales y reproductivos. Dificultades en el acceso a la información, pero, sobre todo, dificultades culturales que determinan relaciones intergeneracionales desiguales. El cuerpo de las mujeres está cautivo no solo de los déficits de las estrategias de salud sexual y reproductiva, sino también de una red de significaciones que se construyen y refuerzan en los discursos sociales.

Los delitos contra la integridad sexual tienen una alta incidencia en la provincia. En 2006, según un dato revelado por el Plan Estratégico Territorial Jujuy 2006/2016⁴, Jujuy tenía una tasa 74% más alta que la media nacional para este tipo de delitos. Las violaciones y las restricciones en el ejercicio restrictivo de los derechos sexuales y reproductivos son problemáticas nucleares para la vida de las mujeres en Jujuy. No por casualidad Jujuy es la provincia donde ha ocurrido la tragedia de Romina Tejerina, la joven violada que mató a su hija recién nacida en un brote psicótico desencadenado cuando vio a su victimario en el rostro de la niña. La justicia condenó a Tejerina a 14 años de cárcel, pero además fue condenada por la sociedad jujeña que no pudo nunca situar la tragedia en el campo de las relaciones desiguales de género, que habilitan la apropiación del cuerpo de las mujeres por parte de los varones y que dejan huellas indelebles como las que tendrá Romina.

Por muchas razones, Jujuy es un norte periférico. Tiene un triste lugar de privilegio en el mapa de la pobreza y la exclusión, pero además exhibe una de-

2 Datos provisorios del Censo 2010 ejecutado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censo. Documento en línea disponible en: <<http://www.censo2010.indec.gov.ar/>>

3 La mortalidad materna pasó de 15,2 en el año 2007 a 14 en 2008, y la meta para 2011 es disminuirla a 11 puntos, conforme información del Plan para la Reducción de la Mortalidad Materno Infantil, de la Mujer y la Adolescente. Ministerio de Salud de la Nación.

4 Documento en línea del Ministerio de Infraestructura y Producción de Jujuy. Disponible en <<http://www.mip.jujuy.gov.ar/foropet/main.php?sec=read-cat.php&cat=3>>

ficitaria calidad institucional que puede observarse en el rezago que persiste en la adecuación de su normativa al paradigma de derechos que impulsó la reforma constitucional de 1994. Otros indicadores de su calidad institucional son los débiles sistemas de control público y un sistema judicial endeble, altamente expuesto a las presiones del poder político, ya que la provincia carece de un sistema moderno de selección de magistrados.

Además, su estructura gubernamental está caracterizada por la opacidad. El derecho de acceso a la información –si bien ha sido reconocido por la Ley 4.444– en la práctica es letra muerta. Las instituciones públicas están atravesadas por una cultura del secretismo. Los Poderes Ejecutivo y Legislativo, particularmente son reacios al escrutinio ciudadano.

El sistema de medios es, en gran medida, un reflejo de la cultura política de Jujuy. Los medios participan como industrias culturales de un sistema de reproducción de lo estatuido y se erigen en garantes de ese orden. Los discursos que resultan desafiantes para el poder político, lo son también para los medios. En ese contexto, el discurso sobre el cupo femenino en Jujuy confrontó al sistema en tanto reveló desigualdades y puso en cuestión una forma de distribución del poder que ha privilegiado a algunos actores en desmedro de otros u otras. Además, hay que agregar la fuerte incidencia que en provincias como Jujuy tiene la pauta oficial, donde la mayoría de los medios dependen de ese ingreso. Muy pocos medios pueden sustraerse al control que importa la pauta y los que pueden hacerlo son medios generalmente con menor penetración en los públicos por lo tanto, con menor capacidad de incidencia.

La cultura política, jurídica e institucional es conservadora, reacia a los cambios y particularmente refractaria con aquellas transformaciones que pueden significar nuevas oportunidades para sectores antes invisibilizados de la esfera pública, como las comunidades indígenas, las mujeres, las personas con identidades sexuales diferentes, entre otros colectivos. Podríamos decir que la forma de organización política en Jujuy responde a características oligárquicas en el sentido de que el poder está concentrando en un grupo de dirigentes, donde existe escasa renovación generacional. Los partidos políticos en general son ámbitos predominantemente masculinos y masculinizados en la gestión del poder y, por tanto, espacios poco receptivos al aporte de las mujeres y a la presencia de ellas en lugares de decisión, lo cual se evidencia en las instituciones del Estado. El debate por el cupo femenino conmocionó esa configuración oligárquica, puso en tensión el núcleo mismo del poder político, desafió el orden instituido y, por eso, generó múltiples resistencias, algunas evidentes, otras tácitas. Es que el cupo constituye un mecanismo de redistribución y de trasvasamiento de poder a nuevas actoras. Jujuy, además, es una provincia con una fuerte incidencia del poder religioso en el espacio público y con un escaso desarrollo de la idea del estado laico.

En síntesis, Jujuy tiene una democracia restringida por un conservadurismo que importa un severo obstáculo para el desarrollo de la agenda de mujeres.

La posibilidad de construir mejores condiciones de existencia para las mujeres está ligada, en gran medida, a las posibilidades de ampliación de la democracia, de fortalecimiento de la república y del incremento de los procesos de ciudadanía.

3. La presencia de las mujeres en la vida pública

En la provincia de Jujuy la representación de mujeres en los parlamentos, concejos deliberantes y comisiones municipales ha sido generalmente inferior al 30%, cuando no se ha reportado ausencia total de ellas. Esta tendencia se ha mantenido invariable a lo largo de las últimas décadas, según surge de los datos del Tribunal Electoral Permanente de la Provincia de Jujuy.

Entre 1951 –año en el que las mujeres comienzan a intervenir en las listas de candidatos como resultado de la aplicación de la Ley 13.010 de Sufragio Femenino impulsada por Eva Perón– y hasta 1955, la participación femenina en la Legislatura provincial varió, según el año, entre 4 y 6 representantes, es decir, poco menos del 10% del total de miembros del parlamento provincial, entonces constituido por 30 escaños. Durante el período 1958-1962 no hubo mujeres en el ámbito parlamentario. En el período comprendido entre 1963 y 1976, las mujeres estuvieron representadas en la Legislatura de Jujuy solo en un 10% y, de las 30 bancas legislativas, solo 2 o 3 –según el año– fueron ocupadas por mujeres.

En el período 1983-2007, el número de bancas ocupadas por mujeres ha fluctuado, con variaciones que van desde la ausencia total –como es el caso del año 1985– hasta la presencia del 30% en el año 1993, lo que puede interpretarse como un efecto de la incorporación en la agenda pública de la paridad de género y la sanción de la Ley 24.012 de cupo femenino para las elecciones nacionales. También en el año 2003, aumentó la presencia femenina en los cargos electivos y llegó al 30%. En las elecciones del 1995 y 1997, las mujeres solo tuvieron una presencia legislativa del 20%, mientras que, en las elecciones de 1995, 2001, 2005 y 2007, se alcanzó una representación del 25%.

Como se comprueba, ante la ausencia de un sistema de cuotas, se produjo una fluctuación de la representación política femenina, en términos generales, inferior al 30%. La inclusión de mujeres como candidatas en las listas ha estado supeditada a la voluntad de los partidos. Pero, además, aquellos partidos con alguna disposición interna sobre la participación femenina, como es el caso del Partido Justicialista, no lograron cumplir con ese cometido eficazmente porque no repararon en que la presencia femenina no solo debía alcanzar un piso del 30%, sino que, además, debía estar en lo que se denomina “lugares expectables”, es decir, lugares con posibilidades de resultar electas.

A principios de 2009, sobre las 48 bancas de la Legislatura provincial solo 11 correspondían a mujeres, es decir que la presencia femenina no superó

el 25%. En 2010, ese porcentaje se modificó levemente tras los comicios de 2009 incorporando a 14 mujeres, lo que representa un 29,16%.

La escasa presencia de mujeres en la vida pública provincial fue históricamente más notoria en los gobiernos locales y las comisiones municipales distribuidas a lo largo del territorio. De un total de 21 intendencias, sólo un 10% ha estado encabezado por mujeres en los períodos comprendidos entre 1983 y 2007, salvo en los años 1991 y 1995 en los que no ocuparon ningún cargo al frente de los municipios.

En los cargos de Concejales –que, al igual que la Cámara de Diputados provincial, se renuevan por mitades cada dos años– también se observa que existen municipios donde no hubo y no hay representantes mujeres, de manera que el aporte del grupo femenino queda ausente en el debate de los asuntos referidos a la vida de la ciudad.

A inicios del año 2011, en las comisiones municipales y en los concejos deliberantes, sobre 290 cargos electivos, sólo 38 corresponden a mujeres, es decir, las mujeres ocupan un 13% de los cargos legislativos comunales. Pero, además, en parlamentos de ciudades con alta densidad de población como Perico, Palma Sola, Abra Pampa, Calilegua y Yuto, existe una ausencia total de mujeres, según refieren los resultados publicados por el Tribunal Electoral Permanente de la Provincia de Jujuy. Además, 26 comisiones municipales no tienen representación femenina: El Fuerte, Vinalito, Puesto Viejo, Barro Negro, Pampichuela, San Francisco, Valle Grande, Santa Ana, Purmamarca, Maimará, Huacalera, Tres Cruces, Puesto del Marqués, Susques, Catua, Abdón Castro Tolay, Abrolaite, Rinconada, Mina Piriquitas, Santa Catalina, Cieneguillas, Cusi Cusi, Yavi, Pumahuasi, Barrios y El Cóndor.

Un estudio efectuado por el Consejo de Organizaciones Aborígenes de Jujuy (COAJ) permitió conocer que las dificultades para el acceso a los lugares de decisión tienen un particular impacto en las mujeres indígenas. “De un cien por cien de mujeres que ocuparon cargos políticos en el rol de comisionadas municipales, sólo el 18% son indígenas, ocupando el 82% restante mujeres no indígenas, en una provincia donde la población indígena es mayoritaria”.⁵

4. Acciones de incidencia política del movimiento de mujeres por el cupo

El movimiento de mujeres de Jujuy, a través del trabajo conjunto de organizaciones, grupos, dirigentes y militantes comprometidas con la paridad de género desde la sanción de la Ley 24.012 en 1991, reclamó en el parlamento provincial la sanción de una norma que estableciera la paridad de género en la representación política. Atendiendo la escasa variación que en el devenir

5 Información extraída de la base de datos del portal sobre la mujer indígena perteneciente al Consejo de Organizaciones Aborígenes de Jujuy (COAJ). Disponible en <<http://www.infomujerindigena.com.ar/home/index.php/espacio-de-poder-y-liderazgo>>

histórico registró la presencia de mujeres en los ámbitos parlamentarios, diversos grupos de mujeres protagonizaron acciones para que se garantizara no solo el derecho de las mujeres a participar en la vida pública, sino también el derecho de toda la comunidad, incluidos los varones, a contar con representantes femeninas en los debates y actos con relevancia institucional.

Según un relevamiento efectuado por la Fundación Sujeto y Predicado,⁶ desde el 6 de diciembre de 1991 las mujeres de Jujuy reclamaron un sistema de cuotas en la provincia. En esa fecha el movimiento de mujeres petitionó públicamente un cupo del 50% de participación de mujeres en las listas de candidatas/os. En 1992, la misma institución elevó a la Legislatura un petitorio de tratamiento y sanción de una Ley de Cupo que contemplara el 50% de inclusión de mujeres en las listas de candidatas/os.

En 1993, el diputado José Luis Martiarena, acompañado por 17 legisladores del Bloque Justicialista, presentó un proyecto de ley que, siguiendo el criterio fijado por la Carta Orgánica del Partido Justicialista, proponía el siguiente texto: “(...) no se oficializarán listas (...) que nominen más de dos candidatos del mismo sexo en orden sucesivo”. Un año más tarde, el mismo legislador, junto a sus pares Estela Zamar y Urbano Maidana, presentó un proyecto similar al del año 1993, incluyendo un porcentaje del 33% de presencia femenina en las listas de cargos electivos. En ese mismo año, en la provincia de Jujuy se constituyó una multisectorial que se conoció como Asamblea Permanente de Mujeres y, desde ese espacio, se impulsó la presentación en la Legislatura de la Provincia de un proyecto de Ley de Cupos (con el 50%) por el recurso de “iniciativa popular” que habilitó la reforma de la Constitución de la Provincia operada en 1986. Sin embargo, esta iniciativa tampoco prosperó en el parlamento.

En 1994, la diputada de la Unión Cívica Radical, Hilda Delgado de González, presentó un proyecto de ley cupos con un porcentaje del 70% como “techo” del porcentaje de personas de un mismo sexo en las listas. En 1995, la Asamblea Permanente de Mujeres reiteró la presentación del proyecto de Ley de Cupos (con el 50%), esta vez sumando firmas de adhesión recogidas en el X Encuentro Nacional de Mujeres, celebrado en Jujuy. Esta misma petición fue elevada a la Cámara de Diputados en el año 1996, acompañada con expresiones escritas de apoyo y solidaridad de asociaciones de mujeres y de la sociedad civil de Buenos Aires y de otras provincias argentinas, tales como Taller Permanente de la Mujer, Mujeres en Igualdad, Adeuem, Mujeres Trabajando, Jóvenes por la Igualdad, FEIM, Centro de Estudios de la Mujer, entre otras.

En 1997, la Asamblea Permanente de Mujeres, al presentar una vez más el proyecto de Ley de Cupos (siempre con un requerimiento de 50% de lugares en las listas), realiza nuevas acciones de incidencia. Como resultado, se logró el ingreso del proyecto promovido, que si bien fue girado a comisiones de

6 La presidenta de la organización es la dirigente Salma Haidar, pionera de la lucha por el cupo femenino en Jujuy.

trabajo del parlamento, nunca fue tratado. En enero de ese año, la Asamblea Permanente de Mujeres solicitó a la Legislatura de Jujuy el tratamiento del proyecto en sesiones extraordinarias, sin una respuesta favorable.

En 1997, en el período de Sesiones Ordinarias, la diputada María Amalia Sabando presentó un proyecto de Ley de Cupos que establecía una proporcionalidad de mujeres del 33%. Ese año, la Legislatura de Jujuy se dispuso a tratar la adecuación del Código Electoral de esa provincia para determinar el modo de adhesión de los sublemas al lema. Ante esta situación, el movimiento de mujeres marchó hacia la Legislatura para solicitar que se tratara la modificación del artículo del Código Electoral Provincial que establecía el modo de conformación de las listas de candidatas/os a cargos electivos. La respuesta fue negativa.

Las iniciativas y peticiones continuaron sucediéndose. En el año 1999, la Fundación Sujeto y Predicado, en la apertura de Sesiones Ordinarias, presentó nuevamente el petitorio de tratamiento y sanción de la ley. En el año 2000, con la firma de la diputada María Elina Domínguez y otras legisladoras del bloque justicialista, se presenta un proyecto de ley que estipula el 50% para las listas de candidatas/os en las categorías provinciales, municipales, comunales y de convencionales constituyentes. Como parte de las acciones de incidencia, la Fundación Sujeto y Predicado cursó una solicitud –de presentación, tratamiento y sanción de una Ley de Cupos– a cada una/o de las/los 48 diputadas/os de la Legislatura de la provincia de Jujuy. Con las firmas de los diputados César Ramón Argañaraz y Riad Quintar, pertenecientes al bloque Por un Nuevo Jujuy, en 2001 ingresó a la Legislatura un proyecto de ley de cupos de adhesión “a lo que dispone la ley nacional en materia de participación de mujeres en las listas de candidatos”. Entre los años 2001 y 2005, la Fundación insistió con el pedido de Ley de Cupos para Jujuy, con el 50% como porcentaje base.

La agenda de militancia del movimiento de mujeres jujeñas incorporó en forma sistemática el reclamo por el cupo. Durante las últimas dos décadas, los actos conmemorativos de cada 8 de Marzo, 28 de Mayo, 25 de Noviembre y 10 de Diciembre, estuvieron atravesados por esta demanda de participación de las mujeres en el espacio público.

En los últimos años, con la participación de algunos integrantes de la Legislatura de diversos partidos, se continuaron presentando proyectos de ley en el mismo sentido. En el año 2004, por Expediente N° 90 Letra D, se tramitó el proyecto de los diputados Mario Pizarro, Cristina Romano, Natalia Sarapura, Gregorio Tolaba del Bloque Frente Cívico Jujeño; Álvaro de Bedia, Ada Cecilia Galfré, Clara Falcone y Marta Russo de Gloss del Bloque de la UCR, Riad Quintar por el Bloque Por un Nuevo Jujuy y Miguel Ángel Tito del Bloque Justicialista, sobre modificación del artículo 38 de la Ley 4564 del Código Electoral de la Provincia, para incluir el cupo femenino. En el año 2006, se abrió el expediente legislativo N° 277 Letra D, tras el proyecto presentado por las diputa-

das Mirna Abregú, María Elina Domínguez, Norma Rivarola y otras del Bloque Justicialista, Ana María Jorge del Bloque de la UCR, Cristina Romano del Bloque Frente Cívico Jujeño y María Susana Mayans por el Bloque “Por un Nuevo Jujuy”, quienes solicitaron la inclusión del principio de participación equivalente de géneros para la elección de candidatas. En el año 2007, el diputado provincial Pablo Baca junto a las diputadas Ana María Jorge, Cristina Romano y Mario Pizarro presentaron un proyecto de modificación del artículo 52 de la Ley 4564 para incluir en las listas de cargos electivos un 30% como mínimo de presencia de mujeres en lugares expectables. El expediente fue girado a la Comisión de Legislación General para su análisis y eventual dictamen. Tras las acciones de incidencia del movimiento de mujeres, el proyecto obtuvo dictamen de mayoría de la Comisión de Legislación General, con la rúbrica de siete legisladores. Sin embargo, nunca fue incorporado a los órdenes del día, con lo cual no pudo ser debatido y tratado en el recinto parlamentario. Por su parte, ese mismo año las diputadas del Bloque Justicialista presentaron un proyecto que promovía la participación igualitaria “en toda lista (...) para desempeñar cargos representativos en órganos colegiados ejecutivos, control, selección, profesionales o disciplinarios previstos en la Constitución de la Provincia de Jujuy o en sus respectivas leyes de creación o estatutos”. En 2008, el Bloque Primero Jujuy presentó en la Legislatura un proyecto de ley de cupos y se reiteró, además, la presentación del proyecto que establece principio de participación equivalente impulsado por diputadas del Bloque Justicialista.

El recorrido por la historia de las últimas dos décadas es importante para demostrar cómo, no obstante las diversas acciones de incidencia legislativa realizadas por el movimiento de mujeres y entidades como la Fundación Sujeto y Predicado, y a pesar de los proyectos impulsados por legisladores/as en el parlamento provincial, la Legislatura de Jujuy no habilitó el tratamiento de la inclusión de un sistema de cuotas en su régimen electoral.

Finalmente, en el marco de la conmemoración del 8 de Marzo de 2009, la diputada Patricia Arach, Presidenta de la Comisión de Legislación General, señaló que los números en la Cámara de Diputados reflejan una mayoría de hombres, por lo que –reconoció– la discusión de temas como la ley de cupos sería “ardua”.⁷ A pesar de presidir la Comisión de Legislación General y pertenecer al bloque mayoritario de la Cámara, la legisladora reconoce que existe una situación de desventaja de las mujeres en el parlamento, lo cual impidió que temas como el cupo pudieran ser incorporados a la agenda legislativa y generando una situación discriminatoria por razones de género.

5. Un punto de inflexión: Estrategias jurídicas, de comunicación y de alianzas

Durante 18 años las mujeres de Jujuy trataron de incidir en la Legislatura Provincial, de diferentes maneras, para avanzar hacia una democratización

7 Información extraída del diario digital *El Periódico Jujuy*. Disponible en <<http://www.elperiodicojujuy.com.ar>>

desde la perspectiva de género. Pero la institución legislativa se mantuvo inmovible, no obstante el compromiso de algunos/as legisladores/as que impulsaron proyectos de cupo.

El punto de inflexión que marcó un giro en la acción colectiva de las mujeres fue el último episodio registrado en la Legislatura en el año 2008, donde el único proyecto que en 18 años había logrado completar el trámite legislativo fue desconocido y nunca llegó al recinto para su tratamiento. La discrecionalidad de las autoridades de la Cámara y la displicencia para con este proyecto evidenció el fin de la vía política.

Las activistas del movimiento de mujeres ya analizaban la posibilidad de recurrir a la justicia para encontrar satisfacción al reclamo. Pero fue recién tras este suceso que resolvieron demandar al Estado provincial por incumplir la Constitución Nacional y la Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer (“CEDAW” por sus siglas en inglés).

El 23 de marzo de 2009, junto con organismos de derechos humanos de Jujuy, un grupo de ciudadanos, mujeres y varones, se presentaron ante el Tribunal Contencioso Administrativo de la Provincia de Jujuy con la representación de la Dra. Alicia Chalabe a fin de solicitar que se obligara al Estado a activar mecanismos para afirmar la ciudadanía política de las mujeres. La promoción de la acción jurídica, después de la infructuosa movilización social desarrollada durante 18 años, abrió un nuevo capítulo en el proceso y reenvió la cuestión al terreno del derecho.

El campo jurídico se convirtió, para las activistas del cupo femenino, en un nuevo escenario de intervención. Hubo recelos, dudas sobre la eficacia de la acción judicial y desconfianza hacia un poder estatal devaluado. El empoderamiento de 18 años de activismo y los aprendizajes que dejó el movimiento de derechos humanos en la Argentina facilitaron el salto a la vía judicial. Hay que señalar que la demanda por el cupo nunca fue masiva en Jujuy. El cupo no se instaló en la población femenina como un reclamo mayoritario, lo cual revela una estructura social que no logra, siquiera, reconocer las formas que asume la discriminación. Esta invisibilidad de la desigualdad histórica restringió el proceso que siempre fue protagonizado por un grupo de dirigentes, reducido en número pero cualitativamente significativo, ya que confluyeron allí dirigentes de diferentes partidos políticos y de diferentes organizaciones de la sociedad civil. Las activistas del cupo tuvieron la posibilidad de transitar ese proceso con otros actores/as. Desarrollaron alianzas con sectores minoritarios, como los organismos de derechos humanos, con los cuales compartían el compromiso con la igualdad de género, el proyecto democrático y su institucionalidad.

Que no haya sido un movimiento masivo fue siempre un reproche y un argumento que algunos miembros de la clase política usaron para justificar un *statu quo* lesivo de los derechos de las mujeres. Y con esto se fraguó la reproduc-

ción de una violencia simbólica: que las mujeres asintieran las disposiciones del orden patriarcal. Por otra parte, llevar la demanda por el cupo al terreno jurídico le dio otra entidad al reclamo. Permitió legitimar, desde otro lugar, un planteo del movimiento de mujeres. El discurso jurídico es un discurso hegemónico que reviste una ilusión de objetividad y que, con su régimen de verdad, se instala con un peso distintivo.

La estrategia comunicacional, articulada con la acción jurídica, potenció el reclamo. Es cierto que los medios de comunicación funcionan en Jujuy dentro de un escenario con múltiples limitaciones, pero en este caso las activistas por el cupo lograron atravesar esos obstáculos y poner el tema en la agenda de los medios. Los medios de comunicación locales fueron permeables a los sucesos derivados del fallo que condenó al Estado a sancionar una ley de cupo, pero también han recurrido a referentes que reprodujeron discursos lesivos de una cultura de derechos y sedimentaron prejuicios.

El enfoque de derecho caracterizó las voces de las mujeres por el cupo que apelaron a la defensa de disposiciones constitucionales y de tratados internacionales de derechos humanos, así como a los aportes de la teoría de género que permitieron explicar procesos sociológicos, como la discriminación histórica hacia la mujer desde un conocimiento más asertivo, racional y, de alguna manera, menos confrontativo. Ese enfoque de derecho del discurso de las mujeres que se instaló en los medios de comunicación disparó el debate hacia otros terrenos: el de la legalidad, la institucionalidad y la forma de democracia.

Las mujeres se convirtieron en fuentes de consulta y de información, y en esto superaron a la mayoría de los miembros de la dirigencia política que no lograron articular un discurso capaz de confrontar desde la misma perspectiva de derechos. En cambio, hubo una recurrencia a otras estrategias de representación que desnudaron prejuicios y dejaron al descubierto las barreras culturales que impidieron el acceso decidido de las mujeres jujeñas a los lugares de decisión.

Por otra parte, la construcción de alianzas –informales aún– del movimiento de mujeres con periodistas ha ayudado a sensibilizar a los medios sobre la importancia de las cuestiones de género, como una cuestión de ampliación de la democracia. La estrategia de medios fue reforzada, a su vez, por el *know how* de las nuevas generaciones de militantes que apelaron a las nuevas tecnologías y desarrollaron acciones innovadoras que fortalecieron el trabajo.

La interconexión entre la estrategia jurídica y la estrategia política de comunicación resulta fundamental en la medida que permite que las cuestiones de derecho –las cuales quedan, muchas veces, acotadas al ámbito judicial– sean conocidas por la sociedad y sean comprendidas como una cuestión que afecta la vida concreta de varones y mujeres. La estrategia comunicativa articulada al saber jurídico contribuye a fortalecer los procesos de apropiación de los nuevos derechos. Esa idea directriz atravesó el proceso por el cupo en Jujuy.

El lenguaje del derecho sigue siendo aún bastante oscuro e inasible, por la especificidad técnica del campo, pero el despliegue de estrategias de traducción que se utilizó en el abordaje comunicacional del cupo femenino, ayudó a democratizar ese conocimiento y a socializar el discurso del derecho que, además, tiene una enorme carga pedagógica en términos de ciudadanía.

5.1. La demanda contra el Estado

El 23 de marzo de 2009 un grupo integrado por las activistas María Inés Zigarán, Cecilia Sandoval, Bettina Demattei, Salma Haidar, Valeria Chacón, Valeria Argañaraz, Georgina Torino, Nora Ferreyra, Vanesa Calizaza, Pablo Baca, Luis Ugarte, Fernando Esquivel, Raúl Cabrera y Nelson Vargas, con la representación de la abogada Alicia Chalabe, se presentó ante el Tribunal Contencioso Administrativo de la Provincia, con una acción de amparo, donde se pidió concretamente que “se condene a los poderes públicos de la Provincia de Jujuy a arbitrar las medidas que sean necesarias para hacer efectivos los derechos a una igualitaria participación de las mujeres en los cargos electivos en todo el territorio provincial, estableciendo en las normas que rigen el proceso electoral el sistema denominado de cupos o cuotas”. La petición se fundó en la plena vigencia de las normas constitucionales nacionales, Tratados Internacionales que poseen jerarquía constitucional, Ley Nacional N° 24.012, Decreto Reglamentario N° 1246/2000 y Ley 23.592, aplicables en materia de igualdad ante la ley y el principio de no discriminación. Estas normas consagran la integración efectiva de las mujeres en la actividad política y adecuan la reglamentación interna de los partidos políticos, confederaciones y alianzas, lo que corresponde efectuar a través del sistema denominado “ley de cupo”. Un argumento jurídico central utilizado en la demanda fue el artículo 7° de la CEDAW, incorporada en la reforma constitucional de 1994. Allí, se establece que “los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país, y en particular, garantizando en igualdad de condiciones con los hombres el derecho a: a) votar en todas las elecciones y referendums públicos y ser elegibles para todos los organismos cuyos miembros sean objeto de elecciones públicas”.⁸

Este grupo de mujeres y varones, solidarios y comprometidos con la equidad de género, resolvió recurrir a la tutela del amparo por falta de estructura procedimental adecuada que atendiera a la debida protección (operatividad) de los derechos colectivos de las mujeres de Jujuy de participación en igualdad de condiciones, respecto de sus pares varones. Atendiendo la proximidad de los comicios de 2009, la acción incluyó el requerimiento de una medida cautelar para que, en esa instancia electoral, se aplicara supletoriamente la Ley 24.012, que establece un 30% de cupo femenino. La cautelar fue rechazada.

⁸ En la fundamentación jurídico-normativa se invocaron los artículos 37 y 75 inc. 23 de la Constitución Nacional la Ley Nacional N° 26.171, que aprobó el Protocolo Facultativo de la CEDAW, los artículos 23 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por otra parte, en la demanda se incluyó una puntual referencia al caso Teresa Merciadri de Morini c/Estado Argentino, presentado el 15 de junio de 1994 ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos. En ese expediente, la actora alegó la violación de los derechos al debido proceso, a los derechos políticos, a la igualdad ante la ley y a los recursos efectivos establecidos en la Convención Americana por parte de la República Argentina, en perjuicio de las mujeres. Morini demostró que en la lista electoral de la UCR se había violado la Ley 24.012 y su Decreto Reglamentario, e interpuso los recursos internos disponibles ante las autoridades judiciales, las cuales, además de rechazar su petición, le negaron su legitimación para actuar.

El 11 de octubre de 1999, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos adoptó el Informe N° 103/01 en el caso 11.307. Así, dio fin a la denuncia planteada a nivel internacional al aprobar los términos del acuerdo de solución amistosa suscripto el 8 de marzo de 2001 entre el Estado argentino y la Sra. Merciadri de Moroni, en razón de haberse dictado el Decreto N° 1246 por el Presidente de la República Argentina, el que “contempla adecuadamente los aspectos fundamentales que dieron sustento a su denuncia” ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Este punto es de enorme relevancia, pues indica que el SIDH no reconoce solo una noción formal de igualdad, limitada a exigir criterios de distinción objetivos y razonables y, por lo tanto, a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural, que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas especiales de equiparación. Ello implica la necesidad de trato diferenciado en casos en que, debido a las circunstancias que afectan a un grupo desventajado, la identidad de trato suponga coartar o empeorar el acceso a un servicio o bien, o el *ejercicio de un derecho*.

En la estructuración de la demanda, se consideraron diversas fuentes de derecho, doctrina, artículos que fueron analizados y la descripción de las acciones positivas, como la que aporta Aída Kemelmajer de Carlucci al identificar estas últimas en el concepto emanado del comité para la igualdad entre hombres y mujeres del Consejo de Europa: “Estrategia destinada a establecer la igualdad de oportunidades por medio de medidas que permitan contrarrestar o corregir aquellas discriminaciones que son el resultado de prácticas o sistemas sociales”.⁹

El Estado provincial rechazó todos y cada uno de los argumentos vertidos en la demanda de amparo: en primer lugar, la competencia del Tribunal, entendiendo que le correspondía a la justicia electoral la tramitación del caso, cuestionó también la legitimación de las actoras, la vía de amparo intentada, y alegó la

9 Aída Kemelmajer de Carlucci (2001, abril). “Las acciones positivas. Segunda Parte”. *Plenario. Edición Electrónica* [en línea]. Publicación de la Asociación de Abogados de Buenos Aires en <<http://www.abogarte.com.ar/aida3.html>>.

existencia de expedientes legislativos sobre el cupo en trámite en la Cámara de Diputados. El Estado pretendió desdibujar la problemática y devolverla al campo parlamentario, donde siempre estuvo estancada.

5.2. La respuesta de la justicia: sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo

El día 27 de mayo del año 2010, los vocales del Tribunal Contencioso Administrativo, integrado por los Dres. Benjamín Villafañe (quien lo presidió), Luis Oscar Morales y Silvia Teresa Maurín, dictaron sentencia y rechazaron, en primer lugar, la excepción de incompetencia articulada por el Estado provincial. El tribunal reconoció que “la contienda no importaba una cuestión suscitada con motivo de la aplicación del Código Electoral ni de la Ley Orgánica de los Partidos Políticos, ni de las cuestiones previstas en los ocho restantes incisos del artículo 89 de la Constitución de la Provincia” y, por el contrario, perseguía que se condenara al Estado provincial para que asumiera el cumplimiento de lo que las actoras consideraban falta de acatamiento al deber contenido en el artículo 37 de la Constitución de la Nación. Por ello, el tribunal se declaró competente.

Asimismo, el tribunal rechazó la falta de legitimación activa que el Estado había planteado respecto de las demandantes y consideró que lo que se denunciaba en el caso se trataba de una omisión que tendría efectos o incidencia en derechos colectivos, por lo que “(...) hay que reconocer legitimación procesal a quien tiene parte (“su” parte) en ese interés compartido por muchos o por todos, con lo que esa misma legitimación lo debe capacitar para promover el control, sea que él inicie el proceso como actor, sea que resulte demandado.” Y reconoció legitimación a los actores para promoverla.

En los fundamentos de su voto, el Dr. Benjamín Villafañe, dejó constancia de que, no obstante los diversos proyectos sobre cupo presentados en el seno de la Legislatura Provincial éstos nunca habían sido tratados, y fueron remitidos sistemáticamente a archivo. Con lo cual, no hubo consagración legislativa de las disposiciones de la CEDAW respecto del establecimiento de normas positivas orientadas a garantizar la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres. El juez consideró que la vía del amparo era la más apta para hacer cesar esa omisión inconstitucional, de conformidad a lo previsto en el artículo 43 de la Constitución Nacional y el artículo 41 de la Constitución de la provincia de Jujuy. “La doctrina enseña que: ‘Así como normalmente se acusa la inconstitucionalidad cuando se transgrede la constitución porque se hace algo que ella prohíbe, hay que rescatar la noción importantísima de que también hay inconstitucionalidad cuando no se hace lo que ella manda hacer’”, agregó. “Esta omisión es inconstitucional y a la figura la llamamos inconstitucionalidad por omisión”, dijo el magistrado y recordó que “la Convención de Viena sobre los derechos de los tratados (...) confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno y como dijo la Corte Suprema de Justicia de la Nación esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino”. La Convención es un tratado internacional constitucionalmente vá-

lido que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional sobre el propio derecho interno, y tal fundamento normativo radica en el artículo 27 de la Convención de Viena: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de un derecho interno como justificación como incumplimiento de un tratado”.

Por lo expuesto, el Dr. Villafañe se pronunció por la admisión del amparo y la condena a los poderes Ejecutivo y Legislativo de la provincia de Jujuy

“para que den cumplimiento al mandato constitucional del art. 37 último párrafo, y disposición transitoria segunda de la Constitución de la Nación, sancionando y promulgando la ley reglamentaria allí prevista, de manera tal que se garantice ‘la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios’, que la doctrina ha dado en llamar ley de cupo”.

“Tal cometido deberá ser llevado a cabo dentro del plazo de tres meses, al que considero razonable, teniendo en consideración que para cumplir con las obligaciones impuestas la autoridad administrativa tiene un término de sesenta días, ello por aplicación de lo previsto en el art. 93 del C.C.A” (del voto del Dr. Villafañe).

Para el caso de incumplimiento por parte de las autoridades correspondientes, el juez resolvió que se impondrían sanciones conminatorias a quienes “(...) impiden o bloquean o resisten la deliberación y la emisión del acto legislativo postergado”.

El Dr. Luis Oscar Morales adhirió a los fundamentos y solución propiciados en el voto del Dr. Villafañe y agregó algunas consideraciones específicas:

“(…) siendo que la cuestión traída a debate importa un caso típico de amparo por omisión del Poder Legislativo, en cuanto lo que se pretende es que se ordene el acatamiento al imperativo del art. 37 de la constitución Nacional, resulta conveniente destacar que por conformar esta una norma supra legal de naturaleza programática, para resolver no compete a este órgano jurisdiccional emitir juicio de valor respecto de su contenido trascendente ni los alcances de la correlativa Norma Transitoria 2ª, sino más bien circunscribir el estudio a establecer si ha mediado o no cumplimiento, tal como se hiciera en el voto al que adhiero”.

“Del propio debate surge con claridad que, aun cuando han mediado sucesivas iniciativas legislativas en nuestra provincia (...), hasta el presente no se ha concretado la sanción legislativa propiciada en la acción y que –sin ninguna duda– resulta ser un imperativo específicamente contenido en la normativa supra legal citada, por la que se ordena establecer ‘acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y el régimen electoral’ para garantizar efectivamente ‘la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos directivos’, lo que sencillamente implica dictar la legislación que el órgano competente considere adecuada, dentro de los límites que se precisan en la Disposición Transitoria de referencia”.

“La acción entablada responde al ejercicio de derechos de incidencia colectiva referidos a intereses individuales homogéneos, que al ser planteados por los actores como sujetos particulares, aunque no versen sobre la defensa de un bien colectivo, al invocarse derechos individuales divisibles pero homogéneos resultan tipificados en una acción de clase autorizada en el art. 43 párr. 2º de la C.N. Es por ello que, aunque no media disposición legislativa o secundaria referida al particular (en este caso me refiero a leyes reglamentarias de este nuevo derecho), como se dejara sentado por la CSJN en el caso “Halabi”¹⁰, al haber un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos, es identificable una causa fáctica homogénea” (del voto del Dr. Morales).

En la valoración de la normativa constitucional que en la acción se indica como presupuesto para sostener la pretensión de fondo, esto es, el artículo 37 y Cláusula Transitoria 2ª, el juez Morales consideró que

“por tratarse, como se ha dicho, de una norma programática, desde el momento que en su párrafo segundo establece la obligación de legislar (...), no ofrece alternativa alguna al poder legislador, razón por la que en este caso no le cabe más que subordinarse el cumplimiento de su cometido constitucional. Al decir de Sagüés, esta clase de norma “no da al legislador ordinario la opción de efectivizar o no la cláusula programática, sino que explícitamente le asigna una tarea legislativa concreta (aunque al cumplimentar esa obligación constitucional, el legislador ordinario pueda arbitrar distintas alternativas específicas de ejecución, con mayor o menor libertad de acción jurídica, según los casos)” (ver “Inconstitucionalidad por omisión de los Poderes Legislativo y Ejecutivo. Su Control Judicial”, ED t.124- 956)” (del voto del Dr. Morales).

Finalmente, el Dr. Morales adhirió a la solución propiciada por el voto precedente y por lo tanto resolvió

“declarar el incumplimiento la norma constitucional de referencia por parte del Poder Legislativo que indirectamente atañe al Poder Ejecutivo de la Provincia y condenarles a sancionar y promulgar una ley como se propicia en el voto del Dr. Villafañe, toda vez que al no tratarse de una pretensión con sustento exclusivo en la tutela de un derecho subjetivo, sino que en el caso concreto se ejercen derechos de incidencia colectiva referidos a intereses individuales homogéneos, decisorio que tendrá efectos necesariamente expansivos actual respecto no sólo de mujeres que pretendan postularse para cargos electivos, sino también para el electorado en su conjunto con proyección en el futuro. Luego, pretender que el tribunal supla la laguna del derecho dictando una norma de aplicación al caso concreto resultaría asumir un acto de naturaleza eminentemente legislativa absolutamente vedado por el principio de división de funciones, razón que ha valido que en su oportunidad se rechazara la medida cautelar propuesta al accionar” (del voto del Dr. Morales).

10 Caso Halabi, Ernesto c/ P.E.N (24/02/2009). Fallo en extenso disponible en <<http://www.eldial.com.ar>>.

6. El día después de la sentencia: reacciones y acciones

La sentencia del Tribunal generó reacciones en la comunidad política y acciones por parte de las demandantes.

6.1. Reacción parlamentaria: los magistrados al banquillo de los acusados

El fallo del Tribunal Contencioso Administrativo generó una inusitada reacción en el parlamento provincial. Al conocer la sentencia, en la 9º sesión ordinaria de la Legislatura, el bloque del Partido Justicialista intentó que se aprobara sobre tablas un pedido de jury de enjuiciamiento contra los magistrados que integraron el tribunal que falló a favor de la demanda del movimiento de mujeres por el cupo.

El proyecto que el Partido Justicialista buscó imponer en esa oportunidad señala en su artículo 1: “Solicitar ante el Superior Tribunal de Justicia la promoción del jury de enjuiciamiento a los magistrados integrantes del Tribunal Contencioso Administrativo, doctores Luis Oscar Morales, Benjamín Villafañe y Silvia Teresa Maurin, esta última en su condición de magistrado habilitada, en tanto su actuación en el Expte.... *pone de manifiesto conductas incompatibles con el desempeño de las funciones constitucionales* (artículos 172º apartado 2), 171ª apartado 1) y concordantes de la Constitución de la Provincia”. La bancada oficialista rechazó airadamente el fallo de la justicia al que consideró lesivo del principio de independencia de los poderes públicos. Los legisladores sintieron avasallada su inmunidad y su labor legisferante y recriminaron al tribunal, al que consideraron pasible de sanción.

El diputado justicialista Oscar Insausti, al hacer uso de la palabra en el recinto,¹¹ cuestionó al tribunal expresando que “tiene una morosidad interminable”, “que posterga en forma inexplicable los derechos de los litigantes” y “que selecciona a gusto y piacere las (causas) que le interesa para darles un pronto trámite; este Tribunal, ahora ha tomado una decisión mayor que es imponerle a otro Poder del Estado una actuación determinada y concreta, asignarle un plazo y amenazarlo o conminarlo para que si esa decisión –que ellos entienden que es la correcta– no se toma en ese plazo se aplicarán sanciones conminatorias a favor de los litigantes”.

Por su parte, el diputado Miguel Morales, también de la bancada oficialista, argumentó: “En la Nación Argentina no hay esclavos y como ya lo dije en esta Cámara no con este tema sino con todos, señor presidente, yo no soy esclavo de la justicia, y se lo he planteado muchas veces desde esta Cámara, en estos ocho años”. Y abundó más adelante: “Yo me pregunto, señor presidente, ¿cuántas veces vamos a tener que seguir arrodillándonos ante el otro Poder? (...) Le digo a cualquier juez de esta provincia: ¡muerto! Antes de recibir una

11 Versión taquigráfica, 9º sesión Ordinaria, 3 de junio de 2010. Documento facilitado por la Legislatura de Jujuy.

decisión de la justicia para que yo apruebe algo, lo voy a aprobar por mi convicción y por mi condición de peronista, lo voy a aprobar por los derechos que tengo y por lo que planteo en esta Cámara ¡a mí me permitió el voto de la gente estar sentado en esta Cámara!”.

Durante la sesión, los argumentos en contra del jury fueron expuestos por el diputado Pablo Baca (UCR), integrante del colectivo que llevó adelante el amparo por el cupo y autor de proyectos legislativos de cuotas, y el diputado Riad Quintar (Frente Primero Jujuy). El diputado Baca, al iniciar su intervención, dijo:

“Hablo como uno de los promotores del amparo aunque hubiera preferido no hacerlo. Hubiera preferido que en esta sesión, y que en el tiempo anterior a esta sesión, los diputados hubieran aceptado tratar la ley de cupo, no por una decisión judicial, sino ante la presencia de las desigualdades y de las injusticias que ellos conocen, comprendiendo la necesidad de que se adopten mecanismos institucionales para remediar esas desigualdades y, fundamentalmente porque todos han jurado cumplir la Constitución Nacional que es justamente lo que está ordenando el Tribunal Contencioso Administrativo”.

Baca desarrolló una extensa intervención destinada a dar cuenta de los fundamentos jurídicos que sostuvieron los votos de los magistrados y resaltando la constitucionalidad de su actuación. Además, el legislador radical expresó que “sería una verdadera tragedia” que “cuando un juez compelido por la necesidad de hacer vigente un derecho que está siendo permanentemente desconocido durante un lapso tan prolongado dicta una sentencia, que esta Legislatura pretenda someter su conducta a consideración”. “Espero que la resolución no se apruebe y si se aprueba espero que el Superior Tribunal de Justicia de Jujuy la deseche, porque sería una verdadera tragedia que los jueces pudiesen verse en situación de tener que defenderse por haber hecho vigente un tratado de derechos humanos, por haber puesto a esta Legislatura en situación de tener que reglamentar y hacer vigente un derecho que está garantizado en la Constitución (...)”.

Por su parte, el diputado Riad Quintar precisó que el artículo 172 apartado 2) de la Constitución de la provincia de Jujuy referido a las causales de enjuiciamiento establece que “los miembros de los tribunales y jueces inferiores, funcionarios del ministerio público y jueces de paz, pueden ser removidos por delitos, por incumplimiento de los deberes a su cargo o por incapacidad para el desempeño de sus funciones”. Se preguntó el diputado Riad Quintar

“Mi pregunta es ¿esto es incumplimiento a los deberes o es incapacidad en el desempeño? ¿Los tres vocales han incumplido los deberes a su cargo o tienen una incapacidad sobreviniente? Yo creo que no tienen la incapacidad sobreviniente, ni tampoco incumplieron en su cargo en dictar una sentencia, ahora que la sentencia no nos guste no es motivo para juicio político; es vergonzoso, es atroz, está en juego el prestigio parlamentario”.

El tratamiento del proyecto de pedido de enjuiciamiento a los magistrados fue sometido a votación y fue rechazado. Por diferencia de solo un voto, el PJ no alcanzó en esa sesión los dos tercios de los votos que exige el reglamento de la Legislatura. La votación cambió en la 12° sesión. El 8 de julio de 2011, con los votos del bloque del Partido Justicialista y del bloque del Frente Primero Jujuy, la Cámara aprobó finalmente la Resolución N° 31 por la que se solicitó al Superior Tribunal de Justicia la promoción del Jury de enjuiciamiento a los magistrados integrantes del Tribunal Contencioso Administrativo.

La solicitud para enjuiciar a los magistrados fue cuestionada por un grupo de organizaciones de derechos humanos con sede en Buenos Aires (ELA, CELS, ADC, ACIJ y MEI), que consideraron que esta iniciativa significaba “una violación a los principios de independencia del Poder Judicial y tutela judicial efectiva que deben regir en un Estado republicano y democrático, de acuerdo con los compromisos internacionales que ha asumido el Estado Argentino”, ya que “de prosperar la promoción del jury de enjuiciamiento, funcionaría como una clara amenaza a todo juez o jueza provincial que entienda que una violación constitucional deba ser remediada por la Legislatura de la provincia”.¹²

El jury finalmente prosperó y se constituyó el tribunal instructor. Pero el proceso no tuvo una conclusión debido a que, mientras se instruía el enjuiciamiento, el Superior Tribunal de Justicia dejó sin efecto la sentencia cuestionada.

6.2. La revisión de la sentencia por parte del Superior Tribunal de la Provincia

El 5 de agosto de 2010 se corrió traslado del Recurso de Inconstitucionalidad interpuesto por el Estado Provincial ante el Superior Tribunal de Justicia en contra de la sentencia sobre el cupo dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo.

El 4 de noviembre, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia –integrado por los Jueces José Manuel del Campo, María Silvia Bernal, Sergio Marcelo Jenefes, Sergio Ricardo González y por habilitación, Luis Ernesto Kamada, y con la presidencia del primero– dictó sentencia, donde dispuso “Dejar sin efecto el fallo recurrido y devolver los autos a la sala subrogante del tribunal de origen para que de intervención y emplace a los partidos políticos que actúan en el ámbito provincial y, a posteriori, dicte un nuevo pronunciamiento conforme a Derecho; imponer las costas por su orden y diferir la estimación de los honorarios de los letrados intervinientes”.

El Presidente fundó el fallo en el dictamen del Fiscal General y puntualizó que, conforme lo dispone el artículo 37 de la Constitución Nacional y el artículo 123 inciso 18 de la Constitución de la Provincia, le corresponde dictar a la

¹² También, dirigentes, legisladores/as, académicos/as de todo el país se solidarizaron con el movimiento de mujeres que había obtenido una sentencia favorable al reclamo del cupo y que condenaba el intento de sancionar a los jueces que ensayaba el poder político.

Legislatura la ley electoral y de organización de los partidos políticos, lo que a su criterio se cumplió con el dictado del Código Electoral Provincial y con la Ley Orgánica de los Partidos Políticos. Esta última dispone, en su artículo 6° inciso “a”, que los partidos políticos provinciales se encuentran habilitados para postular cargos electivos para gobernador, vicegobernador, para integrar la legislatura, elegir intendentes municipales, para integrar los cuerpos deliberativos de las municipalidades cuando correspondiera. Por su parte, el inciso “b” de dicho artículo establece que “los partidos municipales se encuentran habilitados para postular candidatos a Intendente Municipal, para integrar los Cuerpos deliberativos municipales y elegir convencionales municipales”.

La sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la provincia resolvió que corresponde a los partidos políticos la responsabilidad en la determinación de los cupos. Es por eso que al no haberseles dado participación en la causa, se ordenó remitir los autos al tribunal subrogante, a fin de que se subsane dicha omisión, y se les dio la oportunidad de ser oídos.¹³

6.3. Camino a la Corte Suprema de Justicia de la Nación

El 23 de noviembre de 2010, el grupo de activistas por el cupo interpuso un Recurso Extraordinario Federal ante el Superior Tribunal de Justicia en el que se cuestionaba la decisión que dejó sin efecto la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo. Habiendo sido rechazado, se recurrió en queja ante la Corte Suprema que, hasta el momento, no ha sido resuelta. En ese recurso, las actoras afirman, en primer término, que lo que está en juego no es

“una cuestión de derecho público local, sino que se transluce claramente como derecho federal controvertido toda vez que, como se afirmó en la demanda de amparo y se acogió favorablemente en el fallo del tribunal de grado: “(...) siendo que la contienda que nos ocupa no importa una cuestión suscitada con motivo de la aplicación del Código Electoral ni de la Ley Orgánica de los Partidos Políticos, ni de las cuestiones previstas en los ocho restantes incisos del art. 89 de la C.P, sino que por el contrario, teniendo en consideración que la pretensión traída en la demanda consiste precisamente en perseguir que se condene al Estado Provincial para que asuma el cumplimiento de lo que los actores consideran falta de acatamiento al deber contenido en el art. 37 de la Constitución de la Nación, al tratarse de una cuestión que por su naturaleza debe ser resuelta mediante interpretación de dicha norma supra legal y en el ámbito del derecho administrativo, torna a este Tribunal de lo Contencioso Administrativo competente para dirimirla”.

En efecto, como autorizadamente se afirma en la sentencia recurrida, objeto de agravio por el Estado provincial, “(...) es de destacarse que la parte actora ha solicitado se condene a los poderes públicos de la provincia de Jujuy a arbitrar las medidas que sean necesarias para hacer efectivos los derechos a

13 En ese sentido el Tribunal reiteró el criterio ya sostenido en las causas “Gil c/ Municipalidad de Jujuy” y “Leaño y otros c/ Estado Provincial”.

una igualitaria participación de las mujeres en los cargos electivos en todo el territorio provincial, estableciendo en las reglas que rijan en el proceso electoral, el sistema denominado de cupos o cuotas, y de conformidad a lo previsto en nuestra Constitución Nacional y normas de carácter internacional”. Es decir, lo que se pretende con la acción instaurada es hacer efectiva una manda constitucional, que no solo tiene basamento en la Constitución Nacional, sino también en Tratados Internacionales (arts.37 y 75 incs. 22 y 23 y art. 7 de la Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer, ratificada por ley 23.179).

El fallo del Superior Tribunal de Justicia dictamina lo siguiente:

“solo quiero puntualizar que conforme lo dispone el art. 37 de la Constitución Nacional y el artículo 123 inc. 18 de la Constitución de la Provincia le corresponde dictar a la Legislatura la Ley electoral y de organización de los partidos políticos, lo que a mi criterio se cumplió con el dictado del código electoral provincial y con la ley orgánica de los partidos políticos”.

Con esta afirmación, el Tribunal yerra y afirma lo contrario de lo establecido en el artículo constitucional, atento que el artículo 37 establece la obligación del Estado de promover acciones positivas especializadas que reconozcan y sancionen la igualdad de oportunidades en los cargos electivos y partidarios de varones y mujeres. Esto de ninguna manera se cumplió con el dictado de la ley electoral y de organización de los partidos políticos, pues hasta la fecha no existe en la provincia de Jujuy el sistema de cupo o “cuotas” que contemple la paridad. El artículo 37 de la CN en manera alguna se encuentra cumplido y la única solución es la prevista en el fallo que deja sin efecto, pues la omisión es legislativa y se carece de ley que establezca la discriminación positiva. La convocatoria que hace el fallo a la intervención de los partidos políticos no subsana ninguna omisión y solo es utilizada como excusa para rechazar el tema de fondo que es la omisión constitucional legislativa, sobre la que no se expide.

El derecho, cuya exigibilidad se busca, surge del nuevo orden jerárquico constitucionalmente establecido por la reforma de 1994 que, según el maestro Germán J. Bidart Campos (1995: 274), persigue conferir completitud al sistema de derechos fundamentales de la Constitución a través de una doble fuente, la interna y la internacional, con miras a alcanzar su fin último y, por cierto, el más difícil: la eficacia (vigencia sociológica) imprescindible para evitar que queden esterilizados por falta de sustento material.

Ya se dijo en la demanda que la obligación primera de los jueces es cumplir la Constitución y hacerla cumplir por el resto de los poderes del Estado, y para ello, debe observar el bloque de constitucionalidad y la jerarquía y supremacía de las leyes establecidas en el artículo 31 de la CN. Además, el otro tamiz previsto en el artículo 28 de la CN –o juicio de razonabilidad de las leyes que en su consecuencia se dicten– impide colegir que el artículo 37 se encuentra cumplido.

Por otra parte, vale destacar que el tribunal que ha emitido el fallo dejado sin efecto con la disposición de la corte provincial fue sometido a enjuiciamiento, de manera que “el pronunciamiento conforme a derecho del tribunal subrogante” se encuentra claramente condicionado por esta circunstancia. No hubo ni hay garantías de que un nuevo tribunal pueda expedirse en igual sentido que el Contencioso Administrativo. Un efecto disciplinador del jury puede contribuir a evitar una reincidencia.

7. Una ley para que nada cambie

Como corolario del extenso proceso iniciado en 1991 y que en 2010 alcanzó el punto más álgido, el 25 de noviembre de ese año la Legislatura de la provincia de Jujuy aprobó con el voto del Bloque Justicialista y de la mayoría de los miembros del Bloque Frente Primero Jujuy la Ley N° 5.668¹⁴. Esta ley estableció una reforma en el Código Electoral jujeño por la cual se estableció que “no se oficializarán listas para ninguna clase de cargos que nominen a más de 2 (dos) candidatos del mismo sexo en orden sucesivo”.

La aplicación de las normas está mediada por la cultura política y por la inercia de esa misma cultura. De manera que, al momento de operativizar la ley, la tendencia seguirá siendo la de ubicar a dos hombres y, recién en tercer lugar, a la mujer, cristalizando –o, lo que es peor, legalizando– una discriminación histórica.

En las comisiones municipales, donde son escasos los cargos que se renuevan en los comicios (generalmente, dos), quedarán afuera las mujeres, produciendo una discriminación efectiva hacia las dirigentes del interior de la provincia. Tampoco esta fórmula tendrá efecto en los concejos deliberantes de ciudades pequeñas ni en los partidos con menor representación parlamentaria, cuya expectabilidad, en relación con los cargos, es uno o dos.

El objetivo de las acciones afirmativas es reducir las consecuencias de la discriminación. Para esto, son diseñadas como herramientas para los grupos histórica y socio-culturalmente desaventajados. Los varones nunca han sido discriminados del ámbito público-estatal y nunca han sido identificados como un “grupo históricamente desaventajado” para la representación política. El objetivo del cupo femenino es lograr una igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres, y para esto es necesario aplicar transitoriamente reglas desiguales. Por lo tanto, poner el acento en asegurar la alternancia de “los sexos” a secas que garantice una pretendida neutralidad en la ley solo conduce a resultados desiguales, donde las mujeres se verán perjudicadas en su derecho fundamental a la participación política y al acceso a espacios de decisión.

La Ley 5668, que los legisladores del oficialismo llamaron erróneamente “ley de cupo o ley de género”, no es una medida de discriminación positiva. Para

14 La norma fue publicada el 6 de diciembre de 2010 en la edición N° 135 del Boletín Oficial.

serlo, debería haber tenido la capacidad de modificar la realidad a la que se dirige, lo que no ocurre en este caso. Al contrario, es una medida de discriminación negativa, porque legalizará la postergación de las mujeres, sobre todo, en los cuerpos legislativos con menor cantidad de integrantes. No ayudará a revertir una tendencia histórica de exclusión y, en cambio, permitirá que se mantenga el *statu quo* porque seguirá sosteniendo una distribución inequitativa del poder desde la perspectiva de género, burlando el espíritu de la Constitución y manteniendo a Jujuy en el *ranking* de la peor de todas en políticas de género.

Otro reproche que las mujeres realizaron a la Ley 5668 fue que habilitó cupos inferiores al 30%. De verdad, el porcentaje del 30% se cumple cuando los cargos que se renuevan son tres o múltiples de tres, pero habilita cupos inferiores, por ejemplo, cuando los cargos son: 2 (0% de participación femenina), 4 (25%), 5 (20%). Es decir, que el 30% que debería considerarse como el piso mínimo de cualquier ley de cupo ya que es el parámetro establecido por la ley nacional, apoyada desde el texto de la Constitución, no se preserva con esta norma. De esta manera, se violenta la disposición transitoria segunda de la Constitución: “Las acciones positivas a que alude el art. 37 en su último párrafo no podrán ser inferiores a las vigentes al tiempo de sancionarse esta Constitución y durarán lo que la ley determine (corresponde al art. 37)”.

7.1. Voces enfrentadas

Durante la sesión donde se aprobó la Ley 5668, se pusieron a consideración dos dictámenes de leyes. Uno de ellos originado en la Comisión de Asuntos Institucionales y suscripto por Guillermo Snopek (PJ), Eva Cruz (PJ), Mariela Ortiz (PJ), David Casas (PJ), Hugo Insausti (PJ), Rubén Rivarola (PJ), Carlos Lops (PJ) y Oscar Agustín Perassi (FPJ). El artículo 1 de este proyecto estableció:

“Incorpórese como tercer párrafo del artículo 38 de La ley N° 4164 Código Electoral de la Provincia de Jujuy el siguiente texto: ‘No se oficializarán listas para ninguna clase de cargo que nomine más de dos candidatos del mismo sexo en orden sucesivo’”.

El otro despacho, emitido por la Comisión de Legislación General, con la firma de Alejandra Martínez (UCR), Mario Pizarro (UCR), Ana María Jorge (UCR), Jorge Rizzotti (UCR), Miguel Ángel Tito (PJ), Oscar Agustín Perassi (FPJ) y Alejandra Mollón (Lyder), proponía:

“Art. 1 Sustitúyese el art. 38 de la Ley 4164 por el siguiente: “Art. 38: Registro y pedido de oficialización. Desde la publicación de la convocatoria y hasta 40 días antes de la fecha de elecciones, los apoderados de los partidos políticos, confederaciones, alianzas o frentes políticos, registrarán ante la autoridad electoral la lista de los candidatos públicamente proclamados. Las listas que presenten deberán tener mujeres en un mínimo de 30 % de los candidatos a los cargos a elegir y en proporciones con posibilidad de resultar electas. No será oficializada ninguna lista que no cumpla este requisito (...)”.

Finalmente, el proyecto de la Comisión de Asuntos Institucionales se impuso consagrando una fórmula que no modificará sustancialmente la presencia femenina en el espacio público.

El Presidente de la Comisión de Asuntos Institucionales, Guillermo Snopek, al defender el dictamen promovido por el PJ, señaló que fue producto del consenso en su bloque y destacó que con ese despacho “(...) pretendemos que cada parte tenga una situación de paridad, de modo tal que las oportunidades sean las mismas para todos. De esta forma buscamos poner nuestra legislación en sintonía con la Constitución y los tratados internacionales”. Llamativamente, el legislador fundamentó la igualdad que –desde su perspectiva– venía a promover el proyecto en debate, apelando a la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano aprobada en 1789, en una época en la que las mujeres no habían accedido aún a la ciudadanía política.

Apenas terminada la intervención del legislador, el Presidente del cuerpo habilitó la votación, obturando el debate parlamentario que debía anteceder a la sanción. Esto aumentó la tensión en la oposición que además reprochó a la Presidencia de la Cámara no haber explicitado la aprobación de la ley, ni con cuántos votos se impuso, ni el número de la norma. Por ello, los bloques opositores requirieron que se volviera a votar, pretensión que fue rechazada.

El clima de hostilidad en el recinto provocó que un poco más tarde, se retirara el Bloque de la UCR y dos legisladoras de Lyder y Primero Jujuy. El PJ y la mayoría del Frente Primero Jujuy, continuaron con intervenciones que buscaron justificar la aprobación de una norma, que no sólo llegó tarde, sino que propuso un remedio ineficaz.

El diputado Miguel Tito de (PJ) quien reivindicó su derecho a disentir con su propio bloque reconoció categórico en el recinto que esta ley “no es la panacea, no es nada”, mientras la diputada Carolina Moisés (FPJ) interpretó que “acá votaron con fórceps, por eso el apuro”. Moisés recriminó a las legisladoras justicialistas haber dimitido ante sus pares varones. “Las mujeres no aprendimos nada (...) No hacemos honor a esa historia de lucha de las mujeres, ni se hace honor al privilegio de estar acá sentadas”. La legisladora –hija de un ex intendente de la ciudad de San Pedro y destacado dirigente del PJ– dijo además: “Hay que ser sincera, la mayoría de las que estamos acá, sin desconocer la capacidad de cada una, el primer escaño lo logramos porque hubo un vínculo de alguna naturaleza –no sólo política– que nos abrió la puerta y nos permitió estar en una lista. Seamos sinceras o hija de, o mujer de, o hermana de o prima de; más allá de los valores y capacidades, estoy hablando de la oportunidad que tenemos siendo mujer de acceder a una banca (...) Cuánta falta de argumentación y de egoísmo porque esto se fue dilatando, cada vez que queríamos tratarla había un pretexto...” memoró. “Esta es una ley muy débil, no cambia nada, es una ley mentirosa y simplemente hace un maquillaje a nuestro Código Electoral”.

Cristina Romano de la UCR, por su parte afirmó que el proyecto aprobado –que rechazó la oposición– “nos conduce a resultados desiguales, a resultados de exclusión de las mujeres políticas del interior de la provincia”. Agregó Romano que “esta ley no cambia nada con su aplicación en las Comisiones Municipales y los Concejos Deliberantes. Nuestro objetivo era corregir las desigualdades que postergan al conjunto de las mujeres para alcanzar una sociedad más justa, más solidaria, más equitativa”.

El diputado radical Pablo Baca consideró a su turno que “es mejor que no haya ley, antes que haya una ley que no sirve para nada. Cuando hay una injusticia, es mejor que se sepa que hay una injusticia. Es mejor que se sepa que no hay ley de cupo, y no que siga la situación como está con una ley que no es de cupo y que no tiene la mínima capacidad para operar sobre la realidad”. Con esta norma advirtió el legislador, “va a seguir el incumplimiento de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales (...)”.

Las intervenciones de legisladores y legisladoras en la sesión del 25 de noviembre muestran sobre sus concepciones en relación con la división de poderes y particularmente la aplicación de los principios del derecho internacional de los derechos humanos en la provincia de Jujuy. Las resistencias a las reformas legales requeridas para adecuar el marco normativo a los mandatos de la Constitución y Tratados Internacionales, fueron manifestadas de un modo elocuente. El diputado oficialista Héctor Tentor argumentó en favor de la “independencia” que la legislatura debería mantener frente a las “presiones” externas. Estas apreciaciones son también una manifestación de la cultura política local, que operó a lo largo de todo el proceso como un fuerte condicionante para el avance hacia un reconocimiento más pleno de los derechos civiles y políticos de las mujeres.

7.2. Las puertas cerradas

Un dato revelador es cómo transcurrió la sanción donde se aprobó la Ley 5668. Por un acuerdo de los Presidentes de todos los bloques que componen la Cámara, se prohibió el ingreso del público al recinto, no obstante lo establecido en el Reglamento de la Legislatura de Jujuy en su artículo 98^o.¹⁵ En este caso, no hubo resolución especial de la cámara ni tampoco un motivo grave que justificara la prohibición de escuchar los debates en el recinto, a menos que se califique de grave la expresión de las mujeres en el espacio público.

Pero no solo se restringió el acceso a la sesión, sino que además se dispuso un fuerte operativo policial que cercó el edificio legislativo e incluso algunas mujeres fueron violentadas por los efectivos de seguridad. Tuvieron, finalmente, que resignarse a expresar su disconformidad golpeando con sus manos

15 “Las sesiones serán públicas, pero podrán haberlas secretas por resolución especial de la Cámara cuando un motivo grave así lo exigiera” Resolución 16-(CD) LP (25/11/1987). Documento en línea disponible en <http://www.senado.gov.ar/web/interes/otros/legislatura/Reglamentos/15_Jujuy_Legislatura.pdf>.

las puertas del recinto, que se mantuvieron férreamente cerradas. Una metáfora de la democracia jujeña: las puertas del parlamento cerradas para las mujeres.

Nadie festejó la ley. Ni aún un pequeño grupo de militantes de la Rama Femenina que habían sido convocadas por legisladoras del justicialismo. Nadie suscribió los argumentos con los que intentó imponerse esta norma. “Es mejor que nada” o “es el comienzo para seguir luchando”. Como si durante 19 años las mujeres de Jujuy no hubieran sostenido, sistemáticamente, la bandera de la equidad. El oficialismo parlamentario ganó una batalla pírrica porque, aunque haya obtenido los votos necesarios para la sanción, reavivó el reclamo que pretendía resolver.

En todo el proceso hubo violencia institucional, ya sea cuando el Estado desoyó la demanda de una solución legislativa que promoviera la paridad en el campo de la política, cuando vituperó a las mujeres con argumentos sexistas, injuriantes, cuando puso en duda el objeto de la demanda, cuando vulneró la libre expresión y el acceso a la información o cuando les cerró a las mujeres las puertas del recinto legislativo.

8. Digresiones finales

Si bien el panorama referido se presenta desalentador en la medida que revela los obstáculos culturales, políticos e institucionales que retrasan en Jujuy los avances hacia la paridad de género, también debe ser receptado con expectación porque da cuenta de un incremento de capital social y ciudadanía que, desde los márgenes, va reduciendo las resistencias a los cambios.

Es indudable que hay un mayor empoderamiento de sectores que, aún minoritarios como el caso de las mujeres por el cupo, se han apropiado de los derechos humanos y han desarrollado una cultura política que, más tarde o más temprano, impactará –como ya ocurrió– en la acción social y en la dinámica institucional democrática.

De manera inusual, conociendo el contexto provincial, este grupo de mujeres junto a la compañía solidaria de varones, ha innovado utilizando estrategias jurídicas modernas que instan el funcionamiento de la justicia para exigir el cumplimiento de sus derechos. Se trata de una alternativa que aún no ha tenido un desarrollo importante en la provincia. Los casos de litigios estratégicos son escasos, pero es habitual la acción directa en conflictos que visibilizan la colisión de derechos, una vía no menos importante, pero que busca oponer a la fuerza del poder estatal, la fuerza de la protesta social. En este caso, se opuso la racionalidad del derecho.

En Jujuy, pese a todas las resistencias institucionales que difieren el agriornamiento legislativo y el desarrollo de políticas públicas con perspectiva de género, hay pequeños avances. Este debate por el cupo fue un jalón en esa

línea. Es cierto que las cuotas no pueden ser un fin en sí mismo, sino una herramienta para favorecer una mayor inclusión de mujeres en la política. Ciertamente es que el cupo es sólo una de las medidas posibles en el camino hacia la igualdad. Pero en Jujuy, sigue siendo una medida absolutamente necesaria.

En Jujuy sigue siendo necesario acrecentar la democracia con mujeres que puedan movilizar una agenda parlamentaria con los temas pendientes en materia de género y conseguir leyes que vayan modificando una cultura reactiva a la igualdad de oportunidades. Las normas a veces no logran provocar los resultados esperados por factores culturales que operan como obstáculos, pero también suelen tener la potencialidad de empujar cambios y transformar lentamente esa cultura.

Con más mujeres en el parlamento, muchos temas presentados durante estos años en la Legislatura provincial y que apuntan a la cuestión de género hubieran tenido más chances: la declaración de emergencia por los altos índices de delitos contra la integridad sexual, la creación de una Comisión de Derechos Humanos, la creación de una Comisión Legislativa de equidad de género, el proyecto del Programa de Igualdad de Oportunidades, modificaciones a las normas de salud sexual y reproductiva y violencia para mejorar el acceso a los servicios de las/os destinatarias/os, por mencionar solo algunas iniciativas truncadas. Y aunque el ingreso de mujeres a los parlamentos no asegura su compromiso con la equidad de género, el cupo es necesario. Es un hecho de justicia en la representación que no puede ser eludido. Así lo ha señalado en una primera instancia la justicia jujeña. Es ahora la Corte Suprema de Justicia de la Nación la que tiene la oportunidad de valorar el caso y dirimir sobre la problemática.

Con todo, en Jujuy ya hay muchas grietas abiertas que harán caer los muros que cercenan el desarrollo de la democracia. Por un lado, están las grietas que ha provocado el movimiento de mujeres, incansable en sus 19 años de lucha por el cupo. Por otro lado, las que poco a poco van haciendo legisladores y legisladoras de diferentes partidos que buscan impulsar la agenda de género. Intervenciones como las de los jueces del Tribunal Contencioso también son fundamentales, ya que tuvieron el coraje de reconocer la discriminación histórica hacia las mujeres jujeñas y, por tanto, obligar al Estado a definir medidas de acción afirmativa y políticas públicas concretas, como el cupo en ese caso.

Una democracia que no aliente verdaderamente la participación de las mujeres es una democracia enajenada que incumple su proyecto de igualdad, lesiona la representación y reduce su potencialidad. En Jujuy, un bastión del conservadurismo más recalcitrante en los temas de género, hubo un núcleo de resistencia importante protagonizado por mujeres de diferentes sectores, partidos políticos, etc., a quienes la democracia les adeudada y, de verdad, les sigue adeudando, oportunidades para incidir en el espacio público.

El máximo órgano de la justicia provincial, la corte jujeña, con su sentencia que inhabilitó el fallo de primera instancia que obligaba al Estado a cumplir las disposiciones constitucionales referidas a la participación política de las mujeres, se ha erigido en un eficaz dispositivo de conservación del orden patriarcal. Lo mismo hizo la Legislatura de Jujuy al aprobar la Ley 5668. Casi al unísono dos poderes del Estado, garantizaron que la historia de Jujuy siga marcada por la discriminación hacia las mujeres. Ambos poderes ganaron, formalmente. Impusieron su poder de control, disciplinamiento y ratificaron su hegemonía en los procesos de reproducción cultural.

Llamativamente, no triunfaron. Hay, en los márgenes, enclaves de ciudadanía que crecen. Circulan nuevos discursos sociales que confrontan con el discurso del poder. Hay una mayor democratización en el acceso al conocimiento y consecuentemente una mayor apropiación del derecho. Pero además, crecen los cuestionamientos a las instituciones tradicionales –que se resisten a reconfigurarse y a responder a las exigencias de la democracia moderna–. Aumentan los reclamos por calidad democrática y hay un tema instalado en la opinión, que ya no podrá ser soslayado, ni ocultado: el de las mujeres en la política.

De a poco, las mujeres van involucrándose, resignificando su historia, rechazando mandatos culturales de sujeción y ampliando sus márgenes de libertad para construir sus propios proyectos. Hay cada vez más impulsos emancipatorios. Es simple: hay más ciudadanía, también en este norte periférico que alguna vez dejará de serlo.

* * *

Epílogo

A un año de la Ley 5668: Nuevos desafíos para una democracia con deudas pendientes con las mujeres

La aplicación de las leyes está mediada por la cultura política y por la inercia de esa misma cultura. Esto hemos podido comprobar en los comicios de 2011, donde se aplicó por primera vez la Ley 5668. Particularmente, puede observarse esta inercia en los parlamentos municipales y comisiones comunales del interior provincial. Allí, la tendencia ha sido -en la mayoría de los casos- la de ubicar en las listas de cargos electivos dos varones y recién en tercer lugar a la mujer, con lo cual los cuerpos han quedado constituidos por una amplia mayoría de varones. Esto significa que han continuado reproduciendo un déficit en la representación.

Aún con sus deficiencias, la ley 5668 fue la respuesta a un reclamo de dos décadas que había sido resistido en el ámbito legislativo. Los resultados de las elecciones de 2011 ponen de manifiesto la necesidad de su reforma para avanzar hacia la paridad. Esta debería ser parte de la nueva agenda parla-

mentaria, atendiendo que los temas de género son consustanciales a la democracia y constituyen un indicador de calidad institucional.

.....

Bibliografía

Bidart Campos, Germán J. (1995). *Tratado elemental de derecho constitucional argentino* (Tomo III). Buenos Aires: Ediar.

Boggiano, Antonio (1995). *Introducción al Derecho Internacional. Relaciones exteriores de los Ordenamientos Jurídicos*. Buenos Aires: La Ley.

Comadira, Julio R. (2003). En SAMMARTINO, Patricio M E. *Principios Constitucionales del Amparo Administrativo. El Contencioso Constitucional Administrativo Urgente*. Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo Perrot.

Sagües, N. P. *Inconstitucionalidad por omisión de los Poderes Legislativo y Ejecutivo. Su control Judicial* (Tomo CXXIV). ED.

El largo camino hacia la Igualdad... un paradigma en construcción para las mujeres.

Igualdad sustantiva vs argumentaciones jurídicas patriarcales

Roxana Arroyo Vargas

1. Introducción

Las exclusiones de las mujeres en el ámbito de la participación política evidencian una clara discriminación y violencia ejercida por el sistema patriarcal, y son parte consustancial de una cultura política con rasgos eminentemente sexistas.

Es claro que el largo camino hacia la igualdad para las mujeres está enmarcado por las discriminaciones. La historia demuestra los grandes obstáculos que se han tenido que enfrentar en el ejercicio del derecho a la participación y representación política y a la ciudadanía plena (Bareiro y Torres, 2009). Basta mirar las cifras actuales en cuanto infrarrepresentación de las mujeres en los puestos de decisión (Soto, 2009), para darnos cuenta de la equifonía que en este ámbito existe: la posibilidad de emitir una voz que sea escuchada y considerada como portadora de significados, goce y credibilidad (Santa Cruz, 1992).

La invisibilización en el ejercicio del poder real de las mujeres es innegable no obstante su aporte político y su visibilización en la sociedad. Recordemos, por ejemplo, que a pesar de la participación de las mujeres Francesas en los clubes femeninos y a la Declaración de los Derechos de las Mujeres¹ y de la Ciudadanía, éstas no gozaron del mismo reconocimiento ni se les otorgó la ciudadanía, pero fueron ellas quienes sentaron en su momento las bases para el debate necesario sobre la igualdad y su resignificación (Alonso y Belinchón, 1989).

Lo anterior nos lleva a poner en relieve la tensión entre la presencia y la lucha de las mujeres en diferentes momentos históricos por lograr su igualdad en el ámbito de la participación política (como lo evidencia el movimiento sufragista), y los grandes obstáculos que la sociedad dispone para impedir este reconocimiento. En realidad, en muchas circunstancias no se logra avanzar más allá de una igualdad formal que, por supuesto, no llega a dar respuesta a la constante invisibilización total o parcial de las mujeres como sujetos políticos.

Es así como el sexo se va constituyendo en un dato relevante, utilizado para excluir, disminuir y anular los derechos de participación y representación, al

1 La Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana fue un texto redactado en 1791 por Olympe de Gouges (titulado en francés *Déclaration des Droits de la Femme et de la Citoyenne*), parafraseando la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, el texto fundamental de la revolución francesa (26 de agosto de 1789). Es uno de los primeros documentos históricos que propone la emancipación femenina en el sentido de la igualdad de derechos o la equiparación jurídica y legal de las mujeres en relación a los varones.

tiempo que se instaura en esta lógica del poder androcéntrico, legitimada en la cultura política.

Es importante tener presente que el logro del derecho al voto femenino se constituyó en un antecedente de lucha para las mujeres y la sociedad. Pero a pesar de este avance la realidad evidencia una gran exclusión de las mujeres a nivel de la representación en los puestos de decisión. Esto conlleva necesariamente al cuestionamiento de los mecanismos existentes y de los estándares de participación femenina, y a afirmar, de cierto modo, que si no se transforman estas condiciones se seguirá a la sombra de la posibilidad del ejercicio del poder.

En cuanto a este cuestionamiento crítico de los mecanismos sexistas, es innegable el aporte que el movimiento feminista y de mujeres ha hecho. El feminismo ha generado debates, doctrina y prácticas políticas que han coadyuvado a la resignificación del principio de igualdad. Podemos afirmar que en el escenario de la cultura política se empieza la reflexión sobre la paridad a partir de la colaboración de las mujeres para que la sociedad, los Estados y la comunidad internacional aceptaran la igualdad sustantiva, con la aprobación de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en 1979 (CEDAW, por sus siglas en inglés). Todo esto instauró la discusión sobre las acciones afirmativas, y fue logrando la formulación de las cuotas máximas y mínimas de representación política.

Las sentencias en estudio en el presente artículo (Sentencia N° 002-09-SEP-CC por el Caso 0111-09-EP, y la Sentencia N° 005-09-SEP-CC por el Caso 0112-09-EP) que fueron objeto de sustanciación por parte de la Corte Constitucional de Ecuador, revelan las concepciones e interpretaciones sobre los derechos fundamentales relacionados con la participación política y los alcances de las cuotas. Además, permiten reflexionar sobre la igualdad sustantiva vs la igualdad considerada solo formal; al tiempo que evidencian las prácticas del sistema político ecuatoriano y de su sistema de justicia, la presencia de fenómenos políticos y sociales relativamente novedosos.

2. Derechos políticos de las mujeres y el principio de igualdad y no discriminación

2.1. Igualdad formal

Para una adecuada comprensión del derecho a la representación, participación y su relación con las cuotas y la paridad, es necesario reflexionar sobre la igualdad y sus diferentes dimensiones. Es por esto que al referirnos a la igualdad formal, o igualdad ante la ley, respondemos al imperativo de que todas las personas sean tratadas por igual (aunque en algunos casos esto no sea suficiente para avanzar hacia la eliminación del sexismo), siempre y cuando estas normas no se elaboren alrededor de los cuerpos y patrones de vida de los hombres, que exigen estándares no alcanzables para las mujeres

al ser diferentes por razones anatómicas y socioculturales. En estos casos no es suficiente el trato igualitario ante las leyes.

Como sostiene Moller Okin:

La justicia para las mujeres sigue siendo un objetivo a lograr, y es improbable que se consiga a través de la igualdad formal, porque la forma en la que la sociedad está estructurada es el resultado de una historia en la que las mujeres estaban legalmente subordinadas, y en la cual se daba por supuesto que su papel natural era prestar servicios sexuales y domésticos (incluyendo la importante tarea social de cuidar a los hijos/as) a cambio de una seguridad económica que implicaba depender de los hombres (Moller Okin, 1994:146).

Las estructuras partidarias y los mecanismos de participación y representación son ejemplos de dispositivos diseñados a partir del modelo del ciudadano varón, que no toman en cuenta la doble jornada que la mayoría de las mujeres realizan. Es así como las normas y políticas están estructuradas sobre patrones y experiencias masculinas.

2.2. Igualdad real

En otros casos, es necesario el análisis desde la igualdad real o material. Esto consiste en analizar las condiciones de las personas y colocarlas en situaciones materiales de igualdad para lograr un resultado justo, lo cual requiere muchas veces un trato diferente. Se busca, por ejemplo, promover la adopción de acciones afirmativas para nivelar las desigualdades históricas. Esta es, en muchos casos, la única manera de asegurar para las mujeres igualdad de oportunidades, y es importante destacar que no sólo alivia las desventajas del pasado, sino que remedia la manera en que los estereotipos y otros tipos de normas masculinas crean desventajas para ellas (Williams, 1999:75-99).

Lo que se intenta con esto es proveer el trato y las condiciones concretas que cada quien necesita para satisfacer sus necesidades singulares o atender sus reclamos especiales. Para el ejercicio de la igualdad es imperiosa la contextualización de las necesidades, de modo que se responda a las diferencias, experiencias y condiciones de vida particulares. Por caso, tomar las medidas necesarias para que las mujeres puedan gozar y ejercer sus derechos políticos en sociedades pensadas desde el paradigma masculino.

Hace parte de la igualdad real la necesaria valoración de las diferencias, que pretende tomarlas en cuenta y asumirlas no para oprimir y subordinar sino para potenciar y propiciar el desarrollo personal. Este planteamiento critica el enfoque de la igualdad sin partir de la diversidad, ya que considera que este concepto necesariamente implica un término de comparación (Rivera Garretas, 1994:179-228) lo cual no garantiza la liberación de la opresión de las mujeres puesto que si su explotación está basada en la diferencia sexual, es sólo sobre esta diferencia sexual que se puede resolver dicha discriminación.

Lo imperativo es la definición de los valores de la pertenencia a un género y que estos resulten aceptables para cada uno de los sexos, lo cual también exige proporcionar las condiciones necesarias para que esas diferencias se mantengan y se desarrollen.² Como sostiene Luce Irigaray

La igualdad entre hombres y mujeres no puede hacerse realidad sin un pensamiento del género, en tanto que sexuado; sin una inclusión de los derechos y deberes de cada sexo considerado como diferente en los derechos y deberes sociales. Los pueblos se dividen continuamente en rivalidades tan secundarias como sangrientas, sin percibir que su primera e irreductible división es la de los dos géneros. Desde este punto de vista, nos encontramos aún en la infancia de la cultura (Irigaray, 1992:10-11).

2.3. Igualdad en la CEDAW

Desde los nuevos planteamientos éticos-jurídicos que sustentan los instrumentos convencionales de protección de los derechos humanos de las mujeres, la CEDAW se fundamenta en un concepto de igualdad que conjuga la igualdad formal, la real y la valoración de las diferencias que nos llevarán necesariamente a la igualdad de resultados. La CEDAW define la discriminación como

toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil y en cualquier otra (Artículo 1).

Esta definición tiene una triple importancia. En primer lugar, establece que una ley o política discrimina si su resultado es discriminatorio, aun cuando tenga la intención de favorecer. En segundo lugar, define lo que legalmente se debe entender por discriminación contra la mujer. Finalmente, declara discriminatoria toda restricción basada en el sexo, que menoscabe o anule el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer de los derechos humanos en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. A partir de esta concepción, las restricciones que sufrimos las mujeres no sólo en la esfera pública, sino en el campo cultural y doméstico, deben conceptuarse como discriminatorias.

El principio de la igualdad de la persona humana se expresa a través de principios y normas de segundo orden, como el de no discriminación. Es así como la igualdad se fundamenta y se explicita en un espectro muy amplio de normas internacionales y del orden interno de los Estados. Por esta razón, la igualdad y la no discriminación se encuentran en disposiciones separadas y se aplican a diferentes categorías de derechos. Según O' Donnell, el principio de igualdad abarca un universo de derechos mucho más amplio que los derechos y

2 Véanse Jaggar (1994:167-184), Moller Okin (1994: 185-206) y Rivera (1994).

las libertades consagradas en el derecho internacional, porque “se extiende a todo derecho reconocido por la legislación interna” (O´Donnell, 1998: 376).

La Convención de la CEDAW y su Comité, se refieren a este tema en los Arts. 7 y 8 al establecer que el derecho a participar de la vida pública y política de un país incluye el derecho a elegir y ser elegida, a participar en la formulación de políticas, ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas, así como en organizaciones de la sociedad civil que se ocupen de la vida pública y política. Asimismo, incluye el derecho a representar al gobierno en el plano internacional y en organismos internacionales.

La Recomendación 23 del Comité de la CEDAW establece el alcance de los derechos referidos a la participación de las mujeres en igualdad con los hombres. En primer lugar, establece la obligación de fijar medidas temporales para incentivar la participación y el acceso de las mujeres a los cargos de mayor relevancia o prestigio. Además, la necesidad de incorporar una perspectiva de género en los distintos ámbitos de la vida nacional e internacional así como promover el equilibrio entre hombres y mujeres en cargos públicos.

Del examen de los informes de los Estados Partes se pone de manifiesto que la mujer está excluida del desempeño de altos cargos en el gobierno, la administración pública, la judicatura y los sistemas judiciales. Pocas veces se nombra a mujeres para desempeñar estos cargos superiores o de influencia y, en tanto que su número tal vez aumente en algunos países a nivel inferior y en cargos que suelen guardar relación con el hogar y la familia, constituyen una reducida minoría en los cargos que entrañan la adopción de decisiones relacionadas con la política o el desarrollo económico, la defensa, las misiones de mantenimiento de la paz, la solución de conflictos y la interpretación y determinación de normas constitucionales.³

Del mismo modo, otros instrumentos internacionales de Derechos Humanos y Comités se refieren a estos derechos, como el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos 1966 y el Comité de Derechos Humanos. El Art. 25 refiere el derecho a participar de la vida pública y política del país, incluyendo la “participación en la dirección de asuntos públicos, ya sea directamente o a través de los representantes libremente elegidos, votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual, y por voto secreto; y tener acceso en condiciones generales de igualdad a las funciones públicas del país”.

En la Observación General No. 28 del Comité, este se refiere a la necesidad de adopción de medidas eficaces y positivas, incluidas las medidas de discriminación inversa, y la obligación de presentar estadísticas que den cuenta de la situación de las mujeres en los poderes legislativos, judicial y de la administración pública.⁴

3 CEDAW. Recomendación 23. Vida Política y Pública. 13/01/97. 16 periodos de sesiones. Párrafo 30.

4 Observación General N° 28 del Comité de Derechos Humanos en relación al Art. 25 del PIDCP.

En el sistema interamericano también se cuenta con un desarrollo normativo, doctrinario y jurisprudencial que fundamenta el derecho a la participación política de las mujeres. Es importante mencionar que el principio de igualdad y no discriminación es parte fundamental del sistema interamericano y de todos sus instrumentos internacionales, entre estos la Convención Americana y Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.⁵

En materia de la participación política, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la violencia contra la mujer establece la relación entre discriminación y violencia, y analiza cómo esto constituye un obstáculo para la igualdad.⁶ Podríamos decir que el derecho a vivir una vida libre de violencia y sin discriminaciones implica la posibilidad de contar con espacios libres de violencia, para que las mujeres puedan ejercer plenamente el derecho a la participación, a la representación política y a la ciudadanía plena.

2.4. La recomendación N° 25 del Comité de la CEDAW cuotas y sistemas electorales

La recomendación general N° 25 del Comité de la CEDAW⁷ precisa aun más el concepto y alcance de las medidas especiales de carácter temporal, destacando que el Comité considera que un enfoque jurídico o programático puramente formal no es suficiente para lograr la igualdad de facto con el hombre (igualdad sustantiva). De las obligaciones que se desprenden de la Convención está que las mujeres tengan las mismas oportunidades desde el primer momento, y que dispongan de un entorno que les permita conseguir la igualdad de resultados.

La recomendación general enfatiza que las medidas especiales son un medio para hacer realidad la igualdad sustantiva o de facto de la mujer, y no una excepción. Las normas de no discriminación e igualdad, que tienen como finalidad acelerar la participación en condiciones de igualdad de la mujer en el ámbito político, económico, social, cultural y civil, o en cualquier otro ámbito, y

5 Declaración Americana dispone en el artículo II que “[t]odas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta Declaración sin distinción de sexo. Artículo 3 (I) de la Carta de la Organización establece, como principio básico, que: “Los Estados Americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo”. El artículo 1 de la Convención Americana establece la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar todos los derechos y libertades reconocidos en el tratado, sin discriminación por razones de sexo, entre otras.

6 Véanse los artículos 4, 5 y 6 de la Convención.

7 En su 20° período de sesiones (1999), el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer decidió elaborar una recomendación general sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la CEDAW. Esta recomendación complementaría recomendaciones generales previas, incluidas la recomendación general N° 5 sobre medidas de carácter temporal; la N° 8 sobre la aplicación del artículo 8 de la Convención y la N° 23 sobre la mujer y la vida pública, así como informes de los Estados Partes en la Convención y las observaciones finales formuladas por el Comité en relación con esos informes.

que de ninguna manera deben ser consideradas como medidas cuyo objetivo es discriminar a los hombres, recuerdan que existe la obligación por parte de los Estados de adoptar y aplicar todas las medidas apropiadas para erradicar la discriminación y así lograr la igualdad sustantiva.

De igual manera, llama la atención a los Estados acerca del hecho de que el establecimiento de condiciones generales que garantizan los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de la mujer y la niña, y que tienen como objeto asegurar para ellas una vida digna y sin discriminación, no pueden ser llamadas Medidas Especiales de carácter temporal.

La recomendación general N°5 del Comité de la CEDAW se refiere a estas medidas al recomendar

[...] que los Estados Partes hagan mayor uso de medidas especiales de carácter temporal como la acción positiva, el trato preferencial o los sistemas de cuotas, para hacer que progrese la integración de la mujer en la educación, la economía, la **política** y el empleo.

Estas medidas pueden ser de diferente índole o naturaleza, como instrumentos, políticas y prácticas de índole legislativa, ejecutiva, administrativa y reglamentaria (programas de divulgación o apoyo; asignación o reasignación de recursos; trato preferencial; determinación de metas o materia de contratación y promoción; sistemas de cuotas entre otras). Además, pueden ser aplicadas por la administración pública en la educación, en la economía, política, empleo, en los créditos y préstamos, en el deporte, en la cultura, en el esparcimiento, en la divulgación de conocimientos jurídicos, en la representación a nivel internacional y en la participación en organizaciones internacionales.

Es importante tener en claro que las medidas están destinadas a alcanzar un objetivo específico, y que las mismas se suspenden cuando los resultados deseados se han alcanzado y mantenido durante un período de tiempo determinado. Esta duración se determina teniendo en cuenta el resultado funcional de las medidas para los fines de la solución de un problema concreto, y no estableciendo un plazo en función de otros objetivos o metas.

En América Latina el mecanismo de las cuotas adquiere obligatoriedad al ser sancionado por ley: antes de la aprobación de la Ley del Cupo Femenino en Argentina, en 1991, no se registra que otro país del mundo contara con este mecanismo en sus legislaciones. En otros casos, las cuotas fueron incorporadas a las legislaciones electorales o se promulgaron leyes de igualdad real o social de las mujeres, lo que condujo a un retraso en su incorporación a la normativa electoral. Estas medidas se caracterizaron por su diversidad marcada no solo por los porcentajes establecidos en las distintas soluciones legales, sino también por su relación con los sistemas electorales, conformación de las listas y posibles sanciones en caso de su incumplimiento.

2.5. Democracia paritaria

La democracia paritaria y la paridad va más allá de una cuota sustantiva que permita mayor representatividad de las mujeres. Es un paso cualitativo en la incorporación de la diversidad sexual a las democracias y una profundización de la igualdad sustantiva y el principio de no discriminación, entendido desde la diversidad (Arroyo Vargas, 2006). Se pretende, por lo tanto, en el proceso de la universalización de la participación política aportar al cambio paradigmático de la cultura política patriarcal, al menos en el tema de la representación.

La paridad sexual como categoría surge de la Cumbre realizada en Atenas, en el marco del Programa de Acción para la Igualdad de Oportunidades del Consejo Europeo de Ministros, donde se aprueba la Declaración de Atenas.⁸ Lo interesante es la línea argumentativa que se plantea.

Primero, que la igualdad formal y real entre hombres y mujeres es un derecho fundamental del ser humano. Segundo, que las mujeres representan más de la mitad de la población, por lo tanto las democracias exigen la paridad en representación y en la administración de las naciones. Tercero, que las mujeres representan la mitad de las inteligencias y capacidades potenciales de la humanidad y su infrarrepresentación en los puestos de decisión constituye una pérdida para el conjunto de la humanidad. Cuarto, destaca que una participación equilibrada de mujeres y hombres en la toma de decisiones puede generar ideas, valores y comportamientos diferentes que vayan en la dirección de un mundo más justo y equilibrado. La infrarrepresentación de las mujeres en los puestos de decisión impide asumir las necesidades del conjunto de la sociedad. Quinto, se proclama la necesidad de alcanzar un reparto más equilibrado de los poderes públicos y políticos y por lo tanto, la necesaria igualdad de participación de mujeres y hombres en la toma de decisiones públicas y políticas (Sevilla Merino, 2004).

Esta forma de abordar la democracia se fundamenta en la igualdad e implica necesariamente cambios en el quehacer del Estado en todos sus ámbitos, incluyendo lo referente al poder local y a las políticas públicas.

En este sentido, los diferentes poderes del Estado deben garantizar la erradicación de la infrarrepresentación de las mujeres en los puestos de decisión, para lograr un reparto más equilibrado de los poderes públicos y políticos y poder avanzar en el logro de una ciudadanía plena y una democracia realmente inclusiva. Este marco ético-jurídico construido históricamente debe orientar el quehacer del Estado pues es el único que puede integrar a las mujeres como sujetos sociales y políticos plenos; cuestiona y aporta al concepto de democracia y ciudadanía. En este aspecto la normativa, las políticas públicas y la interpretación jurídica son el medio de garantizar y profundizar los derechos políticos y civiles de las mujeres.

⁸ Atenas 3 de noviembre de 1993.

En el ámbito de los derechos humanos de las mujeres la ciudadanía implica un espacio libre de discriminaciones y violencia cuyo ejercicio no se limita exclusivamente a una visión jurídica sino a la construcción de condiciones para el ejercicio de la autonomía de las mujeres, partiendo de la diversidad existente.

Esta autonomía tiene que ver, entre otros factores, con la posibilidad de que sus aspiraciones y planes de vida se concreten en el derecho a decidir sobre sus vidas, sus condiciones y todos aquellos asuntos que le atañen como integrantes de una comunidad. Se trata de crear las condiciones materiales y espirituales que permitan que las mujeres sean consideradas sujetos individuales con participación social.

Es por esto que la democracia es fundamental para lograr este ejercicio de la ciudadanía, en tanto que la ciudadanía conlleva un vínculo con la democracia, pues a partir de ésta se logra o no la igualdad de los seres humanos y el respeto a las diferencias. Esta visión permite romper con concepciones reduccionistas existentes sobre la democracia, que la limitan al ejercicio del sufragio para clasificar a un determinado sistema como una democracia representativa.

Este quehacer del Estado coadyuva a la construcción de democracias paritarias, en donde el poder político esté repartido paritariamente entre hombres y mujeres⁹. El concepto de democracia tendrá significación real y dinámica, además de un efecto perdurable, sólo cuando hombres y mujeres compartan la adopción de decisiones políticas y cuando los intereses de ambos se tengan en cuenta por igual.¹⁰

3. Descripción de los principales elementos de la sentencia de la corte constitucional de Ecuador

En el Caso N° 0112-09-EP del 5 de mayo de 2009 la representante del Partido Renovación Institucional Acción Nacional PRIAN, Mady Elena Gallardo Cadena, interpuso acción extraordinaria de protección en cuanto el Tribunal Contencioso Electoral sentenció que no procedían las listas presentadas para autoridades de elección popular del cantón Tosagua, confirmando las resoluciones emitidas por la Junta Electoral de Manabí.¹¹ La Corte Constitucio-

9 AMORÓS, Celia. Tiempo de feminismo. Sobre feminismo, proyecto ilustrado y posmodernismo, Madrid, Cátedra col. Feminismo, 1997.

10 CEDAW. Recomendación 23. Vida Política y Pública. 13/01/97. 16 periodos de sesiones.

11 La sentencia completa del Caso 0112-09-EP puede accederse desde el Observatorio de Sentencias Judiciales, en www.articulacionfeminista.org, OSJ Fallo 69. En este caso, en virtud de la convocatoria a elecciones generales para autoridades de elección popular hecha por el Consejo Nacional Electoral, el PRIAN procedió a inscribir, entre otras candidaturas, las de concejales rurales del cantón Paján y las de concejales urbanos del cantón Tosagua. Previa calificación, el 12 de febrero del 2009 la Junta Electoral Provincial de Manabí otorgó plazo de 24 horas para que en la nómina de suplentes se reformaran las listas considerando los principios de alternabilidad y paridad de género. La Junta Electoral Provincial de Manabí consideró que los cambios se hicieron

nal, valorando el incumplimiento de la paridad entre mujeres y hombres en la elaboración de listas, criterio del Tribunal Contencioso Electoral, no acogió la petición de Acción Extraordinaria de Protección.

Los argumentos utilizados giran alrededor de varios tópicos:

(i) Participación política vs derechos de las mujeres

Basado en el artículo 95 Constitución Política ¹² Mady Elena Gallardo, Directora Provincial del Partido Renovador Institucional, Acción Nacional PRIAN en Manabí, denominada como el sujeto activo por la Corte Constitucional, pide la revocatoria de las sentencias establecidas por el Tribunal Contencioso Electoral que determinaron que las listas electorales de candidatos para concejales urbanos del cantón Tosagua, y concejales rurales del cantón Paján, provincia de Manabí (Caso 0111-09-EP) y las listas de candidatos a concejales rurales del cantón Portoviejo, provincia de Manabí (Caso 0112-09-EP) no hayan podido ser inscritas en virtud de que no observaron ni respetaron los criterios de alterabilidad y paridad de género en la conformación de las listas electorales respectivamente.

(ii) Igualdad sustantiva vs. formalismo

El sujeto activo del proceso considera que el Tribunal Contencioso Electoral viola el derecho fundamental de elegir y ser elegido, conforme consta en el artículo 61 de la Constitución vigente, así como el hecho de que no puede sacrificarse la justicia por la sola omisión de formalidades, conforme consta en el artículo 169 de la Constitución.¹³ Por lo tanto, el orden establecido para la paridad, alternabilidad y secuencialidad hombre-mujer o viceversa es un asunto de forma más que de fondo, y que el hecho de que el Tribunal Contencioso Electoral finalmente determinara que este partido político no pudiera presentar las listas electorales respectivas, violenta su legítimo derecho constitucional a elegir y ser elegido, de ahí su pedido de acción extraordinaria de protección a la Corte Constitucional.

dentro de los plazos respectivos aunque de forma incorrecta, por lo que el 17 de febrero del 2009 mediante resoluciones N.° 023-C-JPEM y 023-E-JPEM, niega las inscripciones de los respectivos candidatos. Véase también el Caso 0111-09-EP, disponible en el Observatorio de Sentencias Judiciales en www.articulacionfeminista.org bajo la referencia OSJ Fallo 329.

12 El artículo 95 de la Constitución establece que “Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. La participación se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad. La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público, es un derecho que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria.”

13 El artículo 169 de la Constitución Política establece que “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades.”

Los argumentos del tribunal el Electoral son tres. En primer lugar, confirma el criterio de la obligatoriedad de los principios de paridad, alternabilidad y secuencialidad. En segundo lugar, establece y reclama la jurisdicción electoral para sí y desconoce la jurisdicción que tendría la Corte Constitucional en esta disputa. Finalmente, argumenta, además, que ha resuelto los recursos contenciosos electorales de forma oportuna y que el aceptar la acción interpuesta por la accionante interferiría negativamente en el proceso electoral, ya que las papeletas electorales se encuentran impresas, e inclusive se está embalandando y entregando el material contentivo del kit electoral.

(iii) Representación política con apellidos: alternabilidad, paridad, secuencialidad.

En su sentencia sobre el Caso 0112-09-EP, la Corte Constitucional establece que

[...] la decisión del Tribunal Contencioso Electoral de ratificar la resolución No. 023-B-JPME emitida por la Junta Provincial Electoral de Manabí con fecha 17 de febrero de 2009, por medio de la cual no se califica sino que se rechaza la lista de candidatos a concejales rurales del cantón Portoviejo presentados por el PRIAN por no cumplir con el requisito de equidad de género, *no puede ser considerada*, bajo ninguna óptica, como una grave vulneración a los derechos fundamentales a la participación política (Del fallo en el Caso 0112-09-EP).

En consecuencia, la Corte Constitucional considera que “en el presente caso no se observa la violación de derechos fundamentales que ameriten la apertura de la cosa juzgada y, por consiguiente, la desconfiguración del sistema de justicia contencioso electoral.”

Esto lo fundamenta en que los derechos de ser electo y elegir, y de participación, tienen relación con la política formal y sustancial. En este sentido es importante determinar los mecanismos que son utilizados. Según la concepción de Estado Democrático Ecuatoriano, uno de los requisitos que debe estar garantizado para ocupar cargos de elección popular es la paridad y alternabilidad en la elaboración de las listas.

(iv) Derecho político vs. alternabilidad y paridad

La Corte Constitucional afirma que la alternabilidad y la paridad no son requisitos meramente formales, sino principios Constitucionales¹⁴ y actúan como

14 El artículo 61 de la Constitución Política establece que “Las ecuatorianas y ecuatorianos gozan de los siguientes derechos: [...] 7. Desempeñar empleos y funciones públicas con base en sus méritos y capacidades, y en un sistema de selección y designación transparente, incluyendo, equitativo, pluralista y democrático, que garantice su participación, con criterios de paridad de género, igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad y participación intergeneracional.” Por su parte, el artículo 116 dispone que “Para las elecciones pluripersonales la Ley establecerá un sistema electoral conforme a los principios de proporcionalidad, igualdad del voto, equidad, paridad y alternabilidad entre mujeres y hombres, y determinará las circuns-

componentes sustanciales del sistema político. La Corte, además, hace mención de las desiguales condiciones históricas de las cuales han sido objeto las mujeres y del imperativo de que éstas accedan en igualdad de condiciones a la representación política, ante lo cual los principios que rigen la elaboración de las listas pasan de ser algo formal a ser principios que generan condiciones razonables y objetivas para que la igualdad sustantiva se logre.

El principio de alteridad en la lista, entendido como la necesaria secuencia alternada entre hombres y mujeres, mujeres y hombres, conlleva al resultado de igual número de hombres y mujeres en la paridad.

En cuanto a los alegatos de supuesta discriminación con el fallo, la Corte Constitucional considera que

[...] la actuación de los entes electorales no discrimina, bajo ninguna circunstancia, a los representados por el accionante pues, por el contrario, en ejercicio de acciones afirmativas que promuevan la igualdad real entre hombres y mujeres que aspiran a ocupar cargos públicos de representación política, es necesario que las listas estén construidas de tal forma que las mujeres alcancen efectivamente una función de representación, y es precisamente aquello lo que el accionante incumplió al presentar las listas para concejales (Caso: 0111-09-EP).

(v) Derechos fundamentales... ¿competencia de quién?

El Tribunal Electoral considera que no es de competencia de la Corte Constitucional revisar los fallos emitidos por este Tribunal. Sostiene la Corte Constitucional que

[...] el Estado de Derecho establecía, entre sus caracteres esenciales, la juridicidad, el control y la responsabilidad, con el fin de que la actuación del poder público fuera enmarcada dentro del ordenamiento jurídico, y así poder precautelar los derechos de los particulares de los posibles abusos y excesos del poder; y que en caso de que esto ocurriera, el particular podría activar los mecanismos establecidos en la ley para obtener su efectiva reparación.

Partiendo de este razonamiento, podemos ver que la Corte Constitucional se aleja del criterio del Tribunal Electoral y establece que en un Estado Constitucional de derecho y justicia social como el ecuatoriano, no debe existir función del Estado que no esté sometida a control, y esa es la razón del conjunto de garantías que contempla la Constitución.

Además, la competencia de la Corte es clara.¹⁵ En este sentido es importante

cripciones electorales dentro y fuera del país.”

15 De acuerdo con el artículo 429, la Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce su jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito. Las decisiones relacionadas con las atribuciones previstas

la reafirmación de que los derechos de participación (derechos políticos) son considerados derechos fundamentales, por lo tanto son constitucionalizados y justiciabilizados. Lo que viene a reafirmar el criterio de que los principios relacionados con este derecho fundamental no tienen carácter de meras formalidades, y mucho menos pueden considerarse derechos discrecionales por parte de las autoridades, más aun cuando se relacionan con el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo.

(vi) Debido proceso vs. listas de candidatos/as

Sobre el debido proceso, la Corte considera que no se contravino el artículo 169 de la Constitución¹⁶ ya que el ente Electoral tiene la potestad de aceptar o no la listas, especialmente si estas no vienen formuladas respetando los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, celeridad y economía procesal establecidos en la Constitución Política, de modo tal que garanticen el derecho fundamental de la participación política pese a haber recibido las indicaciones y de haber dispuesto del tiempo para que se remediaron los errores.

En consecuencia, en ambos casos la sentencia de la Corte Constitucional fue la misma: negar la acción extraordinaria de protección, ratificando de esta manera la sentencia del Tribunal Contencioso Electoral. Hay una sinergia entre ambas instituciones a la hora de interpretar las normas vigentes, excepto en el tema de la competencia.

4. A manera de reflexiones finales: El subtexto de género

No todos los caminos nos llevan a la resignificación y expansión del principio de igualdad

La Corte Constitucional coincide con el Tribunal Electoral no solo por la sinergia en la interpretación, sino porque ambos carecen de profundización a través de sus hilos argumentativos y de interpretación, en lo concerniente al principio de igualdad sustantiva, a sus alcances y su relación con la nueva Constitución Política y, por supuesto, con los derechos humanos.

Ambas coinciden en una mención muy tímida de las desigualdades históricas sufridas por las mujeres sin llegar a establecer la relación de esta situación con los alcances del principio de igualdad por resultado, y su estrecha vinculación con las acciones afirmativas para lograr erradicar las discriminaciones.

La Corte Constitucional se centra en responder tres preguntas y se conforma

en la Constitución serán adoptadas por el pleno de la Corte.

¹⁶ El artículo 169 de la Constitución establece que “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades”.

en mencionar principios que se encuentran en la Constitución de una manera formal, pero no logra una expansión interpretativa de los alcances de la misma. El desarrollo más profundo lo hace en relación a su competencia para ver asuntos relacionados con derechos humanos. En realidad la disputa por la competencia resulta más importante que la igualdad real, y por ende, el resultado es una sentencia que favorece pero no logra abrir camino sentando un precedente en esta materia de la jurisprudencia.

Los razonamientos jurídicos están encaminados a contestar las tres preguntas: 1) ¿Se respetó el debido proceso durante la inscripción de las listas para concejales rurales del cantón Paján y urbanos del cantón Pedernales? 2) ¿La decisión del Tribunal Contencioso Electoral de negar la inscripción de las listas de candidatos, violó el derecho constitucional de participación política y de elegir y ser elegidos? 3) ¿Tiene la Corte Constitucional potestad para conocer resoluciones del Tribunal Contencioso Electoral, en las cuales presuntamente se hayan violado derechos fundamentales?

4.1. Lo que no se dice pero se supone... El subtexto no mencionado: los derechos humanos de las mujeres

A pesar de que la sentencia es favorable la interpretación jurídica, y por tanto el texto, no hace explícitos los criterios, la doctrina y la jurisprudencia que sobre esta materia encontramos en las observaciones y recomendaciones generales del Comité de la CEDAW, ni del Comité de los Derechos Humanos. Pero también está en armonía con la doctrina y casos del Sistema Interamericano,¹⁷ que establece

que este sistema recoge no solo la noción formal de igualdad limitada a exigir criterios de distinción objetivos y razonables y, por lo tanto, a prohibir el trato irrazonable, caprichoso o arbitrario, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren de la adopción de medidas especiales de equiparación (CIDH, 2007).

La Constitución ecuatoriana está orientada a fortalecer un Estado garantista del Buen Vivir, y esto se concretiza, entre otras cosas, en un amplio catálogo de derechos humanos y de principios que coadyuvan para facilitar una interpretación jurídica que permita la expansión y la resignificación de los derechos de las mujeres, algo que la Corte no logra integrar en sus argumentaciones.

La sentencia carece de una lectura sistémica de la Constitución, en donde el derecho a la igualdad y la no discriminación por razón de sexo es un principio fundante (ver artículos 11.2, 66.4)¹⁸ y, por lo tanto, debería ser un eje trans-

17 María Merciadri vs. Argentina (Caso 11.307, informe no.102/99 y no. 103/01). Janet Espinoza feria y otras vs. Perú (Informe no. 51/02 admisibilidad de la CIDH).

18 El artículo 11.2 de la Constitución Política establece que “El ejercicio de los derechos se regirá

versal en la interpretación jurídica que hace la Corte.

La indivisibilidad e integralidad son principios de los derechos humanos que no se mencionan en la argumentación de la sentencia, puesto que no se comprende que el derecho a la representación política requiere de la conjugación de varios principios como la alternabilidad, la paridad y la secuencialidad, y que el resultado de esto favorece la igualdad material para las mujeres en el ámbito de la política, hecho que estaría en coherencia con la CEDAW.

La Corte no menciona, por ejemplo, que estas medidas también cumplen el objetivo de llevar un mensaje simbólico a la sociedad en su conjunto, al lograr visibilizar a las mujeres que han sido invisibilizadas por un sistema de participación política que parte de la experiencia y de la corporalidad masculina. Por lo tanto, la sentencia solo describe el derecho a la representación política sin discriminación por sexo, al tener como resultado el incremento de mujeres o, dicho de otra forma, habla de la garantía de la paridad en cuanto a la cantidad de mujeres y hombres que desempeñen determinadas funciones del Estado, pero no aporta argumentos en relación al cumplimiento del principio de igualdad sustantiva.

Es indudable que el resultado de la sentencia favorece la justa reivindicación planteada por las mujeres, en cuanto a eliminar los obstáculos que llevan a su infrarrepresentación en puestos de decisión, pero es una deuda pagada a medias porque en cuanto a los razonamientos y a la aplicación de la CEDAW y a la igualdad sustantiva, queda la Corte con un saldo en contra.

Por supuesto que una medida o la buena fundamentación de una sentencia no cambian el sistema en su esencia, pero es indudable que democratizan el poder. Por otro lado, sabemos que esto no define el perfil de mujeres que llegarán a estos puestos, o cuál será su concepción, o si tendrán niveles de conciencia sobre la desigualdad que viven las mujeres, pero en su conjunto contribuirá a que se acelere la igualdad material entre hombres y mujeres.

Aun así, el marco legal marca una diferencia, pues no solo garantiza el punto de partida sino también el punto de llegada. Sin embargo se requerirá de otras medidas y estrategias para pedir cuentas tanto a hombres como a mujeres, en el afán de saber si han sido consecuentes y aportativos/as desde sus puestos en este largo camino de la igualdad para las mujeres.

por los siguientes principios: 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portador de VIH, discapacidad, diferencia física, ni por cualquier otra distinción personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real a favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad". Por su parte, el artículo 66.4 dispone que "Se reconoce y garantiza a la personas: 4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación."

Bibliografía

Alonso, Isabel, Belinchón, Mila (1989) *Cuaderno de quejas y otros textos. 1788-1793. La voz de las Mujeres en la Revolución Francesa*. Horas y Horas Editorial.

Amorós, Celia (1997) *Tiempo de feminismo. Sobre feminismo, proyecto ilustrado y posmodernismo*. Madrid, Cátedra, col. Feminismo.

Arroyo Vargas, Roxana (2006) "Derechos Humanos de las mujeres y la Democracia Paritaria". En *Revista Olimpia*. Comisión Interinstitucional y Civil de seguimiento e incidencia. Sobre los derechos Políticos de las Mujeres. Diciembre de 2006. Numero 4, INAMU, San José, Costa Rica.

Bareiro, Lina y Torres, Isabel (2009) "Participación política igualitaria de las mujeres: deber ser de las democracias". En: IIDH (2009) *Igualdad para una democracia incluyente*. IIDH: San José de Costa Rica.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007) *Acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*.

Irigaray, Luce (1992) *Yo, tú, nosotras*. Madrid: Ediciones Cátedra, Universitat de Valencia, Instituto de la Mujer.

Jaggar, Alison (1994) "Ética feminista: Algunos temas para los años noventa". En: *Perspectivas feministas en teoría política*. Barcelona: Editorial Paidós.

O'Donnell, Daniel (1998) *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. Lima: Editorial Comisión Andina de Juristas.

Okin Moller, Susan (1994) "Desigualdad de género y diferencias culturales". En: *Perspectivas feministas en teoría política*. Barcelona: Editorial Paidós.

Okin Moller, Susan (1994) "Liberalismo, Política, Justicia y Género". En: *Perspectivas feministas en teoría política*. Barcelona: Editorial Paidós.

Rivera Garretas, María-Milagro (s.f.) *Nombrar el mundo en femenino. Pensamiento de las mujeres y teoría feminista*. Barcelona: Editorial ICARIA.

Rivera Milagros M. (1994) "Partir de sí". En: *El Viejo Topo*, número 73, marzo, Madrid, España.

Santa Cruz, Marita (1992) Notas para el concepto de igualdad. *Isegoría* 6, 1992.

Sevilla Merino, Julia (2004) *Mujeres y ciudadanía. La democracia Paritaria*. Valencia: Instituto Universitario de Estudios de la Dona, Universitat de Valencia.

Soto, Liliam (2009) "Cuotas y sistemas electorales en América Latina". En: IIDH. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Williams, Joan (1999) "Igualdad sin discriminación". En *Género y Derecho*, Colección Contraseña. Serie Casandra. Chile.

Derecho a la no discriminación
en la formación profesional y el empleo

Derecho a la no discriminación en la formación profesional y el empleo

Josefina Durán

El artículo 11 de la CEDAW reconoce ampliamente el derecho al empleo en condiciones de igualdad entre varones y mujeres. No se restringe a reivindicar la igualdad de oportunidades y de salarios, sino que incluye, entre otros, el derecho a la seguridad social, a elegir libremente el empleo, el derecho al ascenso y a la formación profesional. Asimismo, prohíbe la discriminación en el empleo y el despido por motivos de embarazo o matrimonio.

El cúmulo de dificultades existentes para el ascenso de las mujeres a los puestos de decisión se denomina “segregación ocupacional vertical”, que queda en evidencia con la baja participación de las mujeres en los niveles más altos de responsabilidad de la gran mayoría de las áreas de actividad económica. Por otra parte, la segregación ocupacional horizontal alude a la sobrerrepresentación femenina en determinadas ramas de actividad asociadas principalmente al cuidado, la enseñanza, la sanidad y el trabajo doméstico. El correlato es una sobrerrepresentación masculina en otras ramas asociadas a la fortaleza física, propia de los varones en el imaginario social. Entre estas actividades se incluyen todas las vinculadas a la industria automotriz, tales como la fabricación, reparación y conducción. Pese los enormes avances que ha habido en el siglo XX en términos de derechos de las mujeres, las barreras invisibles son aún las más difíciles de demoler. Recurrir al derecho como herramienta de transformación social es un modo posible de abordar estos problemas subyacentes.

Los artículos que se reproducen analizan dos problemáticas que no son las que se litigan con más frecuencia al denunciar la discriminación laboral en razón del sexo, que con mayor habitualidad se vincula con la maternidad y su protección. En primer lugar, el artículo de María Jennie Dador aborda la expulsión de los centros de formación policiales de Perú de las alumnas embarazadas, otorgándoseles trato abiertamente desigual respecto de los varones en similar situación. El artículo de Romina Otero y Mariela Puga trata el caso de una mujer salteña que deseaba ser colectivera, y pese a contar con todos los requisitos habilitantes, no era contratada por ninguna empresa, en un sitio en el que además nunca una mujer fue chofer.

La negativa por parte de los empleadores de las líneas de transporte salteñas a otorgar un puesto laboral a una mujer y la expulsión de las aspirantes a policía responden a diferentes patrones de segregación en el empleo. Mientras que el caso peruano es un ejemplo claro de discriminación por sexo (dado que se sancionaba a las embarazadas más no a los alumnos padres) el caso argentino constituye un ejemplo de segregación ocupacional horizontal.

No obstante, que estas sentencias permitan conocer hechos que pocas veces se denuncian, no quiere decir que estos hechos raramente sucedan. El caso de la mujer que quería ser colectivera es el segundo caso similar en Argentina del que se tenga conocimiento, en los que se llevó a los tribunales de justicia a empleadores que se negaban a contratar mujeres sin alegar ninguna razón constitucionalmente relevante. Resulta evidente que no fueron únicamente dos las mujeres en la historia del país que se vieron impedidas de ingresar en ámbitos considerados “masculinos”, pero las razones para la baja litigiosidad ante la vulneración de este derecho habrá que buscarlas en dificultades más estructurales para el acceso a la justicia. Por otra parte, la situación vivida por las aspirantes a policías revela un criterio no solo groseramente segregacionista por parte de la institución, sino por además absurdo. Mientras que en la etapa de formación profesional eran expulsadas en caso de quedar embarazadas, una vez finalizada esta etapa y revistiendo funciones policiales, gozaban de licencia por maternidad y un amplio reconocimiento de derechos vinculados a ella.¹

1 Tales como descanso para la lactancia, la exclusión temporal de situaciones de violencia y de esfuerzos físicos, de guardias de veinticuatro horas, etc. (Directiva N° 002-2003-IN/DDP-OE MUJ)

La justicia salteña y la inclusión de las mujeres en el mercado laboral: El caso Sisnero

Mariela Puga & Romina Otero

1. Introducción

El 18 de noviembre 2009, en la ciudad de Salta, el juez de la Sala V de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Dr. Mario D' Jallad dictó una resolución de gran trascendencia para el derecho de las mujeres en el mercado laboral argentino. En una ciudad en la que no existe una sola mujer chofer de colectivos, el juez de Cámara ordenó a todas las empresas del rubro reservar un cupo del 30% de su planta de choferes, para que sea ocupado por mujeres.

El caso reconoce como antecedente más claro a la causa "Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/ Freddo S.A. s/amparo" del año 2002, en la ciudad de Buenos Aires. En esa ocasión se trataba de una cadena de heladerías, Freddo S.A., la que tenía una política abierta y explícita de no contratar mujeres.¹ La resolución judicial condenó a Freddo a que en el futuro sólo contrate personal femenino hasta que se compense, en forma equitativa y razonable, la desigualdad producida.

La impronta de ambas decisiones es significativa en varios sentidos. Refleja una reacción decidida de la justicia argentina frente a las políticas de empleo privadas que discriminan a mujeres, al punto de excluirlas de ciertas actividades. Pero también ambas muestran la radical metamorfosis que se está operando en nuestro sistema jurídico procesal desde hace ya más de una década, sin la cual hubiera sido impensable este tipo de intervención y remedio judicial.

El fallo de Salta ha sido revocado por una lamentable resolución de la Corte de Justicia de Salta en junio de 2010,² y a su vez, tal decisión, está siendo recurrida ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sin un fallo firme a la fecha, en este trabajo intentaremos, no obstante, hilvanar algunas dimensiones de la impronta del caso y su impacto social. Comenzaremos analizando elementos del contexto local que permitan evaluar la importancia inmediata

1 Freddo SA, una de las principales empresas dedicadas a la producción y venta de helados de la ciudad de Buenos Aires y sus alrededores, excluía sistemáticamente a las mujeres de sus convocatorias laborales para ciertas tareas. Es decir, ofertaban públicamente empleo y seleccionaban postulantes en base al sexo.

2 Los autos de la Corte de Justicia de la Provincia de Salta se denominan "Sisnero Mirtha Graciela; Caliva Lía Verónica; Bustamante Sandra; Fundación Entre Mujeres c/ Tadelva S.R.L.; Ahynarca S.A.; Alto Molino S.R.L. y otros s/ amparo - recurso de apelación", y la resolución es del 8 de junio de 2010. Votaron en mayoría 6 de los 7 jueces, con la única disidencia del Dr. Guillermo Alberto Posadas. El argumento central de la mayoría es que "no surge de la prueba aportada que las empresas hayan limitado manifiestamente su convocatoria de personal...y tampoco se acreditó que, en igualdad de condiciones, se haya preferido a otro postulante por el hecho de ser hombre".

de este tipo de decisiones, para luego comentar algunos de los elementos más significativos del caso de las colectiveras.

1.1. Importancia de la decisión judicial en el contexto salteño

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha señalado entre las tendencias preocupantes del mercado de trabajo en el mundo que “mientras más pobre es la región, mayores son las posibilidades que las mujeres sean trabajadoras familiares auxiliares sin remuneración o trabajadoras por cuenta propia con bajos ingresos, y en una proporción más alta que la de los hombres” (OIT, 2007).

En Salta las estadísticas confirman esa tendencia. Por una parte, se trata de una de las provincias con mayor porcentaje de personas en situación de pobreza, en una de las regiones más pobres del país. Según mediciones extraoficiales, el índice de pobreza en Salta llegó hasta el 43,6% durante 2009.³ Por otro parte, la última encuesta permanente de hogares del INDEC⁴ señala que la tasa de actividad de las mujeres de la provincia es del 47,9% contra el 70,4% de los varones. Es decir que en un contexto de gran pobreza, sólo un 47,9% de las mujeres salteñas mayores de 14 años están trabajando o buscando trabajo. Es de suponer, que una buena parte del resto de esas mujeres tiene como única actividad el cuidado del hogar. En cifras, el asunto resulta aún más significativo, en tanto el 54% de la población salteña es femenina, y sólo el 46% masculina.

El informe de la OIT citado, y otros estudios recientes, también hacen hincapié en la persistencia de la brecha salarial entre hombres y mujeres en todo el mundo.⁵ En la Argentina, esa brecha suele explicarse por lo que se conoce como territorios ocupacionales de géneros. Las remuneraciones son mayores en las actividades u oficios que se tienen como territorios masculinos (choferes de colectivo, por ejemplo), que en las típicamente femeninas (peluqueras, empleadas domésticas, enfermeras, etc.). También contribuye a la explicación de la brecha salarial la fuerte presencia femenina en el empleo no registrado y en el subempleo.⁶

3 Datos del Instituto Argentino para el Desarrollo de las Economías Regionales (IADER), citado por diario Crítica Digital del 04.08.2009, sección el país, “Le dio la razón a estudios privados. La provincia reconoció que la pobreza ronda el 30%”. <http://criticadigital.com/index.php?secc=nota&nid=27523> (Última visita 14 de febrero de 2010). Según las escalas del INDEC, la pobreza en Salta en ese periodo fue del 19,6% y la indigencia del 4,8%.

4 Informe del Segundo trimestre de 2009- Indicadores Demográficos y Socioeconómicos. No podemos dejar de hacer notar aquí, lo sintomático del hecho de que el INDEC tenga en cuenta la distribución en términos de género dentro del hogar para valorar sus requerimientos al momento de calcular la línea de pobreza por hogares, pero que, sin embargo, no desagregue por género los porcentajes de pobreza (que surgen de comparar los ingresos del hogar con la línea de esa pobreza).

5 Hacia el 2006, la brecha salarial en Argentina entre varones y mujeres, expresada en términos del déficit de ingreso mensual promedio, era del 20% para el total de los asalariados. (Rojo Briuzuela y Tumini, 2009).

6 “El análisis de la distribución por género del empleo al interior de las empresas mostró que los

Ahora bien, en Salta un chofer de corta distancia gana, a principios del 2010, 3.448,02 pesos mensuales, pudiendo ganar hasta 3.703 pesos con sumas no remunerativas.⁷ Es decir, se trata de un sueldo significativo en contexto, que dobla holgadamente el Salario Mínimo Vital y Móvil fijado para enero de 2010, y que casi triplica el mínimo fijado para el servicio doméstico.⁸

Así las cosas, la inserción de mujeres salteñas en el rubro de choferes de colectivos tendría una trascendencia económica evidente. Sobre todo si se considera el contexto de pobreza, la baja actividad económica femenina, y la alta brecha salarial entre sexos que existe en todo el país. La decisión judicial que comentamos aquí, en la medida en que algún día se ejecute,⁹ tendría entonces un impacto socio-económico notable en la vida y perspectiva de varias mujeres salteñas.

2. El caso de las colectiveras¹⁰ salteñas

La defensora oficial de la Provincia de Salta, Dra. Natalia Buira, presentó una demanda judicial de amparo en representación de otras tres mujeres. Una de ellas había intentado en diversas ocasiones conseguir trabajo como chofer de colectivos, tenía incluso un carné profesional, y había cumplido con todos los requisitos establecidos por la Dirección General de Tránsito de la Provincia. Aún así no la contrataba ninguna empresa. Las otras dos mujeres representaban a una organización no gubernamental, la fundación *Entre Mujeres*, que tiene como objeto social la defensa de los derechos humanos con perspectiva de género. Ellas denunciaban el hecho de que nunca se había contratado a una mujer como chofer de colectivos, como una evidencia de la actitud discriminatoria denunciada.

Dirigieron su acción contra las ocho empresas privadas que están a cargo del transporte público en la ciudad de Salta, y contra la Autoridad Metropolitana de Transporte (AMT),¹¹ invocando su derecho a la igualdad de oportunidades

territorios ocupacionales de las mujeres son preponderantemente áreas de apoyo que presentan remuneraciones más bajas, menores requerimientos de calificación y también bajas posibilidades de desarrollo de las carreras laborales". (Rojo Brizuela y Tumini, 2009).

7 Estos son datos de la Secretaria de Trabajo de Salta, la que señala que el Sueldo básico es de \$2.701,03, el corte de boleto \$57,55, la asistencia \$689,62 y las sumas no remunerativas alcanzan hasta \$ 255,00.

8 El Salario Mínimo Vital y Móvil (SMVM) fijado para enero de 2010 es de \$1500 mensuales, por el Consejo del Salario Mínimo, conformado por entidades empresarias, sindicales y el ministerio de trabajo de la nación. Sin embargo, el sueldo mínimo del personal doméstico ("actividad femenina") es de \$ 1.347.

9 Actualmente la ejecución de la sentencia está suspendida, y el caso en camino a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

10 Notará que el corrector ortográfico del programa Word del sistema operativo Windows no reconoce la palabra "colectivera", y le sugiere que la corrija por "colectivero," o que deje que el auto-corrector lo haga por usted. Nuestra sugerencia es que presione el botón "izquierdo" de su ratón, y elija la opción agregar la palabra "colectivera" al diccionario de Word, como anticipo de un futuro más inclusivo.

11 La AMT resultó exonerada en el caso. Sin embargo, como se verá más adelante, el juez le ordenó que actuará de intermediario en la contratación futura de mujeres, como medida *remedial*

en el empleo. En concreto, solicitaron que se asegure un porcentaje equitativo de plazas a ser cubierto exclusivamente por mujeres, y en particular, que se emplee a la demandante.

Sintomáticamente, esta acción de amparo fue respaldada por dos importantes instituciones locales lideradas por mujeres. Fueron la rectora de la Universidad Nacional de Salta, Stella Pérez de Bianchi, y la delegada de Salta del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI), Verónica Spaventa, quienes se presentaron como adherente y como *amicus curiae* respectivamente, en nombre de las instituciones que representan.

2.1. Legitimación Activa

Al igual que en el caso *Freddo*, una de las controversias centrales de este caso fue el reconocimiento de legitimación activa de las demandantes. Sucede que al igual que en las historias kafkianas, la legitimación activa aparece como esa puerta de entrada a *la ley* tan difícil de flanquear.¹²

En Buenos Aires, en el año 2002, la discusión del caso *Freddo* giró en rededor de la interpretación del artículo 43 de la Constitución Nacional, introducido con la reforma del 1994. El juez de primera instancia había rechazado inicialmente la legitimación activa a la Fundación Mujeres por la Igualdad¹³ y del Centro Municipal de la Mujer de Vicente López, para representar a todas las mujeres de la ciudad por no ser tenidas en cuenta en el proceso de selección de empleadas de la heladería debido a su sexo.

En aquel momento, el fundamento del rechazo en primera instancia sostuvo que el artículo 43 de la Constitución Nacional exigía que existiera una ley o decreto que reglamente el ejercicio de la legitimación activa de estas organizaciones. De manera que la inexistencia de tal reglamentación no podía ser suplida por el juez. La Cámara, tuvo entonces que revocar esta primera decisión,¹⁴ afirmando así la auto-operatividad de la norma constitucional, para que el caso pudiera ser debatido y finalmente resuelto.

Ya en 2009 en Salta, el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia (CPCC)

de la discriminación.

12 Referimos al famoso cuento de Franz Kafka, *Ante la Ley*.

13 Ver detalles de la organización en <http://www.mujeresenigualdad.org.ar/>

14 La cámara revocó la decisión en relación a la asociación Mujeres por la Igualdad, pero la ratificó, en relación al Centro Municipal de la Mujer de Vicente López. De manera que esta última asociación quedó fuera del proceso por carecer de competencia territorial en este caso. El Dr. Koper, uno de los camaristas votó en disidencia sobre este asunto. Entendió que el inciso c) del artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, al “garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación”, y entendiendo por “garantizar” “remover todos los obstáculos para que los individuos disfruten de los derechos que la Convención reconoce”, otorgaba legitimación a una repartición pública como la del Centro Municipal de la Mujer de Vicente López” (Maurino, Nino y Sigal, 2005: 51).

vigente, establece que en cuestiones relativas a un grupo indeterminado de personas, estarán legitimados para promover el proceso pertinente indistintamente el Ministerio Público y las instituciones o asociaciones de interés social. (Artículo 47 del CPCC de Salta).

Pero además, la Constitución Provincial legitima expresamente al Defensor General para promover acciones ante la justicia en defensa de los intereses generales de la comunidad. Este tipo de *legitimación oficial* da lugar a una acción de amparo muy particular, similar a la “acción civil pública” de la ley 7347 de Brasil.¹⁵ En base a esta habilitación legal y constitucional es que la Defensora Oficial de Salta inició la demanda como apoderada de las demandantes, estando en ejercicio de sus funciones públicas y con recursos del estado provincial.

Ello no evitó, sin embargo, que los demandados intentaran impugnar la legitimación de la *Fundación Entre Mujeres*, que es evidentemente una de las asociaciones de interés social mencionadas en el código procesal salteño en su art. 47. Una de las empresas demandadas sostuvo entre sus argumentos que esta fundación¹⁶

si bien puede tener como principio la defensa de los derechos humanos, dista mucho de tener representatividad suficiente de las mujeres en general salvo respecto de sus asociadas.

El argumento en principio desconoce varios precedentes jurisprudenciales pertinentes como *Freddo*, *Benghalensis*¹⁷ y *Verbitsky*,¹⁸ entre otros, pero sobre todo, como advierte el juez, no da cuenta del reciente fallo de la Corte en el caso *Halabi*,¹⁹ que ha definido los alcances de las acciones colectivas frente al prolongado silencio del legislador.

15 Sancionada en 1985, la legislación brasilera habilita tanto el Ministerio Público como las personas de derecho público (estados, municipios, empresas públicas, etc.), además de las asociaciones privadas para accionar. Ello ha llevado que la mayor cantidad de las acciones públicas presentadas en Brasil son llevadas o retomadas por el Ministerio Público. Este no es un asunto casual, sino que refleja como la existencia de recursos públicos destinados al patrocinio y gestión de este tipo de causas, suele ser un elemento determinante en la expansión y el éxito del litigio de interés público.

16 Dichos en representación de la Dra. N. Zelalija Gatti, con el patrocinio letrado del Dr. V. H. Belmont, en el carácter de apoderada de la empresa de Transporte Automotores del Valle S.R.L (TADELVA SRL)

17 En el caso “Asociación Benghalensis y otros c. Estado Nacional” de junio de 2000, la Corte Suprema Argentina le reconoció la legitimación activa a un grupo de asociaciones de la sociedad civil para representar el interés de los enfermos de SiDA en que se le provea los medicamentos para su tratamiento.

18 En el caso “Verbitsky, Horacio s/ Habeas Corpus Colectivo” de mayo de 2005, la Corte Suprema Argentina le reconoció legitimación al Centro de Estudios Legales y Sociales, una organización de derechos humanos, para que represente los intereses de los internos en comisaría y cárceles de la Provincia Buenos Aires, en que se modifiquen las condiciones de detención.

19 “Halabi, Ernesto c/ P.E.N.-ley 25873 dto. 1563/04 s/amparo ley 16986” Corte Suprema de Justicia Argentina, febrero de 2009.

En febrero de 2009 la corte señaló en *Halabi* que la idea de intereses colectivos abarca tanto a los que tienen por objeto bienes colectivos indivisibles (tal el ambiente), como a los llamados intereses individuales divisibles y homogéneos, los que dan lugar a las llamadas acciones de clase.

El juez salteño habilitó a la Fundación Entre Mujeres y a la demandante para iniciar una acción colectiva, en base a la representación de un bien colectivo: la igualdad, o la no discriminación. Según el relato de la decisión la pretensión de “cupificación” en el empleo de chofer, es indivisible y, por tanto, solo sería admisible al invocarse un bien público. En consecuencia, sólo podrá ejecutarse en beneficio de todas las mujeres salteñas en actividad.

En cambio, la petición de una de las demandantes de acceder ella misma a un puesto de chofer, en cuanto pretensión individualizable, se funda en su derecho subjetivo al trato igualitario, el cual podrá satisfacerse sólo en relación a ella.²⁰

Es la defensa de intereses colectivos (ya sean divisibles o indivisibles) lo que habilitan la acción colectiva. Por tanto, la llave de la legitimación activa de una asociación, es la representación de intereses colectivos que resultan afectados y dan lugar a una causa judicial, y no, como pretende la demandada, la representación de afectados o interesados afiliados a la asociación representante.

La interpretación del alcance de la legitimación activa en el caso se asienta en dos sub-textos teóricos que vale la pena resaltar. Por un lado puede verse el alejamiento de la tradición procesal individualista, basada en la acción y promoción individual o asociativa, hacia una nueva corriente procesal de acciones colectivas. Esta última, está basada en la idea de protección de intereses supra-individuales, o de intereses individuales homogéneos, y permite acciones que funcionan como dispositivos sensibles a los obstáculos de acceso a la justicia de los interesados.

Por otro lado, supone reconocer lo que se llama una “representación extraordinaria”, en cuanto es ejercida por quienes no son titulares de la relación jurídica debatida en el proceso, y defienden un derecho ajeno, o de ausentes en el proceso.²¹ La Corte Suprema entendió que en estos casos es necesario

20 Obsérvese los extremos de ésta distinción conceptual. Si, hipotéticamente, la pretensión de Sisnero fuera en relación a un puesto de chofer para varias otras mujeres en situación similar a la de ella (con carné profesional, que postularon y no fueron contratadas) el caso sería un caso colectivo, pero del segundo tipo. Es decir, en representación de intereses homogéneos divisibles. Ese no es el caso en análisis aquí.

21 En el caso el derecho a la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo, como el derecho a un *bien colectivo*, es un derecho compartido por todas las mujeres salteñas en actividad (mas de 14 años buscando trabajo), aunque se trate de un grupo evidentemente heterogéneo, y con intereses más o menos fuertes en relación a la *litis* de este caso. Como todo bien público, es trans-generacional, y sin duda, y el grado de protección actual afectará también a las generaciones futuras.

tener especial cuidado en resguardar el derecho de defensa en juicio de los que no están presentes. En función de ello entendió necesario tomar ciertos recaudos para asegurar que la representación sea adecuada, y la representante idónea.

El juez consideró que en el caso había representación adecuada e idoneidad en base al hecho del respaldo institucional recibido por la Universidad Nacional de Salta y el INADI. En fin, las dos mujeres líderes que avalaban la causa, sumaron las fuerzas necesarias para que las puertas de la justicia terminaran de abrirse al interés de las mujeres salteñas en penetrar un territorio ocupacional tradicionalmente masculino.

2.2. Territorios, suelos y techos ocupacionales

El hecho de que existan ámbitos de inserción laboral diferenciados para hombres y mujeres, aparece muchas veces ante nuestros ojos como un dato de la realidad, revistiendo en algunos casos el carácter de lo “natural”. No obstante, la existencia de estos territorios laborales diferenciados puede ser considerada de manera compleja, como el resultado de procesos que quedan solapados bajo la apariencia de lo natural, tal es el caso de la socialización diferencial de varones y mujeres que implica un aprendizaje social acerca de los roles, las representaciones y las prácticas adecuadas para cada sexo.

En los argumentos esgrimidos por los demandados en el caso, se ponen en evidencia las conexiones que existen entre esos procesos de socialización y la segmentación sexual del mercado laboral. Así, los abogados de tres de las empresas demandadas sostienen que:

sus mandantes **no han discriminado en la elección del personal de conducción, y que ni siquiera tuvieron la posibilidad de hacerlo ya que nunca se presentó una mujer a pedir trabajo como chofer, o por lo menos nunca que estuviera capacitada o contara con la habilitación requerida para el cumplimiento de tal función.** Entiende que **no se puede confundir seleccionar en base a idoneidad con discriminación,** y que la Sra. Sisnero no puede pretender ser chofer de colectivos cuando su única experiencia laboral anterior lo fue como peluquera y guardia de seguridad, y que **contar con un carnet no la habilita para ser considerada como una persona idónea.** [...] Afirman que es indiscutible que el hombre y la mujer no son iguales, y **por más que a la mujer se le otorguen los mismos derechos como ser humano, físicamente son distintos lo que conlleva a una diferencia de tratamiento.**²²

Es interesante revisar la primera parte del argumento, donde se sostiene que “Nunca se presentó una mujer a pedir trabajo de chofer”, ya que la cuestión de la falta de demanda de trabajos tradicionalmente considerados como ocu-

22 Dres. H. Irigoyen y A. Velarde en el carácter de apoderados de las codemandadas Transporte San Ignacio S.R.L., Transporte Lagos S.R.L., Transal S.R.L. y ALE Hnos. S.R.L. Extracto del fallo. El énfasis es propio.

paciones masculinas (tal es el caso de los chóferes de transporte público en nuestro país) evidencia una selección que se ha llevado a cabo con anterioridad y en diversos ámbitos de la vida.

Un ejemplo de cómo funciona esta preselección social en términos de género ha sido desarrollado por Susan Moller Okin al subrayar los efectos que tiene la anticipación del matrimonio en la situación de vulnerabilidad de las mujeres, especialmente en el ámbito laboral. Para Moller Okin el ideal del matrimonio como expectativa tiene un peso fundamental en las decisiones acerca de la educación y el empleo, llevando a concebir la participación de las mujeres en el mercado de trabajo como complementaria, secundaria y subordinada a la responsabilidad primaria del cuidado de los niños y la familia.²³

La forma en que los ideales de género tradicionales moldean (limitan o amplían) los horizontes de expectativas en los diferentes ámbitos de la vida (familiares, educacionales, laborales) nos lleva directamente a la segunda cuestión dentro del argumento: “por lo menos nunca [se presentó una mujer] que estuviera capacitada”. Un efecto de los procesos de socialización diferenciales entre hombres y mujeres es la diferencia en el tipo de habilidades desarrolladas y la calificación en determinadas actividades resultante. Estudios realizados en el ámbito de las empresas que trabajan en el desarrollo de software (con tasas muy bajas de ocupación de mujeres) muestran cómo la escasa presencia de las mujeres en las carreras de la rama de la ingeniería (consideradas tradicionalmente como masculinas) tiene como resultado un déficit en la cantidad de mujeres capacitadas para ocupar lugares en aquellas empresas y por consiguiente la baja demanda de empleo en ese sector.²⁴

Consideremos además el peso de aquellos estereotipos de género según los cuales entre las características positivas femeninas, tomadas en cuenta al momento de emplear a una persona, se encuentran la prolijidad, la paciencia, la perseverancia, la atención al detalle, la docilidad, la actitud de servicio y la disposición a realizar tareas monótonas y repetitivas; mientras que entre los aspectos negativos que se ponen de relieve se hallan la menor fuerza física y la renuencia a viajar, a afrontar el peligro físico y a supervisar el trabajo, entre otros.²⁵

El peso y el impacto de estos estereotipos puede verificarse en las cifras de ocupación de mujeres en los diferentes sectores de actividad en Argentina: para el año 2007, las mujeres representaban el 18% del empleo industrial, el 32% del empleo en comercio y el 42% en servicios. Ahora bien, el sector servicios abarca el rubro Enseñanza (donde de cada cuatro ocupados, tres son

23 Por el contrario para los varones el ideal del matrimonio funciona como expectativas de ocupar el lugar de proveedor principal de la familia que es lo que se espera de los padres y esposos. Okin, Susan, 1989.

24 Faur y Zamberlin, 2009: 15.

25 Faur y Zamberlin, 2009: 9-10.

mujeres) y los Servicios sociales y de salud (donde las mujeres constituyen el 73% del empleo). Sin embargo, “[a]nalizado sectorialmente este fenómeno, apreciamos que si bien en servicios se da la mayor participación femenina en el empleo, también se observa la mayor brecha salarial (25%).”²⁶

Estas ocupaciones son tradicionalmente valoradas como femeninas, y esto se explica porque aquellas se vinculan con actividades tales como la enseñanza y el cuidado de los otros, consideradas de alguna manera como prolongación de las tareas asignadas a la mujer en el seno de la familia y juzgadas por esa razón como “naturales a ese sexo”.²⁷

Este tipo de segmentación del mercado del trabajo que cristaliza en la distinción entre ocupaciones femeninas y masculinas, no sólo naturaliza la diferencia sexual en términos de habilidades y capacidades disponibles, sino también las brechas salariales y las diferencias de prestigio y jerarquía que le son concomitantes.

Las relaciones establecidas entre las fuerzas de socialización, las habilidades diferenciales, los estereotipos, la segmentación ocupacional y la brecha salarial, tienen un fuerte respaldo estadístico en todo el mundo, y ha llevado a teorizar sobre fenómenos específicos como lo son el “suelo pegajoso” y el “techo de cristal”. El primero hace referencia a las fuerzas que mantienen a las mujeres en la base de la pirámide económica. El segundo a una superficie superior invisible en la carrera laboral de las mujeres que les impide seguir avanzando hacia los vértices jerárquicos de las organizaciones para los que están suficientemente preparadas.²⁸

El caso de Salta muestra una singularidad en relación al empleo de mujeres como chóferes, y es el hecho de que ellas ya se encuentran a cargo de los transportes escolares de la ciudad. Esto evidencia cómo, aún cuando las mujeres han podido penetrar en el área del transporte en esa ciudad, sólo han podido hacerlo en un segmento en que sus funciones guardan estrecha relación con su predisposición “natural” a la maternidad y al cuidado de los otros. De manera tal que de concretarse la orden del fallo, se estaría ante la penetración de un significativo techo de cristal para las mujeres que permanecía disimulado.

26 Rojo Brizuela y Tumini, 2008: 59.

27 En el mismo sentido se puede apuntar que mientras que la rama industrial exhibe el menor porcentaje de ocupación femenina, el 63% de aquellas se concentra en cuatro ramas alimentos, confecciones, productos químicos –especialmente las de cosméticos- y productos textiles. (Rojo Brizuela y Tumini, 2008: 59).

28 El “techo de cristal” en el mundo empresarial simboliza “un muro transparente pero sólido, hecho de actitudes y prejuicios organizativos” que se mantiene a pesar de que mejora la participación de las mujeres en trabajos y puestos de dirección. Ver *Breaking through the glass ceiling: Women in management*. Informe de la Organización Internacional del Trabajo. <http://www.ilo.org/public/english/dialogue/sector/techmeet/tmwm97/tmwm-con.htm> (Última visita 15 de febrero de 2010)

2.3. Una cuestión de idoneidad

Es interesante observar que la existencia de trabajadoras salteñas en la conducción del transporte escolar permite suponer la presencia de recursos humanos capacitados y una demanda latente para ocupar los espacios laborales que se “abrirán” en el transporte público de pasajeros.

Sin embargo, la concepción de habilitación e idoneidad que sostienen las empresas de transporte público demandados es bastante diferente, y guarda estrecha relación con los estereotipos y conexiones señalados más arriba.

Por una parte, la cuestión de la habilitación alude a la posesión de un carné profesional expedido por la autoridad correspondiente, que es requisito legal básico para la tarea de conducción del transporte de pasajeros. Menos transparente es la definición de qué se entiende por idoneidad y el problema de cómo juega esa definición en un contexto de socialización diferencial entre mujeres y varones como el que describimos.

En tal sentido la idea expresada por uno de los demandados acerca de que no se puede confundir la “selección a base de idoneidad” con la discriminación es bastante sintomática de los problemas que hemos señalado, máxime cuando a continuación se esgrime como argumento que en el caso puntual de la demandante Sisnero la “única experiencia laboral anterior” fue “como peluquera y guardia de seguridad”²⁹. En realidad no debería llamar la atención que esos sean los únicos antecedente laborales que una mujer, aún poseedora del carné de conducir habilitante profesional, puede aportar en un contexto donde la segmentación laboral por sexo parece estar más vigente que nunca, y en especial, cuando es precisamente esa segmentación la que se confronta con el reclamo judicial.

La misma observación se puede realizar acerca del criterio de idoneidad sostenido por otro de los demandados al relatar que “... los conductores incorporados con posterioridad a la nota referida todos se trataron de conductores que habían obtenido el carnet habilitante para conducir automóviles **con más de cuatro años de antigüedad**, y en **posesión del carnet profesional en carácter de renovante**, y que no se configura acto de discriminación dado que solo se procedió a **contratar personas que resultaban más idóneas para ocupar el puesto de choferes...**”, agregando un elemento nuevo para determinar la idoneidad al señalar que “...además de la antigüedad en la posesión de la licencia de conducir, entre los criterios evaluados a la hora de la contratación de personal de tráfico, se encuentra el de **poseer conocimientos de mecánica**, requisito al que la Sra. Sisnero en ninguna presentación aludió cumplir.”³⁰

29 Dres. H. Irigoyen y A. Velarde en el carácter de apoderados de las codemandadas Transporte San Ignacio S.R.L., Transporte Lagos S.R.L., Transal S.R.L. y ALE Hnos. S.R.L. Extracto del fallo.

30 Dra. M. Cornejo, en el carácter de apoderada de Alto Molino S.R.L. Extracto del fallo.

La exigencia de conocimientos de mecánica, por un lado confirma y refuerza los estereotipos de género que pesan sobre algunas actividades, convirtiéndolas en exclusivamente masculinas o femeninas, mientras que por el otro, pone en evidencia cómo idoneidad y discriminación si pueden confundirse y solaparse. En tal sentido, no deja de llamar la atención que mientras conocer de mecánica aparece como una condición excluyente en la selección de choferes del transporte público, los indicadores de seguridad vial no resultan siquiera un criterio relevante. Según un relevamiento realizado por el CESVI Argentina (Centro de Experimentación de Seguridad Vial) teniendo en cuenta la participación de las mujeres/varones en accidentes graves ocurridos en rutas y autopistas, así como también la proporción entre conductores mujeres/varones, las mujeres participan en apenas un 28,4 % de los incidentes, mientras que los varones los hacen en un 71,6 %.³¹

Es claro que el criterio de idoneidad definido mantiene a las mujeres alejadas de este territorio ocupacional, asumiendo de forma arbitraria la relevancia de habilidades socialmente construidas como masculinas.

2.4. Discriminación vis a vis violencia

Tanto en el caso *Freddo* como en el caso *Sisnero*, las resoluciones judiciales tienen la virtud de haber sido capaces de deconstruir algunos criterios de idoneidad sostenidos por los empleadores, y de ser sensibles así, a algunas complejidades del fenómeno de segregación sexual en el empleo.

Mientras el juez de primera instancia en *Freddo* sostenía que la empresa es quien está en mejor situación para decidir sobre la cuestión de la idoneidad de sus empleados, porque su interés es económico, la Cámara le advertía que incluso los criterios empresariales supuestamente económicos, “tienen su fundamento en la asimilación permanente de la sociedad de formas de pensamiento con las que se ha educado a la gente, y que producen una división social y cultural del trabajo.” En tanto, en el caso *Sisnero*, el juez salteño respondía de manera concluyente a las criterios de idoneidad que defendían los empleadores, al señalar que “si para conducir es menester tener conocimiento de mecánica, más sería la gente que andaría de a pie, que conduciendo.”

31 Asimismo se identificaron perfiles de conductores mujeres y varones: “El conductor hombre es arriesgado, no respeta las normas, se maneja en base a la sensibilidad que le transmite el tránsito y es agresivo. [...] Usa los elementos de seguridad por temor a ser controlado o sancionado pero no por verdadero convencimiento a pesar de que manifiesta tener un mayor conocimiento en lo que se refiere a la seguridad vial y automotriz. En cambio, la mujer conductora es más respetuosa de las reglas y acepta las consignas sin desafiarlas o intentar trasgredirlas; suele ser paciente, no presenta una gran afinidad con los aspectos técnicos aunque le gustan los vehículos. Trata de no abordar velocidades excesivas y delega la conducción, si es necesario. Es más receptiva a los consejos de seguridad vial.[...] Tiene una mayor frecuencia en el uso del cinturón de seguridad y se arriesga menos porque, consciente o inconscientemente sabe que es un elemento fundamental de protección”. “Hombres vs. Mujeres. La guerra de los sexos al volante. Ellas son menos peligrosas” por Por Gustavo Brambati, *Revista Crash Test*, N° 99. Ver también: “Mujeres al volante”, *Revista Luchemos por la vida*, Año 7, N° 21.

Por otro lado, si bien ambas resoluciones afirman la necesidad de garantizar la igualdad de oportunidades por encima de criterios sexistas de idoneidad, y ambas se basan en similares normas constitucionales relevantes (el artículo 14, 16, 36, 37 y 43 y 75 inc. 19 y 23), tienen una diferencia importante en la construcción de su fundamentación.

En *Freddo* se pone particular acento en la importancia de lo dispuesto en el artículo 11 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer,³² y en particular, en la idea de “asegurar [...] el derecho a las mismas oportunidades en el empleo”. En tanto, en la resolución de Salta, encontramos un punto de apoyo central en la Declaración de Naciones Unidas Sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, y en particular, en el derecho a “verse libre de todas las formas de discriminación.” Más aún, el juez local rescata con ahínco la caracterización que establece la reciente ley nacional 26485/09, según la cuál la discriminación es una forma de “violencia contra la mujer.” De manera reveladora, manifiesta insistentemente su repudio a lo que entiende como “prejuicios de origen medieval.”

La diferencia entre una y otra fundamentación no es meramente estilística, y entendemos que es valioso ponderarla como un signo de avance en la metamorfosis procesal que venimos comentando.

En *Freddo*, la lógica del razonamiento judicial todavía guardaba algún apego a las formas individualistas tradicionales, las que son dejadas atrás en *Sisnero*. La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en su artículo 1, señala que se entenderá por discriminación contra la mujer toda acción que tenga *por objeto o por resultado* menoscabar o anular el reconocimiento de los derechos humanos y libertades fundamentales de la mujer. El eje de la decisión en *Freddo* fue “la acción,” esa conducta explícitamente selectiva de la empresa que quedó probada de distintas maneras y que ella misma reconoció y fundó en lo que se vio como prejuicios. La Cámara “interpretó que la discriminación se encuentra en los hechos, en particular, en la conducta desplegada durante años por la demandada, prefiriendo la contratación de empleados de sexo masculino” (Maurino, Nino, Sigal, 2005:154).

Esa conducta discrimina a quienes deben ser tratados como “iguales.” Por lo tanto se vuelve relevante tanto que el/la individuo/a sea, en algún sentido, “igual”, como que no existan prejuicios sobre su carácter desigual. La demandante sostiene que “El principio de no-discriminación requiere que la persona sea considerada en función a sus capacidades individuales y no en base a características generalmente atribuibles a un grupo.”³³

32 La Convención fue aprobada por Naciones Unidas en 1979 y el proyecto de ratificación llegó al Congreso argentino en 1999.

33 Extracto de la demanda presentada en el caso *Freddo*.

En cambio, el argumento de la discriminación como hecho de violencia sobre el que gravita *Sisnero*, es un planteamiento más holístico, que considera la relación entre “grupos” sexuales, e impone la necesidad de evitar que “im-pere el más fuerte,” en lugar del “estado de derecho.” No piensa tanto en lo que “A” le causó en concreto a “B”, sino en la violencia que significa para “B” y para su grupo sexual, la situación de la que es responsable “A”. Este es un razonamiento poco liberal, o al menos, poco individualista, que abre las puertas *Kafkianas* de la ley a casos que de otra manera quedarían enredados en vericuetos probatorios de los procesos tradicionales. Tiende a desplazar la responsabilidad subjetiva por una objetiva frente al resultado, abandonando la obsesión por inculpar por una “conducta prejuiciosa.” El juez tiene una mirada remedial prospectiva, antes que una retrospectiva - retributiva.

Si se observa de cerca la resolución de la Cámara en el caso *Freddo*, se notará que pese a su abundante fundamentación, el eje del caso es la impugnación de la “conducta selectiva” (una decisión o una práctica), sobre la que se articula la doctrina de las “categorías sospechosas”, y en consecuencia, se invierte la carga de la prueba sobre los demandados. Con ello, la Cámara canceló el argumento del juez de primera instancia que entendía que ya no había discriminación porque la demandada “ya no publicaba avisos pidiendo sólo hombres”, o que “las demandantes no probaron que sólo asistan hombres a la convocatoria y porqué lo hacían”, o que “las demandantes no había probado la idoneidad de las mujeres.” En fin, la Cámara no dijo que tales cuestiones no fueran relevantes para la cuestión, o imposibles de probar, sino que le evitó a la demandada la carga de probarlo, e impuso a los demandados probar lo contrario.

En el caso de las colectiveras no se probó una “decisión” selectiva, como una conducta acaecida e individualizable. La mayoría de las demandadas tampoco reconocieron que no quisieran contratar mujeres, ni se les probó conductas que debían entenderse de manera inequívocas como una “decisión selectiva.” Si bien algunas evidenciaron ciertos prejuicios generales al sostener criterios de “idoneidad”, y alguna de ellas hasta reconoció recibir el currículum de la demandante, lo cierto es que no se había probado que efectivamente las empresas tuvieron conductas selectivas efectivas y sistemáticas frente a una oferta diversa.³⁴ No sabemos, de hecho, si además de la demandante han ido otras mujeres a pedir trabajo a las empresas de colectivos, y si fueron cuál fue la razón de que no se las tomara.

En este particular contexto, la decisión del juez salteño se fundó en el hecho de que las nóminas de personas que se desempeñan como chofer, no surgía la existencia “de una, siquiera una mujer, que sea conductora de ómnibus.”

34 Todo lo que el juez pudo aseverar es que “[l]a actora, peregrinó literalmente ante diversas Empresas de Transporte, ante SAETA S.A., la Autoridad Metropolitana, el INADI, Municipalidad de la ciudad de Salta, etc. ...sin lograr en concreto, en forma real y efectiva una respuesta.” Aunque pueda sostenerse que la discriminación de la empresa que reconoce haber recibido su currículum respecto de la demandada, no hay evidencias que existió similar conducta de manera generalizada, y la empresas de hecho lo niegan, aludiendo a que “no se presentan mujeres.”

Esta fue para el juez la evidencia más clara de un hecho discriminatorio, violento y repugnante a su concepción de igualdad.

No necesitó el argumento de las categorías sospechosas para invertir la carga de la prueba, porque el hecho-resultado de la segregación era suficiente para presumir la discriminación, y así imponer en los demandados la carga de la prueba en contrario.³⁵ Ni siquiera consideró los argumentos de que nunca se presentaron mujeres a pedir trabajo. La discriminación fue vista como resultado, como situación, y no como una “conducta prejuiciosa” de “A” contra “B”. La violencia estaba en ese resultado social, en la segregación total de las mujeres de la planta de choferes de transporte público, por la cuál las empresas son responsables.

Este es sin duda el asunto liminar, y el que la Corte de Justicia de Salta no entendió debidamente. El juez de Cámara juzgó un “caso” que involucraba la protección de un bien colectivo, no una acción de clase, ni el prejuicio individual de quien selecciona. Nadie pensaría que la causa *Mendoza*³⁶ está mal decidida por la Corte Suprema de Justicia, porque no se probó que una de las empresas demandadas arrojó efectivamente residuos al Riachuelo con intención de contaminar. Basta observar el estado del Riachuelo para entender que existe un hecho de contaminación, el cual es ilegal *per se*, dado que involucra un bien público, y por el cuál surge una responsabilidad objetiva que exige medidas positivas de recomposición (exista o no intención dañosa, o hechos aislables, a los efectos de una crítica causal). La intervención judicial es esencialmente prospectiva, y no un castigo retrospectivo proporcional a la intención o participación de los empleadores en las consecuencias. Por eso el juez de Cámara Salteño entendió que basta observar que nunca se contrató a una mujer como colectivera, para entender que allí hay una exclusión ilegal de esa esfera laboral, la que exige acciones positivas de quienes son los responsables objetivos de esa situación.

En este sentido, el proceso probatorio resulta mucho más amable a la particular complejidad del fenómeno de la segregación de las mujeres de territorios ocupacionales. Puede verse como el razonamiento del juez se corre de la trampa formal del individualismo procesal, al exclamar:

35 Sin embargo, podría alegarse, si eso resulta relevante para alguna perspectiva, que el argumento de las categorías sospechosas está implícito. Esta es la lectura que parece hacer el juez Posadas, de la Corte Suprema de Justicia en el considerando 3º) de su voto en disidencia. Por otro lado, y paradójicamente, mientras para el voto de la mayoría de la Corte Salteña la evidencia de “construcciones sociales y culturales” que llevan a la desigualdad de las mujeres, excluyen el control judicial e imponen la intervención de los poderes mayoritarios, para el juez disidente, esas evidencias, por el contrario imponen la necesidad de un “control judicial profundizado” y un tono “mas riguroso” del “test de razonabilidad” que es el que supone la inversión de la carga probatoria (Ver especialmente el considerando 3º del voto en disidencia).

36 Nos referimos al caso de la contaminación del Riachuelo en el que intervino la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La decisión relevante es en la causa “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de contaminación ambiental)” del 8/7/2008.

Basta de violencia disfrazada, esta vez, bajo la discriminación. No existe, en tal sentido más que una posición: estar por la inclusión, o de lo contrario, sea bajo **formas más o menos intensas**, por la exclusión del otro, es decir ejerciendo violencia, que a la postre, no es nada más ni nada menos, que la negación del Estado de Derecho. Es **propiciar** volver al estado de naturaleza, donde impera el más fuerte (la negrita es propia)

El primer gran acierto del juez de Salta, como se dijo más arriba, fue el giro hacia la idea de bien público, el que focaliza la *litis* en la “situación” de exclusión, y no en la “conducta” o “práctica”. Su segundo tino fue, sin duda, caracterizar a la discriminación como hecho de violencia, antes que como trato desigual entre los iguales, con lo cual se desprendió de un razonamiento liberal individualista que vuelve al derecho inútil frente a fenómenos de segregación complejos como el descripto más arriba.³⁷ Así, el hecho de que no haya mujeres en la planta de choferes funciona como evidencia de la práctica, y no al revés. Más aún, califica la eventual omisión de las instituciones jurídicas frente a las evidencias de segregación, como “formas más o menos intensas de exclusión”, en fin, como formas de “propiciar” la ley del más fuerte.

2.5. La discriminación inversa y el cupo

Ambas decisiones (*Freddo* y *Sisnero*) observan que cuando se excluye sistemáticamente a un grupo de ciertos beneficios, es necesario tomar acciones opuestas para recomponer los desequilibrios generados por esa exclusión histórica. De esto se trata la idea de discriminación inversa. Si durante décadas sólo se contrató hombres, será necesario sólo contratar mujeres por un tiempo hasta que se restablezca el equilibrio en la composición de la planta de empleados.

Este no es un argumento justo desde una perspectiva individualista: ¿Por qué tendría que reparar yo, lo que otros construyeron en el pasado, y transformaron en pauta cultural? Afortunadamente esta no es la perspectiva del juez, la que hubiera legitimado, como él mismo advierte, que el estado a través del las instituciones jurídicas *propicie* la ley del más fuerte.

37 Es importante señalar aquí, que la alternativa del juez no es la única disponible para escapar a las trampas formales del individualismo procesal. Es decir, no sólo caracterizando a la discriminación como un hecho de violencia se puede acceder a una perspectiva más holista de este tipo de segregación, sino también recharacterizando la idea de discriminación misma, en un sentido menos individualista. Susan Sturm ha señalado una interesante evolución en materia de recharacterización de casos de desigualdad y discriminación en el sistema judicial norteamericano. Destaca un desarrollo que comienza con un tipo de desigualdad de “primera generación”, referido al tratamiento discriminatorio *deliberadamente* basado en el sexo, la raza, genero, etc., y que resulto inadecuado para captar formas de desigualdad que son mas complejas, interactivas y estructurales, y sobre todo para generar remedios eficientes para ellas. En cambio, los casos que ella llama de discriminación en la “segunda generación”, son sensibles a prejuicios sutiles, interactivos y estructurales, y proveen respuesta judicial remedial que tiende a ser apropiada para ellos. Ver Sturm, Susan “*Second Generation Employment discrimination. A structural approach*” Abril, 2001, Columbia Law Review, 101. p. 458

Freddo se asentó en el artículo 75 inc. 23 relativo a la promoción legislativa de medidas de “acción positiva” que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato. Tal estrategia argumental es valiosa, pero también favorece un debate complejo y estéril para los propósitos del caso, acerca de si estas son sólo atribuciones del Congreso o los jueces también pueden llevar adelante acciones afirmativas.

Sería mejor, y suficiente, fundar el razonamiento remedial en conceptos legales remediales, tales como la recomposición de un bien público (como sucede en los casos de ambiente), o sencillamente en la caracterización de la orden inhibitoria de cese, como la de cese de la “situación” discriminatoria.

Por otro lado, la fórmula remedial de *Freddo* se enfrentó a problemas de ejecución. Al principio, la empresa presentó un informe anual de contrataciones, que no conformaron a la demandante, la que denunció el incumplimiento al juez. Este impuso multas a la empresa por incumplimiento en el 2004, y pasó entonces las actuaciones a la justicia penal por incumplimiento. De manera que la disputa acerca cuál es el “equilibrio” justo, se prolongó hasta ahora, aunque su éxito relativo en la actualidad ya es innegable.

En el caso de las colectiveras, la orden fue de contratar personal femenino en general (y a la demandante en primer lugar) hasta alcanzar un treinta por ciento de la planta de choferes existentes. Este porcentaje que determina una medida de acción positiva de género, se toma de la única pauta local de fijación de políticas públicas de género disponible. En efecto, el juez lo toma del régimen electoral de la ley provincial N° 6.444.

Más allá de las objeciones que puedan plantearse a la utilización de un criterio de participación política para reparar una segregación laboral, lo interesante de la fórmula remedial salteña, es la imposición de una función pública específica a la Autoridad Metropolitana de Transporte AMT, como parte de sus facultades regulatorias otorgadas por la ley 7322. Esta autoridad deberá ser la intermedia de las contrataciones de mujeres hasta alcanzar el cupo del 30%.

Así, cada vez que una empresa busque personal, deberá acudir a la AMT, la que por otro lado receptorá las postulaciones de las mujeres que deseen ser chofer. En este sentido es interesante, e innovadora, la manera en que el juez involucra al Estado en el control de ejecución del remedio ordenando el ejercicio específico de una facultad general. Sobre todo teniendo en cuenta que no atribuyó responsabilidad por la discriminación a la AMT, pero si le adjudicó una función remedial que sin duda es acorde a las obligaciones que el estado tienen en relación a las normas nacionales e internacionales de inclusión de las mujeres en el ámbito laboral.

La fórmula remedial aparece mejorada, sin embargo, en el voto en disidencia del Dr. Posadas, que exige al la AMT que en virtud de sus facultades regulatorias, notifique al tribunal en el término de 10 días “la modalidad de inscripción

de las postulantes que integran el cupo femenino de choferes de colectivo que ingresarán a las empresas demandadas, a fin de garantizar las condiciones de idoneidad de las candidatas para el trabajo a desempeñar.” En fin, el juez entiende no sólo que las condiciones de idoneidad deben ser revisadas por el Estado, sino que además, las mismas, resultarán supervisadas por los jueces. Sin duda la medida más inteligente para desactivar las complejas formas de segregación que dominan las percepciones de los operadores del mercado.

3.Cierre

En nuestro país existen muy pocas ciudades donde las mujeres han accedido a ser empleadas en la rama del transporte de pasajeros como conductoras, la lista se reduce a Rosario³⁸, Buenos Aires, Caleta Olivia³⁹, Mendoza y Córdoba⁴⁰. En el caso porteño, donde el Grupo Plaza empezó a contratar mujeres conductoras en 1998, el pico máximo empleadas llegó a ser de 40, coincidiendo con la crisis de 2001; en la actualidad son 22, de entre 26 y 50 años, apenas el 1% del plantel, mientras que hay 2.240 hombres⁴¹. En una entrevista realizada por el diario Crítica, Marcos Videla, gerente de relaciones públicas del Grupo Plaza, señala: “Formamos una escuela de capacitación de conductores y pensamos que las mujeres merecían una oportunidad en este sistema recontra machista. Hicimos una prueba y nos dio buenos resultados. No había antecedentes y a partir de nosotros experimentaron otras líneas, pero no hubo continuidad. De todas maneras, no hay muchas presentaciones espontáneas, por más que yo ofrezca, la demanda no existe”.

Estas declaraciones evidencian que la penetración de territorios ocupacionales masculinos por parte de las mujeres no será un asunto sencillo, aún en

38 En Rosario el punto de partida para la sanción de la ordenanza municipal N° 7981/2006, que dispone la cobertura en partes iguales de mujeres y varones de los puestos de chofer del transporte público de pasajeros, fue la propuesta presentada por Natalia Gigli al Consejo Deliberante. Cabe señalar que ha habido reiteradas quejas y denuncias acerca de la falta de implementación de la disposición, siendo los números muy elocuentes acerca de los resultados: para marzo del 2009 apenas se registran 5 mujeres trabajando en la empresa Rosario Bus. “En Rosario ya hay 181 mujeres al volante de taxis y remises” por Laura Vilche y Eugenia Langone, en diario La Capital, 20/03/2009. http://www.lacapital.com.ar/ed_impresa/2009/3/edicion_159/contenidos/noticia_5351.html. (Última visita 14 de febrero 2009).

39 En Caleta Olivia, para el 2007, fueron dos las mujeres que “se atrevieron a conducir colectivos”. En “Hay mujeres que se atrevieron a conducir colectivos en Caleta Olivia”, en El Patagónico, 30/12/2007. <http://www.caletao.com.ar/artdoc/08/mucole.htm>. (Última visita 14 de febrero de 2009).

40 El caso de Córdoba es bastante singular en relación a la inserción de mujeres como choferes del transporte público de pasajeros de corta distancia, dado que la misma se produjo en 1989 al incorporarse el sistema de trolebuses a la ciudad. En este caso las mujeres han quedado circunscriptas exclusivamente a este segmento del sistema de transporte. A comienzos de 2009 sumaban alrededor de 100. “Debutan hoy tres flamantes líneas del servicio diferencial”, en diario La Voz del Interior, 23/02/2009, sección Gran Córdoba. http://www2.lavoz.com.ar/09/02/23/secciones/grancordoba/nota.asp?nota_id=492428 (Última visita 14 de febrero de 2009)

41 “Las mujeres que manejan bondis” de Por Nahuel Gallotta, en diario Crítica, 25/10/2009.

contextos de buena voluntad de los empleadores (que claramente no es el caso de Salta). Las dificultades que tuvo la ejecución de la decisión en el caso *Freddo*, y la decisión de la Corte Salteña que por ahora tiene suspendida la ejecución de la sentencia de Cámara, muestran que el camino será espinoso.⁴² Las barreras de cristal y las fuerzas pegajosas de cada contexto son muchas y complejas, pero no son menores las barreras legales. La complicidad de los sistemas procesales individualistas, y los dispositivos judiciales en sus versiones más conservadoras, son un dato de la realidad que pervive.

No obstante, puede afirmarse que la decisión del juez de cámara comentada aquí, y su antecedente, suponen un avance sustancial y alentador en el proceso de metamorfosis de esos dispositivos, proceso orientado a hacer al derecho más sensible a la complejidad de fuerzas que determinan la segregación laboral de las mujeres. El caso de Salta demuestra que las instituciones legales *pueden* dejar de ser parte del complejo aparato de segregación laboral que ordena el mercado. La Corte Suprema de Justicia, escribirá el resto de esta historia.

Bibliografía

Faur, Eleonor; zamberlin, Nina (2009) "Gramáticas de género en el mundo laboral. Perspectivas de trabajadoras y trabajadores en cuatro ramas del sector productivo del área metropolitana de Buenos Aires". En: NOVICK, Marta; ROJO, Sofía; CASTILLO, Victoria (Comp.) *El trabajo femenino en la postconvertibilidad. Argentina 2003-2007*. Ver en: http://www.trabajo.gov.ar/left/estadisticas/descargas/bol/Capitulo%204_%20Gramaticas%20de%20genero%20en%20el%20mundo%20laboral.pdf (Última entrada 14 de febrero de 2010)

INDEC (2009) "Informe del Segundo trimestre del 2009. Indicadores Demográficos y Socioeconómicos".

Maurino, Gustavo; NINO, Ezequiel; SIGAL, Martín (2005) *Acciones Colectivas. Análisis conceptual, constitucional, procesal, jurisprudencial y comparado*. Buenos Aires: Lexis Nexis.

Moller Okin, Susan (1989) *Justice, gender and the Family*. New York: Basic Bookser

OIT (1997) *Breaking through the glass ceiling: Women in managment*. Disponible en: <http://www.>

42 La Corte de Justicia de Salta, luego de admitir la existencia de la práctica de no contratar mujeres, señaló que ello no evidencia un "acto de discriminación" de los empleadores, y en todo caso demostraría la "falta de iniciativa" hasta hoy de las mujeres (Considerando 4° y 9°). Es interesante que la Corte observe tal inclinación cultural en un mercado laboral como el salteño, con tanta desocupación, pobreza, y con tantas mujeres volcadas a la prostitución, como es de público conocimiento. Lo que está sugiriendo la Corte, sin cortapisas, es que las mujeres salteñas vienen prefiriendo hacer cualquier cosa, y hasta soportar la más dura pobreza, antes que conducir un colectivo por un sueldo privilegiado para el contexto salteño. Estas declaraciones de un alto tribunal de provincia, dejan en claro el carácter de las puertas de la ley salteña, y las difíciles barreras de percepción que serán necesario penetrar.

ilo.org/public/english/dialogue/sector/techmeet/tmwm97/tmwm-con.htm (Última visita 15 de febrero de 2010)

OIT (2007) "Tendencias mundiales del empleo de las mujeres, Resumen Marzo del 2007. Disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/employment/strat/download/getw07.pdf> (Última visita 14 de febrero del 2009)

Rojo Brizuela, Sofía; TUMINI, Lucía (2008) "Inequidades de género en el mercado de trabajo de la Argentina: las brechas salariales" en *Revista del Trabajo*, Nro. 6. Publicación Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación. Disponible en: http://www.trabajo.gov.ar/left/estadisticas/descargas/revistaDeTrabajo/2009n06_revistaDeTrabajo/2009n06_a03_sRojoBrizuela_ITumini.pdf (Última consulta 14 de febrero del 2010)

**La maternidad en las instituciones de formación policial:
Mandato sin correlato.
El caso de las alumnas y cadetes expulsadas de los centros
de formación de la policía nacional de Perú.**

María Jennie Dador

1. Introducción

En sociedades como la peruana se ha enseñado a las mujeres que su destino natural es la maternidad, lo que se presenta como una derivación consustancial a la identidad femenina. Sin embargo, aquellas mujeres pertenecientes a las instituciones policiales que optan por la maternidad o llegan a ella (ya que no siempre el embarazo es producto de un ejercicio de libertad) no encuentran en el sistema las garantías y los servicios necesarios para llevar adelante una maternidad con dignidad. Por lo tanto, ésta es vivida en la clandestinidad bajo pena de ser castigadas y expulsadas de la institución a la que decidieron servir. Como sostiene Adrienne Rich, no es la capacidad reproductiva en sí misma lo que esclaviza a las mujeres, sino la manera en que este hecho es integrado en el sistema patriarcal.¹

En el Perú frente a la necesidad institucional de incrementar el número de efectivos dentro del cuerpo armado producto del descenso del personal masculino ingresante, se optó por permitir el acceso de las mujeres.² En estos casos, la incorporación femenina se asoció con la necesidad imperiosa de contar con «mano de obra», de un modo similar a lo ocurrido en otros países de la región.

Este cambio de paradigma se encuentra estrechamente vinculado a los cambios culturales y de estatus jurídico de la mujer, producto de las reformas legales y de los espacios conquistados por organizaciones feministas y movimientos sociales. En el mismo sentido, la celebración de las conferencias mundiales sobre la mujer y sus programas de acción colocaron en la agenda la necesidad de trabajar aquellas áreas donde se evidenciaban mayores grados de desigualdad entre mujeres y varones.

En 1955, la Policía de Investigaciones del Perú admitió el ingreso de mujeres para facilitar la investigación de casos en los que su presencia podría facilitar la obtención de información. La Guardia Civil permitió su acceso en 1977, para los trabajos relacionados con la prevención de actos cometidos por menores de edad, operaciones de tránsito, turismo y otras similares. En la Guardia Republicana la mujer ingresó en 1984 para participar en el registro y revisión de personas en el ingreso y salida de las instituciones en los que debía proveer

1 Citado en García Obregoso (2008).

2 Conforme Donadío y Mazzotta (2009:89)

seguridad. En el año 1991, como parte de una prueba piloto, la Escuela de Oficiales de la Policía Nacional hizo una convocatoria a cadetes, pero dirigida a mujeres suboficiales. A partir de esta primera práctica, las siguientes convocatorias fueron abiertas al público femenino en general.

La llegada de las mujeres a las instituciones policiales –históricamente masculinas– requiere de la implementación de una serie de medidas y políticas que van más allá de cambios en la infraestructura y logística institucional (dormitorios, servicios higiénicos y de salud diferenciados, dietas). Es necesario establecer nuevas pautas diarias de interrelación que trasciendan los mitos complementarios de la superioridad masculina y la inferioridad y disponibilidad femenina, y el desarrollo de procedimientos oportunos frente a delitos tales como el acoso y la violación sexual, garantizando la vigencia de los derechos humanos de las mujeres. Sin embargo, todos estos cambios por la igualdad no dejan de ser vistos y sentidos por los varones y sus instituciones como una amenaza, por lo que su implementación genera soterradas resistencias que pretenden recordar a las mujeres que su lugar no es el cuartel, sino la cocina y el dormitorio.

Cabe preguntarse entonces cómo y cuánto se ha avanzado en normas y políticas sobre igualdad de oportunidades en estos espacios. Sobre todo en aquellas dirigidas a garantizar y compatibilizar la permanencia en la institución y la protección de la maternidad, dimensión todavía fundamental en la vida de muchas mujeres, aunque en la actualidad el mundo laboral la relación de pareja, la participación política y económica, así como la búsqueda personal cobran cada vez mayor relevancia para éstas. Las mujeres policías buscan ser reconocidas profesionalmente, sin que esto signifique el sacrificio de sus derechos. Sin embargo, todavía se espera que las mujeres de las instituciones armadas sean mayoritariamente solteras y sin hijos.³

La normativa nacional reconoce desde hace algunos años los derechos del personal femenino de la policía a gozar del descanso pre y post natal, de la hora de lactancia durante los seis meses posteriores al parto, a la exclusión de acciones y situaciones de violencia, esfuerzos físicos, ambientes hostiles y del servicio de veinticuatro por veinticuatro horas. También le reconoce el derecho a prestar servicios en unidades o dependencias administrativas y a exonerarse de esfuerzos físicos o cualquiera otros que pongan en riesgo su salud, a eximirse del servicio de guardia armada y a permanecer en su unidad o dependencia hasta después de las veinte horas⁴ durante el periodo de gestación y lactancia.

Sin embargo, pese a los avances y años transcurridos, todavía las escuelas de

3 Según el sondeo de opinión del Instituto de Opinión Pública de la Pontificia Universidad Católica del Perú, aplicado en 74 distritos urbanos de 15 regiones, a varones y mujeres de 18 años a más (Año V / Febrero 2010), se espera que las mujeres de las instituciones armadas sean mayoritariamente solteras (81%) y sin hijos (78%).

4 Ley N° 28.308 y Decreto Supremo N° 001-05-DE-SG, Reglamento de la Ley que regula el descanso pre y post natal del personal femenino de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

formación policial en la región no permiten que las mujeres queden embarazadas durante el periodo de estudio. La excepción es la legislación argentina⁵ que establece que ninguna institución de formación militar puede expulsar o impedir el ingreso de mujeres embarazadas, habilitándolas para continuar con su formación teórica hasta que el período de gestación lo permita y difiriendo las pruebas físicas durante el mismo.

Hasta hace poco tiempo, cuando las cadetes o alumnas quedaban embarazadas durante el proceso de formación en las academias del Perú, eran sancionadas con la expulsión. Algunas de las afectadas recurrían entonces al órgano jurisdiccional para que vía la acción de amparo constitucional se ordene su reincorporación.⁶ La sentencia N° 05527-08.PHC/TC del Tribunal Constitucional que da origen a este artículo fue emitida ante la denuncia de una cadete embarazada, retenida contra su voluntad en la Sanidad de Chiclayo. En este caso, la cobertura de los medios de prensa y la corriente de opinión pública favorable generada respecto al caso⁷ obligaron a las autoridades policiales a ordenar su reincorporación e iniciar la revisión y modificación de la regulación interna que avalaba esta medida discriminatoria.

2. Antecedentes del caso

El 5 de agosto de 2008 la cadete N.Y.B.B. fue internada en el Hospital Regional de la Sanidad de la Policía de Chiclayo al habersele diagnosticado un embarazo. Su internación se convirtió en un acto injustificado y arbitrario a partir del día 9, pues gozaba de buena salud y su evolución era favorable, salvo síntomas propios de su estado de gravidez. Pese a ello el alta le fue negada en reiteradas oportunidades, obstaculizando la continuidad de sus estudios de formación profesional en la Escuela Técnica Superior de la Policía de Chiclayo, hasta el día 13 de agosto de 2008, un día después de interpuesta la acción de *habeas corpus*. Además, la cadete fue notificada del proceso administrativo disciplinario que se le instauró por estar embarazada ya que según las normas de disciplina el embarazo en la etapa de formación constituye falta grave.

El proceso se inició con una acción de *habeas corpus*, por privación arbitraria de la libertad. Nueve días después, el Juzgado Penal declaró infundada la demanda, por haberse producido la sustracción de la materia, ya que la cadete

5 Ley N° 26.061.

6 La acción de amparo procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los que protegen el *habeas corpus* y el *habeas data*.

7 El reciente sondeo de opinión del Instituto de Opinión Pública, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, aplicado en 74 distritos urbanos de 15 regiones, a varones y mujeres de 18 años a más (Año V / Febrero 2010); señala que el 80% de los encuestados (82% de mujeres y 79% de varones) considera que en el caso de que una mujer se encuentre estudiando en una Escuela de Oficiales o Suboficiales de las Fuerzas Armadas y quedase embarazada, deberá contar con las facilidades para que luego de dar a luz pueda reincorporarse. Contrariamente, solo el 15%, considera que la mujer debe ser separada de la institución.

había sido dada de alta. En el mismo sentido se pronunció la Sala Superior, considerando además que no existían elementos de prueba suficientes que demuestren las violaciones alegadas. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, consideró que si bien la cadete había sido dada de alta y se encontraba gozando de su libertad, dada las especiales características del caso, estimó necesario pronunciarse sobre el fondo de la controversia.⁸

El pronunciamiento del Tribunal podría haber concluido con la finalización de la privación arbitraria de la libertad personal, pero el colegiado consideró que en la demanda también se alegó la discriminación por razón de sexo y que como la discriminación contra la mujer es un problema social que aún pervive en nuestra sociedad e involucra otros derechos fundamentales como el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la salud, a la familia y a la educación, el proceso de *habeas corpus* debía convertirse en uno de amparo. El Código Procesal Constitucional en su artículo 37° establece expresamente que el proceso de amparo, en tanto garantía constitucional para proteger a las personas frente a la vulneración o amenaza de los derechos reconocidos en la Constitución, puede ser utilizado en el caso de discriminación por sexo.

3. Derecho a la igualdad y a la no discriminación por sexo y a la educación

El Estado peruano reconoce la igualdad entre los sexos desde la Constitución Política de 1979. Actualmente, el derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación están consagrados en el artículo 2° inciso 2 de la Constitución Política de 1993, que dispone que “Toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.

En ese sentido, el Tribunal se propuso determinar: (a) si se trataba de un comportamiento reiterado en las escuelas de formación de la Policía Nacional; y (b) si la medida constituía un acto de discriminatorio que vulneraba los derechos fundamentales a la educación, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad.

Respecto al primero de los puntos, el Tribunal concluyó que este caso no se trataba de una situación aislada, pues existen denuncias reiteradas de discriminación y expulsión por embarazo en las escuelas de oficiales y sub oficiales de la Policía Nacional del Perú, que han sido documentadas por la Defensoría del Pueblo⁹ y dadas a conocer públicamente por los medios de

8 Artículo 1° “... Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones que motivaron la interposición de la demanda...”.

9 En el Documento Defensorial La Discriminación en el Perú. Problemática, normatividad y tareas pendientes, se señala que del total de 67 quejas recibidas directamente por la Defensoría del Pueblo, 15 corresponden a discriminación por sexo, especialmente, en casos de embarazo en el ámbito educativo: adolescentes y escuelas de oficiales y sub oficiales de la Policía Nacional del

comunicación,¹⁰ y que carecen de sustento en la Ley de Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, Ley N° 28.338.

Efectivamente, ni el artículo 37 inciso 3, ni el artículo 133 de la norma mencionada señalan como falta grave que acarrea la separación definitiva de un cadete o alumna, el embarazo. Sin embargo, el artículo 139 de la misma norma, señala que “... la separación por causas relacionadas a su rendimiento académico, incapacidad física o psicosomática, o incumplimiento de sus obligaciones contractuales con la P.N.P., se regirá por las normas y reglamentos pertinentes del régimen educativo de la P.N.P”. Esta causal de “incumplimiento de obligaciones contractuales” es la que ha sido utilizada como argumento reiterado para la separación definitiva de algunas alumnas, pues dentro de las obligaciones contractuales asumidas, vía contrato de adhesión, existe una cláusula referida a la prohibición de embarazo durante el periodo de formación.¹¹

De otro lado, la Resolución Directoral N° 1966-2005-DIREGEN/EMG-PNJP prescribe como causal de separación definitiva de cadetes o alumnos “contraer matrimonio o cualquier responsabilidad de paternidad o de maternidad antes o durante el periodo de formación”.

Esta disposición ha sido reiteradamente aplicada pese a tratarse de la renuncia de derechos fundamentales y de la introducción de nuevas causales de infracción administrativa vía reglamentación, lo cual vulnera el principio de legalidad y de tipicidad contenidos en la propia Ley N° 28.338.

En cuanto a que si la medida constituye un acto discriminatorio, el Tribunal Constitucional ya había definido la discriminación por sexo como aquella que

... comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino también en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan que ver con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca. Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres [y que] al afectar exclusivamente a la mujer, constituye, indudablemente, una discriminación por razón de sexo proscrita por el inciso 2 del Art. 2 de la Constitución Política.¹²

Perú. Véase Defensoría del Pueblo (2007). En el 2009, la Defensoría del Pueblo señalaba que “De las 149 quejas por discriminación conocidas por la Defensoría del Pueblo, 22 implicaron un trato diferenciado en razón del sexo, todas en agravio de mujeres. Del total de casos, 10 corresponden a alumnas de las escuelas de formación de la Policía Nacional y de las Fuerzas Armadas, quienes fueron sometidas a investigaciones disciplinarias y en algunos casos expulsadas de sus centros de estudios por haber salido embarazadas”. Véase Defensoría del Pueblo (2009).

10 *El Comercio y La República*.

11 Véase sentencia N° 071656-0-2001-JR-CI-2, 22 de febrero de 2008, de la Primera Sala Especializada Civil de Piura, considerando décimo.

12 Tribunal Constitucional. Sentencia del 6 de noviembre del 2008, en el Expediente N° 05652-2007-PA/TC. F. J. Párrafos 49 y 50.

En esta misma sentencia el Tribunal se ocupó de la evolución del derecho a la igualdad y la no discriminación, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos. Haciendo un recorrido por los principales instrumentos internacionales, universales y regionales, la sentencia se detuvo en la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, suscrita y ratificada por el Estado peruano. Ese tratado obliga al Estado peruano a adoptar todas las medidas necesarias para aplicar el principio de la igualdad entre la mujer y el hombre, a remover los obstáculos que impiden el ejercicio pleno del derecho a la igualdad; a dar a las mujeres oportunidades de entablar acciones afirmativas y pedir protección frente a la discriminación; y a tomar las medidas necesarias para eliminar la discriminación, tanto en la esfera pública como en el ámbito privado.

A partir de ello, se entiende que en el caso si bien no se mencionan de manera expresa los instrumentos internacionales de protección del derecho de la mujer a la igualdad y no discriminación, se señale que

21. ...la decisión de una mujer de traer al mundo una nueva vida humana es una de aquellas opciones que se encuentran protegidas por el derecho al libre desarrollo de la personalidad reconocido en el inciso 1 artículo 1° de la Constitución¹³, que no puede ser objeto de injerencia por autoridad pública o por particular alguno. Consecuentemente todas aquellas medidas que tiendan a impedir o hacer más gravoso el ejercicio de la mencionada opción vital, resultan inconstitucionales; y

22. Por ende, el embarazo de una alumna, cadete o estudiante no es un hecho que pueda limitar o restringir su derecho a la educación. Por ello, ningún manual o reglamento interno de ningún colegio, instituto o universidad pública o privada, puede, ni explícita, ni implícitamente, tipificar como infracción, falta o causal de mala conducta, el embarazo de una alumna, estudiante o cadete. Dicho de otro modo, ninguna autoridad pública o privada puede impedirle a una mujer estudiar normalmente por su estado de embarazo.

En ese sentido, cualquier norma que se ocupe de tipificar la maternidad como causal de infracción o falta en el ámbito educativo debe ser inaplicada por los jueces en virtud de la facultad conferida por el artículo 138 de la Constitución¹⁴, por ser contraria a los derechos fundamentales a la educación, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad.

De acuerdo con la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional se trata de un caso de discriminación dada la falta de justificación objetiva y razonable

13 Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad física, psíquica y al libre desarrollo de la personalidad.

14 Artículo 138°.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

de la medida aplicada, lo que equivale a la imposición de una sanción por el embarazo.

Esta sentencia ratificó el sentido jurisprudencial que ya venía dándose en las cortes bajas del país, como es el caso de los fallos emitidos en los juzgados provinciales y en la Corte Superior del departamento de Piura, ordenando la reincorporación de las alumnas y cadetes R.A.S., P.A.C., H.R.N. y M.P.C., por considerar que su expulsión era un acto discriminatorio por sexo. La sentencia emitida por la Primera Sala Especializada Civil de Piura¹⁵, introdujo en su considerando noveno la noción de daño en el proyecto de vida¹⁶ de la alumna expulsada de la Escuela de Suboficiales de la Policía, en atención a que la carrera policial solo se puede ejercer en el Estado, constituyendo la Escuela Policial la única institución estatal que por mandato legal permite el ingreso directo a dicha profesión.¹⁷

Sin embargo, si bien la Corte Constitucional peruana no recogió en su fallo este desarrollo, declaró de manera expresa por primera vez que la decisión de ser madre, ergo la de no serlo también, se encuentra protegida por el derecho al libre desarrollo de la personalidad y que no puede ser objeto de injerencia por autoridad pública o por particular alguno.

Consecuentemente, todas aquellas medidas que tiendan a impedir o hacer más gravoso el ejercicio de la mencionada opción vital, resultan inconstitucionales. Como podría serlo, por ejemplo, la no existencia de protocolos de salud que permitan a las mujeres gestantes, cuya vida o salud se encuentra en peligro, acceder a un aborto terapéutico oportuno y seguro. En el caso K.LL contra Perú¹⁸ el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas determinó en su dictamen que el Estado peruano violó, entre otros, el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;¹⁹ es decir, el derecho a no sufrir interferencias arbitrarias en la vida privada y a obtener protección legal contra esas injerencias o ataque, ya que el Estado peruano se negó a actuar conforme a la decisión de abortar de la adolescente.

15 N° 071656-0-2001-JR-CI-2, 22 de febrero de 2008.

16 Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el daño al proyecto de vida implica “la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable. Así, la existencia de una persona se ve alterada por factores ajenos a ella que le son impuestos en forma injusta y arbitraria, con violación de las normas vigentes y de la confianza que pudo depositar en los órganos del poder público obligados a protegerla y a brindarle seguridad para el ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus legítimos intereses”. En: caso Loayza Tamayo, 1998, párrafo150.

17 Considerando noveno.-“...al retirarse a la demandante M.P.A.C. definitivamente no solo ha violado su derecho a la igualdad de oportunidades educativas sino también al derecho a igualdad a alcanzar y cristalizar su «proyecto de vida» que quiere para ella misma”.

18 CCPR/C/85/D/1153/2003.

19 Artículo 17 °.- 1.Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Por último, en la sentencia comentada el Tribunal Constitucional señaló que las escuelas de formación se encuentran impedidas de separar una alumna o cadete por su estado de embarazo. Cuando el estado del embarazo pueda generar circunstancias especiales, resulta legítimo y necesario que la futura madre permanezca en reposo o asista a determinados tratamientos especiales²⁰ con lo cual queda abierta la posibilidad de implementar un régimen especial, conforme se ha establecido en la legislación argentina y española.

4. Los derechos de las mujeres en la opinión pública

4.1. Qué dicen los actores políticos

Ante las denuncias aparecidas en los últimos años sobre distintos casos de violencia sexual, medidas disciplinarias discriminatorias y abuso de autoridad en las instituciones armadas y policiales la Comisión de la Mujer del Congreso de la República creó el grupo de trabajo sobre “Control político y fiscalización de las denuncias por violencia familiar, social y laboral; violación sexual y abuso de autoridad en las fuerzas armadas y fuerzas policiales e instituciones del Estado en agravio de mujeres, niños, niñas, adolescentes y adulto mayor”, integrado por tres congresistas mujeres: Rosa María Venegas Mello, coordinadora, Alda Lazo y Olga Cribilleros.

Este grupo de trabajo propuso modificar los reglamentos internos de las escuelas militares y policiales. En opinión de Rosa Venegas, la propuesta “no pretende infringir las normas disciplinarias que tienen las instituciones castrenses, pero no se puede catalogar que los embarazos son causales suficientes para dar de baja a una cadete por medida disciplinaria o incapacidad física”. Asimismo, sostuvo que

... los reglamentos internos de los centros de formación no pueden estar por encima de normas constitucionales como son los derechos de las mujeres, especialmente ahora que el Tribunal Constitucional emitió una sentencia favorable a una cadete de la PNP en Chiclayo y que acertadamente, sirvió también para que la ministra del Interior Mercedes Cabanillas, acceda a la solicitud del grupo de trabajo e incorpore a la cadete Flor de Jesús Cahuaya Alegre a la Escuela de Oficiales de la PNP.²¹

4.2. Qué dicen los medios de comunicación

Los principales medios de prensa escrita con cobertura a nivel nacional y regional, sobre todo en las provincias donde se suscitaron los hechos,²² abordaron las denuncias de las cadetes de las escuelas de formación policial separa-

20 Párrafo 24.

21 Tomado del blog de Rosa María Venegas «Cadetes embarazadas. Modificarán reglamentos en FFAA y PNP», 15 de abril de 2009. Visitado el 1 de marzo de 2010.

22 Piura, Cajamarca, Chiclayo, Lima.

das de la institución por encontrarse embarazadas. La cobertura mediática se produjo en dos momentos: con la denuncia de la vulneración de sus derechos y posteriormente cuando se emiten los fallos de la justicia ordinaria y se exige la reposición.

Si bien los medios presentaron las posiciones a favor y en contra de la medida, relevaron mayormente los discursos argumentativos de los distintos actores en contra de esta medida discriminatoria, especialmente de la Defensoría del Pueblo. Se presentaron los argumentos de carácter jurídico, como por ejemplo, el derecho a la igualdad y a la no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad, a la educación, al trabajo, a la paternidad y maternidad responsables. Es más, en algún medio el tema fue tratado como una vulneración a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, entre otros.

Asimismo, el tratamiento de esta situación en los medios permitió que se ponga el foco de atención sobre otros criterios discriminatorios que se dan en los procesos de selección a las instituciones armadas y policiales como, por ejemplo, el hecho de que los postulantes no deben tener vitiligo, acné, labio leporino, cicatrices, tatuajes, entre otros.

Esta misma línea argumentativa se vio reflejada en titulares como *“La PNP insiste en sus razones para mantener el embarazo y la paternidad como faltas graves”*; *“Avanza reconocimiento de derechos de las mujeres”*; *“Policía insiste en aplicar normas discriminatorias”*, *“La escuela policial en debate”*; *“Discriminan a alumna embarazada”*; *“Policía antiembarazo”*; *“Discriminación debe ser revisada y corregida”*; *“A las mujeres policías también se las respeta”*.

Los actores presentados en la cobertura de las noticias han sido fundamentalmente la Defensoría del Pueblo, cuya actuación y documentación de casos fue recogida por el Tribunal Constitucional para evidenciar que no se trata de un hecho aislado, sino de una política discriminatoria. También se destaca la presencia de los representantes del Ministerio del Interior y de la Mujer; ex ministros de estas mismas carteras; algunas congresistas; y, en menor medida, las organizaciones feministas.

Las mujeres que atraviesan esta situación, es decir, un embarazo producto de una relación extramatrimonial (ya que el matrimonio tampoco les está permitido) a diferencia de lo que sucede en otras situaciones, no son juzgadas ni calificadas en la prensa por su comportamiento sexual, como suele ocurrir con el tratamiento de los casos de aborto o feminicidio.²³

23 En la cobertura de estas otras noticias se incluyen descripciones como la siguiente: “Acudían desesperadas para borrar su «pecado». Hasta madres de familia que por un «error» quedaron embarazadas... confesando además que solía captar a sus clientes en las puertas de las clínicas y hospitales públicos, a donde iban algunas esposas «sacavuelteras» y adolescentes aceleradas que eran capaces de pagar cualquier suma por librarse del «problema»”. Véase Dador (2005).

5. Palabras finales

Corresponde ahora al Estado peruano hacer que el derecho a la maternidad entendida como estado físico, psíquico, social y cultural, que tiene a la base la libertad y el libre desarrollo de la personalidad de las mujeres, tenga un correlato en las normas de acceso y permanencia en las instituciones de formación de las fuerzas armadas y policiales.

.....

Bibliografía:

Dador, Jennie (2005). *Aborto: ¿Quién dice qué?* Lima: Demus.

Defensoría del pueblo (2007). *La Discriminación en el Perú. Problemática, normatividad y tareas pendientes*. Serie Documento Defensorial N° 2., 1a ed. Lima.

Defensoría del pueblo (2009). *Actuación de Estado frente a la discriminación. Casos conocidos por la Defensoría del Pueblo*. Serie Documento Defensorial N° 5., 1a ed. Lima.

Donadio, Marcela y Cecilia Mazzotta (2009). *La mujer en las instituciones armadas y policiales: resolución 1325 y operaciones de paz en América Latina*. 1a edición. Buenos Aires: Resdal.

García Orbegoso, Romy (2008). *Módulo de autoestima y género. Sobre cuerpo, sexualidades, maternidad y violencia*. Lima: Demus.

Derechos sexuales y reproductivos

Derechos sexuales y reproductivos

Josefina Durán

El derecho a la salud se encuentra consagrado en numerosos instrumentos internacionales. Considerando que el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales preexiste a la CEDAW y es un pacto más específicamente centrado en la materia, parece redundante un artículo en la CEDAW que reconozca este derecho. Y si bien el artículo 12 hace alusión a la planificación familiar y a la atención en el parto, no se han incluido específicamente en la CEDAW los derechos sexuales y reproductivos que, por cierto, no conciernen únicamente a las mujeres. Por lo mismo, los derechos sexuales y reproductivos no deben ser analizados exclusivamente desde la óptica sanitaria, pero suelen asociarse invariablemente a la conjunción salud y mujeres.

La decisión de los redactores de incluir el “derecho a la salud” a secas, parece sin embargo una elección política acertada, dado que garantiza una mayor adhesión de los Estados. Simultáneamente, no deja fuera el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos, ni excluye a Estados que tal vez no hubieran suscripto una Convención referida abiertamente a la sexualidad y la reproducción, pero que pueden adherir a un derecho expresado en forma más general. Es el Comité CEDAW el que, a través de sus recomendaciones y observaciones, amplía el espectro. En síntesis, la redacción del “derecho a la salud” puede parecer demasiado ambigua, pero a la luz de la cantidad de Estados Parte involucrados en la Convención, acertada.

Las deudas pendientes en materia de derechos sexuales y reproductivos en América Latina son muchas y variadas. El acceso a la interrupción del embarazo es un derecho largamente postergado en la región, tanto por la penalización vigente en diversos grados en prácticamente todos los países (a excepción de Cuba, Puerto Rico y en México, únicamente el Distrito Federal)¹ como por las actitudes restrictivas del personal sanitario y/o por los operadores del derecho en los casos en que se invocan las excepciones previstas a la prohibición general normativa.

El artículo de Paola Bergallo repasa las decisiones judiciales sobre aborto en Argentina desde 1994. Esta revisión revela una gran diversidad de argumentos, que oscilan entre aquellas sentencias que redefinen el término aborto, otras que avalan la realización de los abortos previstos en la legislación penal, y aquellas que demuestran una resistencia por parte del poder judicial de castigar a las mujeres que interrumpen voluntariamente su embarazo. Si bien los avances en Argentina continuaron con posterioridad a la redacción de este trabajo, el artículo de Bergallo aporta claridad en las argumentacio-

1 Al momento de editar esta publicación (febrero de 2012) está debatiéndose en Uruguay la posibilidad de despenalizar por completo el aborto.

nes que se hacen desde distintas perspectivas.

Andrea Parra, en su artículo, analiza el camino que fue desde la consolidación del derecho al aborto en Colombia, a partir de la sentencia C-355 de la Corte Constitucional, a la sentencia T 388, que estableció los lineamientos y requisitos para el acceso efectivo a las mujeres. Para ello se vale de las historias de diferentes mujeres que debieron solicitar un amparo para ejercer este derecho, así como pone de manifiesto los obstáculos, tanto legales como políticos, que todavía subsisten al momento de practicarlo.

Otra deuda sin saldar es el acceso a los métodos anticonceptivos en forma gratuita y sin obstáculos. Entre estos, se encuentra especialmente obstruido el acceso a la contracepción oral de emergencia. Lo llamativo del caso es que se repiten a lo largo el continente litigios casi calcados. En estos procesos, sectores conservadores y organizaciones vinculadas a la Iglesia católica plantean acciones para impedir su distribución, argumentando que constituye una maniobra abortiva (afirmación desmentida sistemáticamente por las investigaciones científicas).

Pero, he aquí la paradoja, las sentencias que se han pronunciado a favor de estos sectores lo han hecho impidiendo la distribución de la píldora de emergencia en el sector de la salud pública únicamente. Si la píldora fuera efectivamente abortiva, y el aborto continúa en la ilegalidad, su consumo sería ilegal independientemente del modo de obtención de la misma. Si en cambio lo que se propende es que quienes puedan pagarla accedan a ella de todos modos, y quienes dependen únicamente del sector público de salud no, tamaño acto de discriminación sexual y económica no resiste el menor análisis.

Para analizar esta situación, el artículo de Helena Olea Rodríguez repasa los argumentos esgrimidos en dos sentencias del Tribunal Constitucional chileno, en un Dictamen de la Contraloría y un proyecto de ley aprobado en el Congreso en los que la distribución de la anticoncepción de emergencia fue el eje de debate. El texto de Luis Sáenz Dávalos da cuenta de las endebles razones esgrimidas por el Tribunal Constitucional peruano, que afirmó que existen dudas razonables sobre el efecto abortivo de este método, contra las sólidas y numerosas investigaciones que sostienen lo contrario. Esta resolución, sostiene Sáenz Dávalos, evidencia la ausencia de un tratamiento jurídico coherente por parte de los magistrados y deja a la luz la intromisión de los sectores religiosos en la esfera del poder judicial.

A propósito de un caso formoseño: Las intervenciones y el discurso judicial sobre el aborto

Paola Bergallo¹

1. Introducción

Durante el proceso de reforma constitucional de 1994 algunos expresaron reparos. Con el correr de los años, sin embargo, la práctica constitucional comenzó a dotar de nuevos sentidos a aquel acuerdo constituyente. En retrospectiva, la Constitución reformada sentó los cimientos para una apropiación gradual del discurso constitucional por nuevos actores. Como nunca antes en nuestra deficitaria historia constitucional, algunos sujetos se embarcaron en la promoción del Estado de Derecho con una visión centrada en los derechos y el fortalecimiento del rol de los jueces en pos de la justicia social (Abramovich & Pautassi, 2009).

Para algunos grupos y en ciertas agendas, los tribunales se convirtieron entonces en un foro más de la “lucha por el derecho.”² A nivel del discurso constitucional se alcanzaron logros importantes en la determinación de un rol para el poder judicial en el control de las políticas sociales, por ejemplo.³ Otras agendas corrieron distinta suerte como sucedió con algunas de las demandas de justicia en sexualidad y reproducción. Según argumentaré en este trabajo, a pesar de la apertura con la que los tribunales acogieron a partir de 1994 ciertas causas progresistas, éstos resultaron un foro especialmente conservador ante las reivindicaciones vinculadas al aborto. Con frecuencia, contribuyeron a expandir las prácticas de restricción de su acceso al generar incertidumbres y amplificar discursos conservadores. En pocas ocasiones –demasiado pocas-, ofrecieron una garantía mínima respecto de normas de larga data como el artículo 86 del Código Penal de la Nación (CPN) o la regulación del secreto profesional.⁴

Varias sentencias recientes en cuestiones de aborto ilustran la dinámica am-

1 El presente trabajo ha sido elaborado sobre la base de la investigación de jurisprudencia realizada para la Beca Carrillo-Oñativía del Ministerio de Salud de la Nación. Agradezco la colaboración de Agustina Ramón Michel, Sonia Ariza y Sabrina Cartabia en parte de la recolección de decisiones judiciales para este trabajo. Agradezco a Marcelo Alegre y Agustina Ramón Michel sus comentarios a una versión anterior de este texto.

2 La obra del CELS, *La Lucha por el Derecho* (2008) epitomiza esta experiencia desde la perspectiva de un actor central en el desarrollo de este proceso.

3 En la dimensión de la transformación de la realidad material de quienes acudieron a los estrados en búsqueda de cambios no es aún claro, sin embargo, el balance que resultará de nuevos estudios dedicados a la evaluación de la implementación y el impacto de las intervenciones judiciales.

4 Dada la brevedad de este comentario no me interesa involucrarme en la discusión sobre el rol de los tribunales en el cambio social en un contexto institucional y social como el argentino. Me limitaré simplemente a asumir como un hecho que los tribunales se involucrarán en cuestiones de aborto, a veces, motivados por grupos que buscan restringir los derechos en el plano de la sexualidad y la reproducción.

bivalente que lleva a evaluar al poder judicial como un actor poco promisorio para erradicar las injusticias que experimentan muchas personas⁵ en el ejercicio de sus derechos en el plano de la sexualidad y la reproducción. En la línea de precedentes que alienta el pesimismo se inscribe la decisión del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Formosa que motiva este comentario. En el caso *TSV*,⁶ una joven, como otras miles lo hacen anualmente en el país,⁷ llegó al sistema público de salud con rastros de un aborto incompleto. El 20 de octubre de 2006, luego de ser atendida, *TSV* fue denunciada por el delito de aborto. El caso llegó al Superior Tribunal formoseño luego de tres años y éste confirmó la declaración de nulidad de las actuaciones resuelta por la Cámara Primera en lo Criminal de la provincia. Lo hizo al entender que se había producido una violación de la garantía que veda la autoincriminación de acuerdo al artículo 18 de la Constitución Nacional, el artículo 20 de la Constitución Provincial, los artículos 8.2.g. de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y 14.3.g. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). En un voto concurrente, el Juez Ricardo Hang aclaró que no consideraba que el caso hubiera sido iniciado en violación del secreto profesional de los profesionales de la salud frente a sus pacientes.

La sentencia formoseña representa una de las múltiples y poco consistentes reacciones que los tribunales han ofrecido a la hora de enfrentar la problemática del aborto luego de la reforma constitucional de 1994. El fallo *TSV* es un buen exponente de un tipo de decisiones emitidas por los tribunales de diversas jurisdicciones del país que, en su mayoría, ha postergado la discusión central sobre la constitucionalidad del aborto en el embarazo temprano.⁸ Dis-

5 Las injusticias reproductivas son experimentadas por las personas más allá de su sexo, orientación, opción o identidad sexual. Pero las manifestaciones de esas injusticias varían entre grupos diversos desde el punto de vista sexual. En este trabajo me referiré en especial a las experiencias de las mujeres, cualquiera sean sus opciones sexuales, respecto del aborto. Por eso, seguiré refiriéndome al colectivo "mujeres" a pesar de reconocer la importancia de pensar en las injusticias (reproductivas) que sufren las personas más allá del binomio mujeres y varones como lo propone Saldivia (2010).

6 *MMV; TSV s/ Aborto*, Superior Tribunal de Justicia, Formosa, 9.12.2010 (en adelante, "*TSV*").

7 Según las cifras oficiales del 2006, 67.921 mujeres egresaron por "aborto" del sistema de hospitales públicos en 22 provincias. Entre esas mujeres, 6.086 lo hicieron en la ciudad de Buenos Aires y 29.208 en la provincia homónima. Además, esos números incluían, según surge del informe oficial, una cantidad de niñas de 10 a 14 años y una mayoría de mujeres adultas en las franjas etarias de 25 a 54 años. Así, por ejemplo, en la Ciudad de Buenos Aires de quienes egresaron por razones registradas como "aborto," 16 tenían entre 10 y 14 años, 2142 tenían entre 15 y 24 años, y 3928 se encontraban en las franjas etarias de entre 25 a 54 años. En la provincia de Buenos Aires, por su parte, los egresos hospitalarios por aborto correspondían a 167 a niñas de 10 a 14 años, 12.135 mujeres de 15 a 24 años, y 16.906 mujeres de 25 a 54 años. Véase al respecto, el Informe "Egresos de Establecimientos Oficiales por Diagnóstico" realizado en septiembre del 2008 por el Ministerio de Salud de la Nación, disponible en <http://www.deis.gov.ar/publicaciones/Archivos/Serie11Nro2.pdf>, visitado el 1.6.2010.

8 Al respecto, en *TSV* el tribunal así aclara en el Considerando XIII: "Que no obstante todo lo señalado, resulta pertinente aclarar que en el caso no se encuentra en juego ni se ha juzgado en modo alguno la decisión legislativa de sancionar penalmente las conductas que fueron materia de la presente investigación. La única cuestión a dilucidar en estas actuaciones era -como quedó expuesto- si el proceso de naturaleza penal podía válidamente realizarse en contra de *TSV* en las condiciones en que fue tramitado."

cusión que, por supuesto, también han rehuído enfrentar los poderes políticos y la sociedad civil (Checa, 2006). En esas decisiones, cuyas dinámicas de interacción no suelen observarse en conjunto como decisiones sobre aborto, los tribunales (a) han redefinido el concepto de aborto, (b) han establecido los términos de acceso a las indicaciones para el aborto despenalizado, (c) han expresado la renuencia al castigo del aborto clandestino, o (d) lo han penalizado en otros casos. Al presentarse como partes de un todo, estas decisiones permiten apreciar en qué medida las discusiones del tema se han fragmentando, encubriendo las conexiones que podrían vincular aspectos que atañen a una problemática única.⁹

Como veremos, la decisión en *TSV* ilustra, además, las restricciones de las intervenciones y los argumentos desplegados por los tribunales (Cárdenas y Tandeter, 2008). En efecto, las actuaciones judiciales posteriores a 1994 resultan problemáticas, primero, por la alta *incertidumbre* que han generado en el público no lego. A veces, a partir de la aceptación o la omisión ante planteos sin fundamentos, otras a raíz de decisiones restrictivas o la dilación en la generación de pautas claras de interpretación para la acción individual y las políticas públicas. En segundo término, esas actuaciones reflejan los sesgos *conservadores* de la trama argumental de las sentencias. Los sesgos se materializan en posiciones que con distinta intensidad niegan los compromisos del programa igualitario y liberal de nuestra Constitución reformulado en 1994.¹⁰ Pero además, esa aproximación conservadora ejemplifica, en muchos casos, la disonancia entre las ideologías judiciales y la de las instituciones políticas que, pese a sus deficiencias, se han mostrado comparativamente más proclives a honrar los mandatos constitucionales.¹¹

El resto del comentario se organiza en tres partes. En la próxima sección ofrezco un perfil de cuatro tipos preponderantes de decisiones judiciales en relación al aborto (Sección 2). En la siguiente parte reviso críticamente algunos de los rasgos que considero centrales en la fundamentación judicial compartidos tanto por sentencias restrictivas como por las más permisivas (Sección 3). A continuación, esbozo muy brevemente algunos de los argumentos que debería asumir una jurisprudencia adecuada al mandato constitucional de 1994

9 Notablemente, la fragmentación no es sólo típica del análisis de los casos de aborto que comento aquí, sino que ella también se observa en la desconexión entre los amplios desarrollos judiciales en relación al derecho a la salud y la cuestión del aborto. En la jurisprudencia sobre aborto y sus comentarios doctrinarios, es muy poco frecuente ver un abordaje desde la perspectiva del derecho a la salud aplicada profusamente respeto de otras cuestiones de salud.

10 Esos sesgos se manifiestan, a su vez, en un contexto de improcedentes referencias más o menos explícitas a creencias religiosas de los jueces. Sin embargo, no me referiré a este tema aquí.

11 A nivel nacional, por ejemplo, el Congreso ha avanzado desde 1994 en la implementación del mandato constitucional legislando sobre cuestiones básicas en materia de derechos reproductivos. Entre ellas, cabe citar las normas que crean un programa y una política nacional en el tema, exigen la impartición de educación sexual, prohíben la expulsión de estudiantes embarazadas, exigen la atención humanizada del parto o buscan erradicar la violencia de género. Si bien el ímpetu legislativo en la sanción de leyes no se ha reflejado en la implementación de las mismas, con todas sus omisiones, limitaciones y desigualdades entre provincias, parece relativamente menos conservador que algunas de las intervenciones judiciales.

que supere los déficits señalados en la sección anterior. Aquí me concentraré en especial en los argumentos que se deberían considerar ante las defensas de un supuesto derecho absoluto a la vida en gestación que motivan los litigios estudiados (Sección 4). Una breve conclusión cierra el trabajo.

2. Una taxonomía de las decisiones judiciales sobre aborto desde 1994

En los últimos quince años los pronunciamientos judiciales en materia de aborto pueden agruparse, por lo menos, en cuatro tipos de casos, ejemplificados por sentencias disponibles en el Observatorio de Sentencias diseñado por el Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA) y las bases de datos de las tres principales revistas jurídicas de circulación nacional: *El Derecho*, *Jurisprudencia Argentina* (Abeledo Perrot), y *La Ley*. De hecho, una revisión sistemática de estas últimas, entre 1940 y 2009 da cuenta de que en ellas se han publicado un total de 39 sentencias que directamente consideraron aspectos del debate sobre aborto.¹²

Entre las decisiones dictadas a partir de la reforma constitucional de 1994, un primer conjunto se refiere a lo que denominaré la agenda de la *revisión definicional del aborto*. Bajo esta categoría pueden agruparse casos en los que se ha disputado el concepto de aborto a partir de la determinación del comienzo de la vida o la distinción entre las prácticas de aborto o inducción del parto ante diagnósticos de malformación fetal incompatible con la vida. Un segundo conjunto de casos reúne los litigios que demandan *accesibilidad al aborto no punible*. Estos son planteos en torno a las circunstancias de no punibilidad del modelo de indicaciones para el aborto que define el artículo 86 del Código Penal. Un tercer grupo refleja la *renuencia al castigo de las mujeres* ante la denuncia del aborto. Estos casos integran una extensa tradición jurisprudencial en la cual los tribunales resuelven la nulidad de los procesos penales iniciados ante la noticia de una complicación post-aborto. La novedad en los casos de la última década en esta categoría consiste en el surgimiento de nuevos argumentos para impugnar la vigencia de viejos precedentes. A este grupo pertenece el caso *TSV* en Formosa, que sirve de excusa para este comentario. Finalmente, un cuarto grupo de decisiones incluye las *condenas por aborto* dictadas para sancionar a mujeres o partícipes por el delito, condenas que siempre han existido y continúan aplicándose, aunque muchos desconozcan que en nuestro país algunas mujeres sufren condenas por aborto.

Según surge de la descripción más detallada en los siguientes puntos, se trata de categorías no excluyentes y entre las cuales existe una interacción impor-

¹² Las sentencias publicadas representan sólo una porción de las decisiones efectivas de los tribunales. Para confirmar la existencia de otro tipo de sentencias sobre aborto en el fuero penal se solicitaron las sentencias para el período 1993 a 2010 de la Cámara Nacional Criminal y Correccional. Según la búsqueda realizada en la Oficina de Jurisprudencia de esa Cámara y los criterios de clasificación seleccionados por sus funcionarios, se registran 13 sentencias, encuadrables en la tercera categoría de casos, es decir, referidas a procesos penales en los que estaba en discusión la procedencia de la acción.

tante aunque la jurisprudencia y los debates doctrinarios las han departamentalizado. Así, por ejemplo, las decisiones sobre anticoncepción de emergencia han generado precedentes en la protección del derecho a la vida que impactan en las consideraciones sobre aborto no punible y las resoluciones acerca de la nulidad del proceso penal. Los precedentes sobre anencefalia han permitido abordar la discusión sobre los plazos dentro del embarazo para diferenciar la terminación anticipada por aborto o parto inducido posterior a la viabilidad. Así, estos casos sentaron un criterio moral no previsto en la legislación del tema como punto de inflexión para diferenciar formas delictivas y no delictivas de terminación del embarazo antes del parto natural. De otro lado, los casos de condenas por aborto pueden reflejar a veces el rechazo de los argumentos vertidos en la tercera categoría de decisiones en la que los/as jueces/zas expresan su renuencia a castigar a las mujeres.

Finalmente, es importante tener presente que muchos de los casos considerados a continuación surgieron por la reinterpretación de ciertos actores conservadores del mandato constitucional de protección de la vida intrauterina a partir de la reforma de 1994. Así, profesionales de servicios de salud, fiscales o defensoras/es públicas/os, ciudadanas/os o representantes de organizaciones de la sociedad civil han defendido la inconstitucionalidad inicial o sobreviniente de normas sobre anticoncepción de emergencia, del artículo 86 del Código Penal, o de decisiones como el famoso plenario *NF*¹³ de 1966. El caso *TSV* es nuevamente otro ejemplo de este fenómeno. Según el fiscal que apeló la sentencia de Cámara que había anulado el proceso: “la reforma constitucional de 1994 y la elevación a rango constitucional de tratados de derechos humanos que enuncian el derecho a la vida como el más importante a proteger por parte del Estado, viene a invalidar – o cuanto menos, a exigir una actualización – de la doctrina seguida por la Cámara Criminal y que emanaba del plenario *NF*, por ser la misma anterior a la mencionada.” (Considerando III.2)

2.1. La revisión definicional del aborto

Entre los casos que han dado lugar a una revisión del concepto de aborto se encuentran aquellos impulsados por sectores conservadores que, como en varios países de América Latina, promueven la restricción del menú de anticonceptivos disponibles alegando el carácter abortivo de la anticoncepción de emergencia (Villanueva, 2007). Ante las decisiones judiciales de este tipo sobresale la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en *Portal de Belén*.¹⁴ Allí el tribunal prohibió un tipo de píldora de emergencia, el *Inmediat*. La Corte declaró la inconstitucionalidad de la autorización del fármaco por su carácter abortivo. Los jueces de la mayoría entendieron que el fármaco podía inhibir

13 *NF*, Cámara Nacional Criminal y Correccional (en pleno), 26.8.1966, LL 123-842.

14 *Portal de Belén Asoc. Civil sin Fines de Lucro vs. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación*. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 5.3.2002. Disponible en: <http://www.csjn.gov.ar/juris/jsp/fallos.do?usecase=mostrarHjFallos&fallold=67787>, visitado el 1.6.2010.

la anidación y así violar el derecho a la vida protegido por la Constitución, en especial, en los términos del artículo 4.1. de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CADH).

Aunque sus comentaristas pretendieron limitar los efectos de la sentencia al fármaco en cuestión, la decisión se proyectó en una serie de eventos y litigios posteriores que continúan hasta nuestros días. Entre los sucesos más significativos cuenta la denuncia penal en la Provincia de Córdoba contra el entonces Ministro de Salud y directivos de laboratorios por la comercialización de fármacos supuestamente abortivos de anticoncepción de emergencia. El fallo *Portal de Belén* inspiró también la presentación en la justicia federal de nuevas causas. Entre ellas, se cuenta *Mujeres por la Vida (I)*,¹⁵ iniciada en 2003 y aún abierta, en la que se intentó detener la puesta en marcha de la política nacional que ordenaba la Ley de Salud Sexual y Procreación Responsable con el argumento de que éste distribuiría anticonceptivos abortivos prohibidos en *Portal de Belén*. En 2008, en otros casos que también aguardan sentencia definitiva, el precedente sirvió para fundar las decisiones de jueces de primera y segunda instancia en las provincias de Córdoba¹⁶ y Tierra del Fuego¹⁷ donde se ordenó la suspensión de la distribución gratuita de las píldoras de anticoncepción de emergencia enviadas por el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable (PNSSPR). A esas decisiones se suma el caso *Breide*,¹⁸ aún pendiente ante el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Río Negro.

En contraste con los casos mencionados resueltos o pendientes de resolución, sólo puede citarse el caso *Mayoraz*¹⁹ decidido en Rosario en el que la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial ratificó la sentencia del juez de primera instancia, en la que se había detenido en el análisis sobre el derecho a la anticoncepción de emergencia como no lo ha hecho ningún otro tribunal opinante en el tema.

15 *Mujeres por la Vida Asoc. Civ. vs. Poder Ejecutivo Nacional, Ministerio de Salud de la Nación* (en adelante, "*Mujeres por la Vida I*"), en trámite ante la Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba desde marzo de 2003. Este caso revela también la expansión de la argumentación sobre la píldora del día después a la anticoncepción hormonal en general y el DIU. La actora objetaba directamente que el Ministerio de Salud de la Nación distribuiría anticonceptivos abortivos. En este litigio, la Corte Suprema se pronunció sobre la cuestión de legitimación el 13.5.2004, Expte. M.970.XXXIX.

16 *Mujeres por la Vida Asoc. Civil sin Fines de Lucro vs. Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba s/amparo* (en adelante, "*Mujeres por la Vida II*"), Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Primera Nominación, Expte. 1270503/36, 8.2008.

17 *Defensor Público del Distrito Judicial Sur Dr. Julián De Martino s/Amparo*. Expediente que tramita desde 2006 ante el Juzgado de Primera Instancia de Competencia Ampliada, Distrito Sur con asiento en Ushuaia, Tierra del Fuego, aún sin sentencia.

18 *Breide, J. s/ Acción de Inconstitucionalidad*, Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, Expte. No. 20904/06-STJ. en los cuales se demanda la declaración de inconstitucionalidad de la Ley Provincial 3999/05 sobre "Anticoncepción de Emergencia."

19 *Mayoraz, NF vs. Municipalidad de Rosario s/ Recurso Contencioso Administrativo Sumario*, Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Rosario, Sala IV, Expte. N. 1355/02, 12/2008. En este caso, la Cámara confirmó la sentencia de primera instancia.

El otro conjunto de decisiones en las que estaba en juego la definición del aborto incluye casos de abortos requeridos ante diagnósticos de malformaciones fetales incompatibles con la vida, en su mayoría ante supuestos de anencefalia. Sobre el tema también se pronunció la Corte en el fallo *TS*²⁰ que autorizó la interrupción de un embarazo ante el diagnóstico de anencefalia. Dado que la mujer cursaba el octavo mes de embarazo al momento del fallo, el tribunal resolvió autorizar lo que entendió sería una inducción del parto y no un aborto.²¹ Sin embargo, la demandante había llegado a los tribunales durante la semana 21 del embarazo, momento en el cual hubiera correspondido un aborto, aunque se hubiese realizado mediante el mismo método empleado en la inducción de parto. Como la Corte adoptó su decisión casi dos meses después, los hechos planteados inicialmente habían variado. En su sentencia, el tribunal consideró que la situación en cuestión no era encuadrable como un caso de aborto permitido. De serlo, hubiera podido enmarcarse en el artículo 86, inciso 1 del Código Penal o en un supuesto adicional exigible constitucionalmente. Al autorizar la inducción del parto post viabilidad y negar el permiso de aborto, la Corte sentó un precedente que inspiraría la prohibición de terminar un embarazo ante un diagnóstico de malformación incompatible con la vida antes de la semana 24, momento a partir del que es posible inducir un parto sin que ello implique necesariamente la muerte del feto.

Esta distinción generada por la Corte entre aborto e inducción del parto post viabilidad terminó por incorporar la exigencia de sostener un embarazo hasta la viabilidad aunque el diagnóstico podría conocerse meses antes. Esa imposición respecto de una mujer que desea interrumpir su embarazo destinado indefectiblemente a la muerte de la vida en gestación, podría constituir un caso de tratos crueles e inhumanos, según lo ha definido por el Comité de Derechos Humanos en el caso *KNLH* ante Perú.²²

Por otra parte, ambos conjuntos de casos, dieron lugar a la aprobación de regulaciones como reacción a las decisiones judiciales. Así, algunas provincias como Río Negro sancionaron legislación específica ordenando introducir la anticoncepción de emergencia en las políticas de salud reproductiva²³ mientras que el Gobierno Nacional emitió normas administrativas, como la Resolución 232/2007 del Ministerio de Salud de la Nación que ordena la inclusión de la píldora en el

20 *TS vs. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires*, CSJN, Expte. N° T.421.XXXVI, 11.1.2001. Fallos 324:05.

21 Para un análisis práctico de las consecuencias de este encuadre, véase el trabajo del Observatorio Argentino de Bioética (2004).

22 Así lo entendió el Comité de Derechos Humanos en el caso *KNLH*, planteado contra Perú cuando se forzó a una joven a llevar a término un embarazo en caso de anencefalia Véase, *KNLH vs. Perú*, Comunicación No. 1153/2003, 21.11.2005. Si bien sostener el embarazo hasta el final puede a muchos parecer una imposición más violenta que la consecuencia de la decisión de la Corte en *TS*, no puede subestimarse el sufrimiento y la potencial afectación para su salud en el caso en que la mujer debe soportar varias semanas de un embarazo con diagnóstico de anencefalia esperando alcanzar la viabilidad.

23 Esta es a su vez la norma cuestionada en el caso *Breide* citado *supra*.

Plan Médico Obligatorio y las políticas de distribución gratuita de anticonceptivos. Por su parte, para el caso de diagnósticos de anencefalia, la Ciudad de Buenos Aires sancionó en el 2003 la Ley 1044 de Embarazos Incompatibles con la Vida que exige que en esos casos los embarazos continúen hasta la semana 24.

2.2. El acceso a las indicaciones de aborto

Un segundo conjunto de intervenciones judiciales se ha desarrollado en torno al acceso al modelo de indicaciones de aborto no punible (ANP). En estas decisiones los jueces evaluaron la constitucionalidad de las indicaciones de no punibilidad del artículo 86 del Código Penal, su alcance y la procedencia de la prestación de servicios médicos en el sistema de salud pública. Además de estos casos individuales, se ha planteado una discusión sobre el aborto no punible en dos litigios generados contra iniciativas de regulación del ANP de la Ciudad de Buenos Aires y una legislación vetada en la provincia de La Pampa.

Cuando se alcanzaron sentencias definitivas, en el primer tipo de casos los tribunales confirmaron la constitucionalidad del artículo 86 y reconocieron la procedencia de abortos por las causales establecidas en el del Código Penal. Además, las decisiones finales coincidieron, en general, en resaltar la inadecuación de la exigencia médica de judicialización para acceder a los servicios de salud por aborto.

Algunos de estos casos hallaron más resonancia mediática²⁴ y jurídica, contribuyendo así a expandir el debate público sobre el tema. Entre ellos, puede mencionarse un caso resuelto en el 2005 por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en el que autorizó el aborto solicitado por una mujer cuya vida y salud estaban en riesgo.²⁵ Entre 2006 y 2007, los tribunales superiores de la Provincia de Buenos,²⁶ Mendoza²⁷ y Entre Ríos²⁸ debieron pronunciarse ante situaciones de aborto motivadas por la violación de mujeres con algún retardo mental. Entre 2007 y marzo de 2010, tribunales inferiores de las provincias de Buenos Aires,²⁹ Río Negro,³⁰ y Chubut,³¹ resolvieron ante peticiones

24 El trabajo de la periodista Mariana Carbajal (2009) ofrece un seguimiento completo de las causas e ilustra la repercusión del tema en uno de los medios de circulación nacional como Página 12.

25 *CPPAK s/autorización*, Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, 27.6.2005, LLBA, julio de 2005, 629.

26 *LRM*, Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, 31.7.2006, LLBA, agosto de 2006, 895.

27 *CSM y otros c/sin demandado p/Ac. de amparo s/per saltum*, Sala 1ª Suprema Corte de Justicia de Mendoza, 22.8.2006, LL, 2006-E, 171.

28 *Defensora de PYM (en repr. de persona por nacer) s/medida cautelar de protección de persona*, Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, 20.9.2007, LLLitoral, noviembre de 2007, 1069.

29 *OMV s/víctima de abuso sexual*, Sala II, Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, 21.2.2007, LL On Line.

30 *FNM*, Sala "B" de la Cámara en lo Criminal de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, 18.5.2009. En abril de 2010, el Juez Martín Lozada resolvió otro caso de aborto por violación en los autos.

31 *M*, Sala "A" de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en Como-

de aborto por violación de jóvenes que no padecían un retraso mental. En este último tipo de casos, en marzo de 2010 el Superior Tribunal de Chubut³² avaló un aborto en caso de violación de una menor que no padecía un retardo mental basándose en el artículo 86, inciso 1 del Código.

Asimismo, puede incluirse en esta primer sección una excepcional sentencia penal en la que se condenó a un grupo de profesionales de la salud que en el 2007 había denegado el aborto ante el peligro para la vida y la salud de *Ana María Acevedo*, una joven madre embarazada que atravesaba los últimos meses de una enfermedad³³ que fue forzada a sostener su embarazo hasta la semana 24.³⁴

Según ha identificado en un trabajo reciente Ramón Michel (2010), estos casos son, entre otras razones, emergentes de la falta de especificación de las condiciones para acceder a los servicios de aborto cuando es legal. Son también el resultado de las múltiples barreras institucionales e individuales que intermedian el acceso al aborto. Si bien en la mayoría de los planteos judiciales las instancias superiores llegaron a la conclusión de que los abortos debían ser realizados, esa conclusión fue alcanzada luego de que jueces de instancias inferiores se opusieran a la legalidad de la práctica y no garantizaron el acceso a los abortos en el sistema público de salud (Ramos et al. 2009). Por otra parte, los procesos extendieron los plazos del trámite y las interrupciones debieron llevarse a cabo frente a embarazos más avanzados. Al mismo tiempo, dadas las consabidas desigualdades de acceso a la justicia, el resultado de los litigios puede haber estado fuertemente condicionado por el acceso y la calidad de la representación jurídica recibida por las mujeres, adolescentes en su mayoría, o sus familiares.

Finalmente, a estos casos se suma el litigio presentado por *Profamilia*³⁵ contra el protocolo de aborto no punible³⁶ del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Si bien esta causa fue desestimada tanto por el juez interviniente en primera instancia como por la Cámara, refleja el cuestionamiento de una norma que aún no ha logrado una implementación en todo el sistema público de salud de

doro Rivadavia, Provincia de Chubut, 19.3.2010, Expte. 93/10.

32 *FAL s/ medida autosatisfactiva*, Superior Tribunal de la Provincia de Chubut, 8.3.2010, Expte. 21.912-f-2010.

33 Ante el embarazo de Ana María, los médicos no sólo le negaron el acceso al aborto no punible, sino que le suspendieron la medicación, lo que le provocó meses de un dolor insoportable, dado que padecía un cáncer de maxilar, que causó su muerte pocas semanas después de que se le indujera el parto luego de la semana 24.

34 En la exigencia de sostener el embarazo hasta la semana 24 podría presumirse algún impacto de la discusión jurídica sobre anencefalia revisada en el punto anterior. Este es el criterio sentado por la Corte sobre plazos del embarazo.

35 *Profamilia Asoc. Civil. Vs. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/impugnación de actos administrativos*, Expte: EXP 31117/0, 7.11.2008.

36 Aprobada por Resolución 1174-MSGC-07 del Ministerio de Salud del Gobierno la Ciudad de Buenos Aires.

la Ciudad de Buenos Aires (Bergallo 2010). También debe sumarse el litigio aún pendiente de decisión por la Corte Suprema de Justicia en el caso presentado por un grupo de legisladores socialistas pampeanos para la revisión de la constitucionalidad del veto del gobernador a una ley que regulaba los abortos no punibles en la provincia.³⁷

Este segundo grupo de casos es una secuela de la falta de acuerdo interpretativo que demostraron los diversos litigios que adquirieron estado público a partir de 2005 y llevaron a proponer la legislación vetada en La Pampa y la objetada en la Ciudad de Buenos Aires. Estas iniciativas también se replicaron en otras jurisdicciones donde la oposición a las mismas no se judicializó.³⁸ En mayo de este año, Chubut se convirtió en la primera jurisdicción provincial con una ley vigente en la materia.

2.3. La renuencia al castigo de las mujeres

El sistema público de salud registra anualmente una cantidad de egresos hospitalarios de mujeres que recurren a él ante las complicaciones de un aborto. Según la Dirección de Estadísticas Vitales del Ministerio de Salud, en 2006, esa cifra alcanzó a 67.921 mujeres.³⁹ Cada año, en las diferentes jurisdicciones del país, esa cifra incluye un conjunto de mujeres denunciadas ante la noticia del supuesto delito cuyos casos llegarán al sistema penal para su investigación. Así, por ejemplo, en la Ciudad de Buenos Aires, durante el 2006, se registraron 6.086 mujeres en los hospitales públicos de la ciudad atendidas por complicaciones post-aborto. Ese mismo año, la Cámara Nacional Criminal y Correccional de esta Ciudad registró 35 denuncias por el delito de aborto, entre las cuales 9 fueron contra mujeres.⁴⁰ Pero no todos esos casos llegan siempre a juicio. Por ejemplo, sabemos que en el 2006 no fue elevado a juicio ninguna causa por aborto, mientras que en el 2004 se elevó uno y en el 2005 dos.⁴¹

En la brecha entre el número de egresos hospitalarios y el número de denuncias puede identificarse la primera señal de renuencia a buscar el castigo de las mujeres que se presume han abortado. En la mayoría de los casos, según

37 Mariana Carbajal, Diario Página 12, "El aborto por primera vez en la Corte." Disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-143413-2010-04-07.html>, visitado en 1.6.2010.

38 Me refiero a los protocolos de atención del aborto no punible aprobados en las provincias de Río Negro, Neuquén, Buenos Aires, Rosario, Santa Fe, y a la Guía de Atención Integral de los Abortos No Punibles aprobada por el Ministerio de Salud de la Nación en diciembre de 2007, no divulgada hasta febrero de 2010. Asimismo, entre este tipo de iniciativas pueden incluirse los proyectos de legislación provincial sobre aborto no punible debatidos durante el 2008 en la Ciudad de Buenos Aires y presentados en varias otras jurisdicciones del país. Véase al respecto, ELA (2009), Menéndez (2010).

39 Véase, nota 5 *Sutra*.

40 Los datos surgen de información solicitada al Sistema Informático de la Oficina de Denuncias, Turnos y Sorteos de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal. Pedido de información: 21.11.2007 y 6.3.2008 y 10.2009.

41 Este dato surge de las Estadísticas disponibles en la página del Ministerio Público Fiscal de la Nación. Disponible en: <http://www.mpf.gov.ar/>, visitado el 1.6.2010.

indica la cifra de denuncias, se respeta el deber de guardar secreto profesional ante la supuesta obligación de denunciar el conocimiento de un delito. Por otra parte, entre el número de denuncias y los casos que efectivamente llegan a juicio se encuentra una segunda señal de la forma en que el sistema judicial contribuye a reducir el castigo del aborto. Así, a partir de la argumentación en torno a la violación del secreto profesional o a la garantía que prohíbe la autoincriminación, los tribunales concluyen la nulidad del proceso. En su voto en el reciente caso *Baldivieso*,⁴² la Ministra Argibay interpreta la actitud de renuencia al castigo que transmiten decisiones como el antiguo plenario *NF*. En sus palabras:

Ha sido, entonces, la común percepción que tuvieron jueces, de ideas y formaciones diversas, de que la potestad persecutoria del Estado se veía debilitada, contrarrestada, por la magnitud de la tragedia que enfrenta una mujer al decidir y luego practicarse un aborto clandestino, así como del riesgo al que ella exponía su vida lo que determinó al mismo tiempo el pronunciamiento del plenario *NF* y sus alcances. Es en la desproporción tan patente del daño que enfrenta la mujer que se practica un aborto y no en las expresiones generales contenidas en sus fundamentos donde radica la autoridad y permanencia del precedente *NF*...

Voto Ministra Argibay, *Baldivieso*, p. 29.

Ahora bien, la jurisprudencia sobre estas dos opciones argumentales que anticipaba *NF* no ha sido pacífica y las disidencias de fundamentación del plenario dieron lugar a fallos alineados en una u otra alternativa justificatoria. Más recientemente, además, se incorporaron nuevos argumentos para cuestionar incluso su vigencia.

Así, por un lado, se hallan las decisiones que desestiman el proceso con fundamento en la violación de la prohibición de autoincriminación. En estos casos, como sus pares formoseñas/os en *TSV*, las/os juezas/ces consideran que los procesos deben anularse porque las actuaciones han sido iniciadas a partir de la toma de conocimiento por el sistema de salud del dato del aborto del que la mujer tiene evidencia en su cuerpo. Se entiende, entonces, que el rastro del aborto funciona como una declaración en su propia contra que la mujer no puede evitar. Los jueces observan que el “único cauce de la investigación (es) la prueba involuntariamente producida (por la mujer) al exhibir su propio cuerpo.”⁴³ La ausencia de consentimiento en el accionar de la mujer que ante el peligro para su vida o salud se ve forzada a revelar ante el sistema de salud la comisión del delito o privarse de la atención fundamenta la nulidad del proceso penal.

Para los jueces en *TSV*, este argumento, y no la violación del secreto profesional, motiva la nulidad del proceso. Según señala el voto del Juez Eduardo Hang, esta era también la posición que el Superior Tribunal sostenía ya en

42 *Baldivieso*, CL., Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20.3.2010, Expte. B.436.XL.

43 *MNV*, Considerando V.

1975 en el caso *OA y otros*,⁴⁴ que entonces leía como fundamento único del plenario *NF* la prohibición de autoincriminación pero no la nulidad de la denuncia por violación del deber de confidencialidad. En los últimos años, esta ha sido la lectura de *NF* reflejada en la posición de las Sala I y VI de la Cámara Nacional Criminal y Correccional.⁴⁵

De otro lado, otros precedentes prefieren fundamentarla nulidad en el vicio que proviene de la violación del deber de guardar secreto profesional que, entienden, debe prevalecer ante la obligación de denuncia. Ese deber encuentra fundamento en la protección de la intimidad del artículo 19 de la Constitución Nacional al que ahora se suman las normas de privacidad de la CADH y el PIDCP.⁴⁶ Este deber prevalece, estiman estos fallos, sobre la obligación de denunciar el delito que tienen los funcionarios públicos y los profesionales de la salud.⁴⁷ Esta línea de argumentos difiere de la anterior por varias razones. Primero, en algunos casos rechaza expresamente la viabilidad del argumento de la autoincriminación ya que entiende que

lo prohibido por la ley fundamental es compeler física o moralmente a una persona con el fin de obtener comunicaciones o expresiones que debieron provenir de su libre voluntad, pero no incluye los casos en que la evidencia es de índole material y producto de la libre voluntad del procesado.⁴⁸

Una segunda diferencia provocada por la fundamentación en la violación del secreto profesional reside en que lleva a la conclusión de la prohibición de la denuncia contra la mujer.⁴⁹ No es, sin embargo, la línea argumental de *TSV* pero puede rastrearse en sentencias recientes de las Salas IV y V de la Cá-

44 *OA y otros*, Superior Tribunal de la Provincia de Formosa (Como Alzada), Sentencia 320, 10.7.1975. Fallos: 1975, página 69.

45 Según las sentencias consultadas en la Oficina de Jurisprudencia de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, este es el argumento central en la sentencias AA, Sala VI del 8.2.2005 (Causa 24.915); y AGY de la Sala I del 11.9.2008 (Causa 34.553).

46 En su voto separado en la reciente sentencia *Baldivieso* –comentada más adelante– la Ministra Argibay defiende la idea de que el deber de guardar secreto profesional se fundamenta en la garantía de protección de la intimidad del artículo 18 de la Constitución y no en el artículo 19. Según la Ministra, esta garantía basada en el artículo 18 es de menos intensidad que la protección de la privacidad en el artículo 19.

47 Existe una discusión de larga data respecto de los sujetos comprendidos en los incisos 1 y 2 del artículo 177 del Código Procesal Penal de la Nación al definir la obligación de denunciar. Si bien algunos casos hacen referencia a la aplicabilidad o no de la norma a todos los profesionales de la salud y las condiciones específicas del contexto en que los dos incisos definen el alcance del deber de denunciar, no me referiré a este aspecto del debate aquí. Además de por razones de espacio, porque creo que sus efectos quedan contenidos en el debate constitucional más extenso.

48 *MS*, Sala V, Cámara Nacional Criminal y Correccional, (Causa 31.386).

49 Algunos también extraen consecuencias importantes respecto de la opción entre los dos argumentos y sus efectos sobre la persecución penal de terceros cuya supuesta participación en el delito también se conoció a través de la denuncia de la mujer. Dado que en este texto me interesa centrarme en los efectos directos de la jurisprudencia sobre las mujeres, no me dedicaré a esta otra dimensión. Pese a ello, reconozco que es otro aspecto importante de la discusión que también impactará en las condiciones de acceso al aborto más ampliamente.

mara Nacional Criminal y Correccional.⁵⁰ Esta distinción se torna importante porque aunque no aborda el problema central de la inconstitucionalidad de la penalización del aborto en el embarazo temprano, de prevalecer, el argumento basado en el secreto profesional podría desincentivar las denuncias contra mujeres que presuntamente abortaron.⁵¹ Además, si se difundiera a la ciudadanía como parte de una política pública de información sobre el deber de confidencialidad y de reducción de daños, esta línea argumental tendría la capacidad de generar mejores condiciones para que las mujeres que recurren al aborto clandestino accedan a los servicios de salud necesarios para resguardar su vida, su salud o su integridad física sin el temor de la denuncia.

Por otro lado, a la inestabilidad provocada por las variaciones argumentales referidas se suma una tercera alternativa defendida por algunos funcionarios del ministerio público fiscal como el actuante en *TSV*. Esta tercera alternativa es la endosada por las apelaciones de sentencias que declaran la nulidad en base a algunos de los criterios anteriores y en la sentencia *GN*⁵² de la Sala VII de la Cámara Nacional Criminal y Correccional. Según ésta tercera interpretación, los procesos no deben anularse ya que el conflicto de normas en juego debe resolverse a favor del deber de denunciar. Quienes adscriben a esta visión insisten en la inaplicabilidad del plenario *NF* devenido inconstitucional después de 1994.⁵³ Fundamentan la decisión de hacer a un lado el plenario al alegar que desde 1994 la legislación argentina, según la CADH y la CDN, exigiría una protección del derecho a la vida en gestación que triunfa frente a las garantías que conducen a la anulación del proceso penal. Agregan también que la preeminencia del deber de denunciar fue ratificada por el precedente de la Corte en el caso *Zambrana Daza*,⁵⁴ referido a una imputada de tráfico de estupefacientes, que se pretende aplicar a los supuestos de aborto -aunque esa extensión ha sido múltiplemente objetada.

Los tres tipos de sentencias reflejan la variedad de argumentos y efectos generados por la jurisprudencia. En la mayoría de los casos, aunque no siempre según sugiere la decisión en *GN*, la intervención judicial termina evitando el castigo de las mujeres por aborto. Las sentencias, no obstante, abonan el

50 Según las sentencias consultadas en la Oficina de Jurisprudencia de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, esta es la línea de argumentos en casos como *FCF*, Sala IV, del 4.2.2003 (Causa 19.389); *ASL y otros*, Sala IV, del 17.2.2004 (Causa 22820); *KG*, Sala IV, del 8.3.2004 (Causa 21.925); *SM*, Sala V., del 8.2.2007 (Causa 31.386), y *QMV*, Sala IV, del 23.7.2008 (Causa 34.854).

51 Esta interpretación podría fundar la denuncia de los profesionales que violan el deber de secreto. Aunque, por supuesto, este argumento no constituye en absoluto una solución al problema de la penalización injusta del aborto en el embarazo temprano.

52 *GN*, Sala VII, del 17.4.2007 (Causa 30.739).

53 La inaplicabilidad del plenario es a veces también defendida por jueces que adscriben al argumento según el cual prevalece el secreto profesional. Esta es la postura de la Sala V en el caso *MS*.

54 *Zambrana Daza*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1997, Fallos 320:1727.

trasfondo de incertidumbre de algunos actores dentro y fuera del sistema de salud sobre el deber de denunciar (Bergallo, 2010). Las denuncias de algunas mujeres desde el sistema de salud persisten. Y las decisiones judiciales o la amenaza de la persecución policial pueden influir en las mujeres desincentivando el recurso al sistema de salud ante complicaciones del aborto, aunque no podemos estimar en qué proporción.

No es posible predecir aún la posibilidad de convergencias mayores en la jurisprudencia. Mientras se escriben estas líneas, una nueva sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictada en abril de 2010 en *Baldivieso*, ha revertido el precedente *Zambrana Daza*. Promete algunos avances en el camino hacia establecer argumentos más sólidos y adecuados en el nuevo marco constitucional basados en la prevalencia del deber de guardar secreto profesional.⁵⁵ Sin embargo, la sedimentación de los efectos de una decisión con votos independientes basados en fundamentos divergentes requerirá tiempo. También será necesario aguardar para estimar sus consecuencias concretas en materia de aborto dadas las distinciones introducidas en alguno de los votos. Esos efectos deberán contemplarse además en armonía con la regulación e implementación efectiva de los deberes de confidencialidad según surgen de la nueva Ley de Derechos de los Pacientes promulgada en 2009 y aún pendiente de reglamentación.

2.4. La condena del aborto

Finalmente, cada año una cantidad de mujeres y otros actores son denunciados por el delito de aborto en diversas jurisdicciones del país. En Buenos Aires, desde 1993 hasta 2009, 86 mujeres fueron denunciadas ante la justicia penal como autoras de aborto propio.⁵⁶

Según la respuesta del Ministerio de Justicia de la Nación ante un pedido de información por condenas de aborto tramitado por la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) y el Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES), en febrero de 2010, entre 1983 y 2009, 22 mujeres cumplieron condenas por el delito de aborto en el país.

Las decisiones que culminaron en el cumplimiento de esas condenas no se publican en las revistas jurídicas y no se clasifican como novedad en las Oficinas de Jurisprudencia. Probablemente resulten de la constatación fáctica de los hechos y la aplicación de las normas que tipifican el aborto en el Código Penal. No sabemos si en esos casos la defensa ha planteado la inconstitu-

55 La sentencia hace algunas distinciones respecto de los incisos 1 y 2 del artículo 177 del Código Procesal Penal de la Nación y los votos efectúan consideraciones que podrían llevar a concluir que el conflicto entre el secreto y la obligación de denunciar funcionan diferenciadamente en el caso del aborto y el del narcotráfico. Por lo tanto, no es posible aún anticipar sus efectos en el debate.

56 Los datos surgen de información solicitada al Sistema Informático de la Oficina de Denuncias, Turnos y Sorteos de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal. Pedido de información: 21.12.2007, 6.3.2008 y 10.2009.

cionalidad de la penalización del aborto ni cuáles han sido las reacciones de los tribunales. Tampoco existen indagaciones sobre las experiencias de las mujeres durante el proceso o la etapa de cumplimiento de la pena, cuando esta no queda en suspenso. Si bien podemos presuponer los efectos de esas experiencias, contar con una investigación sistemática de las mismas podría permitirnos completar la mirada sobre la práctica real del castigo por aborto que nuestra comunidad inflige selectivamente en un grupo de mujeres que, a diferencia de otras miles, no se beneficiará de la extendida renuencia a denunciar, investigar, procesar o castigar el aborto.

3. El discurso judicial sobre el aborto: su incertidumbre y sesgo conservador

La mirada en conjunto del mapa de casos sobre aborto revela aspectos comunes del abordaje judicial preponderante. Las siguientes secciones muestran dos de los rasgos salientes de esas intervenciones: la incertidumbre que mantiene y su acentuado sesgo conservador.

3.1. Tribunales, derechos reproductivos e incertidumbre

El trasfondo de incertidumbre al que contribuyen las decisiones judiciales revisadas puede deberse a diversos factores. En primer lugar, a las divergencias argumentales cuyos efectos de incertidumbre podría agravarse por la falta de precedentes de tribunales superiores. En segundo lugar, a la existencia de precedentes dudosos. Por último, a la dilación en resolver ciertos casos. Observemos esas dinámicas en funcionamiento.

(a) Zigzagüeos jurisprudenciales

La pluralidad de encuadres argumentales y resultados contradictorios es una característica de los casos de accesibilidad al aborto no punible, más intensa aún dada la ausencia de precedentes de nuestro máximo tribunal. De existir, un pronunciamiento de la Corte podría contribuir a disuadir los reiterados cuestionamientos sobre la constitucionalidad del régimen de indicaciones del artículo 86 del Código Penal, su alcance específico en casos de peligro para la salud o violación, la improcedencia de la judicialización y otras de las barreras impuestas en el acceso a los servicios, cuando finalmente se dirimen los cuestionamientos legales. Como vimos, sólo existen sentencias firmes sobre algunos temas relativos al aborto no punible de cuatro tribunales superiores provinciales. En esas jurisdicciones, no obstante, esos precedentes tampoco garantizan claridad sobre la regulación jurídica del aborto. Así lo sugiere la existencia de nuevos litigios que siguieron a las sentencias de tribunales superiores o normas administrativas como sucedió en la Provincia de Buenos Aires.⁵⁷

57 Véase, por ejemplo, el caso *SGN s/situación*, Tribunal de Familia de Bahía Blanca, 1.10.2008 (Causa 30.790), surgido en la Ciudad de Bahía Blanca ante la violación de una joven con una discapacidad mental, a pesar de la normativa vigente en la Provincia de Buenos Aires y la sentencia en el caso *LMR*.

Además, respecto del alcance de la indicación de aborto por violación, la sentencia del superior tribunal provincial de Chubut constituye la única que ha establecido la constitucionalidad del aborto cuando la solicitante no es una mujer “idiota o demente.” En la Provincia de Río Negro, en cambio, a raíz de la autorización de un caso de primera instancia se le ha pedido juicio político a un juez.⁵⁸

Las restantes decisiones de tribunales superiores se limitan tan sólo a autorizar los abortos en caso de violación de mujeres que podrían considerarse bajo el concepto de “idiota o demente” utilizado por el artículo 86, inciso 2, supuestamente un caso “claro” en su texto. En el resto de las provincias es aún una cuestión disputada si la despenalización incluye al aborto de toda mujer violada. Incluso en Chubut, luego de que el Tribunal Superior declarara la constitucionalidad del aborto por violación en marzo de 2010, esa misma semana una jueza de primera instancia en un caso similar llegó a la conclusión contraria. La decisión fue luego revocada por la alzada al aplicar el precedente del Tribunal Superior. Empero esta divergencia ilustra la posibilidad de desacuerdos entre tribunales superiores e inferiores de una misma jurisdicción y los efectos dilatorios que ello puede acarrear para la práctica del aborto cuando terminará incluso autorizándose.

Por otro lado, las sentencias en los casos de despenalización tampoco han definido con contundencia la improcedencia de la judicialización de la autorización para abortar en los casos previstos en el artículo 86. Además de preservar la incertidumbre sobre el alcance de los permisos del Código Penal, esas decisiones no han declarado tampoco la inconstitucionalidad de los frecuentes requisitos impuestos al acceso al aborto no punible, tales como la intervención de comités de ética o grupos de profesionales. Aunque la mayoría de los litigios concluyó con la ratificación de la legalidad de los abortos previstos en el citado artículo, los numerosos obstáculos para obtener respuestas de los servicios de salud permanecen o han sido reforzados como consecuencia de los litigios. Así, las instancias en las que las barreras para el acceso al aborto no punible han sido efectivamente removidas son muy pocas (Ramón Michel, 2010; Menéndez, 2010).

Asimismo, en las jurisdicciones donde existen sentencias en algunos de los casos de abortos despenalizados, las regulaciones administrativas surgidas a consecuencia de los juicios pueden generar nuevas incertidumbres. En un trabajo reciente, Menéndez (2010) examina las diferencias en el alcance y los procedimientos establecidos por las normas sanitarias que regulan la prestación de servicios de aborto no punible donde hoy existen. Su investigación revela las contradicciones entre las reglas vigentes entre jurisdicciones sobre cuáles los abortos permitidos y los requisitos en la práctica para su realiza-

58 Resulta interesante contrastar el trato que se le ha dado al caso fallado por el juez Martín Lozada mientras que en la misma provincia el año anterior se autorizó un aborto en caso de violación de una menor, con fundamento en el artículo 86, inciso 1, sin que generara mayores debates. Véase, el caso *FNM*, Expte. N° 88/88/09, nota 31 *supra*.

ción. Como vimos, además, ni siquiera cuando existen sentencias y reglas administrativas, como en el caso de la Provincia de Buenos Aires, las mismas evitan la judicialización.

Una dinámica similar se presenta en la jurisprudencia en materia de denuncia del delito de aborto, secreto profesional y autoincriminación. La existencia de un plenario de larga data como *NF* nunca fue suficiente para saldar el debate según atestigua la jurisprudencia contradictoria en el tema en más de una jurisdicción⁵⁹ (Ramos et al 2009).

El desacuerdo sobre el *holding* del plenario emergente de la diversidad de votos y los argumentos abrazados en cada uno no permitió reconstruir un argumento fuerte en base tan sólo al secreto profesional o la autoincriminación. Por otra parte, al tratarse de un precedente local, su aplicación se limitaba a los tribunales de la Capital o, en su caso, a la voluntad de los tribunales provinciales de apelar a jurisprudencia de otra jurisdicción, cosa que hicieron con alcance dispar. Incluso, en su jurisdicción de origen, el precedente sigue siendo cuestionado y 40 años después, las salas de la misma cámara han dictado decisiones discordantes. Pero además, su aplicación se volvió especialmente controvertida luego de la reforma constitucional de 1994 y algunas/osjuezas/ces lo han considerado derogado como la Sala VII en *GN*. La sentencia convive aún hoy con otros pronunciamientos de salas que han llegado a la conclusión opuesta, es decir, a la vigencia de *NF*, pero ahora fundada también en la Constitución de 1994. Por último, la incertidumbre persiste a pesar de la reciente decisión de la Corte en *Baldivieso* que promete nuevas disputas interpretativas.

(b) *Precedentes deficitarios*

En otras ocasiones, según señalé, cuando no hay grandes divergencias ni faltan precedentes, los antecedentes disponibles son en gran medida deficitarios. De hecho, tanto sobre la anticoncepción de emergencia como en el caso de la interrupción del embarazo ante el diagnóstico de malformaciones incompatibles con la vida, los dos pronunciamientos de la Corte Suprema, en su vieja y cuestionada composición, han sufrido críticas severas que llevan a objetar su vigencia, generando así nuevos motivos de incertidumbre.

Los casos de restricción de la anticoncepción de emergencia reseñados conviven en la práctica con una permisión amplia de comercialización y distribución de la píldora en todo el territorio del país.⁶⁰ La intervención judicial aún pendiente de resolución final no impidió su incorporación a la política nacional y provincial en salud reproductiva. Incluso, en algunas jurisdicciones, se ha

59 Una sentencia importante en la dirección contraria fue la de la Corte Suprema de Santa Fe en 1998 que falló a favor de la médica que había denunciado a una mujer. Suprema Corte de Santa Fe, "IM.", 8.1998, LL 1998-F-547.

60 En las provincias donde hay sentencias restrictivas estas no han afectado la distribución comercial.

regulado el deber de suministrar la píldora en los programas dedicados a la atención de víctimas de violencia sexual.

A pesar de ello, se podría decir que las decisiones judiciales en el tema han contribuido a definir un marco discursivo de incertidumbre sobre la legalidad de la anticoncepción de emergencia que, entre otros, afecta su incorporación sin obstáculos a la consejería médica y la generación de una demanda amplia por parte de las mujeres (Pecheny, 2007). Así lo revela un estudio reciente del equipo coordinado por Pecheny. Entre los factores identificados por la investigación que actúan facilitando o restringiendo el acceso a la anticoncepción de emergencia se detectan, por un lado, cuestiones subjetivas vinculadas a la información y valoraciones de las usuarias, de los profesionales de la salud y de los funcionarios; por el otro, cuestiones objetivas relacionadas con aspectos de la organización interna de los servicios y aspectos externos de la sociedad y el Estado. A su vez, entre los factores subjetivos que condicionan el acceso al fármaco, los autores citan las percepciones sobre sus mecanismos de acción, el supuesto carácter abortivo y su estatus normativo. Estas percepciones suelen incorporar dudas sobre la legalidad, la legitimidad, y la recomendación técnica del método.

Respecto de la exigencia de sostener los embarazos en caso de anencefalia hasta la viabilidad no existen datos que permitan evaluar en qué medida esta es la regla en la práctica privada y pública del sistema de salud. Sin embargo, cuando el diagnóstico de malformación incompatible con la vida se realiza de forma temprana, es posible que algunas mujeres consideren el aborto clandestino como alternativa para detener el sufrimiento de un embarazo que han decidido.

(c) La dilación en la solución de algunas causas

Una nota especial la merece la dilación que caracteriza a las disputas judiciales en las variedades de casos sobre aborto. En efecto, la demora en la resolución final de algunos litigios excede lo que consideraríamos plazos razonables para una cuestión de trascendencia. Entre las causas en las que la espera por una solución judicial se ha ido dilatando cada vez más, pueden citarse los casos sobre la píldora del día después o sobre el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable (PNSSPR), sin resolución desde hace aproximadamente siete años. En igual situación se encontraba hasta hace muy poco la causa *Baldivieso*, que permaneció casi tres años en la Corte Suprema sin respuesta.

Como puede imaginarse, esas dilaciones impiden saldar ciertas disputas interpretativas, como sucede con la determinación de los supuestos efectos abortivos de la píldora de emergencia. La demora en resolver los planteos por parte de tribunales en las provincias de Córdoba, Tierra del Fuego o Río Negro ofrece el sustrato para cuestionamientos acerca del deber de informar sobre el método o entregarlo a quienes lo demandan. También favorece el

ejercicio de la objeción de conciencia de parte de profesionales de la salud que replican la duda sobre el carácter abortivo del método (Pecheny, 2007). Finalmente, en el caso de la impugnación judicial del PNSSPR, la pendencia del caso –iniciado en 2003 como una acción de amparo– puede además tener el efecto de mantener un cuestionamiento sobre la legitimidad de una política pública de importancia.

Los efectos de las demoras se intensifican cuando las líneas jurisprudenciales zigzaguean o cuando existen precedentes con serias limitaciones como algunos de los indicados. Dada la importancia de los derechos en juego, esas dilaciones parecen especialmente preocupantes.

3.2. La mirada conservadora sobre la Constitución

A pesar de los rasgos que las distinguen, tanto las sentencias revisadas en la Sección 2 que arriban a conclusiones restrictivas como algunas de las que alcanzan conclusiones permisivas, comparten un encuadre argumental conservador. Ese sesgo se expresa en la exacerbación de los argumentos formalistas, la centralidad de la preocupación por la vida en gestación, y la casi sistemática invisibilización de las mujeres y sus derechos. Además, el abordaje judicial del aborto ignora, a veces de forma sistemática, ciertos compromisos del programa liberal e igualitario de nuestra Constitución de 1994. En contraste, son escasas las ocasiones en las que los tribunales se han expresado con sofisticación y sin eludir las cuestiones morales y políticas en juego y su encuadre en nuestro plexo constitucional.⁶¹

Una revisión taxonómica profunda y comprehensiva de los sesgos resaltados en todas las sentencias disponibles excedería el alcance de estas páginas por lo cual los siguientes apartados ilustran sólo brevemente algunos de esos rasgos con referencias genéricas a las decisiones descritas en la Sección 2.

(a) El formalismo exacerbado

Ciertos argumentos desplegados en las distintas sentencias sobre aborto padecen de un formalismo que raya el absurdo. En algunos casos, éste se manifiesta en la adopción de un textualismo infundado según el cual las normas jurídicas son claras y deben prescindir de toda interpretación. Otras veces, las que me interesa revisar aquí, el formalismo surge de una lectura descontextualizada de normas como el artículo 4.1 de la CADH o la Convención de los Derechos del Niño como fundamento de un derecho absoluto a la vida del cigoto, el embrión o el feto. De lecturas a las que puede reprocharse un burdo positivismo ideológico, se sigue entonces el rechazo de plano del conflicto de

61 De acuerdo a las tres categorías de casos de la Sección 2, entre las decisiones concretas que podrían citarse en este sentido se incluyen algunos de los votos en las causas *TS* y *LMR*. Sobresalen por las referencias más completas a los derechos en juego de las mujeres las decisiones en *Mayoraz* de un tribunal de Rosario y la reciente sentencia del Tribunal Superior de Chubut en el caso *AG* del 8 de marzo del corriente.

valores, intereses o derechos entre la protección de la vida intrauterina y los derechos de las mujeres. Finalmente, el formalismo se observa también en un trato superficial de la dimensión empírica y científica de los debates en juego.

De esta manera, en una proporción importante de los casos en que se ha discutido sobre aborto en la última década las/os juezas/ces han aceptado la idea de un derecho absoluto a la vida intrauterina por oposición a la protección incremental de la vida que efectúa nuestro sistema jurídico. En la discusión sobre los efectos de la anticoncepción de emergencia se ha llegado al absurdo de considerar ese derecho a la vida en titularidad del cigoto. En las disputas “tradicionales” sobre aborto ese derecho absoluto residiría en el feto que lleva la mujer cuya vida o salud está en peligro o que ha sido víctima de violación, por lo que las indicaciones de no punibilidad del artículo 86 siempre serían inconstitucionales.⁶² Ese derecho absoluto a la vida también residiría, según algunos, en el feto al que se ha diagnosticado una malformación incompatible con la vida lo que conduce a la prohibición del aborto en ese caso y la exigencia de sostener el embarazo hasta completarlo, o hasta la viabilidad.

Por otro lado, en los casos en los que se demandaba la interrupción del embarazo luego de una violación, un debate textualista sobre la existencia de una coma ha provocado discusiones interminables sobre los alcances de la indicación del artículo 86 inciso 2 que algunos intérpretes, defienden, debe limitarse a la violación de la “mujer idiota o demente.”⁶³ Ello, claro está, con independencia de que esa limitación carezca de fundamento constitucional y de que, según lo ha señalado Ferrante (2010), sólo podría justificarse por razones eugenésicas. Así, en sentencias como las dictadas por tribunales de primera y segunda instancia en Chubut en febrero de 2010, las/os juezas/ces han insistido en que dado que las víctimas de la violación no eran “idiotas o dementes” sus casos no encuadraban en los supuestos de aborto no punible del Código Penal. Según la sentencia de la Jueza Verónica D. Robert, la denegación del aborto a una adolescente de 16 años violada por su padrastro “no encuadra en el inciso 2 del artículo 86 por no tratarse AG de una persona demente o idiota.” En el mismo sentido, en el caso *LMR* algunos votos de la Cámara de Apelaciones pretendieron negar un aborto en caso de violación a una niña porque no padecía el síndrome de Down y demostraba capacidad de usar un celular aunque su edad mental fuera de ocho años.

Otra manifestación del formalismo aparece en el trato que algunas sentencias dan a la evidencia empírica cuando evalúan el carácter abortivo de la píldora de emergencia. Pese a la abundante información científica que des-

62 Así, desde esa concepción, en los casos en que estaba en juego el acceso a las indicaciones de aborto, algunos jueces han argumentado que la protección de la vida desde la concepción implica la prohibición absoluta del aborto por lo cual el artículo 86 del Código Penal es inconstitucional.

63 Estos debates pueden revisarse en sentencias como *LMR* donde los jueces dedican extensos párrafos a la discusión entre los penalistas Soler y Núñez y quienes se agrupan a ambos lados del desacuerdo.

estima el supuesto efecto abortivo de este anticonceptivo, en el caso *Mujeres por la Vida (II)*, en el 2008 los tribunales de Córdoba han apelado a evidencia obsoleta. En su fallo, los jueces de cámara ignoraron los avances del conocimiento internacionalmente disponible sobre el mecanismo de acción de la píldora.

En el mismo sentido, otro ejemplo del análisis dudoso de evidencia científica lo ofrece la sentencia de primera instancia en el caso citado de Chubut en el que la jueza consideró, sin fundamento científico, que el peligro para la salud de la adolescente violada acreditado por los dictámenes profesionales de expertos era menor que el riesgo del aborto. En base a ello concluyó que “(e)n caso de practicarse la interrupción del embarazo sí existe riesgo en la vida de la madre por el avanzado estado de gestación (...) que asimila el riesgo a una intervención de una cirugía mayor.” Afirmó además que si bien el peligro para la salud o la vida de AG permitiría autorizar el aborto según el inciso 1 del artículo 86, también había sido probado, que ese peligro “puede evitarse mediante apoyo psico-individual de la menor y terapéutico familiar permanente hasta que se produzca el parto.” Pensaría la jueza que ese apoyo familiar provendría del contexto que ella misma había descripto antes en la sentencia. El informe dice textualmente

cuando la adolescente contaba con 11 años, su progenitora trabajaba en el Casino desde las 20 hs, hasta las 5 de la mañana, XX, refiere ésta, habría empezado a manosearla: esto sucedía por las noches, previo a que ella se fuera a dormir. Se repitió en varias oportunidades hasta que un día en medio de una crisis de llanto, decidió contarle a la madre. Encontrándose presente también la abuela materna, la respuesta de la progenitora fue que tuviera paciencia que algo haría, hoy ella justifica la paralización materna en que se encontraba cursando el embarazo de los segundos hermanitos mellizos. Aunque no hubo ninguna acción concreta de la progenitora, esto habría provocado el cese de este comportamiento abusivo...

Por otra parte el informe refiere “en este punto le cuenta a su hermana, XX, quien le habría dicho, que algo se daba cuenta, por la manera en que se movía la cama (comparten una cucheta).”

(b) La centralidad de la vida fetal

La concentración de los argumentos del debate sobre el aborto en la vida en gestación y sus aspectos biológicos constituye otra característica típica de las intervenciones judiciales.

En algunos de los casos revisados en la Sección 2 los tribunales fundan su argumentación en la posibilidad de la definición judicial del comienzo de la vida. Concluyen, como lo hizo la Corte Suprema de Justicia en *Portal de Belén*, que ella se inicia con la unión de los gametos, es decir, con la conformación del cigoto y antes de la implantación, momento que definen como la concepción. Además, los jueces entienden que el cigoto, el embrión y el feto son persona

y, por tanto, sujeto titular del derecho a la vida con el mismo alcance que las personas nacidas, sin otras referencias a las dimensiones biológicas, morales y sociales en juego.

La atención desproporcionada puesta en la determinación del comienzo de la vida o en la definición de persona como precondition para afirmar la titularidad de un derecho en el cigoto, el embrión o el feto es un rasgo persistente de las sentencias que deniegan autorizaciones para abortar o limitan la anticoncepción de emergencia. Esa atención es desproporcionada porque termina invisibilizando la existencia de otro sujeto cuyos derechos están siempre en juego en la discusión: la mujer. Se omiten así los aspectos relacionales del proceso de gestación y se refuerza la caracterización de las mujeres como meros úteros al servicio de un proceso biológico sacralizado. Pero además, según veremos en el siguiente apartado, esa mirada excluyente y enfática sobre la imagen fetal, los aspectos biológicos del desarrollo de la vida intrauterina y el embarazo, esconde otras dimensiones centrales que no pueden desconectarse del proceso reproductivo: la sexualidad, la maternidad y las condiciones sociales, culturales e históricas en las que ellas se experimentan.

El acento excesivo en la determinación biológica del carácter de sujeto del cigoto, el embrión o el feto se expresa, a su vez, en una serie de presupuestos carentes de fundamentación que niegan la dificultad valorativa que impone juzgar los fenómenos biológicos y la ciencia que los observa. En el fallo *Portal de Belén* y los que lo replican, la Corte Suprema resolvió la pregunta del comienzo de la vida en unos pocos párrafos acudiendo a la teoría referida a la supuesta definición del ADN con la unión de los gametos. Según ha señalado Menéndez (2010), al hacerlo, se apoyó en fuentes de muy dudoso origen, como por ejemplo escritos de un sacerdote católico, un falso premio Nobel, y una transcripción tergiversada de la consideración de la declaración de un genetista cuyo testimonio había sido descalificado por la Corte Suprema de Tennessee en los Estados Unidos.⁶⁴

(c) La invisibilización de las mujeres y sus derechos

La ausencia o la simplicidad de las referencias a las mujeres y sus derechos es otra característica de muchas de las decisiones sobre aborto de nuestros tribunales. Esa invisibilización se produce, a veces, en la negación de las mujeres como colectivo cuyos derechos está en juego en la disputa sobre el acceso a un método anticonceptivo. En estos casos, las mujeres desaparecen totalmente, como se observa en algunas sentencias sobre anticoncepción de emergencia o las que intentaron suspender los efectos de la Ley Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable. Fallos como *Mujeres por la Vida (II)* dictados en Córdoba en 2008 no incluyen siquiera una referencia al derecho

64 Véase, al respecto, Mariana Carbajal, "Hasta un falso premio Nobel," Página 12, 19.10.2009, disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/subnotas/133700-43138-2009-10-19.html>, visitado el 1.6.2010.

a la anticoncepción, presupuesto del ejercicio de la autodeterminación reproductiva, anclada en normas como el artículo 19 de la Constitución o las expresamente previstas en la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés).

Lo mismo se podría decir del hecho de que los jueces continúen resolviendo cuestiones de semejante complejidad y controversia en amparos colectivos presentados por organizaciones preocupadas por la vida intrauterina pero omiten convocar a participar de esos procesos a actores de la sociedad civil con interés en la defensa de derechos sexuales y derechos reproductivos.

En otras intervenciones judiciales, las mujeres invisibilizadas son aquellas de carne y hueso frente al tribunal. Así, las decisiones sobre acceso a las indicaciones de aborto del artículo 86 del Código Penal rara vez se explayan en consideraciones sobre la situación de vulneración de derechos que llevó a la solicitud del aborto. O cuando lo hacen, como vimos en las referencias de la Jueza Robert a la violencia sexual padecida por AG, esa situación de sufrimiento se descarta rápidamente en aras de la protección de la vida en gestación.⁶⁵

La desaparición de la mujer, la adolescente, la niña, la madre, se produce más generalmente cuando los tribunales se muestran insensibles frente al peligro para la vida, su salud o el sufrimiento de quien planeaba convertirse en madre pero ha recibido un diagnóstico de feto anencefálico. La negación de la experiencia de la maternidad forzada a una edad temprana en las niñas o adolescentes violadas o cuando se padece un retardo mental es también característica de algunas sentencias o intervenciones judiciales dilatorias como la que impuso el juez en el caso de una niña de 12 años violada que tramitaba ante el Juzgado de Familia No. 1 de Mendoza, en el cual finalmente se desistió del pedido.⁶⁶

Como contracara del acento en los aspectos fisiológicos del debate, las mujeres, el género desaparecen también del discurso judicial cuando éste desconoce las condiciones sociales y materiales de desigualdad más estructural que padecen. Esto es lo que sucede, por ejemplo, en aquellas decisiones que anulan el proceso penal en base a argumentos que circunvalan la problemática de la penalización del aborto⁶⁷ o la persecución selectiva de un delito que

65 En varios de los casos de abortos solicitados por víctimas de violación o por sus familiares, por ejemplo, la preocupación por el derecho a la vida intrauterina ha llevado a referir marginalmente las situaciones de violencia sufridas por las víctimas, en general menores, y sus efectos sobre la exigencia de sostener un embarazo que rechazan al asociarlo con el trauma de la violencia sexual.

66 Mariana Carbajal, Página 12, "Puerta abierta al golpe bajo en un hospital," Buenos Aires. 6.7.2008. Disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-111093-2008-09-06.html>, visitado el 1.6.2010.

67 La determinación del pedido de nulidad de los procesos judiciales motivada en la autoincriminación o la violación del secreto profesional es una cuestión de previo pronunciamiento, por lo que se puede afirmar que los jueces no evitan considerar la cuestión sustantiva sino que ello es una mera consecuencia del proceso. Creo, sin embargo, que podría objetarse esta disociación del problema de la constitucionalidad del delito motivada en el diseño del proceso y las excepciones sobre el mismo. En todo caso, la circunvalación del problema termina siendo además un efecto

se sabe extensamente cometido. Al desvincular la definición previa de la nulidad procesal de la sustanciación de la objeción sobre la constitucionalidad del delito, cuando ésta se ha planteado, se elude el problema y su dimensión constitucional. Se evita así indagar sobre las condiciones que llevaron a la mujer a esa decisión, ocluyéndose la desigualdad extrema en la que muchas mujeres que han abortado de forma clandestina ejercen sus derechos reproductivos. Los tribunales expresan así su indiferencia frente a los datos que muestran dificultades materiales importantes en el acceso a la anticoncepción, falta de información y educación sexual, o la misma violencia sexual que constriñe el control reproductivo de algunas mujeres.⁶⁸

Paradójicamente, esa omisión se manifiesta también en la ausencia en el discurso judicial de referencias al contexto mayor de desigualdad en el que se ejerce la maternidad en nuestra sociedad. En efecto, las intervenciones judiciales sobre aborto se mantienen especialmente en silencio sobre las experiencias de desigualdad que sufren las mujeres que eligen convertirse en madres e intentan alcanzar la autosuficiencia a partir de su inserción igualitaria en el ámbito laboral y político (Rodríguez Enríquez, 2007; ELA, 2009). Esas condiciones son parte, al mismo tiempo, de los datos que entran en la consideración de las mujeres que buscan un aborto no punible o de quien ha resuelto terminar un embarazo y enfrenta la posibilidad de la penalización.

Finalmente, la mirada que desconoce el rol del contexto social en el que viven las mujeres que consideran abortar suele omitir también que la penalización del aborto fracasa como instrumento para la protección de la vida intrauterina y la gravedad de las cargas que impone el aborto clandestino al que, se sabe, no dejarán de recurrir miles de mujeres.⁶⁹ Así, las sentencias sobre secreto profesional o autoincriminación jamás localizan los casos en el contexto estadístico de injusticias que rodea a las mujeres que serán el chivo expiatorio de una sociedad que de otras formas muestra una alta tolerancia a la práctica del aborto clandestino.

4. La vida, los derechos y el programa constitucional de 1994

He intentado presentar aquí algunos de los límites de las intervenciones judiciales en torno al aborto. Quizás resulte ya evidente que el límite mayor de esas intervenciones reside, sin embargo, en la inadecuación de las disputas inter-

agregado y sistémico de la solución basada en la anulación del proceso.

68 Sobre la situación de las mujeres en el acceso a sus derechos sexuales y sus derechos reproductivos puede consultarse el *Informe sobre género y derechos humanos. Vigencia y respeto de los derechos de las mujeres en Argentina (2005-2008)*, elaborado por ELA (2009). El capítulo 4 del informe contienen información completa y actualizada sobre las desigualdades en el ejercicio de estos derechos. Respecto de la persistencia de estas desigualdades en casos concretos de ejercicio de derechos reproductivos puede verse Chiarotti et al (2003).

69 Desde 1983, año del retorno a la democracia, un total de 2578 mujeres murieron como consecuencia de un aborto en el país. Estadísticas Vitales. Dirección de Estadística e Información de Salud. Ministerio de Salud de la Nación. Argentina.

pretativas que las motivaron cuando se las escruta a la luz de los compromisos constitucionales con los ideales de igualdad y autonomía.

En un trabajo reciente me he explayado sobre las implicancias del mandato constitucional respecto de la regulación del aborto (Bergallo, 2010b) y tomo parte de ese texto en lo que sigue. Una argumentación completa sobre el tema excede la extensión de este comentario. Por lo tanto, quisiera aquí concentrarme en mostrar la inadecuación de uno de los planteos argumentales más básicos que subyace a las decisiones judiciales reseñadas o las intervenciones que las provocaron: la que insiste en que nuestro marco constitucional desde 1994 protege un derecho a la vida que justifica la penalización total y sin excepciones del aborto.⁷⁰

En efecto, las actuaciones judiciales estudiadas han surgido como consecuencia de los cuestionamientos que explícita o implícitamente llegan a los estrados asumiendo una concepción de la protección constitucional de la vida en gestación como un derecho absoluto. Ella encontraría fundamento en tres tipos de argumentos: uno textual, otro originalista, y un tercero, moral. Este último, que combina afirmaciones morales y científicas, asume que la persona humana, sujeto de derechos, comienza en la unión de los gametos y la consiguiente definición del ADN. La combinación de estas tres ideas fundaría así un derecho a la vida en gestación que exigiría una penalización total del aborto o una permisión muy limitada al peligro para la vida de la mujer.

De hecho, estos son los argumentos esgrimidos en los casos contra la anti-concepción presentados por algunas organizaciones.⁷¹ Aparecen también en los litigios de aborto no punible planteados por actores del sistema de salud o judicial para obstaculizar el acceso a los abortos despenalizados o la terminación temprana de un embarazo ante el diagnóstico de anencefalia.⁷² Como en TSV, también inspiran las apelaciones que el ministerio público realiza de decisiones de segunda y tercera instancia que nulificaron procesos contra mujeres denunciadas por aborto.

La protección de la vida humana es un valor contemplado en nuestro marco constitucional, de forma implícita en el texto de la Constitución y expresamente en el de los tratados que la integran. Pero nuestro programa constitucional no es compatible con una protección absoluta o constante de la vida humana a través

70 Muchos pensarán que concentrarse en este nivel tan precario del debate es poco interesante. Pese a ello, como es el contexto central del surgimiento de casi todos los casos revisados en la Sección 2, me parece importante abordarlo.

71 Entre ellas, *Portal de Belén y Mujeres por la Vida (II)*.

72 En algunos casos se trata de médicas/os y en otro de autoridades de establecimientos sanitarios que o bien niegan la procedencia del deber de prestar el servicio u objetan su responsabilidad de determinar la procedencia del aborto sin una autorización judicial. En otros casos, la judicialización del aborto no punible proviene de la defensa de la vida intrauterina por algún actor del sistema judicial. Ese ha sido el caso, por ejemplo, en LMR, donde el hospital iba a practicar el aborto, pero la defensa pública en representación de la vida intrauterina, notificada por la fiscalía que conocía de la denuncia por violación, intentó obstruir el acceso al aborto por violación.

de todos los estadios de su desarrollo como el pretendido en las intervenciones judiciales reseñadas, a veces, rechazadas por los jueces. Vayamos por partes.

Si comenzamos por el texto de la Constitución, es claro que éste no contiene referencias explícitas a un valor, interés o derecho a la vida. Este, es considerado, un derecho no enumerado. Además, las referencias al concepto de persona en el plexo constitucional suponen en todos los casos referencias a las personas nacidas como titulares de derechos.⁷³

Algunos alegan, sin embargo, que la incorporación del texto de la CADH y la CDN en 1994 tuvo como efecto la expansión de la protección del derecho a la vida, ahora sí, como derecho protegido “desde la concepción.” Empero, la referencia al derecho a que se respete la vida, *en general*, desde la concepción en el artículo 4.1 de la CADH tampoco conlleva el reconocimiento de la titularidad de un derecho absoluto a la vida en gestación y mucho menos la exigencia de penalizar totalmente el aborto para protegerlo. Más bien, el precepto citado lleva exactamente a la conclusión opuesta. Tal como está redactada, la segunda frase del artículo 4.1 contiene una especificación menos estricta del deber de protección derivado del reconocimiento de un derecho a la vida. La referencia “y en general,” fue introducida a sugerencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con el fin de conciliar las diversidades entre los ordenamientos jurídicos de los Estados parte de la Convención en la protección de la vida en gestación.⁷⁴ Según Medina (2005), la Conferencia Especializada de 1969 mantuvo la propuesta de la Comisión a pesar de las críticas y las demandas de reforma que postulaban una protección de la vida en gestación mayor o su total exclusión. Como resultado, la norma vigente establece una protección más moderada y menos categórica de la vida antes del nacimiento que protege solo “en general.”

De otro lado, la CDN no reconoce un derecho a la vida de titularidad de la persona antes de nacer. Las referencias a los niños y niñas efectuadas en el texto de la Convención para garantizar sus derechos suponen el nacimiento. La CDN no sólo no se refiere al comienzo de la vida en ninguna parte de su texto, sino que durante su redacción, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas no logró alcanzar un consenso sobre los textos propuestos que extendían la definición de niño desde la concepción. A raíz de ello, la Comisión resolvió no pronunciarse sobre la cuestión (Filipini, 2010).

Pero además, la declaración interpretativa formulada por la Argentina respecto del artículo 1 de la CDN no puede modificar el alcance del derecho internacional respecto de la Argentina. Ello porque, el artículo 75, inciso 22, definió

73 La Constitución Nacional se refiere a la persona o las personas en sus artículos 15, 18, 22, 23, 29, 43, 75 inciso 12 y 23, 114 y 119. En todos los casos, las citas de la expresión “persona” son aplicables a la persona nacida.

74 CIDH: “Dictamen de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos relativo al proyecto de Convención sobre Derechos Humanos aprobado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos” [1968], 1973, p. 320, citado por Medina (2005).

el reconocimiento de status constitucional a este y otros tratados de derechos humanos “en las condiciones de su vigencia,” de las cuales no se infiere una protección absoluta de un derecho a la vida antes del nacimiento que justifique, además, la restricción total del aborto.

Un párrafo especial merece la alusión a la pretensión originalista que alega la intención de los constituyentes de 1994 en defensa de un derecho superior a la vida. Durante dicha Convención algunos convencionales propusieron incorporar al texto de la Constitución la referencia expresa a la protección de la vida desde la concepción (Gutiérrez, 2000). Sin embargo, la revisión de las distintas posiciones esgrimidas por los constituyentes indica que no hubo acuerdo sobre la inclusión de una cláusula referida a la protección de la vida en gestación en el plexo constitucional.⁷⁵ Por otra parte, tal como lo ha señalado Filipini (2010), no surge de las constancias de los debates constitucionales que los convencionales cuestionaran el modelo de indicaciones vigente en el CPN cuya constitucionalidad muchos de los casos revisados objetaban.⁷⁶

En la defensa de un derecho a la vida en gestación desde la concepción se invocan también razones independientes de las referencias textuales o la intención constituyente. Se alega, tal como lo ha hecho la Corte Suprema en *Portal de Belén*, que el óvulo fecundado o embrión es un ser humano digno de protección constitucional y legal. Según el tribunal y quienes esbozan este argumento, la vida es el resultado de la continuidad del proceso biológico que se inicia con la unión de los gametos y que determinaría la identidad genética de un individuo único y, por tanto, la existencia de un sujeto de derechos.

Pero los límites de este argumento son múltiples porque: (a) presupone la posibilidad de resolución del desacuerdo sobre los criterios morales relevantes para resolver la determinación del comienzo de la existencia del ser humano, (b) asume que esa capacidad puede residir en el sistema judicial, (c) identifica al criterio genético como único relevante para definir la existencia de un individuo, y (d) abraza una visión del criterio genético puesta en cuestión por el paradigma científico imperante.

En primer lugar, la determinación del comienzo de la vida humana es una cuestión de gran complejidad. Su abordaje serio requiere comenzar llamando la atención sobre lo implausible que resulta descansar en una determinación

75 Filipini (2010) distingue entre las posiciones de constituyentes que promovían la inclusión de una referencia explícita a la protección de la vida desde la concepción, quienes consideraban que se trataba de un asunto no habilitado para la agenda de la Convención, quienes entendían que la incorporación de la CADH y la CDN contenía referencias suficientes a la protección de la vida intrauterina, y por último, quienes consideraban que si bien la Convención no estaba habilitada a considerar el tema, la permisión del aborto a demanda sería compatible con las normas constitucionales vigentes.

76 Luego de un exhaustivo repaso de las posiciones de los constituyentes, Filipini (2010) concluye, “en general, con todo, parece haber sido aceptado que los permisos del régimen penal vigente eran admisibles constitucionalmente en 1994.” Pág.

exclusivamente jurídica del comienzo de la vida del ser humano.⁷⁷ La determinación del momento en el que comienza la vida es una cuestión en la que entran en juego consideraciones de tipo legal, ético, médico, biológico y científico sobre las que no existe acuerdo. No es un asunto meramente científico porque exige la determinación de las propiedades relevantes para la valoración de la información científica y la ciencia no provee criterios para delimitar cuáles serán esas propiedades relevantes. Puede afirmarse lo mismo de la pretensión de llevar adelante una determinación jurídica autónoma del comienzo de la vida.

Tampoco existe acuerdo ético sobre cuál o cuáles son las propiedades morales relevantes para definir la existencia de vida humana. Según Mary Anne Warren (2000), las teorías éticas ofrecen criterios diversos para valorar la cuestión: la capacidad de sentir, la viabilidad, la capacidad de moverse, la conformación del ADN, por ejemplo. La ciencia, que tampoco ofrece respuestas unívocas, sólo ha logrado describir y, sin precisión absoluta, los distintos fenómenos considerados relevantes por las teorías éticas.

En segundo lugar, dada la complejidad de una determinación de este tipo, el proceso judicial es un ámbito muy limitado para dirimir la cuestión. Los seres humanos no han logrado alcanzar un acuerdo. Por ello, los tribunales de otros países en general han postergado la discusión o se han declarado incompetentes.⁷⁸ Ilustrativas de esta posición son las afirmaciones de la Corte Constitucional de Colombia:

considera esta Corporación que determinar el momento exacto a partir del cual se inicia la vida humana es un problema al cual se han dado varias respuestas, no sólo desde distintas perspectivas como la genética, la médica, la religiosa, o la moral, entre otras, sino también en virtud de los diversos criterios expuestos por cada uno de los respectivos especialistas, y cuya evaluación no le corresponde a la Corte Constitucional en esta decisión.⁷⁹

En tercer lugar, el criterio genético es sólo uno de los criterios disponibles y, como vimos no existen razones para preferirlo frente a las otras opciones también valiosas desde el punto de vista moral y biológico. Pero además, del he-

77 Para una revisión pormenorizada de los argumentos sobre este punto véase, Bascañán Rodríguez (2004).

78 Este es el abordaje que puede rastrearse en las consideraciones vertidas en las sentencias de tribunales que desde la década de 1970 enfrentaron la discusión sobre el comienzo de la vida en el marco del litigio contra las normas por la liberalización del aborto. En esas decisiones adoptadas, por ejemplo, por la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Roe vs Wade*, por el Tribunal Constitucional Federal alemán en 1976 o, por el Tribunal Constitucional español en 1985, y más recientemente por la Corte Constitucional colombiana en 2006, los jueces han explicitado las razones por las que renunciaban a la empresa de una determinación jurídica –y judicial– del comienzo de la vida.

79 Agrega la Corte en una nota al pie: “Este extremo no es posible dilucidarlo ni siquiera acudiendo a argumentos originalistas o la interpretación de la voluntad del Constituyente porque precisamente de la lectura de los debates en la Asamblea Nacional Constituyente se desprende que expresamente no se quiso dilucidar este problema y por lo tanto no fue concluyente.” Sentencia C-355/06, Corte Constitucional de Colombia. Punto 5, p. 215. Disponible en: <http://www.despenalizaciondelaborto.org.co/files/14.pdf>; visitada el 1.6.2010.

cho de que el cigoto y luego el embrión puedan desarrollarse hasta convertirse en un ser humano nacido y, por tanto, en una persona, no se sigue su titularidad de un derecho a la vida y, menos, claro está, que ella exija la penalización del aborto para su protección. La continuidad del proceso de desarrollo de la vida humana no implica que todos los estadios de ese proceso sean equivalentes entre sí ni suponen la igualdad jurídica entre el óvulo fecundado, el cigoto, el embrión, el feto y el ser humano nacido. La concepción que identifica identidad genética con identidad del sujeto de derecho no es una tesis jurídica ni es la tesis adoptada por nuestra Constitución o los tratados de derechos humanos, que por otra parte, no se manifiestan sobre el tema.

El argumento según el cual la existencia de una vida humana es idéntica en los distintos estadios del desarrollo desde la unión de los gametos -que sería el momento a partir del cual puede identificarse genéticamente al individuo- no encuentra sustento siquiera en el conocimiento de la embriología. Según se ha demostrado de manera científica, de hecho, la constitución de una persona no está determinada por el material genético del óvulo fertilizado. Bascuñán Rodríguez (2004) describe el estado del conocimiento sobre este proceso claramente:

(u)n embrión puede llegar a nacer, pero también puede desarrollarse de otro modo. Lo más probable es que se pierda, sin que llegue a desarrollarse en sentido alguno. También es posible que de él se originen dos embriones. Estos gemelos pueden desarrollarse independientemente y llegar a nacer. Pero puede que uno de ellos termine siendo un quiste en el cuerpo del otro. Finalmente, es posible que el embrión se desarrolle como una mola, que nunca llegará a nacer. Incluso es posible que esa mola se desarrolle como un cáncer para la mujer. Todas estas posibilidades están presentes en el embrión preimplantacional. Considerarlo *ex ante* como un ser idéntico a una persona, atendiendo a la identidad genética, es desde un punto de vista biológico tan justificado como considerarlo un ser idéntico a un quiste o un cáncer.

(Bascuñán Rodríguez, 2004).

El embrión se diferencia de las células y tejidos que comparten la misma identidad genética por su potencialidad de convertirse en un ser humano. Ello sucederá sólo si ciertas condiciones temporales y espaciales se verifican. Pero ocurrirá sólo cuando se haya concretado la diferenciación y especificación necesaria para la conformación del organismo humano. “La potencialidad del embrión es la demostración de su falta de individualidad, en el sentido de la individualidad ontológicamente presupuesta por la condición de persona,” (Bascuñán Rodríguez, 2004). El embrión no tiene capacidad autónoma de desarrollarse como individuo. Por ello, no puede reconocerse la existencia de un individuo sujeto de derechos como se pretende en la discusión que busca prohibir la anticoncepción de emergencia como forma de aborto. Tampoco ofrece esta teoría genética fundamento para la penalización total del aborto según defienden quienes pretenden completar con ella los argumentos textualistas y originalistas revisados para negar también el acceso al aborto no punible y justificar la penalización en el embarazo temprano.

Una lectura integral de la Constitución de 1994 indica, más bien, que la legislación puede establecer distintos niveles de protección de la vida intrauterina. La protección de ese valor aumenta a medida que la vida en gestación evoluciona. En algún punto se convierte en un interés que debe protegerse como derecho, cuando la individuación ya ha ocurrido. Los criterios para fijar ese momento son disputados, pero en cualquier caso, la protección de la vida intrauterina a partir de ese momento nunca podría garantizarse mediante el reconocimiento de un derecho absoluto o constante que evite su ponderación frente a los derechos de la mujer también en juego. Además, en sus alternativas para la protección de la vida en su etapa de gestación nuestra Constitución no incluye la exigencia del recurso único y uniforme al derecho penal como herramienta para asegurarla. En cambio, varias normas de la Constitución y los tratados de derechos humanos resguardan los derechos de las mujeres en base a la garantía de igualdad y autonomía. Ellos, justifican, más bien, la inconstitucionalidad de la penalización del aborto en el embarazo temprano.

He desarrollado estos argumentos en otro trabajo reciente donde me concentro en los fundamentos de la penalización del aborto (Bergallo, 2010b). Sólo adelantaré aquí que entiendo que la prohibición de discriminación por sexo y la garantía de igualdad de oportunidades emergente de normas como el artículo 16 de la Constitución y los artículos de la CADH, el PIDCP y la CEDAW establecen los cimientos de la protección de la igualdad en su aplicación al plano de la sexualidad y la reproducción. Por su parte, el artículo 19 de la Constitución y otros en los mismos tratados referidos se exhiben sobre la protecciones de valores fundantes de la autodeterminación en materia de sexualidad y reproducción que excluyen la intervención de terceros. De la garantía de estos valores constitucionales surge además el mandato de protección del derecho a la salud, a una vida libre de violencia y a la información, también en juego en la discusión sobre el aborto y derechos reproductivos, en general.

Mientras el debate sobre el abandono de la penalización en el embarazo temprano no se plantea ni es abordado por las/os juezas/ces en los casos que comentamos, está claro, que tanto el arreglo constitucional como varias leyes sancionadas a partir de 1994⁸⁰ exigen una ponderación del interés incremental en la protección de la vida intrauterina con los derechos de las mujeres. En esa ponderación, según lo han declarado ya los tribunales en casos como *Mayoraz* sobre anticoncepción de emergencia, prevalecerán los derechos de las mujeres a un menú amplio de opciones anticonceptivas que incluya la anticoncepción de emergencia.⁸¹ En esa ponderación deberán prevalecer tam-

80 Estas incluyen a la Ley Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar Todas las Formas de Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que se Desarrollan sus Relaciones Personales, y la Ley de Derechos de los Pacientes.

81 Entiendo que incluso si se definiera el comienzo de la vida y se comprobara que el mecanismo de acción de la píldora actúa sobre la vida humana ya iniciada, es decir, incluso si la píldora fuera abortiva, no sería constitucional prohibirla, porque en la ponderación de los derechos de la mujer en juego frente a el interés en la protección de la vida humana a través de la penaliza-

bién, como lo señaló el Superior Tribunal de Chubut en AG, las razones que justifican el deber de prestar servicios de aborto en caso de violación.⁸² Esas normas, garantizan también el respeto del derecho a la salud de las personas que se supone han cometido un delito y fundan un deber fuerte de guardar secreto de los profesionales de la salud que las atienden.⁸³

5. Conclusión

La observación del mapa de la actuación judicial de la última década en relación al aborto revela las conexiones entre diversas decisiones. Ellas dan pocos motivos para esperar que los tribunales resulten ser un espacio de transformación social en el tema. Según expuse en la Sección 3, la revisión de los casos muestra también la incertidumbre que acarrear a veces los pronunciamientos judiciales y sus profundos déficits. La evaluación de ese mapa expone también los límites del abordaje conservador de los tribunales en materia de derechos, sexualidad y reproducción.

Por otra parte, el breve ejercicio de escrutinio de la concepción del derecho a la vida en gestación que trasuntan las intervenciones judiciales reseñadas, pone a la luz una pobre *performance* interpretativa. Pronunciamientos futuros, consistentes con los mandatos del programa constitucional de 1994, deberían contribuir a reducir la incertidumbre generada y revertir la actual perspectiva conservadora. Ello no será posible sin reposicionar a las mujeres en la discusión sobre el aborto, de la cual han sido desplazadas por el énfasis en imágenes fetales. Tampoco sucederá sin rescatar el contexto social y estructural de desigualdad en el que muchas mujeres ejercen su sexualidad y la maternidad.

Bibliografía

Abramovich, Víctor; pautassi, Laura (2009) *La revisión judicial de las políticas sociales*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Bascuñán Rodríguez, Antonio (2004) "La píldora del día después en la jurisprudencia." *Estudios Públicos* 95. Disponible en: <http://www.direitogv.com.br/casoteca/subportais/raiz/r95%20bas-cunan%20pildoradiadespues03.pdf>, visitado el 1.6.2010.

Bergallo, Paola (2010a) *Aborto y Justicia Reproductiva*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

ción del aborto en ese estadio inicial, los primeros triunfarían en cualquier test de proporcionalidad aplicado racionalmente.

82 Para una elaboración de los argumentos en este sentido, véase la Introducción a la Guía Integral de Abortos No Punibles del Ministerio de Justicia de la Nación y la decisión en el caso AV.

83 Para un desarrollo de la fundamentación constitucional de este derecho, véase, el Dictamen del Procurador General de la Nación en el caso *Baldívieso*, el voto principal y la aclaración de los Ministros Highton y Petracchi.

____ (2010b) *La razonabilidad de la penalización del aborto*. Mimeo. Informe Final Beca Carrillo-Oñativia. Ministerio de Salud de la Nación.

Carbajal, Mariana (2009) *El aborto en debate: aportes para una discusión pendiente*. Buenos Aires: Paidós.

Cárdenas, Edurne; Tandeter, Leah (2008) *Derechos Sexuales y Reproductivos, Legislación y Jurisprudencia*. Buenos Aires: CONDERS.

Checa, Susana, (comp.) (2006) *Realidades y coyunturas del aborto. Entre el derecho y la necesidad*. Buenos Aires: Paidós.

Chiarotti, Susana; García Jurado, María; Auciá, Analía y Armichiardi, Silvia (2003) *Con todo al aire. Reporte de derechos humanos sobre la atención en salud reproductiva en hospitales públicos*. INSGENAR/CLADEM.

Cárdenas, Alejandra (2009) "Banning emergency contraception in Latin America: Constitutional courts granting an absolute right to life to the zygote." *Humboldt American Comparative Law Review* 6:359.

Centro de estudios legales y sociales (CELS) (2008) *La lucha por el derecho litigio estratégico y derechos humanos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno.

Equipo latinoamericano de justicia y género (ELA). (2009) *Informe sobre género y derechos humanos: Vigencia y respeto de los derechos de las mujeres en Argentina (2005-2008)*. Buenos Aires: Editorial Biblos.

Ferrante, Marcelo (2010). "Sobre la permisividad del derecho penal argentino en casos de aborto." En Bergallo, Paola (2010, en prensa) *Aborto y Justicia Reproductiva*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Filipini, Leonardo (2010) "Los Abortos No Punibles en la Reforma Constitucional de 1994." En Bergallo, Paola (2010, en prensa) *Aborto y Justicia Reproductiva*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Gutierrez, María L. (2000). Mujeres Autoconvocadas para Decidir en Libertad (MADEL): la experiencia reciente del movimiento de mujeres. En M. Abregú y S. Ramos, *La sociedad civil frente a las nuevas formas de institucionalidad democrática*. Buenos Aires: Cuadernos del Foro de la Sociedad Civil en las Américas.

Medina, Cecilia (2005) "La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia: Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial." Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos, Costa Rica.

Menéndez, Virginia (2010) "Iniciativas Regulatorias para el Acceso al Aborto No Punible." En Bergallo, Paola (2010, en prensa) *Aborto y Justicia Reproductiva*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Pecheny, Mario (2005). "Yo no soy progre, soy peronista: ¿por qué es tan difícil discutir políticamente sobre aborto?" En M. Abramzón y otros, *Jornadas Nacionales de Debate Interdisciplinario en Salud y Población* (Vol. 6, p. 18). Instituto Gino Germani-Facultad de Ciencias Sociales, UBA.

____ (2007) "Barreras de Accesibilidad a la Anticoncepción de Emergencia en la Argentina" Estudio colaborativo multicéntrico, Informe Beca Carrillo-Oñativia y Fondo de Población de Naciones Unidas, Buenos Aires.

Ramón Michel, Agustina (2010) "El Fenómeno de Inaccesibilidad al Aborto No Punible." En Bergallo, Paola (2010, en prensa) *Aborto y Justicia Reproductiva*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Ramos, Silvina; Bergallo, Paola; Romero, Mariana; Arias Feijóo, Jimena (2009). El acceso al aborto permitido por la ley: un tema pendiente de la política de derechos humanos en Argentina. En CELS, *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2008*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Rodríguez Enríquez, Corina (2007) "La organización del cuidado de niños y niñas en Argentina y Uruguay." Unidad Mujer y Desarrollo Santiago de Chile: CEPAL. Documento preparado para ser presentado en la X Conferencia Regional de la Mujer, Quito, Ecuador.

Observatorio Argentino de Bioética y Centro de Estudios de Estado y Sociedad (2004) "Salud pública y anencefalia". Buenos Aires: CEDES.

Saldivia, Laura (2009) "Reexaminando la Construcción Binaria de la Sexualidad." En *Derecho y Sexualidades*. Buenos Aires: Librería.

Villanueva, Rocío (2008). *Instituto Interamericano de Derechos Humanos: La Anticoncepción Oral de Emergencia: El debate legal en América Latina*. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Warren, Mary Anne (2000) "El aborto." En Peter Singer (comp.), *Compendio de Ética*. Madrid: Alianza Editorial.

La decisión del Tribunal Constitucional sobre la anticoncepción de emergencia: un análisis en profundidad

Helena Olea

1. Introducción

Las posibilidades, formas y condiciones en las que la anticoncepción de emergencia, también conocida como píldora del día después, puede estar disponible en los consultorios y servicios de urgencia han sido ampliamente discutidas en Chile. Sin embargo, resulta particularmente interesante la forma en que se ha llevado a cabo el debate: se ha alejado de la discusión de una política pública para trasladarse a los tribunales de justicia donde el eje ha sido el derecho a la vida y las facultades en materias de atención en salud. En ese debate se ha omitido toda consideración relativa a los derechos de las mujeres, que son las usuarias de los servicios de salud y quienes se ven directamente afectadas con un embarazo.

Las políticas públicas aprobadas y ejecutadas por los gobiernos de la Concertación,¹ han sido cuestionadas en sede judicial por organizaciones no gubernamentales, padres de familia e incluso por Diputados. El momento culmine del debate judicial fue la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de abril de 2008, Rol 740-07, iniciada a partir de un requerimiento de treinta y seis diputados² contra el Decreto Supremo Reglamentario N° 48 del Ministerio de Salud que aprueba las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”, del 3 de febrero de 2007. Posteriormente, en 2009, el debate se trasladó al Congreso, que en enero de 2010 aprobó la ley 20.418 que establece “Normas sobre Información, Orientación y Prestaciones en Materia de Regulación de la Fertilidad”.

Dentro del trámite legislativo, el proyecto fue remitido al Tribunal Constitucional para que ejerciera el control de constitucionalidad respecto de las normas que regulan materias propias de ley orgánica constitucional. En ese contexto, el Tribunal Constitucional dictó sentencia el 14 de enero de 2010, Rol 1.588-10. Por tratarse del último pronunciamiento del máximo tribunal

1 Coalición de partidos que gobernó a Chile desde 1990 y hasta el año 2010 compuesta por el Partido Socialista, el Partido Radical, la Democracia Cristiana y el Partido por la Democracia.

2 Claudio Alvarado Andrade, Gonzalo Arenas Hödar, Ramón Barros Montero, Eugenio Bauer Jouanne, Sergio Bobadilla Muñoz, Alberto Cardemil Herrera, Sergio Correa de la Cerda, María Angélica Cristi Marfil, Francisco Chahuán Chahuán, Roberto Delmastro Naso, Andrés Egaña Respaldiza, Enrique Estay Peñaloza, Marcelo Forni Lobos, Pablo Galilea Carrillo, René Manuel García García, Alejandro García-Huidobro Sanfuentes, Javier Hernández Hernández, Amelia Herrera Silva, José Antonio Kast Rist, Juan Lobos Krause, Rosaura Martínez Labbé, Juan Masferrer Pellizzari, Patricio Melero Abaroa, Cristián Monckeberg Bruner, Nicolás Monckeberg Díaz, Iván Norambuena Farías, Carlos Recondo Lavanderos, Roberto Sepúlveda Hermosilla, señora Marisol Turres Figueroa, señores Jorge Ulloa Aguillón, Gonzalo Uriarte Herrera, Ignacio Urrutia Bonilla, Alfonso Vargas Lyng, Germán Verdugo Soto, Gastón Von Mühlenbrock Zamora y Felipe Ward Edwards.

constitucional en un asunto que ha generado una intensa controversia jurídica en Chile, consideramos relevante analizar en profundidad, a partir de una visión de los derechos de las mujeres, tanto la ley como la sentencia. Asimismo y considerando que este fallo del Tribunal Constitucional ha sido interpretado como un triunfo por opositores y detractores de la anticoncepción de emergencia, su discusión es importante y necesaria.

Durante muchos años, la discusión relativa a si el Estado debe o no y en qué condiciones poner a disposición de las mujeres anticoncepción de emergencia en los servicios de urgencia y consultorio de salud no ha girado en torno a consideraciones relativas a políticas de salud o de derechos de las mujeres a decidir libremente sobre el ejercicio de la maternidad. Por el contrario, la discusión se ha centrado en las facultades legales de los entes públicos que dictan y ejecutan las políticas públicas que incluyen la anticoncepción de emergencia y el derecho a la vida. Resulta interesante observar quiénes acudieron a los tribunales con el propósito de frenar, y excepcionalmente apoyar la distribución de la píldora del día después, también conocida en Chile como píldora de anticoncepción de emergencia y su sigla PAE, a la cual nos referiremos de esa forma en este artículo.

La autorización para la consejería, prescripción, distribución y comercialización de la anticoncepción de emergencia, fue discutida en varias oportunidades en instancias judiciales. En estos procesos, los opositores a la anticoncepción de emergencia han acudido a argumentos en defensa del derecho a la vida de los no nacidos en Chile; que cuestionan la competencia del Ministerio de Salud para intervenir arguyendo que el embarazo no es una enfermedad; que impugnan la competencia del Instituto de Salud Pública para autorizar su comercialización; que acuden al derecho de los padres a educar a sus hijas; y que arguyen que la anticoncepción de emergencia sería abortiva, entre otros. La estrategia jurídica también ha incluido amenazas de procesos legales contra las farmacias que venden la píldora de anticoncepción de emergencia (PAE) por daños morales y actuales, y la reacción de algunas cadenas de farmacias quienes respondieron condescendentemente a la presión y dejando de venderla arguyendo el ejercicio de su derecho, en calidad de personas jurídicas, a la objeción de conciencia. Se ha argumentado y ponderado el derecho a la vida del cigoto o embrión, y el derecho de los padres a educar a sus hijos. Pero se ha omitido toda consideración relativa a los derechos de las mujeres: a la vida, si el embarazo está contraindicado por razones de salud; a la integridad física y psíquica si la mujer fue víctima de violencia o si no desea ser madre; a la intimidad personal y familiar; y a la protección de la familia; entre otros.³

El objeto de este artículo es presentar y analizar los argumentos esgrimidos en el proceso legislativo y posteriormente en la sentencia del Tribunal Constitucional de enero de 2010 sobre la anticoncepción de emergencia. De otra parte, esta discusión necesariamente nos lleva a considerar las relaciones y

3 Al respecto ver Casas Becerra (2008).

efectos entre la ley 20.418, objeto de la sentencia que aquí se analiza, una decisión anterior del tribunal constitucional,⁴ y el Dictamen de la Contraloría,⁵ que dieron origen a esta iniciativa legislativa. El artículo concluye con algunos puntos de análisis y discusión en torno a este proceso y a su significado en materia de protección de los derechos de las mujeres.

2. Políticas públicas que incluyen la anticoncepción de emergencia

Durante el gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet (2006-2010) se adoptaron dos políticas que incluían la oferta pública de la PAE.⁶ La primera de ellas se refiere a las normas y guía clínica para la atención en servicios de urgencia de personas víctimas de violencia sexual adoptada por el Ministerio de Salud de Chile en Abril de 2004,⁷ y la segunda, a las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad (en adelante “las Normas”).⁸

En materia de violencia sexual, dentro de un conjunto de medidas y acciones que deben estar a disposición de las víctimas, incluyendo exámenes médicos y atención psicológica, se consigna que el tratamiento incluye el derecho de la víctima a ser informada sobre la existencia de la anticoncepción de emergencia como el método seguro y eficaz para prevenir un embarazo no deseado, y de decir libremente si quiere utilizarlo.

El propósito de las Normas es presentar la oferta total de métodos anticonceptivos disponibles en el mercado a los profesionales de la salud (doctores y matronas), indicando el nombre de las marcas registradas de anticonceptivos, y los criterios para recetar cada método, considerando la situación de salud y otros factores de cada paciente. Las Normas incluyen la totalidad de la oferta en anticonceptiva autorizada y disponible en Chile, ofreciendo pautas para recetar cada método. En su versión original, las Normas incluían a la anticoncepción de emergencia, descrita como un método excepcional que pueden utilizar las mejores que quieran prevenir un embarazo en los cinco días siguiente a la relación sexual -en casos de ausencia o falla del método anticonceptivo- y de violación.

Inicialmente, las Normas fueron aprobadas mediante una resolución exenta en ejercicio de la potestad reglamentaria. Un grupo de 31 diputados presentó un requerimiento de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, que fue acogido por razones de forma. Si bien se trataba de un instrumento técnico, el Tribu-

4 Tribunal Constitucional, Rol 740-07, sentencia del 18 de abril de 2008.

5 Contraloría General de la República, Dictamen No. 31.356, Junio 16 de 2009.

6 En este apartado se presenta de manera sucinta un recuento de los antecedentes relevantes recientes más importantes de este caso. Se omite la consideración a los procesos anteriores al debate judicial ante el Tribunal Constitucional referidos al registro y comercialización de la PAE.

7 Ver <http://www.scielo.cl/pdf/rchog/v70n1/art11.pdf>.

8 http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2006-10-03.7146246056/mas-documentos-sobre-embarazo-adolescente/NormasFertilidad%20MINSAL.pdf

nal consideró que debía haberse dictado mediante un Decreto Supremo, ya que afectaba el derecho a la vida y el derecho de los padres a educar a sus hijos.⁹

3. Requerimiento de los diputados y fallo del tribunal constitucional de abril de 2008

Dado que las Normas habían sido declaradas inconstitucionales por razones formales, el gobierno las aprobó nuevamente mediante el Decreto Supremo 48 del Ministerio de Salud, de febrero 7 de 2007. Sin embargo, unos días más tarde, el mismo grupo de Diputados presentó un nuevo requerimiento arguyendo su inconstitucionalidad material. En esa oportunidad, hicieron referencia a las acciones judiciales interpuestas anteriormente contra la anticoncepción de emergencia, pero incluyeron en su petición de inconstitucionalidad también a los dispositivos intrauterinos, tanto de cobre como de levonorgestrel,¹⁰ y mencionando las recetas de anticonceptivos hormonales combinados, que pueden tener el mismo efecto de la PAE, si se toman según la posología denominada método de Yuzpe, alegando en todos esos casos la violación al derecho a la vida. En este sentido hicieron hincapié en su tesis de la protección constitucional al nasciturus.¹¹ También esgrimieron argumentos en contra de la consejería y prescripción de todo método anticonceptivo a menores de edad, argumentando la violación del derecho de los padres a educar a sus hijos.

Un elemento central de la argumentación del requerimiento de los diputados, que sería más tarde recogido por el Tribunal en su fallo, se refiere al efecto abortivo que sostienen tendría el levonorgestrel como resultado de su efecto anti-implantatorio. Agregan que dado que es imposible determinar el momento exacto de la concepción, si una mujer toma la PAE, luego de que la concepción ha ocurrido, ya no se trata de anticoncepción.

Asumiendo que se trataba de un episodio más en una historia de confrontaciones jurídicas, los opositores a la anticoncepción de emergencia esperaban presentar sus argumentos y lograr que su posición triunfara sin desatar un gran debate público, como había ocurrido en oportunidades anteriores. Sin embargo, ese no fue el caso. El debate legal tuvo mayores repercusiones y alcances, interesando a los medios de comunicación y a sectores que tradicionalmente se habían mantenido al margen del debate constitucional, pero no al seguimiento y litigio en esta materia. Representantes de diputados, de usuarios de métodos anticonceptivos, de organizaciones no gubernamentales defensoras de los derechos sexuales y reproductivos y otras defensoras del derecho a la vida, de centros de investigación en salud sexual y reproductiva

9 Tribunal Constitucional, Rol 591-06, 11 de enero de 2007.

10 El componente de la PAE.

11 Se apoyan en el derecho internacional de los derechos humanos, particularmente en la redacción del derecho a la vida en la Convención Americana, art 4.1 “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, y en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”; y en el principio pro-homine citando la Opinión Consultiva 5 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

y académicos presentaron al Tribunal Constitucional argumentos a favor y en contra de la constitucionalidad de la Normas en los apartes mencionados.

Hay varias razones que podrían explicar el interés suscitado por una decisión de constitucionalidad en un contexto nacional poco acostumbrado a que discusiones jurídicas de constitucionalidad generen debate e interés social. De una parte, el interés puede atribuirse al carácter restrictivo de la acción de constitucionalidad, que no es una acción pública, y que en este caso requirió del apoyo de treinta y seis diputados de la Unión Demócrata Independiente y de Renovación Nacional¹² y también, a las presentaciones y argumentos que esgrimieron organizaciones defensoras de los derechos sexuales y reproductivos y organizaciones pro-vida ante el Tribunal Constitucional. Las intervenciones de las organizaciones de la sociedad civil y de centros académicos fueron novedosas en un tribunal poco acostumbrado a la participación y solicitud de organizaciones de la sociedad civil a ser escuchadas, y aún menos habituado a dirimir una controversia de constitucionalidad a partir de considerar y ponderar argumentos de las ciencias exactas, por lo que debió abrirse a convocar a audiencias y escuchar las argumentos de los intervinientes ciudadanos. El debate de constitucionalidad dejó de ser una discusión jurídica a puerta cerrada para pasar a ser un debate público. Sin duda, en este aspecto el proceso de revisión de constitucionalidad de la PAE ante el Tribunal Constitucional marca un hito. A partir de ese momento, existe un mayor conocimiento público sobre la importancia y efectos de los fallos de constitucionalidad en Chile.

Algunos puntos centrales de la controversia presentados al Tribunal en las intervenciones ciudadanas, fueron ignorados en la discusión pública. Por ejemplo, una de las intervenciones solicitó que se declarara la inhabilidad de los Ministros del Tribunal Raúl Bertelsen y Enrique Navarro, quienes en el 2004 habían suscrito un informe en derecho alegando su ilegalidad e inconstitucionalidad en apoyo a la posición del Centro Juvenil AGES en un proceso de nulidad por el Registro Sanitario de Postinor 2 (una marca de PAE) contra el Instituto de Salud Pública. La Corte Suprema adoptó la decisión de segunda instancia. Mientras el Ministro Navarro se inhabilitó, Bertelsen se negó a hacerlo. La ausencia de un adjudicador imparcial e independiente que determinara la recusación de los miembros del Tribunal Constitucional constituye una violación al derecho al debido proceso. Esta, sin embargo, pasó inadvertida.

El 18 de abril de 2008, el Tribunal falló declarando la inconstitucionalidad de las partes de las Normas relativas a la anticoncepción de emergencia, y con respecto al derecho a la educación de los padres sobre sus hijos, determinó que éste no se vulnera por el hecho de ofrecer consejería a los hijos. El elemento central en la decisión del Tribunal son los efectos de la PAE. Por ello, la sentencia se extiende presentando la discusión relativa a determinar si la PAE efectivamente impide la concepción o si actúa sobre el cigoto impidiendo su implantación. Para ello, el Tribunal reafirma que la protección constitucional

12 Ver nota al pie 2.

de la vida se inicia desde la concepción y enumera disposiciones de derecho interno, y de derecho internacional que estima coincidentes con dicha posición. El Tribunal coincide con los requirentes en el sentido de la existencia de una duda en torno al momento de la concepción que tendría entonces impacto sobre el efecto de la anticoncepción de emergencia por lo que, aplicando el principio pro persona, declara inconstitucional la sección relativa a la anticoncepción de emergencia de las Normas. Sin embargo, desestima el requerimiento en cuanto a los dispositivos intrauterinos y lo rechaza en lo relativo a la consejería a los menores de edad por vulnerar el derecho a la educación de los padres.

No menos importante fue la reacción ciudadana una vez se conoció el fallo. Por primera vez en la historia del Tribunal Constitucional, alrededor de 300 mujeres se dirigieron allí para expresar su rechazo a la declaratoria de inconstitucionalidad de la PAE. En los días siguientes, las manifestaciones públicas de rechazo continuaron y el debate se mantuvo vigente en los medios de comunicación. Todo esto llevó a que, si bien los Diputados opositores lograron que se declarara la inconstitucionalidad de la anticoncepción de emergencia con el argumento de la existencia de una duda razonable en torno al efecto anti-implantatorio que tendría sobre el óvulo fecundado, no pudieron justificar ante su electorado dicha oposición y, mucho menos, redituvar políticamente de ella.

El gobierno de Michelle Bachelet buscó varias alternativas para mantener la consejería, prescripción y entrega de la anticoncepción de emergencia luego del fallo del Tribunal Constitucional. Se intentó argumentar que los municipios tendrían la facultad para hacerlo en desarrollo de sus competencias locales. El elemento central de esta tesis era que sus funciones no se encontraban limitadas por las Normas. Esta alternativa tenía una dificultad importante. Los alcaldes de la Concertación estaban dispuestos a explorar esta iniciativa, pero muchos de los alcaldes de la Alianza por Chile¹³ la rechazaban. Esta posibilidad, quedó finalmente truncada con el Dictamen de la Contraloría General de la República.

4. Dictamen de la contraloría general de la república

La Asociación Chilena de Municipalidades solicitó a la Contraloría un pronunciamiento relativo a la posibilidad de que las municipalidades, al amparo del artículo 56 de la ley N° 19.378,¹⁴ implementen nuevas prestaciones de salud cuando no exista una política ministerial al respecto, en ejercicio de su autonomía como corporación de derecho público de acuerdo con la Ley N° 18.695.¹⁵ Esta era una forma de buscar una alternativa para que las municipi-

13 La coalición política de derecho conformada por la Unión Demócrata Independiente y Renovación Nacional.

14 Ley 19.378 establece el Estatuto de Atención Primaria De Salud Municipal, 13 de abril de 1995.

15 Ley 18.695 Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, 31 de marzo de 1988.

palidades pudieran ofrecer consejería, prescribir y entregar anticoncepción de emergencia luego del fallo del Tribunal Constitucional de abril de 2008. Los opositores de la PAE también lo vieron como una oportunidad para definir el alcance y aplicación del fallo del Tribunal Constitucional e intervinieron en el proceso con ese fin.

Por lo anterior, el abogado que había representado a los Diputados requirentes solicitó a la Contraloría tener presente lo resuelto en dicho proceso. Desde la posición contraria, la municipalidad de Los Ángeles solicitó que se permita su distribución considerando dos argumentos centrales. Primero, que el fallo del Tribunal Constitucional no tiene injerencia sobre otras normas, incluyendo el registro sanitario nacional del Instituto de Salud Pública que autoriza su venta y distribución. Segundo, la autonomía de las municipalidades y su facultad para desarrollar prestaciones adicionales a las dispuestas por la autoridad sanitaria. Asimismo, 37 abogados y profesores de derecho solicitaron a la Contraloría pronunciarse sobre el alcance del fallo del Tribunal Constitucional.

El Ministerio de Salud respondió al requerimiento de la Contraloría indicando que en ejercicio de la facultad del artículo 56 de la Ley 19.378 y el principio de la autonomía municipal, los municipios pueden realizar acciones de salud para entregar prestaciones diferentes a las que se entregan y ofrecen, como parte de las Redes Asistenciales de Servicios de Salud, lo cual es coherente con sus facultades constitucionales y legales. Esta es sin duda una posición excepcional, por cuanto es mucho más frecuente observar a los Ministerios reclamando la máxima autoridad y poder para sí. En esta oportunidad, en cambio, el Ministerio abogaba por la descentralización.

La Contraloría inicia su análisis recordando que según el artículo 94, inciso tercero, de la Constitución Política de la República, el Decreto Supremo impugnado queda sin efecto de pleno derecho a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional. Adicionalmente, la Contraloría destaca que de acuerdo con la misma Constitución (artículo 93) el Tribunal Constitucional tiene la misión de conservar la supremacía e integridad de la Constitución “fijando igualmente límites interpretativos para todos los operadores jurídicos.”¹⁶ Agrega la Contraloría que las sentencias “fijan irrevocablemente el derecho aplicable y su acatamiento es obligatorio”. En este caso en particular, la sentencia del Tribunal Constitucional es fuente de derecho, ya que implica una actividad de integración creadora de derecho. Precisa, por lo tanto, que el requerimiento no implica determinar el alcance de la sentencia, más allá de lo que señala expresamente, porque ello está fuera de sus competencias.

Concluye entonces, que la sentencia del Tribunal Constitucional es obligatoria para todos los organismos, instituciones y funcionarios que integran el sistema nacional de servicios de salud, según lo establece el mismo Decreto 48 de 2007. El Decreto con fuerza de ley N° 1 de 2005 establece en el artículo 2 y 17

16 Contraloría General de la República, Dictamen No. 31.356, Junio 16 de 2009.

que el sistema nacional de servicios de salud lo constituyen “Las personas naturales o jurídicas, públicas y privadas que laboran en salud coordinadamente dentro de los marcos fijados por el Ministerio de Salud para el cumplimiento de las normas y planes que éste apruebe” y que la red asistencial está conformada por los “establecimientos asistenciales públicos que forman parte del Servicio, los establecimientos municipales de atención primaria de salud de su territorio y los demás establecimientos públicos o privados que suscriban convenios con el Servicio de Salud respectivo, conforme al artículo 2° de esta ley, los cuales deberán colaborar y complementarse entre sí para resolver de manera efectiva las necesidades de salud de la población.”

El mismo decreto en su artículo 18 precisa que el sistema de atención primaria está constituido por consultorios públicos o privados, dependientes de los municipios, bajo la supervisión y coordinación del Servicio de Salud respectivo.

En su dictamen, la Contraloría precisa que las municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio. La unidad de servicios de salud debe asesorar al alcalde en materia de política, ejecutando programas y administrando recursos. La actuación de las municipalidades está sujeta a los planes nacionales y regionales que regulan la actividad respectiva, en coordinación con el resto de los órganos del Estado.

Es cierto que el artículo 4.b) de la Ley N° 18.695 establece que “Los establecimientos municipales de atención primaria de salud cumplirán las normas técnicas, planes y programas que sobre la materia imparta el Ministerio de Salud. No obstante, siempre sin necesidad de autorización alguna, podrán extender, a costo municipal o mediante cobro al usuario, la atención de salud a otras prestaciones.” También, por otro lado, el artículo 58 de la Ley N° 19.378, regula el procedimiento mediante el cual se aprueba el proyecto de programa de salud municipal, formulado por la entidad administradora de salud del municipio, el cual debe estar sujeto a las “normas técnicas del Ministerio de Salud”. Adicionalmente, y como lo reconoció la Contraloría en el Dictamen N° 28.768 de 2000, los municipios pueden implementar nuevas prestaciones de salud dentro de los planes comunales, cuando no existe política pública ministerial. Pero, dichas prestaciones deben ajustarse a la juridicidad vigente.

Por lo anterior, concluye la Contraloría que considerando el fallo del Tribunal Constitucional de abril de 2008, los municipios están incluidos en el campo de aplicación de dicha sentencia por lo que no pueden desarrollar acciones que impliquen ofrecer y entregar, a cualquier título, anticoncepción de emergencia. En la misma situación se encuentran entes públicos o privados que celebren convenios con los organismos que hacen parte del sistema nacional de servicios de salud.

Los profesores de derecho solicitaron a la Contraloría que se pronunciara sobre la derogatoria tácita de las normas contrarias al Decreto Supremo N° 48

de 2007, concretamente, las Normas y Guía Clínica para la Atención en Servicios de Urgencia a Personas Víctimas de Violencia Sexual y el Reglamento del Formulario Nacional de Medicamentos, en lo relativo a la PAE. También solicitaron que se precisara que la autoridad sanitaria no puede promover, realizar o permitir la fabricación, distribución, importación y comercialización de la PAE. La Contraloría se abstuvo de pronunciarse porque esta solicitud excede su ámbito de competencia, ya que implicaría determinar en sede administrativa, los alcances de una sentencia de la jurisdicción constitucional.

5. La ley 20.418: Fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad

En vista de que la búsqueda de alternativas dentro de la legalidad vigente no habían sido exitosas, el gobierno Bachelet resolvió acudir al poder Legislativo y buscar apoyo para la aprobación de una norma que permitiera la prescripción y distribución de la anticoncepción de emergencia en el sistema público de salud, a partir de una interpretación restrictiva del alcance del fallo del Tribunal Constitucional de abril de 2008. El ejecutivo presentó al Congreso el proyecto de ley titulado “sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad” el 30 de junio de 2009. Dado que al gobierno le quedaban para entonces 8 meses de mandato, este mensaje presidencial era una de las últimas acciones que la administración Bachelet podía intentar para que la PAE estuviera disponible en el sistema público de salud. Es importante recordar que dado que los registros médicos de las marcas de levonorgestrel continuaban vigentes, las usuarias del sistema privado de salud podían obtener información y consejería sobre la anticoncepción de emergencia con su médico o matrona, y con la receta prescrita podían adquirir la PAE en una farmacia. El fallo del Tribunal Constitucional y el Dictamen de la Contraloría no tenían injerencia en los usuarios del sistema privado de salud. Incluso, un usuario del sistema público, que tuviera los recursos económicos para ello, podía dirigirse a un doctor o un centro de salud privado, recibir información y obtener una prescripción para la PAE, y luego dirigirse a una farmacia a comprarlo. Esta situación generaba una grave inequidad entre usuarias del sistema público y privado de salud. Dicho de otra forma, la inconstitucionalidad de la PAE solamente afectaba a las usuarias del sistema público sin recursos económicos para acudir al sistema privado. La PAE era inconstitucional para quien no podía pagar por ella.

El mensaje presidencial destaca en su exposición de motivos, la historia de las políticas públicas relativas a los métodos anticonceptivos, y el rol de los derechos al determinar la aproximación del Estado a éstas. Adicionalmente, plantea la necesidad de resolver la desigualdad vinculada con prevenir el embarazo precoz.¹⁷ El mensaje presidencial define el objetivo del proyecto como

17 Cita para ellas cifras sobre mortalidad de recién nacido y edad de la madre, “durante 2003, fallecieron 17 de los 294 hijos nacidos de madres menores de 15 años; y 335 de los 33.838 hijos nacidos de madres entre 15 y 19 años.” Agrega otras cifras relevantes como las siguientes “la proporción de adolescentes menores de 15 años que señalan haberse iniciado sexualmente es

“Reconocer, legalmente, los derechos que tienen las personas en materia de regulación de su fertilidad y, como contrapartida, los deberes del Estado en la materia.” Agrega que el proyecto aporta un nuevo fundamento, basado en derechos, a los existentes para las políticas públicas en materia de regularización de la fertilidad. Para ello, el proyecto que somete el ejecutivo al Congreso “otorga una habilitación general, más allá de las actuales, con fundamento legal o reglamentario, para que todos los órganos de la Administración del Estado realicen planes, programas y acciones para permitir que la población reciba información y orientación sobre regulación de la fertilidad, vida afectiva y sexual, y pueda elegir y acceder a los métodos de regulación de la fertilidad.” Sin duda, era novedoso en el debate jurídico sobre anticoncepción de emergencia utilizar una argumentación fundada en derechos, cuando hasta el momento el único derecho considerado era el derecho a la vida del cigoto, apelando a la expresión del Código Civil, el que está por nacer.

El tercer punto esgrimido en el Mensaje presidencial se relaciona con la distribución de métodos anticonceptivos. La interpretación extensiva de las normas relacionadas con el tema realizada por los municipios y algunos órganos encargados de su distribución ha frenado en la práctica la entrega de los mismos, particularmente los de emergencia, a mujeres que han sufrido agresiones sexuales. Del total de mujeres mayores de 18 años, un 7% ha sido objeto de violación, siendo para el 50% de ellas la forma de iniciarse sexualmente. En las denuncias que recibe el Ministerio Público se constata que el 81% de mujeres que sufren agresiones sexuales han sido atacadas por un familiar o una persona cercana. Por esto, concluye, si ya es grave negar en la salud pública el acceso a métodos anticonceptivos, impedir que las mujeres puedan acceder a ellos en caso de agresión sexual es francamente abominable.

El proyecto ingresó a la Cámara de Diputados el 30 de junio y la Presidenta acudió a los mecanismos previstos para el impulso de proyectos legislativos en el Congreso para acelerar su discusión y aprobación. La solicitud de una tramitación expedita tuvo acogida en el Congreso. El 13 de julio, la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados aprobó su primer informe que describe la idea central del proyecto como

reconocer legalmente los derechos que las personas tienen en materia de regulación de su fertilidad y, como contrapartida, los deberes que pesan sobre el Estado en esta materia, habilitando, en forma general, a todos los órganos de la Administra-

de 18% en el nivel socio económico bajo y sólo de 5% en el nivel alto. La edad mediana de inicio sexual fue notablemente menor en los jóvenes de 18 a 24 años con nivel de instrucción básica que en las con instrucción superior, y en las mujeres de nivel socio económico bajo que en las de nivel medio y alto. Por su parte, el 48% de las madres adolescentes se concentra en el nivel socio económico bajo el nivel de la pobreza y el 74% en los dos quintiles de menores ingresos. Los partos de madres adolescentes se concentran en las regiones y en los sectores urbanos de mayor pobreza en el país. La proporción de nacidos vivos de madres adolescentes con respecto al total de nacidos vivos varía, de 6,6 en el Servicio de Salud que atiende a la población de mayores recursos económicos del país, a 19,6 en las regiones más pobres, y de 1,2 en la comuna más rica de Santiago, a 21,6 en la comuna más pobre.”

ción del Estado para realizar planes, programas y acciones relativos a la satisfacción de los derechos de la población a obtener información y orientación sobre regulación de la fertilidad, así como a recibir una educación para la vida afectiva y sexual, a elegir libremente y a acceder a los métodos de regulación de la fertilidad.

Resulta interesante que la estrategia legislativa parte del reconocimiento de derechos a la información y orientación en materia de regulación de la fertilidad, así como el derecho a la educación sobre vida afectiva y sexual. Fue así como la discusión relativa a derechos logró instalarse en el Legislativo y en el Ejecutivo.

Otro elemento importante de resaltar es que en el debate legislativo se invitó a participar a algunas personas e instituciones que habían intervenido en el proceso ante el Tribunal Constitucional o que lo habían seguido muy de cerca, entre ellos, científicos, investigadores y profesores de bioética y medicina, profesores de derecho, y representantes de instituciones religiosas y de organizaciones no gubernamentales.¹⁸ Había un esfuerzo consciente por ampliar el debate y por convocar a todos los sectores, generando así la impresión de que ésta era una discusión amplia que buscaba generar consensos.

Dado que se trataba de un proyecto que agregaba fundamentos a las políticas públicas en materia de regulación de la fertilidad, y facultades a los órganos y entidades públicas para desarrollarlo, constaba solamente de tres artículos, mediante los cuales se reconoce el derecho a recibir información y orientación, de manera clara, comprensible, completa y confidencial; el derecho a elegir libremente métodos de regulación de la fertilidad y a tener acceso a ellos; y los deberes del Estado para garantizar dichos derechos.

El proyecto legislativo continuó su avance y fue aprobado en general y en particular por el pleno de la Cámara de Diputados el 14 de julio. El proceso legislativo continuó en el Senado, donde ingresó a la Comisión de Salud el 28 de julio. Por acuerdo de Comités, ratificado por la Sala, el proyecto se discutió sólo en general, y en el segundo informe sería analizado por la Comisión de Salud y, también, por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.

El 2 de septiembre la Comisión de Salud del Senado aprobó su primer informe. En esa Comisión también fueron escuchados un número aún mayor de entidades públicas y privadas, representantes de credos religiosos, académicos, sociedades profesionales, y organizaciones no gubernamentales.¹⁹

18 De acuerdo con el primer informe de la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados asistieron: Patricio Ventura-Juncá, Sebastián Illanes, Horacio Croxatto y Ramiro Molina (médicos); Lidia Casas, Jorge Correa Sutil, Miguel Ángel Fernández, Francisco Cumplido y Patricio Zapata (abogados); y Monseñor Alejandro Goic, Fernando Chomalí, Obispo Emiliano Soto, Francisco Javier Rodríguez, Reverendo Eduardo Durán, Efraim Rosenzweig y Juan Antonio Bocáz (de instituciones religiosas y laicas).

19 En representación de la Conferencia Episcopal de Chile, el Presidente, Monseñor Alejandro Goic Karmelic; el Secretario General Adjunto para Gestión y Comunicaciones, señor Enrique Palet

Resulta importante para efectos del presente análisis destacar algunos de los argumentos presentados por los intervinientes en el debate legislativo.

La Ministra del Sernam, Laura Albornoz, destacó el vínculo entre el proyecto y la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) que reconoce el derecho de las mujeres “a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos.”²⁰ Agregó además otros argumentos a favor de la iniciativa legislativa, tales como la función de las políticas de control de natalidad en asegurar a las mujeres el pleno ejercicio del derecho a la salud sexual y reproductiva, y la plena autonomía e incorporación en todas las esferas del desarrollo. Desde un punto de vista práctico, la Ministra hizo referencia al 1.200.000 usuarias de los Servicios de Salud para el control de la natalidad, y al objetivo estatal de prevenir el embarazo adolescente (12.5% de los embarazos), por los efectos en la salud, educación y condiciones de vida de madre e hijo o hija.

El Ministro de Salud, Alvaro Erazo, por su parte, hizo hincapié en varios argumentos nuevos, empezando por la consistencia del proyecto legislativo con la política de salud del Ministerio dirigida a garantizar la eficacia al derecho a regular la fertilidad, y a que esta iniciativa era la respuesta del ejecutivo al Dictamen de la Contraloría. Explicó la demanda de las mujeres en materia de regulación de la fertilidad y la necesidad de información y consejería de manera que “las personas pueden elegir libremente”.²¹ También insistió en el

Caramunt. De la Universidad de Santiago de Chile, el Profesor del Departamento de Biología, doctor Horacio Croxatto Avoni. De la Pontificia Universidad Católica de Chile, el Académico doctor Patricio Ventura-Juncá del Tobar; el Profesor doctor Manuel Santos Molina. Del Instituto Nacional de la Juventud, el Director Nacional, señor Juan Eduardo Faúndez Molina; el Secretario General Adjunto para Gestión y Comunicaciones, señor Claudio Coloma Rojas; la profesional del Departamento de Coordinación Intersectorial, señora Carola González Gallinato; la Jefa del Departamento de Estudios y Evaluación (S), señora Heidi Fritz Horzella. Del Colegio Médico, el Presidente, doctor Pablo Rodríguez Whipple; el Asesor Comunicacional, señor Hugo Rivas Lombardi. De la Sociedad Chilena de Obstetricia y Ginecología Infantil y de la Adolescencia, la doctora Pamela Oyarzón Gomboroff. De la Fundación Jaime Guzmán, el Director Legislativo, señor Jorge Jaraquemada Robles; el señor Francisco López Díaz. De la Corporación Humanas, la Asesora, señora Camila Maturana Kesten; la abogada, señora Paulina Maturana Vivero. De la asociación Acción Familia, el Director, señor Juan Antonio Montes Varas; el Asesor, señor Mathias von Gersdorff Tromel. Del Observatorio Género y Equidad, la Coordinadora, señora Teresa Valdés Echeñique. De la Sociedad Chilena de Obstetricia y Ginecología Infantil y de la Adolescencia, el doctor Ramiro Molina Cartes. De la Sociedad de Pediatría, Comité de la Adolescencia, la Presidenta, señora María Eugenia Henríquez Canessa. De la Mesa Ampliada de Entidades Evangélicas de Chile, el Presidente de la Comisión Legal, Pastor Francisco Javier Rivera Mardones; el Obispo señor Alberto Villalón Becerra. De la Corporación Unidos por la Vida, la Asesora, señora Carmen Croxatto Ovando. De la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile, el académico, doctor Elard Koch Cabezas. De la Asociación del Consumidor Organizado, la Presidenta, señora Patricia Gonnelle Zauschkevich. De la Corporación Calcuta Chile, el Director, señor Enrique Estay Cuevas; el Coordinador Regional, señor Eduardo Montalva Pérez; la Directora de Informaciones, señora Marianka Egaña Cerda. Del Foro Red de Salud de Derechos Sexuales y Reproductivos, la Presidenta, señora Rosa Yáñez Solís.

20 Artículo 16. 1) e.

21 Intervención del Ministro de Salud, señor Álvaro Erazo, Informe de la Comisión de Salud del Senado recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, sobre información, orien-

deber del Estado de ofrecer todas las alternativas para el ejercicio autónomo y responsable de la sexualidad, explicando en qué consiste la oferta estatal que no se restringe a entregar métodos anticonceptivos, sino que incluye consejería dirigida a que las personas decidan de manera informada, responsable y coherente. Agregó el Ministro que la información reunida por su cartera es “del mayor nivel de exigencia” y confirma que la anticoncepción de emergencia no es abortiva.

Complementa la postura del Ejecutivo el Ministro Secretario General de la Presidencia, José Antonio Viera-Gallo, quien puntualizó que el único efecto del fallo del Tribunal Constitucional es que no puede entregarse la PAE de manera gratuita como parte de la política de salud del Estado. Sin embargo, agregó, es posible comprar la PAE con receta médica. Explicó que el efecto de dicho fallo no significa que la PAE se debe retirar de las farmacias o de la lista de medicamentos probados por el Instituto de Salud Pública. Por lo que es necesaria la aprobación de la norma que se presenta para resolver la inequidad entre el sistema público y privado. En seguida, y con respecto al eventual efecto de la PAE, insistiendo en que era un punto en discusión, el Ministro precisó el alcance de la protección al derecho a la vida a partir de la discusión de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, conocida como Comisión Ortúzar²², precisando que no se entendía que quedaba plasmada una prohibición absoluta al aborto, considerando que en 1974 el aborto terapéutico era legal en Chile. Agregó también que la interpretación que se había hecho del derecho a la vida era contraria a la hecha por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Corporación Humanas intervino en apoyo del proyecto legislativo insistiendo en las obligaciones internacionales derivadas de los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y destacó la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección. Se hizo referencia al desarrollo del derecho a la salud por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación General 14, que incluye “el control del propio cuerpo y la libertad sexual y reproductiva, debiendo los Estados brindar información y educación sobre salud sexual y reproductiva, así como servicios que incluyan la regulación de la fecundidad, eliminando las barreras que existan.”²³ Igualmente, destacó las recomendaciones a Chile formuladas por el Comité de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el Consejo de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos del Niño, y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

tación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad, Boletín No.6.582-11, 26 de agosto de 2009.

22 El Ministro hace referencia al Acta de la Sesión N° 90, de 25 de noviembre de 1974.

23 Intervención de Paulina Maturana en representación de Corporación Humanas, Informe de la Comisión de Salud del Senado recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad, Boletín No.6.582-11, 26 de agosto de 2009.

La Fundación Jaime Guzmán también participó en la discusión y presentó su posición arguyendo que con la aprobación de la iniciativa se suprimirían los fundamentos y contenido del fallo del Tribunal Constitucional de abril de 2008. Explicó que el fallo establece “la falta de certeza jurídica sobre los efectos de la anticoncepción de emergencia sobre el que está por nacer, el que fue reconocido como titular de derechos y, por tanto digno de ser protegido.” Agregó que la duda es la justificación del principio *pro homine*. Asimismo, hace mención a una sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de una norma tiene un impacto en todos los órganos del Estado, orientando su actuación.

Esto implica que para producir cambios es necesario que existan razones fundamentales que debiera desarrollar el mismo Tribunal. En este caso, lo central no son los efectos de la PAE, una cuestión de hecho que puede ser revisada; o la aplicación del principio *pro homine*, sino el reconocimiento de la titularidad del derecho a la vida del que está por nacer, a partir de la concepción y el deber de protección “contra amenazas plausibles, aunque circunstanciales, que la ciencia no ha podido descartar y son, por tanto, incompatibles con la Constitución.”²⁴ Por lo tanto, la propuesta normativa atenta contra los derechos humanos del que está por nacer. Una ley no puede sanear la inconstitucionalidad, ya que el fallo del abril del 2008 del Tribunal Constitucional se refirió al fondo del asunto. Mediante una ley, algo que es lesivo de un derecho no deja de serlo.

Finalmente, la Comisión de Salud votó por aprobar el proyecto de ley por tres votos contra dos.²⁵ En el Senado se acordó que el proyecto solamente se discutiría en general, y el que segundo informe sería analizado por la Comisión de Salud y la de Constitución, Legislación y Justicia. En la discusión en general, los opositores a la PAE hicieron referencia a la decisión del Tribunal Constitucional peruano, y al carácter relativo de los derechos sexuales y reproductivos, insistiendo en el conflicto entre el derecho a la vida del que está por nacer y los derechos de las mujeres. Quienes apoyaban el proyecto legislativo insistieron en que no era abortiva y en que el fallo del Tribunal Constitucional se limitaba a las Normas. Finalmente, el proyecto fue aprobado en el Senado en octubre 27 de 2009, con 21 votos a favor, 12 en contra y una abstención²⁶ y se acordó abrir un plazo hasta el 2 de noviembre para la presentación de propuestas de modificaciones, que en Chile se denominan indicaciones.

24 Intervención de Jorge Jaraquemada en representación de la Fundación Jaime Guzmán, Informe de la Comisión de Salud del Senado recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad, Boletín No.6.582-11, 26 de agosto de 2009.

25 Votaron por la afirmativa los Honorables Senadores señores Girardi, Ominami y Ruiz-Esquide y lo hicieron por la negativa los Honorables Senadores señores Arancibia y Kuschel.

26 Votaron por la afirmativa las señoras Alvear y Matthei y los señores Allamand, Ávila, Cantero, Escalona, Espina, Flores, Frei, Gazmuri, Girardi, Gómez, Horvath, Muñoz Aburto, Muñoz Barra, Naranjo, Navarro, Novoa, Ruiz-Esquide, Sabag y Vásquez. Votaron por la negativa los señores Arancibia, Chadwick, Coloma, García, Kuschel, Larraín, Longueira, Orpiz, Pérez Varela, Prokurica, Romero y Zaldívar. Se abstuvo el señor Bianchi.

En noviembre de 2009, la Comisión de Salud aprobó el segundo informe. En esta oportunidad, solamente asistieron funcionarios del gobierno. Veinticuatro indicaciones fueron presentadas, de las cuales seis fueron aprobadas, la mayoría de ellas con modificaciones. Dentro de éstas es importante destacar la propuesta de tres Senadores, en ese momento de la Concertación, que agregan un inciso relativo al deber de los colegios de impartir educación sexual en la educación media. El gobierno se opuso argumentado que ese aspecto se había omitido para respetar la pluralidad de visiones, y que la información se podía recibir en los consultorios. Agregó que implicaría un control preventivo de constitucionalidad, en razón de la materia, con lo cual se atrasaría su puesta en marcha.

Sin embargo, y pese a la oposición del Ejecutivo, la propuesta fue aprobada.²⁷ Otro tema que generó debate fue la inclusión expresa de que la información y entrega se refería a métodos de regulación de la fertilidad, que no sean abortivos. Este punto generó una amplia discusión, y aunque fue rechazado resulta interesante observar las diferentes posiciones de los ministros. Mientras que el Ministro de Salud argumentaba que si un método es anticonceptivo no puede ser abortivo, y que en cualquier caso la Constitución protege adecuadamente la vida del que está por nacer. El Ministro Secretario General de la Presidencia, en cambio, insistió en que la Constitución no prohíbe todas las formas de aborto. La Comisión aceptó incluir el derecho, del cual son titulares todas las personas, a la confidencialidad y privacidad sobre su vida sexual. Otro tema de varias propuestas que fueron rechazadas se refiere a modificaciones que de manera expresa o tácita eliminaban la PAE del ámbito de aplicación de la ley, repitiendo el argumento de la afectación de la vida del que está por nacer.²⁸

El proyecto pasó entonces a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado. A la discusión accedieron los funcionarios del gobierno que habían estado presentes en debates anteriores y fueron “especialmente invitados, los señores Miguel Ángel Fernández, profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile, de la Pontificia Universidad Católica de Chile y de la Universidad de los Andes; y Patricio Zapata Larraín, profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile y de la Universidad de las Américas” y la Fundación Jaime Guzmán. En esta Comisión, solamente se discutieron cinco indicaciones, de las cuales tres fueron aprobadas con modificaciones. Esencialmente, se agregó el deber de informar a los padres, cuando

27 “Sin perjuicio de lo anterior, los establecimientos educacionales reconocidos por el Estado deberán incluir dentro del ciclo de Enseñanza Media un programa de educación sexual, el cual, según sus principios y valores, incluya contenidos que propendan a una sexualidad responsable e informe de manera completa sobre los diversos métodos anticonceptivos existentes y autorizados, de acuerdo al proyecto educativo, convicciones y creencias que adopte e imparta cada establecimiento educacional en conjunto con los centros de padres y apoderados.”

28 Segundo Informe de la Comisión de Salud, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad, Boletín N° 6.582-11, 3 de noviembre de 2009.

la persona que solicita anticoncepción es menor de 14 años; y se agregó la puntualización de que no se consideran anticonceptivos, los métodos “cuyo objetivo o efecto directo sea provocar un aborto”.²⁹ Esta modificación había sido rechazada en la Comisión de Salud, pero obtuvo apoyo en esta Comisión.

Posteriormente, el proyecto pasó a la Plenaria del Senado donde se discutió en particular el 16 de diciembre de 2009. Se debatió ampliamente la inclusión relativa a la definición de método anticonceptivo, que excluye aquellos cuyo efecto directo sea provocar un aborto, y se defendió haciendo referencia a que se estaba copiando la legislación argentina, concretamente la ley argentina N° 25.673, sobre salud sexual y procreación responsable, de octubre 30 de 2002. Finalmente fue aprobada. El requerimiento de informar a los padres de menores de 14 años fue eliminado, al compatibilizar la propuesta normativa con el resto del ordenamiento jurídico que establece la edad de consentimiento para una relación sexual a los 14 años.

La iniciativa legislativa volvió a la Cámara de Diputados, donde fueron aprobadas las modificaciones aprobadas por el Senado. Dada la inclusión relativa a la educación sobre educación sexual, el proyecto incorporaba una modificación de rango de ley orgánica constitucional, quedando sujeta a un control de constitucionalidad preventivo. Muchos sectores consideraron que esta iniciativa era temeraria porque temían que la revisión de constitucionalidad fuese la instancia en la que la anticoncepción de emergencia fuera eliminada del proyecto legislativo, con lo cual la ley perdería su razón de ser, o incluso que se extendieran los efectos del primer fallo del Tribunal Constitucional a otras normas, con lo cual la anticoncepción de emergencia fue inconstitucional también en el sistema privado. Algunos sectores estimaban que los Diputados de derecha estarían renuentes a asumir el costo político de controvertir nuevamente la constitucionalidad de la ley, por lo que no era deseable facilitarles el camino al Tribunal Constitucional.

Al final de su tramitación legislativa, Rodrigo Alvarez Presidente de la Cámara de Diputados remitió el proyecto de ley aprobado al Tribunal Constitucional para que ejerciera el control preventivo de constitucionalidad con respecto al inciso transcrito, por tratarse de un asunto propio de ley orgánica constitucional, de acuerdo al artículo 93, numeral 1 de la Constitución Política de la República. Este nuevo examen de constitucionalidad generó nuevamente expectación.

6. El fallo del tribunal constitucional del 14 de enero de 2010

Varias de las organizaciones que se habían opuesto a la iniciativa en el Congreso hicieron una presentación ante el Tribunal Constitucional, solicitando

29 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de fertilidad, Boletín N° 6.582-11, 17 de noviembre de 2009.

que se tuvieran algunos asuntos presentes.³⁰ En el fallo no se mencionan los argumentos esgrimidos.

En su decisión, el Tribunal Constitucional fundamenta su competencia por tratarse de una ley orgánica constitucional³¹ relativa a los contenidos de la educación básica y media³² en lo relativo a la norma citada anteriormente.³³ Confirma el Tribunal que se aprobó con las mayorías requeridas e indica en un punto resolutivo, sin más argumentos “la mencionada disposición no contiene normas contrarias a la Constitución Política de la República y es, en consecuencia, constitucional.” El fallo no tiene una argumentación de fondo, solamente se considera el cumplimiento de los requisitos de forma.

El Ministro Raúl Bertelsen Repetto emitió un voto concurrente razonado, destacando que aunque se incluye un contenido obligatorio en los programas de enseñanza media, éste no debe desarrollarse dentro de determinada orientación, con lo cual se respeta la libertad de enseñanza reconocida en la constitución.³⁴

La Ministra Marisol Peña Torres también concurrió a la decisión, pero estimó que el proyecto debió ser declarado constitucional bajo el entendido

que “los principios y valores”, así como “las convicciones y creencias que imparta cada establecimiento educacional en conjunto con los centros de padres y apoderados” en las materias que esa norma indica, deben enmarcarse plenamente dentro del respeto a los derechos fundamentales que la Constitución Política, así como los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes reconocen y consagran, especialmente, en lo que respecta al derecho a la vida asegurado a toda persona (del voto de la Ministra Peña Torres).

La argumentación que desarrolla la Ministra Peña Torres se estructura de la siguiente manera. La Libertad de enseñanza, al igual que los demás derechos fundamentales, no es absoluta, tiene límites intrínsecos relacionados con la esencia del derecho y extrínsecos que resultan de la necesidad de compatibilizar ese derecho con el bien común y los derechos de los demás. Los establecimientos educacionales que imparten programas sobre educación sexual no tienen una libertad absoluta, están limitados por las restricciones a la libertad de enseñanza, concretamente la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional.³⁵ Adicionalmente, la acción de toda persona

30 Las organizaciones intervinientes fueron: Fundación Instituto de Estudios Evangélicos, Fundación Mirada Más Humana, ISFEM, Corporación Proyecto Esperanza, Asociación de Consumidores Organizados.

31 Artículo 93.1 de la Constitución Política.

32 Artículo 19.11 de la Constitución Política.

33 Ver nota al pie 26.

34 Artículo 19.11 de la constitución Política.

35 Cita la Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 410, considerando décimo segundo.

y grupo está subordinada a la Constitución,³⁶ en desarrollo del principio de vinculación directa entre preceptos constitucionales, autoridades públicas y ciudadanos,³⁷ que se manifiesta en la búsqueda del bien común.³⁸

En este caso particular, son relevantes el derecho a la educación y el derecho a la vida. Con respecto al derecho a la educación, el Tribunal Constitucional ha establecido el vínculo entre este derecho y la libertad de enseñanza, permitiendo que el Estado establezca regulaciones cuyo propósito es garantizar el derecho a la educación.³⁹ Es decir, quienes impartan programas de educación sexual, deben hacerlo de manera compatible con el respeto por los derechos humanos y los instrumentos internacionales. No puede cada establecimiento educación hacerlo de acuerdo a sus valores, debe hacerlo, dice la Ministra:

con objetividad y responsabilidad, del estado actual de la ciencia y de la técnica en estas materias poniendo, entonces, de relevancia el eventual atentado contra el derecho a la vida –el más básico y nuclear de los derechos humanos- que la utilización de ciertos métodos contraceptivos pueda importar, tal y como quedó reflejado en la decisión adoptada por este Tribunal en el Rol N° 740, compartida, asimismo, por otras magistraturas de la misma envergadura como la Corte Suprema de Argentina (sentencia de 5 de marzo de 2002), el Tribunal Constitucional del Ecuador (sentencia de 23 de mayo de 2006) y, recientemente, el Tribunal Constitucional del Perú (sentencia de 16 de octubre de 2009) (del voto de la Ministra Peña Torres).

De otra parte, el Ministro Mario Fernández Baeza votó en contra. Explica que considera que el proyecto de ley es inconstitucional con fundamento en la Sentencia del Tribunal Constitucional de abril de 2008, Rol 740, cuyo fundamento es la existencia de una duda razonable del efecto contrario de la PAE sobre el derecho a la vida del embrión, persona según el artículo 19.1 de la Constitución. Agrega que el proyecto sometido al control de constitucionalidad establece en su artículo 2, inciso 2 la distribución obligatoria de la PAE, lo cual ya fue declarado inconstitucional en la sentencia mencionada. Sin embargo, la consulta de constitucionalidad que envió la Cámara de Diputados sólo se refiere al artículo 1, inciso cuarto. A ese respecto, agrega que la información completa a la que hace referencia la norma consultada debiera incluir información sobre la inconstitucionalidad de la PAE. Concluye que esta decisión de constitucionalidad necesariamente debe fundarse en la decisión anterior del Tribunal y que el inciso final del artículo 4 del proyecto examinado no tiene ningún impacto en la decisión anterior del Tribunal. Agrega asimismo que:

36 Artículo 6 de la Constitución Política.

37 Cita la Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 19, considerando décimo.

38 Definido como “el conjunto de condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización material y espiritual posible” que incluye el respeto de los derechos y garantías protegidos por la Constitución. Artículo 1, inciso 4 de la Constitución Política.

39 Cita la Sentencia del Tribunal Constitucional Rol 1.363, considerando décimo segundo.

la anticoncepción de emergencia objeto de la citada vulneración constitucional no constituye un método “cuyo objetivo o efecto directo sea provocar un aborto”, sino que, no tratándose de una sustancia cuyo carácter abortivo esté fuera de lo posible o de lo demostrable, su ingesta constituye una amenaza para la vida del que está por nacer (del voto del Ministro Fernández Baeza).

Por último, añade que es inevitable en esta decisión cuestionarse sobre el imperio de las decisiones del Tribunal Constitucional. Es decir, ¿puede el Congreso aprobar una ley que contiene reglas o normas previamente declaradas inconstitucionales? En su opinión no puede hacerlo, por ser contrario a la seguridad jurídica.

7. Conclusión: elementos para el análisis y la discusión desde una perspectiva de derechos de las mujeres

El recuento y análisis de la historia de las decisiones judiciales relacionadas con la anticoncepción de emergencia es interesante no sólo para quienes se interesan en los derechos reproductivos o en los derechos de las mujeres en general. Los términos y argumentos del debate y posteriormente su resolución final en el Congreso constituyen un estudio de caso sobre el contenido y alcance de los derechos en Chile, así como de las funciones y rol del Estado y de sus órganos.

El extenso debate judicial y legislativo permite extraer algunas ideas en torno al contenido de los derechos sexuales y reproductivos, al rol de la familia en el caso de consejería a menores de edad, y al concepto y alcance de la función que cumplen los prestadores de salud del sistema público y privado, e incluso las farmacias.

1) El debate sobre la anticoncepción de emergencia y el cigoto como titular de derechos

Los grupos opositores a la anticoncepción de emergencia lograron instalar un debate legal a partir de argumentar la existencia de una duda razonable en torno al efecto de la PAE. Es decir, se argumentó que según el momento en que se tomaba la PAE ésta podía ser anticonceptiva si la ovulación no había ocurrido; o podría tener otro efecto aún no suficientemente estudiado si la ovulación ya había tenido lugar y si de alguna forma afectaba la anidación del cigoto. En ese caso, se argumentó, atentaría contra el desarrollo del cigoto, violando el derecho a la vida. A partir de ello, se desarrolla una doctrina de titularidad de derechos del cigoto, concretamente del derecho a la vida.

El mayor impacto del fallo del Tribunal Constitucional de abril de 2008 es el reconocimiento de la condición de titular de derecho al que está por nacer, definición que incluye a la unión de células desde la concepción, es decir a partir del cigoto. Este es un elemento que se omitió del proyecto legislativo, ya que éste asumió otro enfoque en la discusión. Pese a que el Ministro Secretario Ge-

neral de la Presidencia insistió en que esa era una interpretación contraria a la Constitución, lo cierto es que esta doctrina, desarrollada en el fallo del Tribunal Constitucional fue refrendada en la ley. Bajo la apariencia de estar realizando esfuerzos para garantizar el derecho de las mujeres a recibir información, prescripción y métodos anticonceptivos, se insistió en diferenciar anticoncepción de aborto, reforzando la idea de la prohibición constitucional del aborto.

ii) Los derechos de las mujeres en el contexto del debate valórico en Chile

En el contexto chileno, la discusión sobre la PAE ha sido uno de los ejes del llamado debate valórico en el cual han primado los argumentos relativos al derecho a la vida, sobre cualquier consideración relacionada con los derechos de las mujeres. La maternidad en Chile no aparece como el ejercicio de una libertad de las mujeres, sino como su destino natural e inevitable. Omitir consideraciones relativas a los derechos de las mujeres conlleva darles el tratamiento de un objeto: las mujeres son tratadas por los tribunales como úteros, sin proyecto de vida propio, cuya función debe ser garantizar la reproducción de la especie sobre cualquier otra consideración.

Esta visión es contraria a las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos y al desarrollo que los órganos internacionales de protección de derechos tanto en las recomendaciones y observaciones generales, como en las recomendaciones formuladas a Chile a los informes periódicos y en la Revisión Periódica Universal, y a la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección.

iii) Derechos de las mujeres y partidos políticos

Desde otra perspectiva, resulta interesante considerar cómo se posiciona el debate en torno a la PAE dentro del sistema de partidos políticos en Chile. Las discusiones relativas a derechos de las mujeres, como ésta o la relativa a interrupción del embarazo, emergen como un tema que fractura las divisiones tradicionales entre izquierda y derecha.⁴⁰ Efectivamente, el apoyo y la oposición a su reconocimiento y ejercicio ignora esta tradicional línea divisoria entre coalición de gobierno y oposición y aglutinaba más bien a seguidores de la doctrina de la Iglesia Católica y Cristiana, de una parte, y a defensores de las libertades individuales, agrupados en tornos a la teoría Liberal, de otra parte. Este hecho, hace que los derechos de las mujeres emerjan como un tema que eventualmente tendría la oportunidad de alterar las alianzas entre partidos políticos, si se permite que el debate avance.

40 De 1990 al 2010 los gobiernos en Chile fueron de la Concertación, una coalición de centro-izquierda que incluía al Partido Socialista, al Partido por la Democracia y a la Democracia Cristiana, y excluía al Partido Comunista. La Alianza por Chile compuesta por la Unión Demócrata Independiente y Renovación Nacional era la coalición de Derecha. Desde 2010, la Alianza por Chile, que modificó su nombre a Alianza por el Cambio, gobierna en el país y la Concertación se encuentra en la oposición. El Partido Comunista hizo acuerdos con la Concertación que le permitieron presentarse a las elecciones parlamentarias y ganar algunas curules.

iv) El rol de los tribunales en la discusión y definición de la política estatal en materia de derechos reproductivos

Los opositores de la PAE han acudido a los tribunales y han hecho valer sus argumentos en sede judicial. El interrogante que surge es por qué han seguido esta opción. Una tesis es que la preferencia por los tribunales como espacio para resolver este tipo de controversias parecería estar justificada por la ausencia de instancias efectivas para que actores no estatales intervengan de manera directa en la discusión de las políticas públicas. Una segunda tesis es que la estrategia de bloquear el debate legislativo en materia de derechos sexuales y reproductivos había sido muy efectiva durante varios años a nivel del Congreso. Esa experiencia exitosa llevó a los diputados a explorar otros escenarios en ejercicios de sus facultades constitucionales. El último punto se refiere a que los opositores al reconocimiento y protección de los derechos sexuales y reproductivos confían en que el marco jurídico existente, tanto la Constitución Política de la República como las normas en materia de salud, y quienes las aplican, los tribunales, son condiciones favorables para confirmar tendencias jurisprudenciales que favorecen su visión.

v) Necesidad de un debate nacional en materia de derechos sexuales y reproductivos

La anticoncepción de emergencia pone de relieve que, aunque se trate de gobiernos democráticamente elegidos, la organización y funcionamiento del Estado debe contemplar y crear instancias para la discusión técnica y política de las políticas públicas. La ciudadanía, las organizaciones sociales y los partidos políticos están ávidos de espacios donde puedan presentar sus argumentos en torno a la conveniencia de adoptar una determinada política pública. Instancias de este tipo permitirían, además, dar debida consideración y espacio a discusiones científicas, ideológicas, y sociales que los tribunales no están en capacidad de responder.

Otro elemento e interesante a considerar, es la opinión pública en torno al tema. Es decir, la pregunta es si los tribunales deciden de cara al país, y sus integrantes son de alguna forma reflejo de las posiciones y visiones de la población chilena, o si por el contrario, las decisiones judiciales emergen como una imposición a la mayoría, reforzando argumentos en torno al carácter contra mayoritario del control de constitucionalidad.⁴¹

En la VI Encuesta Nacional “Percepción de las mujeres sobre su situación y condiciones de vida en Chile, año 2009” realizada por Corporación Humanas en julio – agosto de 2009, que tiene representatividad nacional se formuló la siguiente pregunta a las mujeres: “¿Qué tan de acuerdo están con que las mujeres deben tener acceso sin receta médica a la píldora del día después?”

41 Javier Couso, Consolidación democrática y Poder Judicial: los riesgos de la judicialización de la política, en *Revista de Ciencia Política*, Volumen XXIV, N° 2, 2004, pag. 29-48

El 56% indicó estar de acuerdo, y el 47.8% opinó que era urgente legislar para que todas las mujeres tengan acceso a ella.⁴² Ese argumento se desconoce en el debate legislativo y judicial. La distancia entre legisladores y jueces y ciudadanos y ciudadanas, se acrecienta en la medida en que su opinión, su realidad y sus necesidades se omiten y remplazan por la experiencia personal y la visión valórica de los involucrados.

La anticoncepción de emergencia no hace parte del debate público ciudadano. Hasta el día de hoy, las y los ciudadanos desconocen el contenido del debate en Chile en torno a los efectos de la anticoncepción de emergencia en la concepción y en el embrión fecundado, desconociendo entonces cuáles son las razones por las que se argumentan a favor o en contra. La ausencia de apoyo o rechazo ciudadano conlleva a que el debate jurídico que se ha desarrollado en los tribunales sobre la anticoncepción de emergencia se haya dado sin generar interés en la opinión pública, que no acaba de entender por qué el asunto no está resuelto definitivamente.

vi) Efectos de los fallos de Constitucionalidad

El proceso vivido por Chile en materia de anticoncepción de emergencia abre una importante discusión relativa a los efectos de los fallos de constitucionalidad. El interrogante que este proceso generó y que aún no se resuelve se refiere a los vínculos entre interpretación constitucional y legislación. Dicho de otras palabras, ¿cuán limitado está el Congreso en un asunto respecto del cual el Tribunal Constitucional ha emitido un fallo de constitucionalidad? El mismo Tribunal evitó esta discusión en su segunda decisión. Se trata de un asunto que queda pendiente y que debe resolverse.

¿Tiene algún valor para el Tribunal Constitucional que haya un amplio debate legislativo y que se escuchen las posiciones de diversos sectores al momento de revisar la constitucionalidad de una ley, en relación a un Decreto Supremo? ¿Consideraron los Ministros del Tribunal Constitucional las reacciones que había generado su fallo anterior? ¿O para varios de ellos la sentencia anterior es suficiente, continúa vigente y por lo tanto la ley y este fallo no han generado nuevas posibilidades?

Esta es una decisión judicial que debe leerse detenidamente y que merece una discusión profunda. Justamente es eso lo que ha faltado y a lo que esperamos aportar con el presente análisis.

Bibliografía

Casas Becerra, Lidia (2008) "La Saga de la Anticoncepción de Emergencia en Chile: Avances y Desafíos". *Serie Documentos Electrónicos N° 2*, Noviembre 2008, Programa Género y Equidad. Chile: Flacso.

42 Disponible en la web en <http://www.humanas.cl/?p=611> visitado octubre 28, 2010.

**El dilema de la píldora del día siguiente.
A propósito de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional
peruano en el exp. N° 2005-2009-PA/TC**

Luis Sáenz Dávalos

1. Consideraciones generales

El 22 de octubre de 2009 fue publicada en la página web del Tribunal Constitucional peruano la sentencia expedida en el consabido asunto del anticonceptivo oral de emergencia, conocido también como píldora del día siguiente.¹ A partir de entonces se inició una intensa, sesuda y muy acalorada polémica, principalmente en los ámbitos académicos y periodísticos², la misma que, tras varias semanas, pareció haber sido sometida a paños fríos. Que el debate quedara relegado no significó que la discusión hubiese desaparecido del escenario o que en definitiva, se diera por superada. Siempre estuvimos convencidos de que el tema volvería a replantearse. No solo debido a su virtual elevación ante instancias supranacionales, donde en algún momento y de seguro habrá de dilucidarse, sino porque la sentencia, lejos de haber contribuido a clarificar las cosas y a colocar un dosis de cordura o sentido común en el problema que en su día pretendió resolver, generó enormes dudas sobre el mismo y más de una interrogante sobre los argumentos utilizados en pro de sustentarla.

Más rápido de lo que pensábamos, la polémica se reactivó y curiosamente no porque exista un pronunciamiento nuevo, sino motu proprio el Estado, a través del Ministerio de Salud³ decidió nuevamente distribuir en forma gratuita la

1 El sitio del Tribunal Constitucional es www.tc.gob.pe. El caso también se encuentra disponible en el Observatorio de Sentencias Judiciales OSJ Fallo 410.

2 La polémica en realidad, ha sido muy intensa. Sin pretender hacer un inventario completo, daremos cuenta de algunas de las piezas del debate tanto a nivel académico como periodístico. En lo que respecta al primero de los mencionados escenarios, figuran: Rodríguez Campos (2009) y Ramírez Varela (2009). Véase también el especial dedicado al tema en la Gaceta Constitucional (2009), en el que aparecen los trabajos de Sosa Sacio; Alvites Alvites; Llaja Villena; Espinosa-Saldaña Barrera y Morales Luna. En el ámbito periodístico y al margen de una interminable cantidad de reportajes y notas difundidas, pueden citarse, entre otros a: Du Bois (2009); Mariategui (2009); Adrianzén (2009); Hildebrant (2009); Salazar, (2009); Sifuentes (2009); Basombrio (2009); Gonzáles (2009); Lauer (2009); Manrique (2009); Lynch (2009); Paredes Castro (2009); Balbi, (2009); Vivas (2009); Asociación Vida & Familia (2009); Solari de la Fuente (2009); Chávez-Fernández (2009); Guzmán (2009); Souza (2009); Gamarra (2009); Chávez de Ocampo (2009); Bedoya Ugarteche (2009); Salazar (2009); Rey de Castro (2009); Tello (2009); De Luque (2009); Lemlij (2009); Tudela Chopitea (2009); Álvarez Miranda (2009); Arbaiza (2009); Schmucl (2009); Álvarez Miranda (2009); Gutiérrez (2009); Álvarez Rodrich (2009); Gildemeister (2009); Ugarte del Pino (2009); Summers (2009). Toda esta extensa enumeración no incluye, por cierto, la amplia cantidad de pronunciamientos y opiniones difundidas por las diversas organizaciones dedicadas a la promoción y defensa de los Derechos de la Mujer, cuyos puntos de vista en este tema no dejan de ser sin embargo, sumamente importantes. Para su consulta es pertinente acudir a los respectivos portales electrónicos.

3 Véase al respecto la Resolución Ministerial N° 167-2010/MINSA, del 8 de marzo de 2010, publicada en el Diario Oficial El Peruano, Lima, 9 de marzo de 2010.

anticoncepción de emergencia, basándose a su juicio en ciertos argumentos contenidos en la sentencia. De acuerdo con estos últimos, la ejecutoria del Tribunal fue emitida en condicional, es decir, sujeta a que ciertas dudas fueran esclarecidas. Como estas fueron despejadas tras una consulta realizada ante la Organización Mundial de la Salud, la prohibición decretada en su momento ya no habría sido procedente.

El Tribunal Constitucional y quienes en su oportunidad defendieron la sentencia, han denunciado el proceder del Ministerio de Salud como un abierto incumplimiento de la misma y como un desafío a la santidad de la cosa juzgada.⁴ La polémica entonces amenaza prolongarse por más tiempo⁵ y mucho de lo que se diga en adelante podría asumirse como parcial, habida cuenta de lo que seguramente se espera por venir.

Este trabajo no pretende dar cuenta de esta última fase del debate. En realidad no tiene mucho interés en que así sea. Su objetivo es, desde nuestro punto de vista, uno mucho más breve, pero también más certero. Nuestro interés se circunscribe a analizar los alcances de la ejecutoria emitida por nuestro máximo órgano de control de la constitucionalidad de cara a lo que se le pidió y a lo que por consiguiente respondió. La sentencia resulta, entonces, el punto de partida para el análisis. Por tanto, nuestro esfuerzo se focaliza en su contenido y en la respuesta que, para bien o para mal, se dispensa a los diversos problemas que plantea.

Un segundo objetivo de nuestro trabajo busca hacer hincapié en las eventuales implicancias que la aplicación de la sentencia puede acarrear a los derechos de la mujer. Desde nuestro punto de vista, si hubo una gran falencia en la respuesta jurisprudencial otorgada ésta se traduce en una clamorosa minimización de los derechos de las mujeres, lo que resulta particularmente delicado cuando este un caso les incumbe a ellas más que a nadie.

Nuestro trabajo, finalmente, invita a la reflexión sobre la necesidad que se tiene por una mayor coherencia en la línea de razonamiento que maneja el supremo colegiado, lo que por cierto, no es un asunto nada irrelevante. Hasta hace muy poco decía el Tribunal, con toda contundencia, que el anticonceptivo oral de emergencia no resultaba lesivo del derecho a la vida y que, por tanto, se justificaba plenamente su inclusión en los programas de planificación familiar. Ahora, y tras este último pronunciamiento, resulta que es todo lo contrario, sin que las razones de dicha variación de posición resulten mínima o elementalmente convincentes. Analicemos a renglón seguido estos extremos.

4 Véase al respecto el Comunicado de la Presidencia del Tribunal Constitucional, del 9 de marzo del 2010, publicado en la página de internet.

5 Ello ya se puede apreciar a nivel periodístico. Cfr. Hildebrant (2010); Monroy Cervantes (2010); Schmucl, (2010); Eguren Anselmi (2010); Álvarez Rodrich (2010); Tudela Chopite (2010); Salinas (2010); Paccini (2010); Guzmán (2010).

2. Los antecedentes: la sentencia N° 7435-2006-PC/TC en el caso Susana Chávez Alvarado y otras

A raíz de la incorporación del Anticonceptivo Oral de Emergencia en los métodos anticonceptivos integrantes de los programas de planificación familiar que al Estado peruano correspondía garantizar, se inició hace algunos años una intensa discusión acerca de si éste resultaba o no abortivo. La polémica no era gratuita, pues reproducía lo que ya en otros países se daba, un debate intenso como consecuencia de haberse difundido, por ciertos sectores, la versión de que el citado medicamento, producía un efecto particularmente abortivo (el llamado tercer efecto), distinto de aquellos propiamente anticonceptivos (retraso o impedimento de la ovulación, obstaculización del proceso de migración espermática). Según se decía, este tercer efecto quedaba acreditado al producirse alteraciones sobre el endometrio o cavidad interna del útero.

El Estado peruano, que inicialmente había autorizado la incorporación del medicamento dentro de los programas de planificación familiar así como su difusión y distribución en los centros de salud pública, de pronto dio marcha atrás y sin mayor explicación dejó de repartirlo. Ante ello algunas organizaciones vinculadas a la defensa de los derechos de la mujer protestaron y promovieron un proceso constitucional de cumplimiento contra el Ministerio de Salud,⁶ que tras ser desestimado por el Poder Judicial fue conocido y resuelto por el Tribunal Constitucional mediante la sentencia recaída en el Expediente N° 7435-2006-PC/TC (Caso Susana Chávez Alvarado y otras).⁷

Aunque la fundamentación utilizada por aquella ejecutoria constitucional no fue tan extensa como cabría esperar desde el punto de vista académico, tuvo sin embargo dos méritos: tomó en cuenta las diversas posiciones existentes sobre el tema y otorgó una respuesta absolutamente concluyente a la discusión por entonces generada.⁸

La sentencia, de una manera sencilla pero a la par enfática, señaló:

... este Colegiado, en estricto acatamiento de las normas debidamente aprobadas

6 Dicho proceso tenía por objeto el cumplimiento de los mandatos contenidos tanto en la Resolución Ministerial N° 465-99-SA/DM, del 25 de setiembre de 1999, mediante la cual se aprobaron las Normas de Planificación Familiar, garantizándose la libre elección y acceso informado en las opciones anticonceptivas, como en la Resolución Ministerial N° 399-2001-SA/DM, del 17 de julio de 2001, que incorporó la anticoncepción oral de emergencia como un método típicamente anticonceptivo. Por lo demás, y de manera independiente a que para la fecha de interposición del citado proceso las resoluciones en mención se encontrasen ya derogadas, sus mandatos continuaban vigentes al haber sido sustituidos por resoluciones posteriores, como finalmente el Tribunal lo entendió.

7 Esta sentencia fue expedida por unanimidad, habiendo sido suscrita por los magistrados Víctor García Toma, Magdiel Gonzales Ojeda, Javier Alva Orlandini, Juan Vergara Gotelli, César Landa Arroyo y Carlos Mesía Ramírez. El texto completo de la sentencia se encuentra disponible en el Observatorio de Sentencias Judiciales, OSJ Fallo 17.

8 Un breve análisis de esta ejecutoria lo tenemos en LLAJA VILLENA (2008:3).

por el Ministerio de Salud, de sus mandatos vigentes, del mandato constitucional de eficacia de las normas legales y de los actos administrativos, teniendo en cuenta los diversos informes amicus curiae así como de las instituciones involucradas (los cuales han determinado que en el estado actual de la medicina los efectos del AOE son anticonceptivos) estima que las pretensiones de las recurrentes deben ser amparadas.

No se trató pues, como es fácil de apreciar, de un pronunciamiento formal sobre la necesidad de dar cumplimiento a una o más resoluciones caprichosamente incumplidas, sino de una auténtica merituación de fondo mediante la cual el Tribunal hizo suya la posición de quienes, con fundamentos, abogaban por el carácter plenamente legítimo en el uso del Anticonceptivo Oral de Emergencia. Fue en consideración a ello, y no a partir de apreciaciones subjetivas, que estimó que no había justificación alguna para interrumpir la difusión y distribución del citado fármaco y, por consiguiente, era exigible el cumplimiento de aquellas resoluciones administrativas orientadas a dichos propósitos.

El detalle a tomar en cuenta es que por la misma época en que se tramitaba este proceso constitucional, otro proceso paralelo igual de constitucional, empezaba su curso.⁹ Se trataba del proceso de amparo promovido por la organización no gubernamental “Acción de Lucha Anticorrupción” y que ha sido el que condujo finalmente a la segunda decisión del Tribunal que aquí comentaremos. Lo curioso del caso, como veremos luego, es que este segundo proceso al revés de la pretensión del primero, buscaba exactamente lo contrario. No la distribución del Anticonceptivo Oral de Emergencia y su inclusión como parte de los programas de planificación familiar, sino su definitiva prohibición, alegando para ello una supuesta vulneración del derecho fundamental a la vida.

3. El proceso de amparo N° 2005-2009-PA/TC en el caso planteado por la organización Acción de Lucha Anticorrupción

3.1. Las posiciones de las partes. Trámite judicial

Fue la ONG Acción de Lucha Anticorrupción la promotora de una segunda demanda constitucional contra el Ministerio de Salud. La vía procesal utilizada fue la del amparo. El petitorio tuvo dos objetivos: (a) que la citada dependencia se abstenga de iniciar el programa de distribución del Anticonceptivo Oral de Emergencia en todas las entidades públicas de salud donde se pretenda su entrega gratuita; y (b) que se prohíba la distribución, de proyectos que el

⁹ Es importante tomar en consideración que mientras la demanda de cumplimiento interpuesta por Susana Chávez Alvarado y otras fue presentada con fecha 18 de setiembre del 2002 y resuelta por el Tribunal Constitucional el 13 de noviembre del 2006 (Exp. N° 7435-2006-PC/TC). La demanda de amparo promovida por la ONG Acción de Lucha Anticorrupción, lo fue con fecha 29 de octubre del 2004 y fue finalmente sentenciada el 16 de octubre del 2009 (Exp. N° 2005-2009-PA/TC). Ello supuso que en algún momento, ambos procesos se tramitaron en forma paralela aunque en distintas etapas procesales.

mismo Poder Ejecutivo pretenda aprobar y ejecutar respecto del Anticonceptivo Oral de Emergencia, sin previa consulta al Congreso de la República.

El petitorio intentó justificarse con un argumento por entonces recurrente. Según éste, el Anticonceptivo Oral de Emergencia produce un efecto abortivo (el ya mencionado tercer efecto), respecto del cual la comunidad científica se encuentra supuestamente dividida, por lo que al existir una presunta afectación del derecho a la vida debe prohibirse su distribución a título gratuito promovido desde el Estado. Ese era en lo fundamental, y más allá de consideraciones extra jurídicas, el objetivo de la demanda planteada.

El Ministerio de Salud, por intermedio de su Procurador Público, contestó la demanda oponiendo algunos temas formales, empero, en lo sustancial, refutando las pretensiones propuestas en atención a que el citado método carece de todo efecto abortivo, como ha quedado plenamente acreditado. En apoyo de dicha aseveración alegó la conformación de una Comisión de Alto Nivel¹⁰ encargada de la emisión de un informe científico respaldado en consideraciones tanto médicas como jurídicas, de acuerdo con las cuales había quedado absolutamente acreditado que el fármaco tenía pleno sustento constitucional y legal y por tanto su inclusión en los programas de planificación familiar, así como su distribución gratuita, debía ser garantizada desde el Estado, fundamentalmente en apoyo de las personas con menores recursos. Asimismo, agregaba que la postura asumida por el Ministerio era compartida por la Defensoría del Pueblo, autora de un detallado informe¹¹ en el que se tomaron en cuenta las opiniones científicas y médicas más autorizadas sobre el tema, tanto nacionales como internacionales. En suma, concluía que el anticonceptivo cuestionado no resultaba lesivo a ningún derecho y que se trataba de un asunto de salud pública, especialmente vital para la seguridad de las personas con más escasos recursos.

Adicionalmente, se presentaron en la condición de *amicus curiae* diversas entidades e instituciones: la Defensoría del Pueblo, la Academia Peruana de Salud, la Organización Panamericana de la Salud (Oficina de la Organización Mundial de la Salud), el Colegio Médico del Perú, el Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer (DEMUS), el Instituto Peruano de Paternidad Responsable (INNPARES), el Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX), la Alianza Latinoamericana para la Familia (ALAFAM), la Population Research Institute, la Coordinadora Nacional Unidos por la Vida y la Familia (CONUVIFA) y la Asociación Nacional de Médicos Católicos del Perú. Las siete primeras argumentan en contra de la demanda, las cuatro restantes, a favor.

Aunque la demanda presentada fue acogida parcialmente en primera instancia por estimarse que podría haber un atentado contra la vida del concebido

10 Cfr. Resolución Suprema N° 007-2003-AA, del 11 de septiembre de 2003.

11 Defensoría del Pueblo (2003).

al no haberse descartado contundentemente el “tercer efecto” del medicamento; la segunda instancia (tras diversas discordias) la revocó, declarándola fundada solo en parte. A su entender podía verse vulnerado el derecho a la información¹² por lo que la entidad recurrente, considerando insatisfecha, decidió interponer el correspondiente recurso de agravio, habilitando con ello la competencia del Tribunal Constitucional.

3.2. La sentencia del Tribunal Constitucional. Temas desarrollados y problemas planteados

Llegado el momento se expide la sentencia del colegiado constitucional. Cinco de sus magistrados se pronuncian a favor de la demanda interpuesta¹³ y dos en contra.¹⁴ La discrepancia queda reflejada, pero igual, la decisión resulta definitiva.

Revisado el contenido de la citada ejecutoria se aprecian diversos ítems en los que ésta se descompone. Aquí destacaremos los que consideramos fundamentales, priorizando el análisis en el asunto que más nos interesa.

(i) Sobre la legitimidad procesal (Fundamentos 2 y 3)

Un primer tema que resulta de interés para el colegiado se refiere a la legitimación procesal. Tema formal, sin duda, pero muy importante pues más allá de que las pretensiones planteadas resultaran o no legítimas, la invocación a un derecho tan fundamental como la vida exigía una merituación no solo en términos subjetivos, sino también objetivos. Ello supuso para el Tribunal que asumiese la perspectiva de que reclamos como los planteados pudiesen ser vistos desde la lógica que sustenta los llamados intereses difusos y, por tanto, conferir legitimidad plena o absoluta a cualquiera que los planteara.

(ii) Sobre el derecho a recibir información y el derecho a la autodeterminación reproductiva (Fundamentos 4 al 6)

El Tribunal quiso darle *aggiornamento* a su sentencia recurriendo a algunos conceptos que pueden resultar esenciales si son correctamente utilizados. Sin embargo, estos mismos se tornan irrelevantes o simplemente decorativos si les consigna sin ninguna consecuencia mínimamente lógica. Es el caso del derecho a recibir información, pero sobre todo del derecho a la autodeterminación reproductiva.

Dichos atributos resultan básicos en un Estado de Derecho y, desde dicha óp-

¹² Este aspecto en rigor, no había sido solicitado por la entidad demandante, por lo que de alguna forma tenía lógica el que considerara no satisfechas sus pretensiones.

¹³ Juan Vergara Gotelli, Carlos Mesía Ramírez, Ricardo Beaumont Callirgos, Gerardo Eto Cruz y Ernesto Álvarez Miranda.

¹⁴ César Landa Arroyo y Fernando Calle Hayen.

tica, nadie podría encontrarse en desacuerdo con los mismos. Pero si, como veremos más adelante, se opta por una tesis en la que se neutraliza por completo la capacidad de decisión de la pareja para optar por el método anticonceptivo de su conveniencia y, por tanto, queda en el aire cualquier eventual apoyo o recurrencia en función de tales derechos, no sabemos a ciencia cierta cuál sea la razón de consignarlos. En el mejor de los casos, y si la lógica de la sentencia hubiese apuntado hacia un análisis ponderativo en el que uno o más bienes jurídicos resultaran de satisfacción excluyente frente a otros (los que aquí se mencionan) igual de importantes, ello hubiese tenido que explicarse de dicha forma. Lamentablemente, no aparece por ningún lado dicho análisis, lo que refuerza la idea de que los conceptos en mención, bien que importantes, terminan por sobrar en esta ejecutoria.

(iii) Sobre el Derecho a la Vida (Fundamentos 7 al 12)

Definitivamente el tema del derecho a la vida es el esencial para esta controversia. Por lo demás así se planteó en la demanda y por tanto exigió, como en efecto se ha hecho, un pronunciamiento detallado. Más allá de las importantes consideraciones que se hicieron en torno a este derecho, el Tribunal se preocupó por otorgar una respuesta en torno del inicio de la vida y el tratamiento jurídico del concebido. No está mal, por lo demás, que tales temas hayan sido desarrollados. Lo que en todo caso si preocupa de alguna manera es la coherencia en el tipo de argumentos utilizados. Veamos esto a continuación.

(iv) Sobre el inicio de la vida, la concepción y los principios interpretativos (Fundamentos 13 al 34)

Para el Tribunal Constitucional el inicio de la vida se debe dilucidar principalmente en atención a dos teorías, a estas alturas bastante conocidas, la teoría de la fecundación y la teoría de la anidación. Mientras que para la primera se privilegia el momento en el que se produce la fusión de los elementos masculino (espermatozoide) y femenino (óvulo) en la presencia y desarrollo de una nueva célula autónoma y dotada de características propias como es el cigoto, para la segunda, se enfatiza o repara en la viabilidad del embrión tras su implantación en la cavidad interna del útero (endometrio). De este modo, y según afirmó, el momento exacto de la concepción difiere en uno y otro supuesto, pues mientras que en el primer caso aquel equivale a la fecundación, en el segundo, ese momento sólo opera a partir de la anidación.

Cada una de estas líneas de raciocinio tiene pues sus propias maneras de enfocar el inicio de la vida. Y es en base a los insumos argumentales proporcionados por ambas que el Tribunal, *prima facie*, tuvo que decidir. Ello no obstante el mismo Tribunal, antes de darnos su respuesta, decidió incursionar en el análisis de un concepto que resultara clave para inclinarse por una u otra teoría. Se trata de lo que el ordenamiento jurídico denomina como concebido.

Al respecto, según la sentencia, no existe discusión en torno al momento desde el cual se protege la vida, pues el ordenamiento jurídico deja muy en claro que ello se produce desde el instante preciso de la concepción. El problema es que dicho lapso temporal no ha sido descrito por norma alguna, como el mismo colegiado se ocupa de glosarlo invocando un amplio catálogo normativo (Código Civil, Ley de Política Nacional de Población, Ley General de Salud, Código Sanitario, Código de los Niños y Adolescentes, etc.).

Sin embargo, y en medio de dicho contexto, no deja de repararse en algo relativamente significativo. Según refiere el Tribunal, existe un documento denominado *La Salud Integral: compromiso de todos. Modelo de Atención Integral de Salud*, aprobado mediante Resolución Ministerial N° 729-2009-SA/DM, del 20 de junio del 2003. Según dicho documento, la atención integral del menor opera desde la llamada fecundación, por lo que, si nos atenemos al raciocinio que aquel utiliza, el tema supuestamente habría quedado definido, por lo menos a nivel infralegal.

A continuación el colegiado explica los alcances del término concebido para el ámbito de la doctrina. Así, tras pasar revista a algunas definiciones proporcionadas por tres diccionarios jurídicos, reparará en que la mayor parte de estudiosos en los ámbitos del derecho constitucional, civil y genético, supuestamente se adscriben a la teoría de la fecundación, mientras que serían únicamente los especialistas del derecho penal los que fundamentalmente se adscribirían a la teoría de la anidación.

A partir de allí proclamará que será a la ciencia (entiéndase médica) a quien corresponderá describir y explicar el proceso de reproducción humana y cada una de las etapas del proceso biológico existencial, y que sus líneas de raciocinio necesariamente deberán ser tomadas en cuenta por el mundo jurídico para resolver las controversias que se le presenten. Nos advertirá empero, algo sobre lo que más adelante volveremos, que como la ciencia médica supuestamente se encuentra dividida y no puede arribar a una respuesta definitiva, el mundo jurídico también tendría que estar dividido. Ante tal estado de incertidumbre nos propone, como mejor alternativa de recurrencia, el echar mano de determinados principios interpretativos como el *pro homine* (que propugna un raciocinio en defensa de los derechos fundamentales) y el *pro debilis* (que busca privilegiar el trato para con quien se considera víctima o parte más débil).

(v) *Sobre la opción del Tribunal (Fundamentos 35 al 38)*

La respuesta definitiva del colegiado, aún reconociendo encontrarse en un *mare magnum* de duda, es una sola. Se siente decantado por estimar que la concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna (es decir, con la fecundación) de lo que extrae, por otra parte, que la llamada anidación o implantación, forma parte del desarrollo del proceso vital, mas no es propiamente el inicio de la misma. Por lo demás, subraya que hay un

vínculo inescindible entre concebido-madre y concepción-embarazo y que es la concepción la que condiciona el embarazo y no el embarazo el que condiciona a la concepción, dando así por resuelto este primer extremo del debate.

(vi) *Enjuiciamiento crítico desde la propia argumentación utilizada*

Como lo decíamos líneas atrás, no tiene nada de extraño que el Tribunal Constitucional opte por pronunciarse sobre un tema de tanta importancia como el descrito. Sin embargo, tras examinar sus posturas, son varias las reflexiones que las mismas nos despiertan.

La primera que salta a la vista es la siguiente. El Tribunal reconoce que en los temas relativos al proceso biológico existencial, es la ciencia médica la que establece la pauta a seguir. En tales circunstancias es lógico suponer que si la ciencia médica determina algo sobre extremos como los descritos, tal determinación tendría que ser la que el Derecho y, por supuesto, su jurisprudencia debería de seguir.

Pese a lo dicho, la sentencia opta por la teoría de la fecundación que no es precisamente la corriente postulada, por lo menos en términos oficiales, por la ciencia médica. Basta con revisar la postura asumida por la Organización Mundial de la Salud¹⁵ así como por otras organizaciones especializadas a nivel internacional (Comité de Ética de la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia, el Colegio Americano de Obstetricia y Ginecología, etc.) para así corroborarlo.

Podrá decirse, como lo hace el Tribunal, que existe más de una discrepancia científica en torno a las teorías que explican el inicio de la vida. Nada extraño sería el reconocerlo. Sin embargo, que exista dicha discrepancia no invalida o desaparece en lo absoluto lo que, a la fecha, es la posición oficialmente asumida por el máximo ente representativo de la ciencia médica. Que al colegiado no le agrade dicha posición oficial es por supuesto plenamente legítimo, pero tampoco es justificativo como para ignorarla de manera tan evidente, como parece inferirse de la propia sentencia.

Por lo demás, y sobre esto seguramente volveremos más adelante, tampoco es argumento para atenuar una posición oficial el que esta no sea consensuada a nivel de la comunidad científica. Con una lógica de ese tipo, toda posición asumida en términos oficiales sería cuestionable por el solo hecho de no ser compartida por uno o más sectores, también científicos.

Ahora bien, el Tribunal ha buscado sustentar su razonamiento en un insumo argumental que *prima facie* le proporciona el derecho. Por lo mismo, ha prestado especial atención al tratamiento del concebido (al que evidentemente se refiere el ordenamiento jurídico) y al significado de la llamada concepción.

15 Cfr. Organización Mundial de la Salud (1999).

Aunque este proceder es correcto y hasta necesario, se observa en la argumentación de la sentencia una construcción bastante frágil, que pretende demostrar que la concepción es una suerte de sinónimo de la fecundación. Para estructurar esta línea argumentativa la sentencia echó mano de cuatro consideraciones. La primera referida a la existencia de un documento administrativo, la segunda relativa a los significados utilizados por los diccionarios, la tercera concerniente a las posiciones asumidas por la doctrina, y la cuarta sustentada en un raciocinio típicamente interpretativo.

En cuanto a lo primero, no hay mucho que comentar y, digámoslo de verdad, ni el propio Tribunal se lo toma tan en serio. El que en algún momento se haya aprobado el documento denominado *La Salud Integral: compromiso de todos. Modelo de Atención Integral de Salud*, y el que en su contenido se hable de la fecundación, no supone toma de posición oficial alguna pues dicho documento tiene carácter meramente referencial, como el propio Tribunal se encarga de reconocerlo. Por lo demás, y así fuese plenamente obligatorio, tampoco podría imponer pauta interpretativa alguna, habida cuenta de su carácter infra legal.

En cuanto a la segunda consideración, más allá de las glosas que el Tribunal realiza apelando a tres diccionarios jurídicos, es de advertir que ninguna de las citadas fuentes considera que la concepción se agota con la fecundación. Incluso el texto de García Calderón, consigna el término preñez que, como veremos luego, no es precisamente un sinónimo de lo que representa la fecundación.

Curiosamente llama la atención que el Colegiado, no mencione ningún diccionario científico o cuando menos, el Diccionario de la Real Academia Española que se supone, tendría que ser la voz autorizada para entender lo que oficialmente se asume por el término concepción. Probablemente ello responda a que dicha publicación prefiere reivindicar el denominado “estado de preñez”¹⁶ antes que el de la llamada fecundación.

Donde encontramos un intento bastante forzado para tratar de justificar la teorización asumida es en el tercer grupo de consideraciones. Según las mismas, la ciencia jurídica peruana se divide entre los penalistas y la gran mayoría de especialistas. En este último grupo están casi todos los juristas, los constitucionalistas, los estudiosos en derecho civil, los peritos del derecho genético, etc. En el otro grupo, solo encontramos a los especialistas del derecho penal. Son ellos, a juicio del Tribunal, los únicos que solitariamente comparten o hacen suya la tesis de la anidación.

Argumentos como este último desbordan lo estrictamente objetivo e ingresan en un terreno bastante subjetivista, por no decir francamente pasionista. Que

16 En el citado compendio oficial el término concepción se identifica como “acción y efecto de concebir” y este último supone “quedar preñada”. Cfr. Diccionario de la Real Academia Española (2001: 611).

hay un buen número de estudiosos del Derecho que comparte la teoría de la fecundación, es totalmente correcto, como acertado es que otro grupo de ellos opta por la posición contraria, la teoría de la anidación. Pero que de una lectura de la discrepancia o discusión entre los estudiosos se extraiga la tesis de que las tendencias se grafican en función de las especialidades jurídicas, no resiste el menor de los análisis.

Solo a modo de referencia recordaremos lo siguiente. Con motivo del debate sobre el Anticonceptivo Oral de Emergencia, los sectores estatales involucrados recabaron la opinión de dos comisiones de expertos, las mismas que analizaron en su momento, entre otros aspectos, precisamente el inicio de la concepción o embarazo. La primera de esas opiniones fue emitida el 9 de diciembre del 2003 por la Comisión de Alto Nivel designada por el Ministerio de Salud¹⁷, mientras que la segunda opinión fue evacuada el 31 de mayo del 2004 por la Comisión Consultiva del Ministerio de Justicia a petición del sector respectivo.

El primer grupo de trabajo estuvo compuesto por catorce especialistas, mientras que el segundo lo estuvo por doce. En ambos casos los dictámenes respectivos fueron favorables a la teoría de la anidación y no precisamente porque sus integrantes hayan sido mayoritariamente penalistas. En cada una de estas comisiones había estudiosos de diversas áreas del Derecho, con el añadido de que en la primera de ellas no solo participaron juristas sino también especialistas en diversas disciplinas de la medicina. No sabemos entonces de dónde se infiere la tesis de las especialidades a la que se adscribe el Tribunal.

La cuarta consideración a la que apela la sentencia intenta estructurar el significado del vocablo concebido sobre la base de un razonamiento esencialmente interpretativo. Aunque no estamos diciendo que no sea posible construir el significado de un término sobre la base de una adecuada técnica interpretativa, creemos que ello solo se hace viable cuando existen elementos objetivos en el ordenamiento que, en general, así lo permiten. Apelar a principios de presunción en tales circunstancias suele ser un eficaz complemento en tanto y en cuanto existe más de una norma estructurada en pro de la construcción del concepto pretendido. Lamentablemente ello no sucede en el caso que aquí se comenta. Utilizar aisladamente criterios de interpretación como el *pro homine* y el *pro debilis*, para delinear un concepto cuando no existen normas objetivas que refuercen la idea que se intenta estructurar, se presta a serias discusiones.

En el caso del ordenamiento peruano, no hay norma que defina exactamente el momento de la concepción, como reconoce el propio Tribunal. Lo que existe son normas que equiparan concepción con embarazo, siguiendo un raciocinio típicamente médico, ya que la única forma de acreditar la concepción es cuan-

17 Mediante Resolución Suprema N° 007-2003-SA, del 11 de septiembre del 2003.

do se tiene la certeza plena o indubitable que una mujer se encuentra en estado de preñez o gestación. Tan evidente o nítida es esta postura que el Código Penal sólo puede determinar la comisión del delito de aborto a partir del inicio del embarazo, como se desprende de los artículos 115°, 118°, 119° y 120°.

Pretender que la concepción se presuma única y exclusivamente en base a principios interpretativos, cuando médica o científicamente sólo es posible en tanto sea demostrable del estado embarazo, carece de todo sustento. Esto resulta bastante irónico en el contexto de un Tribunal que proclama a la ciencia como la brújula obligada de sus propios raciocinios.

No está mal que la sentencia haya mostrado preocupación especial por la vida generada a partir de la fecundación, pero no por ello pueden inventarse los conceptos. Si al colegiado le interesaba una fórmula de protección para lo que asume como embrión fecundado, bien pudo postular la existencia de un deber autónomo de protección para el periodo de la vida anterior a la concepción.¹⁸

Aventurar dicha tesis por lo demás, no hubiese sido complicado, en tanto una cosa es el inicio de la vida humana, que efectivamente opera con la fecundación y, otra diferente, el momento de la concepción, que se mide de acuerdo al estado de gestación.¹⁹ Nuestro ordenamiento jurídico posibilita hacer dicho distinción, sin que ello suponga alterar la esencia de las cosas, como creemos que ha sucedido, en el caso examinado.

(vii) Sobre el Anticonceptivo Oral de Emergencia (Fundamento 39)

La sentencia en ningún momento desarrolla un concepto o caracterización de lo que representa el llamado Anticonceptivo Oral de Emergencia. Ni siquiera aborda el tratamiento del rol que cumplen los anticonceptivos en general para, a partir de tal contexto y en función de sus propias argumentaciones, avalar la inclusión o exclusión de los mismos. Lo que le ha preocupado ante todo es verificar lo que se dice del mismo. Curiosamente y como veremos de inmediato, en este esfuerzo de búsqueda sobre lo que se dice del fármaco otra vez el Tribunal coloca a la ciencia médica como la última invitada.

(viii) Sobre las fuentes de información utilizadas por el Tribunal (Fundamentos 40 al 46)

En la sentencia son glosados un total de cinco insertos o textos informativos sobre los productos que dentro del ámbito nacional son considerados como anticonceptivos orales de emergencia (Glanique, Tibex, Postinor 2, Nostrel y Post Day, todos ellos equivalentes al progestágeno conocido como levonorges-

18 Y de este modo evitar lo que a futuro pudieran representar intentos de manipulación de los embriones fecundados.

19 Hemos esbozado una breve aproximación de esta postura en un reciente trabajo: SÁENZ DÁVALOS (2010).

tre). A su juicio, en todas ellas se hace referencia al denominado tercer efecto o efecto antiimplantatorio del óvulo ya fecundado, el mismo que quedaría verificado tras producirse alteraciones sobre el endometrio.

Para el Tribunal estas informaciones no solo suponen datos proporcionados por los propios fabricantes en torno a las incidencias del producto, sino que al mismo tiempo constituyen un pronunciamiento evaluativo de las autoridades sanitarias peruanas, previo a la autorización de su comercialización. Desde el punto de vista del Tribunal, y adelantándonos a lo que será su conclusión, es contradictorio que mientras el Ministerio de Salud niega que el fármaco tenga efectos sobre el endometrio y la implantación, al mismo tiempo las autoridades sanitarias aprueben registros del producto donde se expresa todo lo contrario.

Para reforzar su postura de que el denominado tercer efecto no está descartado, la sentencia acude adicionalmente a una opinión formulada por la Agencia Norteamericana para la Administración de Alimentos y Drogas (FDA) en torno al denominado Plan B, que es una de las formas a través de las cuales se presenta el producto en los Estados Unidos. De acuerdo con tal pronunciamiento, el fármaco discutido, *“puede impedir que el óvulo fertilizado se adhiera en el útero”*.

(ix) Sobre los principios pro homine y pro debilis y el principio precautorio (Fundamentos 47 al 52)

Bajo la consideración de que existen dudas en torno de la existencia del tercer efecto, la sentencia proclamará que conjuntamente con los principios *pro homini* y *pro debilis* utilizados para dilucidar lo que es el momento de la concepción, también resulta pertinente invocar el principio denominado precautorio que permite que ante una duda razonable en torno del peligro en el que se encuentre uno o más derechos, se opte por una finalidad típicamente preventiva, imponiendo a la par sobre quien es emplazado, la obligación de demostrar lo contrario de lo que afirma el demandante.

(x) Sobre la toma de posición del colegiado (Fundamentos 53 y 54)

Sobre la base de tal criterio y alegando que existen dudas razonables sobre la existencia del denominado tercer efecto, el Tribunal opta por considerar que el Anticonceptivo Oral de Emergencia, resultaría atentatorio contra el derecho a la vida del concebido, el cual, siguiendo la lógica previamente construida por la sentencia, existe desde el momento de la fecundación. En tales circunstancias queda claro que el extremo del petitorio, concerniente con su prohibición como parte integrante de los programas de planificación promovidos desde el Estado (y de acuerdo con los cuales se contemplaba su distribución gratuita), resulta fundado.

(xi) Sobre las consideraciones del Tribunal en torno a la venta del Anticonceptivo Oral de Emergencia (Fundamentos 55 al 62)

Ello no obstante y siendo plenamente consciente que (a pesar de todo) el fármaco discutido se comercializa o vende a través de las farmacias privadas por encontrarse éste formalmente autorizado, el Tribunal considera oportuno pronunciarse sobre dicho extremo aunque, al mismo tiempo, reconociendo que no le es posible determinar nada sobre el particular, habida cuenta que ello no ha sido materia de la demanda, que sólo tuvo por objeto cuestionar su incorporación en los programas de planificación familiar promovidos por el Estado.

La evaluación que la sentencia realiza sobre dicho extremo se circunscribe a considerar que en tanto existe una amenaza sobre el derecho a la vida del concebido en los términos desarrollados por la sentencia, debe garantizarse al público consumidor una adecuada información sobre los efectos del anti-conceptivo oral de emergencia. Tal consideración reposa en la relevancia que para el Estado de Derecho tiene la defensa del consumidor, uno de cuyos ejes resulta precisamente el relativo a la información suficiente de los productos que se ofertan en el mercado. Es esa, en resumidas cuentas y según lo describe la sentencia, la forma en que se concretiza la intervención del Estado.

3.3. Enjuiciamiento crítico desde la propia argumentación utilizada

Si de extremos opinables se trata, son los relativos al anticonceptivo oral de emergencia los más evidentes o notorios. El debate tiene como eje central la existencia de un supuesto tercer efecto o efecto antianidatorio del embrión fecundado dentro de la cavidad interna del útero. El argumento de tal postura ha sido siempre uno sólo: como se acepta que la ingesta del fármaco produce leves alteraciones endometriales, estas necesariamente tienen que suponer la presencia del citado tercer efecto.

La sentencia ha preferido omitir una explicación específica de este punto y ha optado por irse de frente a lo que a su juicio, es lo realmente esencial.

El Tribunal se había comprometido a resolver esta controversia con sujeción a los estrictos parámetros proporcionados por la ciencia. Sin embargo, advirtiéndole que esa misma ciencia se encuentra supuestamente dividida, ha considerado que la mejor manera de encontrar respuestas no es ya dentro de los ámbitos de la ciencia misma, sino en su propio fuero interno. Para ello ha tomado nota de lo que dicen los fabricantes y/o distribuidores del producto y de esta forma se ha sentido legitimado para interpretar los efectos o incidencias del fármaco de acuerdo con lo que aparece en cada uno de los insertos de los productos.

Para fortalecer su postura invoca incluso la opinión de un organismo regulador de los medicamentos en los Estados Unidos y enfatiza que como aquel consigna en uno de sus informes que el fármaco cuestionado puede impedir la anidación del embrión fecundado, definitivamente las cosas tienen que ser así y no de otro modo.

No se explica entonces como es posible que las autoridades sanitarias peruanas autoricen la circulación de un producto con tales características.

Lo que no entiende el Tribunal, y probablemente tampoco lo haga a futuro, es que mientras quiera él directamente otorgar las respuestas, nada lo va a convencer ni persuadir de que se encuentra equivocado. Lamentamos muy profundamente desmitificarlo en este tema, pero hay que decirlo de alguna forma. Quien determina las incidencias (sean virtudes, sean defectos) de un producto médico no es un órgano de justicia, por más ilustres que resulten sus juristas, sino el ente o entes especializados. De no ser así esos mismos organismos o dependencias, sobrarían en el Estado.

El argumento de una supuesta discrepancia científica, aún en el caso de que fuese cierto (no lo es para nosotros) es absolutamente irrelevante. El organismo técnico más especializado, la Organización Mundial de la Salud, ya se pronunció al respecto. Querer promover el debate y, más aún, tratar de hacerlo desde afuera de la propia ciencia, es simplemente distorsionar las funciones.

Nadie discute que un órgano de justicia puede decidir conflictos a partir de los insumos proporcionados por la ciencia (es plenamente legítimo que así sea). Sin embargo, lo que de ninguna manera le es permitido, es imponer sus propias verdades por encima de las verdades científicas oficialmente aceptadas, por más que respecto de las mismas existan eventuales detractores.

Solo para poner un ejemplo podríamos decir lo siguiente: si algún día la ciencia llegará al convencimiento pleno de que es posible pronosticar los terremotos y tal postura fuese avalada plenamente por el máximo órgano en la materia, ello tendría que asumirse como cierto, nos guste o no. Que seguramente habrá científicos disidentes o reacios a dicha postura, es también muy probable. Pero que a raíz de dicha discrepancia un tribunal de justicia se sienta legitimado para decidir que es imposible predecir los terremotos resultaría, por decir lo menos, risible.²⁰

No estamos diciendo tampoco que el Tribunal no pueda tener suspicacias o reservas si alguna duda le provoca lo que aprecia de documentos técnicos como las consabidas recetas o posologías o en fin, lo que observa de opiniones como las de la Agencia Norteamericana para la Administración de Alimentos y Drogas (FDA), pero si quiere superar tales incertidumbres, debe proceder como justamente lo proclamo desde un inicio, es decir, a tomar en cuenta lo que oficialmente se predica desde la comunidad científica. Ignorarlo o desconocerlo es por donde se le mire, arbitrario.

20 Podría razonarse también en sentido inverso respecto de otras ciencias con relación al Derecho. Para poner un ejemplo: hay muchos temas jurídicos en los que existe discrepancia entre lo que decide el Poder Judicial y lo que interpreta el Tribunal Constitucional. No se necesita por lo demás (porque tampoco es el caso) demostrar aquí cual es la opinión que en tal supuesto habría de prevalecer. Sin embargo, resultaría irónico que a nombre de una eventual discrepancia entre esos órganos jurisdiccionales, un médico o un ingeniero se sintieran con la facultad de decidir por sí y ante sí como es que deben resolverse las cosas. Simplemente sería inaceptable, pues la verdad oficial, guste o no siempre tendrá que ser la prevaleciente.

Llama por ello la atención que el Tribunal, sustituyéndose a las autoridades sanitarias peruanas les advierta como es que tienen que interpretar el contenido de las recetas o posologías. Pero llama mucho más la atención que se haya tomado la molestia de revisar dichos documentos y lo que dice una agencia norteamericana, sin investigar si dicha información se encuentra o no debidamente actualizada, no desde el punto de vista simplemente administrativo, sino desde la perspectiva científico-médica.²¹

Que el Tribunal se haya esforzado para tratar de superar sus dudas basándose en principios interpretativos como el *pro libertatis* y el *pro debilis* o el principio precautorio, no ayuda a superar las críticas. Al contrario, si se revisan las apreciaciones que maneja sobre el tema, más bien las aumenta.

Si la lógica del colegiado, conforme a los dos primeros principios, es la de proteger a la parte más débil, no nos explicamos a título de que argumento o razón se considera únicamente al concebido como la parte más sensible. ¿Acaso la posición especial de la mujer no cuenta en absoluto? ¿No puede una mujer que haya sido víctima de una violación considerarse parte débil y, por tanto, legitimar su decisión a fin de evitar un embarazo no deseado?

El problema es que el Tribunal ni siquiera se ha tomado la molestia de aplicar un elemental proceso ponderativo en el que, previo a sus conclusiones, haya verificado la eventual vulneración o amenaza de otros derechos o intereses en conflicto. De plano y sin discusión alguna el concebido es no sólo la parte más débil, sino que en rigor pareciera que es la única parte en el conflicto.

La sentencia presta especial atención al principio precautorio, que legitima la actuación del colegiado cuando existe duda razonable en torno de un eventual perjuicio o amenaza sobre los derechos reclamados.

Sin embargo, las dudas no se las ha proporcionado la ciencia que, repetimos, tiene por definidas las cosas hace buen rato. Las dudas se las ha impuesto el propio Tribunal en tanto y en cuanto ha decidido priorizar las objeciones por encima de lo oficialmente aceptado.

Así las cosas, queda claro que la invocación del principio precautorio no es pertinente, por lo menos en el presente caso.

La crítica final a la sentencia tiene que ver con la postura de no pronunciarse sobre la venta del Anticonceptivo Oral de Emergencia en farmacias o establecimientos de carácter privado. A juicio del colegiado ello responde a que no se le solicitó nada sobre el particular en la demanda.

21 Este dato es vital pues la Administración de Alimentos y Drogas (FDA) es un órgano administrativo regulador de los medicamentos en los Estados Unidos, no un centro de investigación en medicina. Por tanto, no está a cargo de las investigaciones recientes sobre las incidencias de los Anticonceptivos Orales de Emergencia.

Que sepamos, el Tribunal Constitucional peruano ha tenido un especial protagonismo en una diversidad de casos, no precisamente por haberse manejado con sujeción estricta a los petitorios contenidos en las demandas. En diversas oportunidades ha ido más allá de los petitorios, no solo porque así lo haya querido, sino porque, adicionalmente, es plenamente legítimo dicho proceder en tanto y en cuanto las conductas rutinariamente cuestionables en materia constitucional, se caracterizan por su variación o mutabilidad. En tales circunstancias pronunciarse más allá del petitorio planteado es casi una obligación antes que un auténtico impedimento.²²

Pero curiosamente, no es que el Tribunal no se haya pronunciado en el extremo descrito. En realidad si lo ha hecho, pero de una manera bastante sorprendente.

El argumento utilizado ha sido el de considerar la intervención del Estado para proteger el interés del consumidor. En tales circunstancias y como el producto ya se encuentra en el mercado, nos dice que es obligación de quienes lo ofertan, el informar adecuadamente acerca de las incidencias que supuestamente podría generar.

El Tribunal entonces no puede prohibir la venta del fármaco, así lo considere lesivo o potencialmente riesgoso para el derecho a la vida. Lo único que puede hacer es obligar a que se dispense una adecuada información sobre sus eventuales efectos.

Lo que en otras palabras nos está diciendo la sentencia, es que, cuando de relaciones de mercado se trata, más importantes son los derechos económicos y su regular ejercicio, que el mismísimo derecho a la vida que tanto defiende. Todo el discurso de la sentencia se ve así mitigado y hasta ridiculizado, si de proteger el mercado y las relaciones económicas se trata. No interesa entonces lo supuestamente peligroso que pueda resultar el producto que tantas dudas generó sobre el colegiado, sino que el mismo sea ofertado con las debidas garantías que rodean al consumidor.

Si tuviéramos que seleccionar el argumento más desnaturalizador o contradictorio con la construcción realizada por el Tribunal, no dudaríamos en apelar a este último. Simplemente destroza o deja sin pie toda la lógica pro vida contenida en la sentencia.

22 En este extremo, el derecho procesal constitucional nos ofrece una visión distinta de la que aparece en otros ámbitos o escenarios procesales, donde se asume como un dogma indiscutible la imposibilidad de pronunciamiento más allá del petitorio demandado. En materia procesal constitucional las cosas son diferentes. El juez no solo puede sino que en ciertos casos debe ir más allá del petitorio, pues de lo contrario haría cualquier cosa menos administrar justicia. La conducta lesiva puede cambiar total o parcialmente en el camino, ser sustituida por otra, o simplemente volverse mucho más gravosa. Puede demandarse un acto u omisión como presuntamente lesiva y sin embargo de los hechos descritos apreciarse por el juez, conductas inconstitucionales mucho más intensas. En estas circunstancias, como en otras, sería arbitrario, por decir lo menos, que a nombre de lo estrictamente demandado, no se tenga posibilidad de pronunciamiento alguno.

4. Lo que la sentencia no dice

El Tribunal, como ya se ha visto, ha focalizado su análisis en lo que ha considerado prioritario, esencialmente dos cosas: definir desde cuando comienza la concepción y proteger a toda costa la vida del concebido.

A partir de la argumentación que ha realizado, era de suponer que cualquier duda que tuviese sobre una eventual afectación a la vida del concebido lo llevaría necesariamente a cuestionar lo que se pusiera por delante, y como lo que ha tenido por delante en esta ocasión ha sido el Anticonceptivo Oral de Emergencia, contra aquél se ha pronunciado. La ciencia, tan proclamada como parámetro de raciocinio, no ha convencido al Tribunal como en cambio si lo han hecho las dudas generadas extramuros de la misma. Más allá de los defectos argumentativos mencionados, han quedado sin embargo en el tapete de la discusión varios problemas irresueltos. Aquí mencionaremos solo un par de ellos.

Nada importante nos ha dicho el Tribunal en torno de la incidencia de los derechos reproductivos de la mujer y, en general, de la pareja de cara a la posición que asume respecto del Anticonceptivo Oral de Emergencia. Como decíamos al principio de este trabajo, consignar que tales derechos existen para luego ignorarlos durante todo el discurso de la sentencia, deja una lectura bastante dramática, sobre todo, decididamente irónica.

Si por lo menos se les hubiese tomado en cuenta en un eventual análisis ponderativo tendiente a delimitar su grado de importancia, así como las razones por las que en este caso no se verían afectados, estaríamos en condiciones de discrepar, pero difícilmente de cuestionar. El hecho es que nada de esto se observa ni en un solo fundamento de la sentencia. Es como si en la práctica tales atributos no existieran.

Estamos convencidos que toda causa puede merecer una respuesta en uno u otro sentido. Por lo demás para eso está un Tribunal Constitucional. Lo que sin embargo no es aceptable, bajo ninguna circunstancia, es que a título de una posición predeterminada y de un raciocinio unilateral, se ignore o minimice derechos eventualmente afectados. Ello, lejos de conciliar las posiciones en debate, las agudiza en demasía abriendo las puertas de una gran incertidumbre, de cara a futuros conflictos de tanto o mayor intensidad como el presente.

Otro de los temas irresueltos por la sentencia, y probablemente de aquellos con mayor impacto, es el que tiene que ver con la incongruencia generada en relación con los destinatarios de la prohibición establecida. Como ya se ha visto, esta recae únicamente sobre el Estado y por tanto impide cualquier posibilidad de distribución gratuita dentro de los programas de planificación familiar diseñados para las personas con más escasos recursos.

Contrario sensu y en tanto la venta del fármaco se encuentra permitida y hasta garantizada en el ámbito particular, queda claro que quien si cuente con

recursos, no solo podrá disponer del citado fármaco, sino gozar de un derecho paradójicamente negado para las personas carentes de los mismos.

¿No es esto una clamorosa discriminación? Pues si nos atenemos a la evidente como incontrastable diferencia de condiciones económico sociales en la que se encuentran las parejas, y a la obligación de tutela promotora que supone un Estado Social de Derecho, la sentencia expedida no solo fomenta las desigualdades sociales, sino que distorsiona por completo el citado modelo de Estado.

Pero la ironía es todavía mucho más grande. Sabemos, porque lo hemos visto a lo largo de este trabajo, que la lógica del Tribunal se reduce a la consideración de que el Anticonceptivo Oral de Emergencia no debe permitirse fundamentalmente por suponer una amenaza sobre la vida del concebido. No compartimos tal punto de vista, pero esa es su posición.

Si el mensaje del supremo Interprete de la Constitución es que la vida peligra con la píldora y por tanto no debe el Estado proceder a su distribución gratuita, no entendemos como así desaparece esa presunción cuando de la venta de la misma se trata. Puede parecer paradójico decirlo, pero si un ciudadano o ciudadana no tiene dinero y el Estado se la ofrece gratuitamente incurre en un abominable atentado contra la vida, pero si en cambio cuenta con ese dinero y se la compra, no solo no atenta contra la vida, sino que en su condición de consumidor o consumidora, tiene todo el derecho a ser protegido adecuadamente. ¿Es esta una lectura congruente con la Constitución? Pues para la sentencia parece que sí.

Es curioso que la ejecutoria del Tribunal haya hecho tantos reparos a las dudas generadas tras una verdad oficial asumida por la ciencia, aunque no compartida por algunos. Si esa misma lógica se la aplicáramos a la sentencia que aquí hemos analizado, quedarían profundas dudas, tan grandes y notorias como la distancia entre quienes nacieron con todo y los que tras este fallo, se quedan sin nada.

Bibliografía

Adrián M., Alberto. "La charada y el medioevo". *La República*, 24 de octubre de 2009.

Álvarez Miranda, Ernesto. "La sentencia AOE", *El Correo*, 6 de noviembre de 2009.

Álvarez Miranda, Ernesto. "Nuestra sentencia sobre la píldora del día siguiente". Disponible en www.elcomercio.com.pe (Consulta: 10 de noviembre de 2009)

Álvarez Miranda, Ernesto. "TC: persistiendo en el error", *La República*, 11 de noviembre de 2009.

Álvarez Rodrich, Augusto. “El Tribunal de la Santa Disquisición”, *La República*, 12 de noviembre de 2009.

Álvarez Rodrich, Augusto et al. “Manifiesto desde Arequipa”, *La República*, 15 de noviembre de 2009.

Álvarez Rodrich, Augusto. “A pesar de la cucufatería nacional”, *La República*, 13 de marzo de 2010.

Alvites Alvites, Elena. “Los límites de la jurisdicción constitucional a propósito del proceso de amparo sobre la anticoncepción oral de emergencia”. *Gaceta Constitucional*, 2009, tomo 23, noviembre 2009.

Arbaiza, Luis. “El embrión no es un ser humano”, *La Primera*, 9 de noviembre de 2009.

Asociación Vida & Familia. “Pronunciamiento en respaldo a la decisión del Tribunal Constitucional”, *Correo*, 28 de octubre de 2009.

Balbi, Mariella. “El sexo del tribunal”, *El Comercio*, 27 de octubre de 2009.

Basombrío, Carlos. “¿Quiénes promueven el aborto?”, *Perú 21*, 27 de octubre de 2009.

Bedoya Ugarteche, Andrés. “Píldoras, juristas, pulmones y otras sandeces”, *Correo*, 31 de octubre de 2009.

Chávez de Ocampo, Martha. “¿Cosa de mujeres?”, *El Comercio*, 31 de octubre de 2009.

Chávez-Fernández P., José. “Una duda razonable”, *El Comercio*, 29 de octubre de 2009.

De Luque, Carola. “La tableta de emergencia”, *La Primera*, 2 de noviembre de 2009.

Du Bois, Fritz. “La incoherencia del día siguiente”. *Perú 21*, 23 de octubre de 2009.

Du Bois, Fritz. “El karma constitucional”, *Perú 21*, 25 de octubre de 2009.

Du Bois, Fritz. “El partido se jugaría en otro lado”, *Perú 21*, 29 de octubre de 2009.

Eguren Anselmi, José Antonio. “Polémica decisión sobre la píldora”, *El Comercio*, 12 de marzo de 2010.

Eguren Anselmi, José Antonio. “El TC y la píldora”, *Expreso*, 12 de marzo de 2010.

Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy. “El pronunciamiento del Tribunal Constitucional peruano sobre el anticonceptivo oral de emergencia. Algunas reflexiones sobre el particular”. *Gaceta Constitucional*, 2009, tomo 23, noviembre 2009.

Gamarra, Ronald. “Decisión contra las mujeres”, *La República*, 30 de octubre de 2009.

Gildemeister, Eduardo. "Sector Salud: hay muchísimo que hacer", *Gestión*, 17 de noviembre de 2009.

González, Carmen. "La prohibición de la píldora", *Perú 21*, 27 de octubre de 2009.

Gutiérrez, Walter. "Una píldora que afecta al TC". Disponible en www.elcomercio.com.pe (Consulta: 11 de noviembre de 2009)

Guzmán, Alfredo. "Hay evidencia científica", *El Comercio*, 29 de octubre de 2009.

Guzmán, Alfredo. "Desinforma que algo queda", *El Comercio*, 23 de marzo de 2010.

Hildebrant, César. "El aborto del Tribunal". *La Primera*, 24 de octubre de 2009.

Hildebrant, César. "Triunfo de la razón", *La Primera*, 9 de marzo de 2010.

Lauer, Mirko. "La sentencia del día siguiente", *La República*, 27 de octubre de 2009.

Llaja Villena, Jeannette. "Comentarios a la última sentencia del Tribunal Constitucional sobre la AOE". *Gaceta Constitucional*, tomo 23, noviembre 2009.

Llaja Villena, Jeannette. "La Obligación de informar y distribuir la Anticoncepción Oral de Emergencia-AOE, a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional en un Proceso de Cumplimiento". En *Justicia de Género, "Tribunal Constitucional y AOE. Una victoria ciudadana"*. Lima: Demus, 2008, pp. 3 y ss.

Lemlij, Moisés. "¿Cuestión de vida o de muerte?", *Perú*, 21, 3 de noviembre de 2009.

Lynch, Nicolás. "Quieren nuestros cuerpos", *La República*, 27 de octubre de 2009.

Manrique, Nelson. "La fuerza pública y la fe", *La República*, 27 de octubre de 2009.

Mariategui, Aldo. "Los ayatollahs del TC". *Correo*, 23 de octubre de 2009.

Mariategui, Aldo. "TC: Fallo regresivo y discriminatorio". *La República*, 24 de octubre de 2009.

Monroy Cervantes, Javier. "Sancochando la píldora", *La Razón*, 10 de marzo de 2010.

Monroy Cervantes, Javier. "Ministro Ugarte: Insistiendo con la AOE", *La República*, 10 de marzo de 2010.

Morales Luna, Félix. "El debate en torno a la anticoncepción oral de emergencia y el aborto desde una perspectiva argumentativa". *Gaceta Constitucional*, 2009, tomo 23, noviembre 2009.

Organización Mundial de la Salud, Departamento de Salud Reproductiva e Investigación. "Improving methods of emergency contraception". En *Progress in Reproductive Health Research*, N° 51, 1999. Disponible en: http://www.who.int/reproductive-health/hrp/progress/51/news51_1.en.html

Paccini, Renzo. "Efecto abortivo sí puede ocurrir", *El Comercio*, 23 de marzo de 2010.

Paredes Castro, Juan. "La Torre de Babel del día siguiente", *El Comercio*, 27 de octubre de 2009.

Perú. Defensoría del Pueblo. "Anticoncepción Oral de Emergencia". Informe Defensorial N° 78, aprobado mediante Resolución N° 040-2003-DP, del 18 de diciembre del 2003.

Perú. Ministerio de Salud. Resolución N° 167-2010/MINSA. Diario Oficial El Peruano. Lima, 9 de marzo de 2010.

Perú. Ministerio de Salud. *Normas de planificación familiar*. Resolución N° 465-99-SA/DM. Diario Oficial El Peruano. Lima, 25 de setiembre de 1999.

Perú. Ministerio de Salud. Resolución N° 399-2001-SA/DM. Diario Oficial El Peruano. Lima, 17 de julio de 2001.

Perú. Ministerio de Salud. Resolución Suprema N° 007-2003-SA, del 11 de septiembre de 2003.

Ramírez Varela, Lilia. "TC lejos de la tutela de los derechos de las mujeres". *Informando Justicia*, núm. 251, 29 de octubre de 2009.

Real Academia Española (2001). *Diccionario de la Lengua Española*. 22ª ed. Madrid.

Rey de Castro, Luis. "El gran manicomio", *Correo*, 1 de noviembre de 2009.

Rodríguez Campos, Rafael. "Reflexiones sobre la prohibición de la píldora del día siguiente". Disponible en <http://www.agoraabierta.blogspot.com/> (Consulta: 24 de octubre de 2009).

Sáenz Dávalos, Luis (2010). "Las dimensiones del derecho a la vida". En AA.VV., *Los Derechos Fundamentales. Estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 33-55.

Salazar, Federico. "El concebido contra el Estado", *La República*, 25 de octubre de 2009.

Salazar, Federico. "Defensa del TC contra la Defensoría", *La República*, 1 noviembre de 2009.

Salazar, Federico. "Las mujeres también tienen derechos humanos. Por el acceso a la anticoncepción oral de emergencia", *El Comercio*, 1 de noviembre de 2009.

Salinas, Pedro. "La píldora de la perdición", *Perú 21*, 21 de marzo de 2010.

Schmuel, Uri Ben. "El muro del TC", *La Razón*, 10 de noviembre de 2009.

Schmuel, Uri Ben. "AOE", *La Razón*, 11 de marzo de 2010.

Solari de la Fuente, Luis Felipe. "Mitomanía", *El Comercio*, 29 de octubre de 2009.

Souza, Rolando. “La píldora del día siguiente o de la responsabilidad”, *Expreso*, 29 de octubre de 2009.

Sifuentes, Marco. “El mesías del día siguiente”, *Perú 21*, 25 de octubre de 2009.

Sosa Sacio, Juan Manuel. “El Tribunal Constitucional y la sentencia que decide desde cuando empieza la vida humana”. *Gaceta Constitucional*, 2009, tomo 23, noviembre 2009.

Summers, Rainer. “La píldora del día siguiente”, *Expreso*, 23 de noviembre de 2009.

Tello, María del Pilar. “La AOE y la cosa juzgada”, *Diario Oficial El Peruano (suplemento Escenarios)*, 2 de noviembre de 2009.

Tudela Chopitea, Alejandro. “Disquisiciones Constitucionales”, *Expreso*, 4 de noviembre de 2009.

Tudela Chopitea, Alejandro.. “Doble patinada jurídica”, *Expreso*, 17 de marzo de 2010.

Ugarte del Pino, Juan Vicente. “Sin estabilidad jurídica no hay país viable”, *El Comercio*, 21 de noviembre de 2009.

Vivas, Fernando. “El increíble fallo del TC. Píldoras para sincerarnos”. *El Comercio*, 27 de octubre de 2009.

Sentencia T-388 de 2009: Consolidación del derecho al aborto oportuno y seguro y los esfuerzos para menoscabarlo

Andrea Parra

1. Introducción

Una de las arengas más sonadas en las manifestaciones públicas por los derechos sexuales y reproductivos que han tenido lugar en diferentes países de la región es: “Educación sexual para decidir, anticonceptivos para no abortar, aborto legal para no morir”. Cantada a ritmo de tambores, esta sencilla frase nos remite a la necesidad de un enfoque integral para la garantía de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. La Corte Constitucional colombiana (en adelante, la Corte) ha dado los pasos iniciales para desarrollar ese enfoque en su jurisprudencia.

A partir de la sentencia C-355 de 2006,¹ el aborto o interrupción voluntaria del embarazo (IVE) se ha empezado a abordar desde una perspectiva de derechos humanos, específicamente de derechos sexuales y reproductivos.

Antes de la sentencia, el aborto en Colombia era un delito en cualquier circunstancia y aunque muy pocas mujeres fueron judicializadas bajo este régimen, la total penalización del aborto impedía al gobierno regularizar su práctica, lo que llevaba a las mujeres a someterse a prácticas insalubres y clandestinas y por tanto, peligrosas. Como ha sido demostrado una y otra vez, la penalización del aborto no previene ni los abortos ni la mortalidad materna.²

La sentencia C-355 de 2006 decretó que es una violación a los derechos fundamentales de las mujeres penalizar el aborto en tres circunstancias concretas: (a) cuando el embarazo es resultado de violación o incesto, y este ha sido debidamente denunciado; (b) cuando el feto presenta graves malformaciones incompatibles con la vida fuera del útero, certificadas por un médico, y (c) cuando la continuación del embarazo constituye un peligro para la vida o la salud (física, mental o social) de la mujer, certificado por un médico.³ Concretamente, la Corte manifestó que:

1 Corte Constitucional, sentencia C-355 de 10 de mayo de 2006, MM PP Clara Inés Vargas Hernández y Jaime Araújo Rentería. La demanda que dio lugar a esta histórica decisión fue presentada por Mónica Roa, directora de Programas de Women’s Link Worldwide. Para ver un video sobre este proceso y obtener información adicional sobre el caso, visite la siguiente página web. [Disponible en:] http://www.womenslinkworldwide.org/prog_rr_laicia.html

2 Ver por ejemplo, Guttmacher Institute (2009) [en línea] Disponible en: http://www.guttmacher.org/pubs/IB_AWW-Latin-America-ES.pdf (recuperado: 26 de febrero de 2010).

3 Sentencia C-355/06, op. cit., acápite VII. El video “Rutas seguras, rutas de vida” es una excelente herramienta educativa sobre las tres causales para acceder abortos legales en Colombia. Producido por la Fundación Oriéntame y [disponible en:] www.orientame.org.co

... Una regulación penal que sancione el aborto en todos los supuestos, significa la anulación de los derechos fundamentales de la mujer, y en esa medida supone desconocer completamente su dignidad y reducirla a un mero receptáculo de la vida en gestación, carente de derechos o de intereses constitucionalmente relevantes que ameriten protección (Sentencia C-355/06, acápite VI. 10.1)

La conclusión directa de este razonamiento es que las mujeres que se encuentren en la compleja y difícil circunstancia de enfrentar un embarazo no deseado como resultado de una de las causales arriba enumeradas, no solo no deben ser procesadas penalmente, sino que la protección de sus derechos fundamentales exige garantizar el acceso a servicios de IVE oportunos y de calidad.

La sentencia C-355 dio una respuesta inicial a la pregunta de qué debe hacer el Estado frente a la contundente realidad, en la que miles de mujeres enfrentan embarazos no deseados al ser sujetas a múltiples violencias de tipo sexual, familiar, emocional y económico; al enfrentar un riesgo para su salud o para su vida o al saber que el feto que llevan en su vientre sufre malformaciones tan graves que hacen inviable su vida extrauterina. Reafirmó la conclusión de que la criminalización no previene los abortos y, al contrario, genera aislamiento y mayor discriminación para las mujeres que toman la decisión de interrumpir su embarazo. Aunque estas tres causales no representan la mayoría de los casos en que las mujeres en Colombia buscan interrumpir su embarazo y los cambios de tipo penal no son suficientes para asegurar la libre elección de la maternidad⁴, la decisión fue un primer paso hacia el reconocimiento pleno de las mujeres como agentes de su propio destino.

La sentencia obligó al Estado colombiano a poner en marcha su engranaje para garantizar, no solo que las mujeres que se encuentren en las circunstancias arriba descritas no sean procesadas penalmente, sino que puedan efectivamente ejercer sus derechos fundamentales a la salud, la dignidad, la igualdad y la autonomía mediante el acceso a servicios de IVE seguros, oportunos, confidenciales, de calidad y no discriminatorios.

Así, con el marco constitucional delimitado por la sentencia C-355 de 2006, varias agencias del Estado emitieron regulaciones dirigidas a garantizar la efectividad de la prestación de servicios de aborto por parte de las entidades públicas y privadas de salud y el control de las mismas por parte de los organismos del Estado.⁵

4 Para una excelente discusión sobre los efectos distributivos y de legitimación de la sentencia C-355, ver Jaramillo Sierra y Alfonso Sierra (2008: 253 y ss).

5 Ver por ejemplo, Ministerio de la Protección Social, Decreto 4444 de 2006, "Por el cual se reglamenta la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva"; Norma técnica para la atención de la interrupción voluntaria del embarazo(IVE) (diciembre de 2006); Ministerio de la Protección Social, Resolución 4905 de 2006, "Por la cual se adopta la Norma técnica para la atención de la interrupción voluntaria del embarazo - IVE -, se adiciona la Resolución 1896 de 2001 y se dictan otras disposiciones"; Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, Acuerdo 350 de 2006, "Por medio del cual se incluye en el plan obligatorio de salud del régimen contributivo y del régimen subsidiado la atención para la interrupción voluntaria del embarazo"; Ministerio

Cuatro años después del reconocimiento que hizo la Corte de que el acceso al aborto legal, oportuno y seguro es un derecho fundamental de las mujeres colombianas, se siguen presentando obstáculos y trabas impuestos por parte de las entidades prestadoras de servicios de salud y otras entidades públicas para acceder el servicio de IVE. Entre las trabas más comunes documentadas tanto por la sociedad civil como por entidades del Estado están: la exigencia de requisitos adicionales a los permitidos por la ley; la presentación de objeción de conciencia por parte de prestadores de salud de forma colectiva o institucional y sin satisfacer la obligación legal de remitir a la mujer a un prestador o una prestadora con la debida habilitación; la presentación de objeción de conciencia por parte de jueces o juezas, que conocen de tutelas interpuestas contra entidades prestadoras de servicios de salud que niegan la prestación del servicio; el desconocimiento de la autonomía de mujeres menores de edad que solicitan la IVE y el mal servicio prestado a las mujeres que solicitan un aborto legal manifestado en tratos discriminatorios e inhumanos, violatorios de su derecho a un tratamiento médico confidencial y respetuoso.⁶

Como respuesta a estos obstáculos, la Corte ha conocido, mediante el mecanismo de revisión de tutela,⁷ diversos casos en los que encontró flagrantes

de la Protección Social, Circular Externa 31 de mayo de 2007, para directores departamentales y distritales de salud y gerentes de entidades promotoras de salud, "Información sobre la provisión de servicios seguros de interrupción voluntaria del embarazo, no constitutiva del delito de aborto"; Personería de Bogotá DC, Circular 001 de julio de 2008, "Observación y cumplimiento de la sentencia C-355 de 2006 relativa a la interrupción voluntaria del embarazo en casos específicos y normas reglamentarias"; Procuraduría General de la Nación, Circular 0038 de julio de 2008, "Lineamiento para el ejercicio de las funciones misionales frente a la efectividad de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres"; Secretaría de Salud de Bogotá DC, Circular 008 de agosto de 2008, "Relevancia del principio del secreto profesional médico como valor inviolable y fundamental de la profesión médica"; Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), Circular 68 de 2008, "Sentencia C-355 de 2006. Interrupción voluntaria del embarazo"; Comisión de Regulación en Salud, Acuerdo 03 de 2009, "Por el cual se aclaran y se actualizan integralmente los planes obligatorios de salud de los regímenes contributivo y subsidiado"; Superintendencia Nacional en Salud, Circular 58 de noviembre de 2009, "Adiciones, modificaciones y exclusiones de la Circular Única 47 de 2007, modificada por las circulares 48, 49, 50, 51, 52 de 2008 y 57 de 2009". Todos los documentos citados se encuentran disponibles en: http://www.womenslinkworldwide.org/prog_rr_colombia.html

6 Ver por ejemplo, Procuraduría General de la Nación, Boletín Procurando la Equidad 2 (2008). Disponible en: <http://colombia.unfpa.org/documents/Boletin2procuraduriafinal.pdf> (recuperado: 26 de febrero de 2010). Cabe mencionar que después del nombramiento del señor Alejandro Ordóñez como procurador general de la nación, este documento ha sido retirado de la página web de la Procuraduría; Mesa por la vida y la salud de las mujeres (sf). Disponible en: <http://www.despenalizaciondelaborto.org.co/Los-problemas-para-el-acceso-y-la> (recuperado: 26 de febrero de 2010). Women's Link Worldwide ha hecho seguimiento e interpuesto diversas acciones para contrarrestar tales obstáculos como quejas disciplinarias contra jueces que se rehúsan a fallar tutelas en casos de aborto, solicitud de seguimiento a la Corte Constitucional de casos de denegación de servicios de IVE y oposición a medidas como la suspensión de regulaciones sobre IVE. Más información sobre estas acciones en: http://www.womenslinkworldwide.org/prog_rr_colombia.html

7 Bajo el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, cualquier persona puede presentar una acción de tutela para pedir la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. Este recurso debe resolverse en un máximo de diez días hábiles. Bajo el artículo 241.9 la Corte Constitucional tiene el deber de revisar las decisiones judiciales relacionadas con las acciones de tutela.

violaciones a los derechos fundamentales de mujeres y niñas que solicitaron abortos legales.⁸

2. Las historias

En la sentencia T-171 de 2007⁹ se evidencia por primera vez uno de los obstáculos más preocupantes que se han presentado en casos de solicitud de aborto legal, por ser una clara afrenta a la democracia y denegación de justicia: la objeción de conciencia judicial. En el caso de una mujer que llevaba en su vientre un feto anencefálico que moriría con certeza al nacer, la entidad de salud le negó la solicitud de IVE y al interponer una acción de tutela, el juez optó por aducir a sus creencias religiosas para negarse a fallar el caso. Puesto que en el momento de la revisión, a la mujer le había sido practicada una cesárea de urgencia y el bebé había muerto, la Corte no se pronunció sobre el fondo del asunto por considerar que existía un hecho superado. Women's Link Worldwide presentó una queja disciplinaria en contra del juez, la que aún no ha sido decidida.¹⁰

En la sentencia T-988 de 2007¹¹ la Corte analizó el caso de una joven discapacitada de 24 años que desde los 20 meses de edad sufría de parálisis cerebral y graves limitaciones físicas, psíquicas y sensoriales que le obligaban a tomar medicamentos para controlar las convulsiones que padecía a diario. Debido a varias alteraciones de salud presentadas por la joven se le practicaron numerosos exámenes y se confirmó que tenía un embarazo de nueve semanas, razón por la cual la madre presentó una denuncia penal por acceso carnal con persona incapaz de consentir y solicitó a su entidad prestadora de salud que le prestara el servicio de IVE a su hija, el cual le fue negado por no haber prueba de interdicción ni evaluación psicológica. El embarazo además generó serios deterioros para la salud de la joven. La madre de la joven presentó una acción de tutela que también le fue negada por el juez de instancia.

En revisión, la Corte determinó que la entidad había demorado de manera injustificada la respuesta a la solicitud de IVE y reiteró que la exigencia de requisitos formales adicionales a los establecidos por la C-355 (denuncia en casos de violación o incesto y certificación de un médico o una médica en casos de malformaciones y peligro para la vida o la salud de la mujer) viola la dignidad humana. En este caso concreto también implicó desconocer el derecho de la

8 Para obtener una compilación sistemática de las directrices constitucionales sobre aborto, ver Women's Link Worldwide (2009). Disponible en: http://www.womenslinkworldwide.org/pdf_pubs/es_pub_manualIVE.pdf (recuperado: 26 de febrero de 2010).

9 Colombia. Corte Constitucional, sentencia T-171 de 9 de marzo de 2009. MP Jaime Córdoba Triviño.

10 Women's Link Worldwide, Comunicado de prensa del 26 de noviembre de 2008. Ante Consejo Seccional de la Judicatura de Norte de Santander, piden sanción disciplinaria para juez que incumplió sus funciones judiciales en un caso de aborto legal. Disponible en: http://www.womenslinkworldwide.org/pdf_press/es_press_release_20081126_colombia.pdf (recuperado: 26 de febrero de 2010).

11 Colombia. Corte Constitucional, sentencia T-988 de 20 de noviembre de 2007. MP Humberto Sierra Porto.

joven a preservar su integridad física y moral así como la protección para las personas con discapacidad, contenida tanto en la Constitución como en el derecho internacional de los derechos humanos.

En la sentencia T-209 de 2008¹² la Corte revisó el caso de una niña de 13 años de escasos recursos económicos, que fue violada por un hombre del vecindario quien la amenazó de muerte. Como resultado del ataque, la niña quedó embarazada y contrajo una infección de transmisión sexual (ITS). La madre de la menor de edad presentó la denuncia correspondiente y solicitó la interrupción del embarazo a la entidad de salud. La solicitud fue rechazada con base en que todos los médicos de la entidad eran objetores de conciencia y la niña fue remitida a más de cinco entidades de salud sin éxito. Como resultado de la violación y el embarazo, la niña –que hasta entonces había sido de las mejores estudiantes de su clase– presentó depresión severa e intentó suicidarse. Además, el embarazo le ocasionó serios problemas de columna y la falta de tratamiento de la ITS le afectó los pulmones. Finalmente, se le practicó un parto de emergencia, después del cual la niña permaneció en coma por unos días y el bebé fue dado en adopción.

Al ser rehusada la solicitud de IVE, la madre de la menor de edad interpuso una tutela que le fue negada por considerar el juez que no había evidencia de que el embarazo hubiese sido resultado de una violación, razonamiento totalmente contrario a la ley colombiana, según la cual el acceso carnal en persona menor de 14 años constituye el delito de acceso carnal abusivo. Al mismo tiempo, gracias a los buenos oficios e insistencia de la madre, el violador fue procesado y condenado. Sin embargo, la familia y conocidos de este amenazaban constantemente a la madre y a la menor de edad.

En esta sentencia, la Corte establece que la denuncia para solicitar el aborto en casos de violación de una menor de 14 años es un mero requisito formal, cuya ausencia no puede ser una excusa para dilatar la prestación del servicio porque en dichos casos la violación se presume. Reiteró que en casos de violación debe presumirse la buena fe de la mujer al presentar la denuncia. Afirmó además que ante una solicitud de IVE, los y las profesionales de la salud no pueden

exigir autorización o consenso de varios médicos, del marido, padres u otros familiares de la gestante, o de jueces o tribunales; tampoco pueden imponer listas de espera para su atención; no pueden abstenerse de remitir de manera inmediata a la mujer a otro profesional habilitado para realizar el procedimiento cuando se alega objeción de conciencia; y además, deben guardar la confidencialidad debida, entre otros aspectos (T-209 de 2008, acápite II, 3.7).

Con respecto a la objeción de conciencia, la sentencia dejó en claro que esta no puede ser institucional, no es absoluta y debe ser ejercida en forma in-

12 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-209 de 28 de febrero de 2008. MP Clara Inés Vargas Hernández.

dividual con base en “una convicción religiosa debidamente fundamentada” y quien la ejerza tiene la obligación de remitir de inmediato a la mujer a un médico o médica que no haya objetado conciencia.¹³

Al encontrar flagrantes violaciones a los derechos fundamentales de la menor, la Corte ordenó que las entidades de salud pagaran los perjuicios causados, que se investigara a los jueces de instancia y expidió comunicaciones a la Procuraduría General de la Nación, a la Superintendencia de Salud, al Ministerio de la Protección Social y al Tribunal Nacional de Ética Médica, para que ejercieran sus funciones de vigilancia y control a la luz de lo dispuesto por la sentencia.¹⁴

La sentencia T-946 de 2008¹⁵ hace referencia al caso de una joven menor de edad que desde su nacimiento presenta una discapacidad que afecta seriamente su capacidad cognitiva, razón por la cual había sido declarada interdicta mediante un proceso civil. Al notar cambios en el cuerpo de la menor, su madre la llevó a revisión médica, en donde se determinó que estaba embarazada. La madre presentó una denuncia penal por acceso carnal violento a menor en incapacidad de resistir y solicitó la IVE aduciendo además de la violación, la causal de peligro para la vida o la salud, la cual le fue negada por objeción de conciencia del médico; la madre interpuso acción de tutela. El juez de instancia denegó el amparo aduciendo que la IVE puede practicarse sin riesgo para la vida de la mujer hasta la octava semana de embarazo, pero después de ello el juzgado no asume la responsabilidad. Con respecto al peligro para la vida o la salud, el juez denegó la tutela porque la menor no se encontraba en peligro inminente de muerte. El juez de segunda instancia confirmó la sentencia.

En revisión, la Corte reiteró la obligación de las entidades de salud de contar con profesionales que cuenten con la habilitación debida para practicar abortos en forma que se pueda dar una respuesta inmediata y efectiva a la mujer que solicite la IVE, así como la obligación de las y los prestadores que objetan conciencia de remitir a la mujer a profesionales que puedan prestarle

13 *Ibíd.*, acápite II, 4.4.

14 *Ibíd.*, acápite III. En vista de que pasado más de un año de la decisión las órdenes de la sentencia no se cumplían, Women's Link Worldwide solicitó a la Corte que avocara conocimiento del trámite de cumplimiento de la sentencia, lo que la Corte hizo mediante Auto 279 de 2009. De manera adicional, puesto que tanto la madre como la menor continuaron recibiendo amenazas por parte de terceros, Women's Link Worldwide presentó una solicitud de medidas cautelares urgentes ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) para que el gobierno tomara medidas dirigidas a evitar el peligro inminente al que estaban sujetas las peticionarias. Las medidas fueron concedidas el 21 de septiembre de 2009 incitando al Estado colombiano a tomar las medidas necesarias para garantizar la seguridad y bienestar de las dos mujeres. Ver, Women's Link Worldwide, Comunicado de prensa. En un caso sin precedentes que involucra violación, negación de aborto legal, golpes y amenazas, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) solicita al Estado colombiano tomar medidas cautelares para proteger la vida de dos colombianas Disponible en: http://www.womenslinkworldwide.org/pdf_press/es_press_release_20090925.pdf (recuperado: 26 de febrero de 2010).

15 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-946 de 2 de octubre de 2008. MP Jaime Córdoba Triviño.

el servicio. Concluye la Corte que los derechos a la dignidad, a la integridad y a la libertad de la menor fueron violados al negarle la posibilidad de acceder al procedimiento oportuno y ordena que los jueces de instancia sean investigados penal y disciplinariamente con base en la omisión que cometieron al no ordenar la práctica de la IVE.

3. Sentencia T-388 de 2009: Consolidación del derecho a acceder a abortos oportunos y seguros

En esta decisión la Corte consolida las directrices desarrolladas en su jurisprudencia anterior e intenta materializar el enfoque integral que se requiere para garantizar efectivamente los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

En la sentencia T-388 de 2009¹⁶ la Corte revisa el caso de una mujer que a las diecinueve semanas de embarazo recibió el diagnóstico de que el feto tenía severas malformaciones incompatibles con la vida fuera del útero, por lo que una junta médica recomendó la interrupción del embarazo. Como consecuencia del embarazo, la mujer sufría de fuertes contracciones, sangrado vaginal y fuertes dolores de cabeza. El médico ordenó la interrupción, pero le exigió una orden judicial para proceder. Al presentar una acción de tutela, el juez de primera instancia se declaró impedido por razones de conciencia y por sus creencias cristianas y adujo que ordenar la interrupción iría en contra de la “Ley Divina”. El impedimento fue rechazado y al volver a conocer el caso, el juez denegó la tutela por las mismas razones de conciencia y creencias religiosas. El juzgado de segunda instancia concedió la tutela y ordenó que se llevara a cabo la interrupción del embarazo en un término de 48 horas.

En revisión, la Corte solicitó a la Procuradora Auxiliar para Asuntos Constitucionales, al Procurador Delegado para la Infancia, la Adolescencia y la Familia, a la Defensora Delegada para la Infancia, la Salud y la Mujer y a la Mesa de trabajo por la vida y la salud de las mujeres, que remitieran información en relación con el cumplimiento de la sentencia C-355 de 2006.

En esta sentencia, la Corte responde a tres preguntas jurídicas concretas:

- I. ¿Qué mandatos se derivan del contenido de la sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional en materia de derechos sexuales y reproductivos para las mujeres?
- II. ¿Qué consecuencias prácticas surgen para las EPS, las IPS y el personal médico que en ellas labora en cumplimiento de la sentencia C-355 de 2006?
- III. ¿Pueden los funcionarios judiciales declararse objetores de conciencia en desarrollo de sus funciones y, en consecuencia, abstenerse de resolver un caso que les haya sido asignado para su conocimiento, máxime cuando el mismo involucre la garantía de derechos fundamentales?” (T-388 de 2009, acápite II. 2).

16 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-388 de 28 de mayo de 2009. MP. Humberto Sierra Porto.

Por medio de esta decisión, la Corte reitera y aclara el sentido y alcance de la sentencia C-355 de 2006 al considerarlo un tema de especial relevancia constitucional, a pesar de que el objeto de la acción había sido superado al habersele practicado el aborto a la peticionaria. Además, reitera que ninguna medida orientada a proteger el valor de la vida del nasciturus puede atentar contra los derechos de la mujer embarazada al libre desarrollo de su personalidad, a preservar su integridad física y mental y a estar libre de discriminación y violencia.

3.1. Requisitos máximos para proveer servicios de interrupción voluntaria del embarazo

Con respecto a la causal de violación e incesto, recuerda la Corte que el único requisito que puede pedírsele a la mujer para practicarle la IVE es la copia de la denuncia debidamente presentada. Entre los ejemplos que cita de exigencias prohibidas están:

(a) evidencia forense de penetración sexual; o (b) pruebas que avalen que la relación sexual fue involuntaria o abusiva; o también, (c) requerir que la violación se confirme a satisfacción del juez; o (d) pedir que un oficial de policía este convencido de que la mujer fue víctima de una violación; o, (e) exigir que la mujer deba previamente obtener permiso, autorización, o notificación, bien del marido o de los padres (T-388 de 2009, acápite II. 4.1.).

Sobre los casos en los que se invoca un peligro para la vida o la salud, la Corte reiteró que la protección se extiende a la salud mental de la mujer, no solo a la física, puesto que el derecho a la salud supone gozar del más alto nivel posible de bienestar.

Respecto de la causal de malformaciones que hacen el feto inviable, la Corte afirmó que obligar a una mujer a llevar a término un embarazo para luego tener que soportar la pérdida del ser cuyas malformaciones son tan graves que le hacen inviable, equivale a someterla a tratos crueles, inhumanos y degradantes.¹⁷

Tanto para la causal de peligro para la vida o la salud de la mujer, como para la causal de malformaciones graves que hacen el feto inviable, la Corte resalta que el único requisito que puede pedirse es la certificación de un médico o una médica.

3.2. Consentimiento de menores de 14 años

Uno de los puntos más importantes de la sentencia tiene que ver con la capacidad de consentir de las menores de 14 años. En este sentido, la Corte hace

¹⁷ Esta posición ya había sido sostenida por el Comité de Derechos Humanos en el caso K.L. c. Perú (Comunicación 1153/2003, UN Doc. CCPR/C/85/D/1153/2003, 2005).

referencia a jurisprudencia previa, en la que ha reconocido en los y las menores de edad la titularidad del derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la posibilidad de consentir tratamientos e intervenciones sobre su cuerpo, aun cuando tengan un carácter altamente invasivo. Por tanto, no puede anularse la autonomía ni la dignidad de las niñas que enfrentan embarazos no deseados y que expresan su deseo de interrumpirlos, aún si sus padres o progenitores están en desacuerdo.

3.3. Materialización de las obligaciones relacionadas con la provisión de servicios de aborto

La Corte se hace a la tarea de listar, en forma concreta y precisa, la manera en que los derechos sexuales y reproductivos se ven garantizados en lo referente a la IVE con base en su jurisprudencia previa y determina que:

- Las mujeres que se encuentren en los supuestos de la C-355 tienen el derecho a decidir, libres de presión alguna, si interrumpen o no su embarazo.
- Todas las mujeres deben contar con información amplia, suficiente y adecuada, que les posibilite ejercer a cabalidad sus derechos sexuales y reproductivos, lo que incluye información sobre los lineamientos constitucionales y legales que les permiten acceder al servicio de IVE.
- Los servicios de IVE deben estar disponibles en todo el territorio nacional y las mujeres deben poder acceder al nivel de complejidad que requieran.
- Todo el personal de salud debe garantizar la plena confidencialidad y cumplir con la obligación de primer orden de guardar el secreto profesional, respetando la dignidad y la intimidad de las mujeres.
- Ni la mujer que solicite un aborto, ni el personal que atienda su solicitud pueden ser objeto de discriminación alguna que afecte su acceso a lugares de trabajo, centros educativos o tipo de afiliación al sistema de salud o de riesgos profesionales.
- Los departamentos, distritos y municipios tienen la obligación de asegurar la suficiente disponibilidad de servicios de la red pública con el proceso de garantizar a las mujeres acceso a servicios de IVE en condiciones de calidad y salubridad.
- Está terminantemente prohibido elevar obstáculos, exigencias o barreras adicionales a los requisitos establecidos en la sentencia C-355, como realización de juntas médicas de revisión o auditoría que ocasionen una demora injustificada; impedir que las niñas menores de 14 años expresen libremente su consentimiento; imponer requisitos formales adicionales; alegar objeción de conciencia colectiva o suscribir pactos para no prestar servicios de IVE y descalificar conceptos expedidos por psicólogos o psicólogas, a quienes la ley les reconoce la calidad de profesionales de la salud.¹⁸

18 Es importante resaltar la validación que hace la Corte sobre la calificación de los y las psicólogos y psicólogas como profesionales de la salud y, por tanto, con la posibilidad de emitir conceptos sobre el peligro que representa el embarazo para la salud mental de la mujer en los casos que así fuere. En el nivel práctico, esto implica que el médico o la médica que certifique la existencia de peligro para la salud mental de la mujer de continuarse el embarazo, puede hacerlo con fundamento en la valoración de un psicólogo o una psicóloga, lo que en Colombia se traduce en mayor acceso a servicios de IVE en zonas del país en donde no hay disponibilidad de psiquiatras.

3.4. Objeción de conciencia médica como derecho individual no absoluto

En esta decisión, la Corte entra a considerar extensivamente el contenido y límites del derecho a la objeción de conciencia, el cual se deriva de la pluralidad del Estado y del derecho a la libertad de conciencia y de religión de los individuos.

La Corte refiere que quien objeta conciencia no es una persona que abogue por la ilegalidad sino que se apega al derecho existente, pero para quien el cumplimiento de un deber jurídico riñe con sus convicciones morales más íntimas y, por tanto, en virtud de los valores democráticos de un Estado social de derecho como el colombiano, goza de protección. Sin embargo, el problema se presenta cuando la exteriorización de las convicciones morales propias dirigidas a evadir el cumplimiento de un deber jurídico interfiere con el ejercicio de los derechos de otras personas. Como los demás derechos, la objeción de conciencia no es un derecho absoluto y se ve limitado por los derechos fundamentales de las mujeres que solicitan la IVE.

Así, la Corte reconoce que cuando es factible para la persona objetora remitir a la mujer a profesionales de la medicina que garanticen la prestación efectiva del servicio de IVE, no existe ningún reproche respecto de la objeción de conciencia. Sin embargo, si solo existe una persona calificada para practicar el aborto, esta no puede rehusarse a hacerlo, independientemente de si está adscrita a una entidad privada o pública, confesional o laica.

La Corte concluye que en estos casos la limitación al derecho a objetar conciencia es proporcional y razonable puesto que evita perjuicios directos e irreversibles para la mujer, los cuales resultarían en una violación a sus derechos fundamentales. La sentencia aclara, además, que la objeción de conciencia solo puede ser ejercida en forma individual por el personal directamente involucrado en la intervención médica necesaria para interrumpir el embarazo y no por personal administrativo, por personal médico involucrado en actividades preparatorias para la intervención o posteriores a ella y mucho menos por las instituciones prestadoras de servicios de salud.¹⁹

Finalmente, la decisión especifica que la objeción de conciencia debe manifestarse por escrito y expresar: (a) las razones por las cuales la realización del procedimiento está en contra de sus más íntimas convicciones (para lo cual no podrán utilizarse formatos generales o plantillas), y (b) el o la profesional a quien se remite la paciente que necesita ser atendida. Quien objete debe tener certeza de la existencia de dicho profesional, de su pericia para realizar la IVE y de su disponibilidad para realizarla en el momento debido.

¹⁹ Esta aclaración es fundamental, puesto que la falta de lineamientos claros sobre quiénes tienen derecho a objetar conciencia en otros países ha resultado en situaciones tan abiertamente arbitrarias como que el personal de aseo de un hospital se rehúse a limpiar la habitación de una mujer a quien se le practicó un aborto.

3.5. Prohibición de la objeción de conciencia por autoridades públicas

En la decisión, la Corte establece que quien ostenta la calidad de autoridad pública, como es el caso de jueces y juezas, no puede excusarse en razones de conciencia para abstenerse de cumplir sus deberes constitucionales y legales en tanto que la Constitución establece que

las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (Constitución Política, artículo 2).

Quien ha aceptado voluntariamente ejercer funciones como autoridad judicial, adquiere el compromiso de velar por el estricto cumplimiento de la normatividad vigente por lo que no es admisible que en un Estado de derecho quienes administran justicia se escuden en sus creencias personales para rehusarse a aplicar la ley en ejercicio de sus funciones. Esto conllevaría a la efectiva denegación del acceso a la justicia y del ejercicio de los derechos fundamentales de la ciudadanía.

La Corte añade que esto cobra aún más importancia tratándose de la acción de tutela que está orientada a la resolución expedita de casos que involucran la violación inminente de derechos fundamentales. Así, la Corte establece que en casos de IVE podría generarse una situación irreversible para la mujer que, a su vez, generaría responsabilidad estatal por inactividad de sus funcionarios o funcionarias y podría dar lugar al delito de prevaricato por acción. En conclusión, en casos de IVE, las autoridades judiciales están obligadas, no solo a fallar sino a hacerlo de acuerdo con los lineamientos de la sentencia C-355.

3.6. Derecho a la información y disponibilidad del servicio

Después de analizar el caso concreto y determinar que tanto el médico como el juez de primera instancia violaron los derechos fundamentales de la peticionaria al exigirle obtener una orden judicial para proceder con la IVE y rehusarse a fallar del caso por razones de conciencia respectivamente, la Corte procede a ordenar que determinadas entidades públicas tomen medidas para garantizar la efectividad de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en general.

En tanto una de las conclusiones de la sentencia es que todas las mujeres deben contar con información amplia, suficiente y adecuada que les permita ejercer a cabalidad sus derechos sexuales y reproductivos en todo el territorio nacional, la Corte ordena a los ministerios de la Protección Social y de Educación, a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo, que

de manera pronta, constante e insistente diseñen y pongan en movimiento campañas masivas de promoción de los derechos sexuales y reproductivos... [que incluyan] el conocimiento de lo dispuesto en la sentencia C-355 de 2006... y [urgen] que las

campañas se enfoquen a transmitir información completa sobre la materia en términos sencillos, claros y suficientemente ilustrativos (Sentencia T-388, acápite III).

Para asegurar la disponibilidad del servicio en todo el territorio nacional, la Corte ordenó a la Superintendencia Nacional de Salud adoptar medidas para que las entidades prestadoras de servicios de salud, públicas, privadas, confessionales o laicas dispongan de profesionales de la medicina con la habilitación requerida para practicar abortos en los términos de la sentencia C-355, asegurando que en las redes públicas departamentales, distritales y municipales se garantice el servicio de IVE.

4. Reacciones de la procuraduría y sus intentos por menoscabar el derecho a acceder servicios de aborto en Colombia

El señor Alejandro Ordóñez, quien públicamente se ha manifestado en abierta oposición a la legalización del aborto en Colombia,²⁰ fue nombrado procurador general de la nación en diciembre de 2008. El mandato de la Procuraduría General de la Nación está dado por los artículos 277 y 278 de la Constitución bajo los cuales, quien desempeñe ese cargo, tiene entre sus deberes vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos; proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad y ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas.

Una de sus primeras actuaciones como procurador general fue el nombramiento de la abogada Ilva Myriam Hoyos, como procuradora delegada para la defensa de los derechos de la infancia, la adolescencia y la familia, posición que tiene a su cargo la protección de los derechos sexuales y reproductivos. La señora Hoyos presentó 47 intervenciones ciudadanas ante la Corte Constitucional en contra de la despenalización del aborto durante el proceso que resultó en la sentencia C-355 de 2006 y anunció públicamente que tomaría acciones en contra de la sentencia.

Entre las múltiples acciones que ha tomado la Procuraduría en contra del ejercicio del derecho de las mujeres colombianas a decidir si interrumpen o no su embarazo y a acceder al servicio de forma oportuna,²¹ están la presentación

20 En su libro *El nuevo derecho. El nuevo ordenamiento mundial y la revolución cultural. Ideología de género. Utopía trágica o subversión cultural*, Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá (2007), el señor Ordóñez se expresa en numerosas ocasiones en contra del aborto, el matrimonio homosexual, los derechos de las trabajadoras sexuales, del sistema de Naciones Unidas y los califica como contrarios al orden natural. Ver por ejemplo, página 69: "La declaratoria de inxequibilidad [de la penalización del aborto] no es solo un problema jurídico; es una pieza más dentro de un esquema muy bien diseñado para disolver culturalmente a nuestra nación y en especial a su identidad cristiana. Después vendrá, por la misma vía judicial, el matrimonio homosexual, la adopción de hijos por tales parejas, la eutanasia, la eugenesia, la manipulación de embriones, el desmonte de la patria potestad, la despenalización de la pedofilia, en suma, la androgenización de la cultura".

21 Otras acciones en esa dirección incluyen pronunciamientos calificando erróneamente la anticoncepción oral de emergencia como abortiva, en contra de lo que ya ha dispuesto el Consejo de Estado sobre el particular y la intervención directa y con un evidente conflicto de intereses en la construcción de la Clínica de la Mujer en Medellín. Sobre estas actuaciones, ver por ejemplo:

de un incidente de nulidad en contra de la sentencia T-388 de 2009, que se constituye en el primero que un procurador haya presentado contra una sentencia de la Corte Constitucional que proteja derechos constitucionales. Mediante un comunicado de prensa con fecha de 21 de octubre de 2009, la Procuraduría anunció que presentaría el incidente con fundamento en que la sentencia insta a que se instauren “campañas masivas de promoción del aborto como derecho”, lo que de acuerdo con el Procurador supera los lineamientos de la sentencia C-355, que no le otorgó la naturaleza de derecho.²²

Según el incidente interpuesto, la Sala de Revisión que profirió la sentencia T-388 de 2009 incurrió en una falta al debido proceso al aclarar y ampliar el contenido de la sentencia C-355 de 2006, aunque la Procuraduría no detalla la forma en que lo hizo.²³ La Procuraduría aduce que se configura la nulidad procesal porque las pruebas ordenadas resultaban impertinentes para esclarecer el objeto concreto del proceso de tutela, en tanto que se dirigieron a obtener información de entidades estatales y civiles sobre el cumplimiento de la sentencia C-355 y no sobre el caso concreto. Específicamente, la Procuraduría argumenta que la Corte ha debido ordenar pruebas dirigidas a

(i) la verificación del supuesto de la enfermedad incompatible con la vida en el ser humano en gestación; (ii) los motivos de la realización de una cesárea para poner término al embarazo; (iii) el estado de avance de la gestación; (iv) el estado de salud de la madre gestante después de haberse realizado la cesárea; (v) la realización de las pruebas genéticas de los padres, así como de su hijo, ordenadas por el juez ad quem y (vi) la práctica del tratamiento psicológico ordenado para proporcionar el bienestar de la madre.²⁴

Claramente, la práctica de las pruebas sugeridas por la Procuraduría habría estado en flagrante violación a lo dispuesto en la sentencia C-355 de 2006, pues no corresponde a juez alguno verificar la inviabilidad del nasciturus si en el caso media certificación médica que es el único requisito, que puede solicitarse para proveer la IVE, como tampoco lo es indagar sobre la idoneidad del procedimiento practicado, o el desarrollo gestacional. Todo ello implicaría

El Espectador (2009, 7 de diciembre), “Ordenan retirar del mercado píldora del día después que tenga Levonorgestrel”, Disponible en: <http://www.elespectador.com/articulo176280-ordenan-retirar-del-mercado-pildoradel-dia-despues-tenga-levonorgestrel> (recuperado: el 26 de febrero de 2010); León, Juanita (2009, 30 de septiembre), “La procuradora delegada para la mujer: ¿juez y parte en el caso de la Clínica de la Mujer en Medellín?”, La Silla Vacía. Disponible en: <http://www.lasillavacia.com/historia/4529> (recuperado: 26 de febrero de 2010).

22 Procuraduría General de la Nación, Comunicado de prensa, 21 de octubre de 2009. Disponible en: http://www.procuraduria.gov.co/html/noticias_2009/noticias_601.htm (recuperado: 26 de febrero de 2010).

23 El escrito presentado por Women’s Link Worldwide en oposición al incidente de nulidad presentado por la Procuraduría General de la Nación, puede consultarse en: http://www.womens-linkworldwide.org/pdf_programs/es_prog_rr_col_legaldocs_20091201_oposicionnulidad.pdf

24 Procuraduría General de la Nación, Solicitud de incidente de nulidad de la sentencia de tutela de la Corte Constitucional proferida por la Sala Octava de Revisión T-388 de 28 de mayo de 2009. Expediente T-1.569.183, MP Humberto Antonio Sierra Porto, 26 de octubre de 2009: 34.

la imposición de requisitos adicionales para acceder servicios de IVE, práctica que, como ha reiterado la Corte en diversas ocasiones, está prohibida.

Además, la Procuraduría aduce que la Corte ha debido ponderar de forma razonable los argumentos del juez de primera instancia para rehusarse a emitir un fallo con base en sus creencias religiosas y afirma que la sentencia conduce a la discriminación contra quienes rechazan el aborto por razones ideológicas. Lo que este argumento sugiere es que un Estado democrático permita que sus jueces y juezas fallen en conciencia y no en derecho, lo que amenaza seriamente los pilares de un Estado social de derecho pluralista en el que quienes administran justicia deben regirse por lo que dice la ley.

La Procuraduría argumenta también que la orden de instaurar campañas masivas de educación sexual que incluyan información sobre el contenido de la sentencia C-355 de 2006 no tiene vínculo con la parte motiva de la sentencia. Sin embargo, es evidente, en razón de la información obtenida durante el proceso acerca de la implementación de la C-355, que entre los obstáculos que enfrentan las mujeres para acceder procesos legales de IVE está la imposición de requisitos adicionales a los legalmente permitidos y la discriminación a la que son sujetas las mujeres que deciden interrumpir su embarazo. La Corte destaca la importancia de que las mujeres que enfrentan embarazos no deseados cuenten con todas las condiciones necesarias para tomar una decisión libre, informada y autónoma sobre si desean o no continuar con el embarazo. Por tanto, el requerimiento de que las entidades competentes del Estado promuevan la difusión de información relevante y necesaria para el adecuado ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, es un paso fundamental en la materialización de los mismos.

La orden de instaurar campañas masivas de educación contenida en la T-388 de 2009, calificada erróneamente por el procurador como un llamado hecho por la Corte para “promover masivamente el aborto” desató una reacción extensa por los medios de comunicación que se refirieron al mandato de la sentencia utilizando el tergiversado apelativo de “cátedra de aborto”,²⁵ que obviamente planteado así, generó reacciones negativas por parte de líderes de colegios y escuelas religiosos y de padres de familia. Sin embargo, como bien lo expresó la viceministra de Educación, el mensaje de los programas de educación sexual es “que los adolescentes son titulares de derechos y son capaces de tomar decisiones”²⁶ y no que deben acudir al aborto.

25 Ver, entre otros: Cerón Coral, Claudia (2009, 24 de octubre). “Aborto: al tablero”, El Tiempo. Disponible en: http://www.eltiempo.com/domingoadomingo_eltiempo/aborto-al-tablero_6435927-1 (recuperado: 26 de febrero de 2010); El Espectador (2009, 22 de octubre). “Entre lo religioso y lo jurídico: El aborto, en el ojo del huracán”. Disponible en: <http://www.elespectador.com/impreso/articuloimpreso168236-el-aborto-el-ojo-del-huracan> (recuperado: 26 de febrero de 2010); Iturralde, Manuel (2009, 6 de noviembre). “Tiranía de creencias”. Revista Semana Disponible en: <http://www.semana.com/noticias-opinion-on-line/tirania-creencias/130981.aspx> (recuperado: 26 de febrero de 2010).

26 El Espectador (2010, 23 de febrero). “Viceministra de Educación desmiente una ‘cátedra de aborto’”. Disponible en: <http://www.elespectador.com/impreso/articuloimpreso189471-vicemi>

El 4 de agosto de 2010, la Corte Constitucional denegó la solicitud de nulidad presentada por el procurador rechazando todos los argumentos presentados.²⁷ Poco después, el procurador anunció que presentaría un proyecto de ley que permitiría la objeción de conciencia de cualquier funcionario público así como de las instituciones tanto de salud como educativas.²⁸

5. CONCLUSIÓN: DE LA CORTE A LA REALIDAD

La sentencia C-355 de 2006 reactivó el debate público en Colombia sobre un tema hasta entonces tabú: obligó al Estado a mover su engranaje para regular el acceso a servicios de IVE y proveyó a las mujeres con herramientas más concretas para asegurar la exigibilidad de sus derechos sexuales y reproductivos: Pero el camino por recorrer es aún largo. Es muy preocupante que en un Estado democrático el actual procurador y la procuradora delegada, quienes han expresado su oposición a la despenalización del aborto, hagan uso de sus funciones públicas para avanzar su ideología política y religiosa sobre el tema.²⁹ A la fecha, el procurador tiene más de quince quejas disciplinarias en su contra ante la Corte Suprema de Justicia.³⁰ De igual modo, en un país en que la provisión de servicios de salud y de educación está, en su mayoría, en manos de entidades religiosas cristianas, la habilidad para hacer efectivos los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres que enfrentan embarazos no deseados y deciden interrumpirlos, sigue siendo limitada.

La cuestión aún es cómo acercar estos fallos que reconocen y protegen los derechos fundamentales consagrados en la Constitución a la vida diaria de

nistra-de-educacion-desmiente-una-catedradel-aborto (recuperado: 26 de febrero de 2010).

27 Auto 283/10, Incidente de nulidad de la sentencia T-388/09, M.P. Humberto Sierra Porto. Comunicado de Prensa 38, Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2038%20Comunicado%2004%20de%20agosto%20de%202010.php> (recuperado: 21 de octubre de 2010).

28 El Espectador (2010, 13 de agosto). "Procurador busca reglamentar objeción de conciencia contra el aborto". [en línea] Disponible en: <http://www.elespectador.com/noticias/politica/articulo-218959-procurador-busca-reglamentar-objecion-deconciencia-contra-el-abor> (recuperado: 21 de octubre de 2010). Aunque aún no se conoce el texto del proyecto de ley, sesabe que no solo hace referencia al aborto y que incluye la objeción de conciencia notarial, que tendría un claro impacto sobre la posibilidad de realizar uniones maritales de hecho entre parejas del mismo sexo.

29 Además de las publicaciones previas a su nombramiento, ver por ejemplo Semana (2010, 2 de octubre). "Por mucho menos que lo de Piedad he destituido a los parapolíticos", entrevista en que el procurador hace afirmaciones como: "En el texto, la sentencia hablaba del derecho al aborto. ¡La gente sabe lo que yo pienso! ¡Yo soy pro vida! Me parece que el aborto es el más feñón de los atentados contra los derechos fundamentales. ¡No voy a descafeinar mis convicciones!" y "La unión homosexual ni es matrimonio ni es familia. Y eso es un dato no ideológico. Es un dato natural y científico. (...) Los actos homosexuales no responden a un orden natural. No hay un gen homosexual. Y se pueden corregir". [en línea] Disponible en: <http://www.semana.com/noticias-nacion/mucho-menos-piedad-he-destituido-parapoliticos/145438.aspx> (recuperado: 21 de octubre de 2010).

30 Una de las quejas disciplinarias fue presentada por Women's Link Worldwide contra el procurador ante la Corte Suprema de Justicia. Disponible en: http://www.womenslinkworldwide.org/pdf_programs/es_prog_rr_col_legaldocs_20100318_quejaPGN.pdf Ver también, Semana (11 de agosto de 2010). "La cruzada del Procurador" [en línea] Disponible en: <http://www.semana.com/noticias-opinion/cruzada-del-procurador/142926.aspx> (recuperado: 21 de octubre de 2010).

las mujeres. Conuerdo con la Corte Constitucional en que la difusión de información suficiente y adecuada es un buen lugar para comenzar en un contexto social en que el embarazo adolescente continúa incrementándose.³¹ Sin embargo, de nada sirve tener la información sin la posibilidad de acceder al servicio. A su vez, este acceso se hace posible cuando los organismos de vigilancia y control como la Procuraduría, las Secretarías de Salud, la Superintendencia Nacional de Salud y los Tribunales de Ética Médica ejercen sus funciones disciplinarias y sancionatorias de forma que el efecto ejemplarizante de estas sea contundente.

La línea jurisprudencial de la Corte desde 2006 en materia de aborto tiene dos componentes fundamentales: (a) la reafirmación de las mujeres como sujetos plenos titulares de derechos fundamentales a la dignidad y autonomía, con la capacidad de tomar una decisión crucial para su proyecto de vida como lo es la continuación o no de su embarazo, y (b) la obligación de las entidades estatales y privadas de asegurar la provisión de servicios que aseguren la materialización en condiciones de equidad de dicha decisión. Hasta que esta sea nuestra realidad, seguiremos repitiendo: “Educación sexual para decidir, anticonceptivos para no abortar, aborto legal para no morir”.

Bibliografía

GUTTMACHER INSTITUTE (2009) Datos sobre el aborto y el embarazo no planeado en América Latina y el Caribe. Octubre. Disponible en: http://www.guttmacher.org/pubs/IB_AWW-Latin-America-ES.pdf (recuperado: 26 de febrero de 2010).

JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina; ALFONSO SIERRA, Tatiana (2008) *Mujeres, cortes y medios: la reforma judicial del aborto*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 253 y ss.

Procuraduría General de la Nación (2008) “Seguimiento y vigilancia a la garantía de los derechos de mujeres y adolescentes desde una perspectiva de género”. *Boletín Procurando la Equidad 2*. Mayo. Disponible en: <http://colombia.unfpa.org/documents/Boletin2procuraduriafinal.pdf> - (recuperado: 26 de febrero de 2010).

MESA POR LA VIDA Y LA SALUD DE LAS MUJERES (sf) “Los problemas para el acceso y la prestación del servicio de IVE”. Disponible en: <http://www.despenalizaciondelaborto.org.co/Losproblemas-para-el-acceso-y-la> (recuperado: 26 de febrero de 2010).

WOMEN'S LINK WORLDWIDE (2009) “Manual constitucional para la práctica de IVE: lineamientos constitucionales para el ejercicio del derecho al aborto en Colombia”. Noviembre. Disponible en: http://www.womenslinkworldwide.org/pdf_pubs/es_pub_manualIVE.pdf (recuperado: 26 de febrero de 2010).

31 El Tiempo (2010, 21 de septiembre). “Cada día, 19 niñas menores de 15 años se convierten en mamás”. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-7948440> (recuperado: 21 de octubre de 2010).

Derecho a la no discriminación en las relaciones familiares

Derecho a la no discriminación en las relaciones familiares

Josefina Durán

La CEDAW destaca diversos aspectos sobre las relaciones familiares y la autonomía de las mujeres. Con su ratificación, los Estados parte se obligan entre otras cosas a asegurar a mujeres y varones los mismos derechos para contraer matrimonio, así como los mismos derechos durante el mismo, en la administración de los bienes y en su disolución. Respecto de las responsabilidades como progenitores, la CEDAW reconoce iguales derechos y obligaciones cualquiera que sea su estado civil, así como el derecho a decidir el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos, e idénticos derechos respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos.

La garantía de igualdad en las relaciones familiares, incuestionable desde su enunciación, hace fricción no sólo con legislaciones anacrónicas que pueden subsistir como resabios, sino con un obstáculo más difícil de desarmar que con un cambio en las normas: los mandatos culturales. Los posibles cambios a las normas de derecho civil que imponen una preferencia por la madre a la hora de adjudicar la custodia de los hijos menores son fuertemente resistidos socialmente, en base a argumentos que apelan a la supuesta ventaja “natural” de las mujeres para criarlos.

Fabiola Lathrop Gómez, en su artículo “(I)nconstitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del Código Civil chileno”, cuestiona esta naturalización de los roles socialmente atribuidos. El planteo se destaca por la originalidad del tema elegido, que sirve a la autora para reflexionar acerca de la inconstitucionalidad de la atribución legal del cuidado de los hijos a favor de la madre, analizando esta regla a la luz del principio de igualdad. A su parecer, y con argumentos sumamente valiosos, la autora sostiene que la norma chilena se funda en una discriminación arbitraria y desproporcionada, que vulnera diversos tratados internacionales de Derechos Humanos.

En otro orden de ideas, puede advertirse en la enunciación que inicia esta presentación que la CEDAW no alude específicamente a otro tipo de familia que no sea la heteronormativamente fundada. Tampoco excluye a otros modelos familiares, por cierto. Este silencio ha generado no pocas divergencias. Entre estos debates se encuentran los que suscitó la ubicación en el Observatorio de las Sentencias vinculadas al reconocimiento de derechos para quienes ejercen sexualidades no hegemónicas. En todo caso corresponde preguntarse previamente si era necesario incluir una normativa específica o si, entendiendo a la diversidad sexual como transversal a los derechos estipulados en la Convención, añadir además una norma específica implicaba remarcarla como una “rareza”, “excepcional” a la heteronormatividad.

La metodología empleada en el Observatorio, en base al orden de los artículos de la Convención, saldó la discusión concreta tanto en el Observatorio como en las publicaciones consecuentes. Debe recordarse que el catálogo de sentencias a partir de los derechos reconocidos en la CEDAW se complementa con una subdivisión por temas donde suele destacarse la vinculación del fallo con la afirmación de la diversidad sexual, y el derecho se clasifica en base a la temática principal del fallo. No obstante, el debate central no se encuentra concluido. La dicotomía entre quienes abogan por la visibilidad a partir de la nominación versus quienes abogan por la transversalización de las categorías y consideran que toda nominación constriñe y esencializa, ha atravesado al feminismo e interpela actualmente a quienes tienen prácticas sexuales no hegemónicas. Los artículos de Paula Viturro y Mauricio Albarracín Caballero aportan material para seguir reflexionando sobre el tema.

Paula Viturro complejiza los alcances de dos sentencias que fueron celebradas por las organizaciones de derechos humanos y por el movimiento LGTTB (Lesbianas, Gays, Travestis, Trans y Bisexuales) en Argentina. En una de ellas, se reconoció el derecho a visitas íntimas carcelarias a una pareja de lesbianas y en la otra, el Poder Judicial obligó a la Obra Social de la Ciudad de Bs. As. a cubrir el tratamiento de fertilización solicitado por una pareja de lesbianas. La autora alerta que ambas decisiones, aparentemente positivas, no lo son tanto ya que vienen acompañadas de la legitimación de un modelo de pareja heteronormativo que requiere de una pareja estable y monógama, en que la sexualidad se vincule a la reproducción. Este modelo no sólo no es cuestionado, sino incluso consagrado por el discurso jurídico.

Mauricio Albarracín Caballero toma como punto de partida dos sentencias de la Corte Constitucional colombiana que también resultan contradictorias. El aspecto positivo es que amplía el acceso a amplios derechos civiles y sociales a las parejas del mismo sexo, pero la faz negativa es que el reconocimiento es limitado, ya que mantiene a estas parejas en un estatus inferior de protección.

Reflexiones acerca del litigio en materia de géneros y sexualidades

Paula Viturro

1. Introducción

La cordial invitación que me formulara el Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA), para reflexionar acerca del cumplimiento de los derechos de quienes se apartan de la heteronormatividad, a partir de los fallos que integran el Observatorio de Sentencias Judiciales del año 2009, es una tarea complicada por diversos motivos, todos ellos de índole ideológica.

El presente trabajo es sólo un rápido repaso de esos problemas a los que nos enfrentamos quienes trabajamos en el activismo antidiscriminación en el ámbito del derecho, sea a través del litigio judicial, la reforma legal, o bien como investigadoras/es en el marco de proyectos cuyas fuentes primarias son las sentencias judiciales.

Utilizaré como disparador, dos de los fallos que integran el Observatorio. Ambos fueron dictados en el marco de acciones promovidas por mujeres lesbianas.¹ En el primer caso se trata de una sentencia interlocutoria de primera instancia que hace lugar a la medida cautelar solicitada en el marco de un proceso de amparo, cuyo objeto es la cobertura económica por parte de la obra social de un tratamiento de fertilización *in vitro*.² En el segundo, la sentencia tiene por objeto hacer lugar al pedido de autorización formulado por una mujer lesbiana presa, con el objeto de recibir visitas íntimas por parte de su pareja.³

1.1. Del método

Antes de ingresar en el análisis de las particularidades de los casos mencionados, es necesario señalar una dificultad metodológica. Si bien ella seguramente se les presentó de manera más acuciante a quienes trabajaron en la tarea de relevamiento de las sentencias que integran el Observatorio, es importante destacarla porque es común a todas las investigaciones cuyas fuentes primarias son fallos judiciales.

En un sistema federal de administración de justicia con control difuso de consti-

1 A partir de la obra de Wittig (1992), parte de la teoría lésbica impugnó el término mujer razón por la que la calificación de “mujeres lesbianas” puede ser inapropiada. Dado que los fallos nada dicen los acerca de la forma en la que las litigantes se identifican, opté por la calificación más habitual aunque no por ello menos problemática. Sobre las tensiones identitarias que al respecto se dieron al interior del feminismo volveré mas adelante.

2 “P. M. E. y otros contra OSCBA (Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires) sobre Amparo (art. 14 CCABA)”, sentencia del 24/11/2009.

3 “Pistillo, Rosa Gisella s/ autorización visitas”, sentencia del 11/12/2009.

tucionalidad como el argentino, carente de un sistema integrado de registro de sentencias, el acceso a las mismas es contingente. La circulación de información depende en gran medida de los criterios de selección y clasificación de los costosos servicios privados de periódicos y bases de datos jurídicas, y/o del interés de los medios masivos de información por ciertos temas. Si bien sería ingenuo sostener que tal dificultad podría ser sorteada en su totalidad -en especial por parte de quienes no son operadores jurídicos calificados- mediante la creación de una base integral de acceso público y gratuito, lo cierto es que ello permitiría al menos poner en discusión sus criterios de clasificación y búsqueda.

Esto último es especialmente importante en cuestiones que por ser disruptivas del orden hegemónico y/o ser consideradas poco importantes para dicho orden, son soslayadas o directamente silenciadas en los ámbitos institucionales (sean las facultades de derecho, los ámbitos de producción científica, los tribunales, la producción doctrinal, etcétera).⁴

De hecho la categoría “género” no forma parte de los criterios clasificatorios de las bases existentes en nuestro país, entre los que sí podemos encontrar categorías hace ya largo tiempo descalificadas por discriminatorias y/o eugenésicas tales como “homosexualismo”, “transexualismo”, “hermafroditismo”, entre otras. Este no es un problema limitado a la conformación de los tesauros y criterios de archivo sino que es un reflejo de la resistencia a la incorporación de la categoría de género⁵ en el vocabulario jurídico en general.

Por lo tanto debemos tener en cuenta dos aspectos fundamentales. En primer lugar, aún los modos de acceso y la organización de las fuentes están atravesados por patrones de discriminación. En segundo lugar, tales fuentes son sólo indicios, fragmentos, relatos conformados por múltiples discursos disciplinares muchas veces contradictorios entre sí.⁶ De acuerdo con E. Marí, la identidad o coherencia interna del campo semántico del discurso del derecho, es el resultado de un proceso de producción caracterizado por un incesante tráfico de discursos disciplinares de diferente origen, forma y función que si bien fijan y determinan las condiciones de posibilidad de surgimiento material del discurso jurídico, son finalmente eludidos o desconocidos por este.⁷ Esta circunstancia, propia de la complejidad del funcionamiento ideológico del discurso jurídico, debe ser tenida en consideración a los efectos de evitar cualquier afirmación con pretensiones universalistas.

4 Una introducción a la problemática jerarquización de contenidos que se da en el mundo del derecho puede verse en Kennedy, 2001.

5 La conceptualización de la categoría de género está sujeta a una compleja y rica disputa teórico-política cuyo desarrollo excede los límites del presente trabajo. Al respecto véase Franke, 1995 y Viturro, 2006.

6 Conf. Mari, 1993; Viturro, 2001; Viturro, 2003.

7 “¿Cuál es la regla de formación del discurso jurídico que al mismo tiempo entrelaza y criba otros discursos, los incorpora y expulsa a la vez de su dominio, los aplica y debilita, los integra y frustra, organiza su campo semántico con ellos y los desconoce acto seguido para lograr la identidad de su especificidad?” Mari, 1993: 252.

1.2. Del encuadre

Otro motivo de dificultad está dado por la forma en la que suelen materializarse las disputas en el ámbito jurídico, en general centradas en discusiones acerca de la legalidad de los límites entre lo prohibido y lo permitido. Desde esa perspectiva, las sentencias judiciales pueden ser rápidamente clasificadas como positivas o negativas según su dispositivo. Así aquellas que autorizan el ejercicio de un derecho, u ordenan al Estado a proveer los medios para realizarlo y/o abstenerse de cualquier maniobra obstaculizadora, serían bajo esta óptica positivas.

Sin embargo, cuando como en nuestro caso el objeto de dicha jurisprudencia es el dispositivo de la sexualidad, “el punto importante será saber en qué formas, a través de qué canales, deslizándose a través de qué discursos llega el poder hasta las conductas más tenues y más individuales, qué caminos le permiten alcanzar las formas infrecuentes o apenas perceptibles del deseo, cómo infiltra y controla el placer cotidiano” (Foucault, 1977:18).

A partir de esta filosofía de la sospecha, podemos obtener análisis más complejos que den cuenta de las múltiples implicancias de una decisión, aún cuando esta pueda sin duda ser catalogada *prima facie* como favorable o acorde a algún ideario progresista.

1.3. De las agendas

Las dos sentencias seleccionadas son muy significativas si tomamos en consideración que en el ámbito local, las demandas del colectivo de lesbianas suelen ser relegadas e invisibilizadas, tanto al interior del movimiento feminista como del gay-lésbico.

Tal como sucede en otros lugares del mundo, y a pesar de la influencia que los feminismos lésbicos ejercieron en la historia de la evolución de las discusiones feministas,⁸ la agenda del feminismo legal suele estructurarse en torno a las problemáticas de las mujeres blancas, heterosexuales, urbanas y de clase media. Como señala J. Fernández, el presupuesto según el cual todo lo que tenemos en común las mujeres debido al sexo, genera todo lo que tenemos en común en términos de género, explica la tendencia a pensarlo como representativo de lo que todas las mujeres compartimos. De esa manera, aspectos como la preferencia sexual, la etnia, la clase, etc., pasan a ser indicativos de lo que tenemos de diferente. Sin embargo, este modelo aditivo no da cuenta de, por ejemplo, las importantes diferencias entre las mujeres blancas y las negras respecto de sus experiencias frente al sexismo o la lesbofobia. Como consecuencia, termina ocultando o subalternando las diferencias a través de la imposición de una identidad basada en una experiencia común ficta: la femineidad (Fernández, 2003).

8 Conf. Wittig, 1992; Lorde, 2003; Butler, 2001; De Lauretis, 2000, entre muchas otras.

Otro tanto sucede al interior de los movimientos GLTTBI, no exentos de sexismo, donde la agenda de los hombres blancos, urbanos y de clase media se impone en relación con otras demandas.

Sabido es que la problemática del acceso a la justicia es especialmente evidente en contextos de discriminación que involucran a colectivos afectados por múltiples variables de opresión. El rol privilegiado que poseen las variables de género y orientación sexual en la definición de estas agendas invisibiliza el impacto diferencial de la variable económica. Los altos niveles de exclusión que sufren algunos grupos hace mucho más dificultoso (cuando no imposible) el litigio, en especial si se trata de grupos que cuestionan la supuesta correlación entre sexo y género.⁹ En nuestro país el ejemplo más acabado es el de la colectividad travesti.

En el contexto latinoamericano, la fuerte exclusión económica que sufren estos grupos, no sólo restringe la posibilidad de articulación política de sus demandas frente al Estado sino que imposibilita el acceso a otros recursos que podrían facilitar el acceso a la justicia. Esa circunstancia quedó plasmada en la demanda promovida por la Asociación de Lucha por la Identidad Travesti Transexual (ALITT) frente a la denegatoria por parte del poder administrador, del reconocimiento de su personería jurídica. Entre los múltiples argumentos utilizados por ALITT, había uno que destacaba por su pragmatismo. La falta de reconocimiento estatal de su personería le impedía acceder a gran parte de las ayudas económicas ofertadas por las grandes financiadoras internacionales destinadas a la promoción de los derechos humanos de las personas GLTTBI. Así sus demandas debían ser intermediadas por otras organizaciones, condicionando y subalternando su propia agenda.¹⁰

2. Los patrones normativos y el naturalismo en las sentencias sobre sexualidades disidentes

2.1. De los patrones normativos

La fundamentación normativa de los casos bajo análisis es equivalente, ya que se basan en los principios de igualdad y no discriminación. Así la situación legal de las *parejas* heterosexuales operaría en ambos casos como el patrón normativo, es decir como el límite de lo exigible.

Recordemos que en uno de los casos, una pareja conformada por mujeres interpuso una acción de amparo contra la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (Oscba), con el objeto de que se les brinde cobertura económica del

⁹ Al respecto véase Viturro, 2006.

¹⁰ Todo el expediente judicial originado por la demanda de ALITT y que culminó con una sentencia favorable de la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue publicada junto al comentario de destacadas activistas y teóricas en la materia en Conversaciones Feministas sobre Políticas de Reconocimiento. Volumen I y II (2009), Buenos Aires: Ají de Pollo.

tratamiento de fertilización *in vitro* por técnica ICSI. Del relato de los hechos surge que son pareja conviviente desde el año 2003, y que residen con los dos hijos de una de ellas y con la madre y la hermanita de la otra. Respecto del tratamiento solicitado, explica que se realizaría con esperma de donante anónimo conjuntamente con el óvulo de una de ellas, cuyo resultado sería implantado en el útero de la otra “siendo de esta manera madres las dos”.

En el otro caso caso, la demandante denuncia trato discriminatorio porque el servicio penitenciario le niega la posibilidad de recibir visitas íntimas de su concubina -status que fue certificado en el expediente-.

Una lectura rápida de ambos decisorios podría llevarnos a afirmar que en ellos se produjo un avance en la consagración de la igualdad entre personas heterosexuales y homosexuales. Sin embargo, esto no es tan así.

Tal como señalara, esa igualdad está sujeta a un patrón normativo que marca los límites de lo exigible. Ese patrón no está determinado simplemente por la heterosexualidad sino por el modo específico o régimen de vida que se postula como asociado a naturalmente a ella, a saber: ejercicio de la sexualidad en el marco de una pareja estable y monogámica, núcleo de la organización familiar regulada por el régimen de filiación que une sexualidad y reproducción.¹¹

Por lo tanto en ambos casos, si bien se produce un avance en el goce de derechos por parte de las demandantes, simultáneamente se realiza una reafirmación y legitimación por parte del Estado, de cierto modo de ejercicio de la sexualidad y planes de vida asociados a ella, en detrimento de formas alternativas. Las nuevas tecnologías reproductivas permiten desvincular de manera absoluta la sexualidad y la reproducción, lo cual en la práctica posibilita una serie de nuevas posibilidades de organización de los vínculos de parentesco que son negadas por la organización basada en la familia nuclear sea hétero u homoparental. Así “la vida de la sexualidad, del parentesco y de la comunidad que se convierte en impensable dentro de los términos de dichas normas constituye el horizonte perdido de la política sexual radical” (Butler, 2006, 187).¹²

Específicamente en el caso de la mujer presa, no se le reconoce el derecho al libre ejercicio de la sexualidad, sino que se le reconoce el derecho a un ejercicio altamente regulado conforme el modo prescripto por el poder estatal.

Según expone el fiscal, las visitas íntimas reguladas por el art. 57 inc. d) del Decreto 1136/97, tienen por finalidad consolidar y fortalecer las relaciones afectivas de la persona privada de libertad, de allí que el decreto establezca que en los casos de relaciones iniciadas con posterioridad a la detención se

11 La denegatoria de la personería jurídica a una asociación de Swingers es una clara muestra de ello.

12 Al respecto véase también Wayar, 2007; García Suárez, 2007; Atala Riffo, 2007 y Rachid, 2007.

podrá autorizar esta modalidad de visita, siempre que se acredite una vinculación previa no inferior a seis meses.

Por lo tanto, el libre ejercicio de la sexualidad protegido por las normas internacionales de derechos humanos no es tal al interior de las cárceles donde el Estado proscribía el sexo (hétero u homo) disociado de relaciones afectivas estables y monógamas.

Así el poderío estatal parece depender del cumplimiento estricto de esas regulaciones y la eficacia de las eventuales sanciones ejemplares frente a sus desviaciones.

El propio Tribunal al afirmar que

no puede sostenerse que en el caso analizado pueda desprenderse alguna situación que pudiese ofender, como se dijo, al orden o a la moral pública o incluso a un tercero, toda vez que la propia actitud de la solicitante constituye, aún ante el eminente carácter privado del acto que pretende realizar, un claro respeto por la autoridad y el orden, que se traduce en las diferentes solicitudes realizadas a tal fin¹³

realiza una asociación explícita entre el mantenimiento del orden o la moral pública y la esperada sumisión al poder estatal por parte de los ciudadanos, e interpreta las diferentes solicitudes realizadas por la demandante como una forma de respeto por la autoridad.

De esa forma, la sentencia, en lugar poner de manifiesto la situación de extrema vulnerabilidad y desventaja respecto del Estado, en la que se encuentra una mujer presa, y descalificar las reiteradas negativas que obtuvo su pedido ante el servicio penitenciario, transforma ese maltrato institucional a una suerte de ritualización y manifestación del respeto del poder estatal debido por la actora. De allí que la prohibición de las visitas íntimas parezca funcionar además como una suerte de pena accesoria librada al arbitrio del servicio penitenciario, si tomamos en consideración las reiteradas alusiones a la buena conducta de la demandante obrantes en la sentencia.

En el mismo sentido puede interpretarse el argumento según el cual la concubina “actúa como favorecedora en el proceso de reinserción social de la causante”. Así el estado violador de derechos, se convierte en corrector moral de la accionante a quien volvió a situar en el rol de infractora desviada.

Por lo tanto, la sentencia simplemente asimiló la situación de la demandante a la de las presas heterosexuales sin que esto implique una modificación sustancial del modo en la que el Estado regula el ejercicio de la sexualidad. Cabe preguntarse cuál hubiera sido el resultado de la acción si ella se basara en el pedido de inconstitucionalidad del decreto por limitar las visitas íntimas sólo

13 La cursiva no obra en el original.

a quienes poseen una pareja estable por ser violatoria de la esfera de privacidad. Es probable que el resultado fuera otro.

Esto no implica dejar de reconocer el esfuerzo, alto costo a nivel personal y valentía que este proceso supuso seguramente a la accionante. Litigar contra el Estado y exponer la discriminación lesbófila de la que es objeto en la institución carcelaria supone un riesgo aún mayor que en otro tipo de situaciones en las que la integridad personal del demandante no depende -como en el caso- del demandado.

2.2. Del Naturalismo

La naturaleza entendida como primer principio de realidad parece ser la clave filosófica a partir de la cual los jueces suelen resolver las demandas por discriminación en razón del género o la sexualidad de las personas. Dicho en otros términos, el razonamiento se basa en una operación de naturalización de un patrón normativo al que se intentará asimilar por todos los medios a la víctima de la discriminación. Así, establecido un modelo ideal asociado a cierta idea de naturaleza, cualquier denuncia por discriminación será en principio reconducida por el camino de la asimilación. Quien afirme ser discriminado en virtud de una diferencia, será obligado a eliminarla o minimizarla, a fin de gozar del derecho negado. Las dos sentencias bajo análisis no son una excepción a la regla.

Tal vez el mejor ejemplo de esta operación de naturalización lo constituya la forma en la que, en el ámbito del derecho civil, se desarrollan los discursos referidos a la identidad de género. El análisis de la jurisprudencia y la consecuente producción doctrinaria acerca de expedientes en los que se solicita autorización judicial para la realización de operaciones de cambio de sexo y la modificación registral de datos identitarios, nos muestra que la construcción judicial de la transexualidad se realiza a partir de un relato basado en la figura mítica del hermafrodita condenado por la naturaleza a la indefinición sexual.

A partir de melodramáticas descripciones de presuntas experiencias de vida, se instituyen víctimas enfermas cuya situación antinatural tendría el derecho la misión de remediar a través de la autorización intervenciones quirúrgicas que aseguren el fin del sufrimiento y la vigencia del naturalizado orden dicotómico de los cuerpos. Como consecuencia, el fundamento del reconocimiento del derecho no es la autonomía de la persona accionante, sino su normalización.

Dada su resistencia al anclaje genital de su identidad, las travestis aparecerán en este discurso como figuras antagónicas. Frente al travestismo, el relato centrado en un presunto orden natural alterado que da lugar a las figuras del hermafrodita y el transexual, cede paso en favor de argumentos propios del ámbito de la reflexión moral.

Las víctimas son reemplazadas por perversos sujetos autónomos que teniendo la posibilidad corporal de vivir de acuerdo al orden natural, no lo hacen y

que, por lo tanto, merecen las condiciones de vida adversas a las que son socialmente sometidas. Aquí el discurso retributivo es claramente equivalente al que sostiene a la figura del delincuente en el derecho penal liberal moderno. Ello no es casual, dado que la mayor usina de representaciones judiciales respecto del travestismo son la institución policial y la jurisdicción penal a través de la persecución de la prostitución.

Veamos algunos ejemplos:

Su aspecto es femenino. Pero de una femineidad natural, sin afectación ni acicalamiento, lejos, muy lejos, de otras situaciones en la que la exageración de rasgo, la ostentación, es la nota... Las pericias médicas coincidieron en que es una pseudohermafrodita... el sujeto tiene algunos rasgos en común con el transexual –rechazo de la homosexualidad, no queda en el mero travestismo¹⁴

Cabe señalar que no es posible confundir el transexualismo, que es un problema existencial, con el isosexualismo, ya sea homosexualismo o lesbianismo, ni con el travestimiento... El transexual tiene derecho a disponer de su cuerpo en la medida que ello obedece a una necesidad médica para recuperar la salud que nunca tuvo... El transexual, en cuanto ser libre, tiene el derecho de proyectar su vida de acuerdo a una incontrolable exigencia existencial que no es, ciertamente, un capricho. Esta vocación existencial se halla fuera del control de su voluntad... El ser humano no tiene derecho a disponer de su cuerpo, salvo ciertos casos señalados por la doctrina, la jurisprudencia o la ley ¹⁵

el fenómeno transexual es bastante reciente, ya que su afinidad con otras perversiones como el travestismo o la homosexualidad no han facilitado su autónoma clasificación... ni el homosexual ni el travesti refutan su identidad... el transexual, por el contrario, advierte que su propio sexo anatómico es el obstáculo más grave para su elección de comportamiento, y el desagrado latente en los primeros años de vida degenera con los años hacia formas maníacas de autodestrucción¹⁶

(los transexuales) son sujetos a los que no se los puede considerar como viciosos o perversos sexuales, sino que, por el contrario, padecen un desajuste profundo que les provoca un fuerte malestar... nos alejamos de aquellos defensores de la intervención médico-quirúrgica impulsada por la libertad sexual como libertad de elección y de sexo¹⁷

Como consecuencia, el patrón normalizador impuesto por el discurso jurídico

14 Conf. voto del juez Maggi, Cámara Civil y Comercial de San Nicolás, 11/8/94-C, L.J.

15 Carlos Fernández Sessarego, "Apuntes sobre el derecho a la identidad sexual", en J. A., n° 6166, Especial Bioética, 3/11/99, pp. 10-20.

16 Reseña de Consideraciones médico-legales sobre un caso de transexualismo de Giancarla Rognoni Landriscina (Giurisprudenza Italiana, 5ta. Entrega, mayo 1976, Turín-Italia, p. 176) publicado en L. L. (t. 1986-A), p. 1129.

17 Adriana M. Wagmaister y Cristina Mourelle de Tamborenea, "Derecho a la identidad del transexual", en J. A., n° 6166, Especial Bioética, 3/11/99, pp. 69/70.

se extenderá a todos los colectivos que se opongan a la intervención coactiva de sus cuerpos. Así por ejemplo la agenda política del movimiento intersex, centrada en la reivindicación del derecho a infancias no mutiladas, es desconocida aún por quienes son reputados como especialistas en derechos de los niños y las niñas. Es también en virtud de la situación descrita, el derecho a la identidad de género de las travestis no es reconocido y por lo tanto les es negada la posibilidad de cambio registral nombre.

Dentro del discurso naturalista, los relatos referidos a la salud poseen un rol destacado. Ella permite volver sobre la vieja idea de una naturaleza desviada o desarreglada que el derecho debe intentar restaurar. De esa manera la decisión judicial se legitima a partir de la retórica del naturalismo que acecha a cualquier conceptualización del derecho a la salud, y evade decisiones fundadas en otros derechos como la autonomía personal. Las sentencias basadas en este último principio exponen la dimensión política de toda de decisión judicial y por lo tanto suelen ser evadidas por los jueces, quienes están poco acostumbrados a dar cuenta de sus propios posicionamientos o compromisos ideológicos.

De allí el acierto de la fundamentación de la sentencia que concede la medida cautelar y ordena a la obra social a costear un tratamiento de fertilización asistida, cuando plantea la cuestión como un problema de política distributiva. Si bien la jueza parte del derecho a una salud integral rápidamente plantea la cuestión como un problema de distribución económica al afirmar que “si las actoras contaran con los medios económicos suficientes para viabilizar este aspecto de sus planes de vida que es tener un hijo en común, no habrían tenido necesidad de acudir al tribunal”.

Sin admitirlo, la jueza evoca argumentos desarrollados por las feministas a fin de mostrar de qué manera la prohibición del aborto restringe de manera especialmente gravosa la autonomía personal de las mujeres pobres. Paradójicamente esa elusión pone de manifiesto la forma en la cual las construcciones ligadas al derecho a la salud y la medicalización de la sexualidad suelen desplazar debates ligados a la autonomía decisional y al ejercicio de la sexualidad.

Este es un tema de fundamental importancia para los grupos cuya identidad depende en gran parte de la posibilidad de acceso a las biotecnologías que permiten modificaciones corporales. Fatalmente en la actualidad las demandas ligadas a dicho acceso, son leídas en clave patologizadora.¹⁸

3. Estrategias

En virtud de las diversas complejidades que fuimos articulando en las páginas precedentes, sería infructuoso extraer conclusiones o intentar plantear un estado general de la cuestión en materia de avance jurisprudencial relativo al orden de los géneros y las sexualidades. Sin embargo, resulta más útil mar-

18 Al respecto véase Butler, 2006: 113-149.

car que tal imposibilidad no necesariamente es una desventaja. El carácter fragmentario y contradictorio de las sentencias sobre la materia puede ser un espacio importante de intervención política. Un espacio en el que enfrentar al Estado a sus propias contradicciones, donde abrir intersticios que lo obliguen -en pos de la ficción de la racionalidad que guía y legitima sus acciones- a cambios que tal vez de otro modo no serían posibles.

El dispositivo de la sentencia que hace lugar a la medida cautelar solicitada a fin de que las demandantes “pueden acceder a la posibilidad de tener un hijo en común”, es un ejemplo de ello. Bajo el régimen legal vigente, ese eventual niño/a cuya existencia fue habilitada por el propio poder estatal, no será “un hijo en común” ya que las normas que ordenan la filiación no contemplan esa posibilidad. El Estado deberá dar cuenta frente a ese/a niño/a de la privación de derechos que sufre, en virtud de sus propias contradicciones.

Ello obviamente no asegura el avenimiento de una sociedad y un orden legal libre de discriminación. Tal vez a lo sumo sólo sirva para compensar la tensión entre la regulación y la promesa de emancipación social. Sin embargo, tal como afirma Boaventura de Sousa Santos,

ya hay suficientes síntomas que justifican la adopción de concepciones más amplias de realidad y realismo. Tales concepciones abarcan no sólo lo que existe sino también lo que se genera activamente por la sociedad como no existente, así como lo que sólo existe como un indicio o vestigio de lo que puede fácilmente ignorarse. La mejor forma de capturar esta realidad es mediante una agenda de investigación abierta” (Santos, 2009: 610)

Bibliografía

Atala Riffo, Karen (2007), “¿El parentesco es siempre de antemano hetero-sexual? A la luz del proyecto de ley sobre uniones de hecho en Chile”, en *Conversaciones feministas sobre parentesco*. Buenos Aires: Ají de Pollo.

Butler, Judith (2001), *El género en disputa*. Méjico: PUEG/Paidós.

Butler, Judith (2006), *Deshacer el género*. Buenos Aires: Paidós.

De Lauretis, Teresa (2000), “La tecnología del género”, en *Diferencias*. Madrid: horas y Horas: 33-70.

Fernandez, Josefina (2003), “Los cuerpos del feminismo”, en Diana Maffia (comp.), *Sexualidades migrantes. Género y transgénero*. Buenos Aires: Feminaria: 138-154.

Foucault, Michel (1977), *Historia de la sexualidad. 1- La voluntad de saber*. México: Siglo XXI Editores (27ª ed., 1999).

Franke, Katherine (1995), "The Central Mistake of Sex Discrimination Law: The Disaggregation of Sex from Gender", 144 *University of Pennsylvania Law Review* 1.

García Suárez, Carlos y MUÑOZ ONOFRE, Darío (2007), "Cuestiones emparentadas", en *Conversaciones feministas sobre parentesco*. Buenos Aires: Ají de Pollo.

Kennedy, Duncan (2001), "La educación legal como preparación para la jerarquía", en Courtis, Christian (comp.), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: EUDEBA: 373-401.

Lorde, Audre (2003), *La hermana. La extranjera*. Madrid: horas y HORAS.

Mari, Enrique (1993), " 'Moi, Pierre Riviere...' y el mito de la uniformidad semántica en las ciencias sociales", en *Papeles de Filosofía*. Buenos Aires: Biblos: 1993: 249-290.

Rachid, María y Arnés, Laura (2007), "Sí, ¿acepto?", en *Conversaciones feministas sobre parentesco*. Buenos Aires: Ají de Pollo.

Santos, Boaventura de S. (2009), *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Madrid: Trotta.

Vituro, Paula (2001), "Por un derecho torcido", en *Anuario de la Asociación de Filosofía del Derecho de la República Argentina*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni: 17-26.

Vituro, Paula (2003), "Ficciones de Hembras", en Martyniuk, Claudio y Bergali Roberto (comps.), *Filosofía, Política, Derecho. Homenaje a Enrique Mari*. Buenos Aires: Prometeo: 269-280.

Vituro, Paula (2006), "Constancias", en Courtis, Christian (comp.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid:Trotta.

Wayar, Marlene (2007), "La familia, lo Trans, sus atravesamientos", en *Conversaciones feministas sobre parentesco*. Buenos Aires: Ají de Pollo.

Wittig, Monique (1992), *The Straight Mind and other Essays*. Boston: Beacon Press.

Igualdad versus protección: límites y alcances del precedente constitucional sobre derechos de parejas del mismo sexo

Mauricio Albarracín Caballero

1. Introducción

El 28 de enero de 2009, la Corte Constitucional de Colombia tomó una trascendental decisión al reconocer la mayoría de los derechos de las parejas del mismo sexo contenidos en 26 leyes. Días después el profesor Rodrigo Uprimny, en su columna de opinión, afirmó al respecto de esta sentencia:

Estas conquistas jurídicas, por importantes que sean, no son suficientes. Es posible que, a pesar de estos cambios normativos, en la vida cotidiana la discriminación contra los homosexuales subsista o se torne más sutil. O incluso que existan propuestas para que se anulen u obstaculicen estos avances jurisprudenciales (Uprimny, 2009a).

Esta lúcida advertencia debe ser la guía de los análisis tanto del precedente constitucional sobre las parejas del mismo sexo, como de la realidad de su aplicación.

En este artículo sostendré que el precedente constitucional que ha reconocido los derechos de las parejas del mismo sexo ha sido fundamental en el acceso a los derechos civiles y sociales de estas parejas; constituye un gran avance en la garantía de los derechos mínimos, y aporta a un mayor respeto social de las parejas del mismo sexo. No obstante, este precedente tiene límites importantes especialmente en el reconocimiento del derecho a conformar una familia.

Fue la magistrada (e) Catalina Botero quien señaló con precisión esta tensión en su aclaración de voto a la sentencia C-811 de 2007:

Aunque comparto la decisión de la Corte (...), y celebro la extensión de los beneficios de seguridad social (...) a las parejas del mismo sexo, he decidido aclarar mi voto para hablar de un tema que parece resistirse a ser asumido por la Corte con la franqueza democrática que demanda: la naturaleza de la familia en el régimen constitucional colombiano.

Y continúa la magistrada:

estas decisiones representan un paso decisivo en la garantía y vigencia de los principios constitucionales de dignidad humana, libertad, igualdad y solidaridad y en el afianzamiento de un régimen verdaderamente democrático, pluralista e incluyente. Sin embargo, evaden de manera consistente la referencia a la pareja homosexual como un núcleo familiar que merece igual respeto y protección constitucional que la

familia heterosexual. En este aspecto existe entonces un déficit de protección que la jurisprudencia tendrá que corregir.¹

Esta evasión se funda a mi juicio en que el precedente constitucional se basó en una doctrina que pretendía equilibrar distintas posiciones políticas en el Alto tribunal; precedente que puede derivarse tanto en interpretaciones conservadoras como progresistas. La Corte decidió abordar un problema a la vez, siguiendo de forma inconsciente la teoría del constitucionalista estadounidense Cass Sunstein (2001)², la cual consiste en la solución de problemas jurídicos concretos y en evitar las discusiones sobre teorías generales o asuntos ideológicos muy amplios e irreconciliables.

Aunque la Corte avanzó en la protección de los derechos de las parejas, las sentencias no han sido del todo progresistas ni han logrado eliminar las desigualdades legales y la ciudadanía de segunda clase de gays y lesbianas. En el seno del precedente hay una tensión que cada vez se hace más creciente e insostenible para la igualdad y plenos derechos de estas parejas: proteger los derechos de las parejas del mismo sexo, en tanto sean asimilables a las parejas heterosexuales, pero al mismo tiempo no reconocer que ambos tipos de parejas merecen en forma inmediata la misma protección y respeto, especialmente en la protección constitucional de la familia de las parejas del mismo sexo.

La Corte Constitucional no ha afirmado en forma clara y contundente que las parejas del mismo sexo son iguales y tienen los mismos derechos que las parejas heterosexuales, por el contrario, ha creado una jurisprudencia que protege a las parejas pero las mantiene en un estatus inferior de protección.

Para mostrar esta tensión y su impacto en el precedente constitucional, se analizan las sentencias C-029 de 2009 y t-911 de 2009 de la Corte Constitucional. En la primera parte del texto se recordarán los antecedentes jurisprudenciales que enmarcan las decisiones judiciales producidas durante 2009. En la siguiente parte, se analiza la sentencia C-029 de 2009, desde los dos tipos de lectura: una conservadora y otra progresista, que pueden derivarse del precedente. En la tercera parte, se examina la sentencia t-911 de 2009,

1 Aclaración de voto de magistrada (e) Catalina Botero, Corte Constitucional, sentencia C-811 de 2007. MP Marco Gerardo Monroy Cabra.

2 La Corte Constitucional ha usado esta forma de proceder de manera explícita. Así por ejemplo, en la sentencia C-816 de 2004, en la cual se declaró inexecutable por asuntos de procedimiento el estatuto antiterrorista, la Corte se justificó de esta manera: "10- Esta opción metodológica de entrar a analizar y decidir directamente los cargos que tienen mayor potencialidad de prosperar, aun cuando pueda parecer más lógico estudiar otra acusación previamente, no es una invención de esta sentencia ni de esta Corte. Así, en muchísimos eventos, esta Corte ha declarado la inexecutable de una disposición con base en un determinado cargo de procedimiento, lo cual la ha llevado a no estudiar las otras acusaciones contenidas en la demanda. Esta metodología ha sido también utilizada por otros tribunales constitucionales de otros países". Corte Constitucional, sentencia C-816 de 2004. MP Rodrigo Uprimny y Jaime Córdoba Triviño. De hecho en el párrafo transcrito la Corte cita a Sunstein: "la tesis de Cass Sunstein sobre los "argumentos teóricamente incompletos". En: Cass Sunstein. (1996: 35 a 61). Ver igualmente Sunstein, C. (2001) y para un análisis de Sunstein en Colombia ver el trabajo de Cajas, (2009: 277-303).

que aborda un caso de reclamación de pensión de sobreviviente de un compañero del mismo sexo, en la cual se observa un importante retroceso respecto al precedente anterior. En la cuarta parte se concluye con los retos que implican los procesos judiciales iniciados para el reconocimiento de la adopción entre parejas del mismo sexo y la demanda que la Corte Constitucional está estudiando sobre el derecho al matrimonio.

2. Antecedentes jurisprudenciales

La sentencia C-075 de 2007 dio un giro trascendental en el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo, y por medio de ella se empezó a corregir la anterior jurisprudencia de la Corte Constitucional que no reconocía ningún derecho (Motta, 1998: 290-299; Moncada, 2002; Eatrada, 2003: 177-216; Céspedes, 2004).³ En la lógica de estudiar cada ámbito de regulación (un problema a la vez) la Corte Constitucional decidió en la sentencia C-075 de 2007, con ponencia del magistrado conservador Rodrigo Escobar Gil, que las parejas del mismo sexo tendrían derechos patrimoniales si cumplían con los requisitos y condiciones establecidos en la Ley 54 de 1990 para las uniones maritales de hecho de las parejas heterosexuales (Bonilla, 2008: 11-39). Solo un mes después, el 5 de marzo de 2007, se presentó una demanda por parte de dos estudiantes de la universidad Pedagógica y tecnológica de Tunja (uPtC), quienes demandaron el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, pidiendo que se ampliara el derecho de afiliación a la seguridad social en salud para las parejas del mismo sexo. Por su parte, Colombia Diversa, el Centro de Estudios Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia) y el Grupo de Derecho de Interés Público de la Universidad de los Andes (GDIP) presentaron el 30 de agosto de 2007 una nueva demanda de inconstitucionalidad, que buscaba el reconocimiento de la seguridad social tanto de afiliación en salud como en pensión de sobreviviente.

El 14 de mayo de 2007, ocurrió algo inesperado que dio mayor respaldo al precedente constitucional. El Comité de Derechos Humanos comunicó su decisión en el caso *X contra Colombia*⁴ mediante la cual se resolvió una situación de discriminación contra un ciudadano que convivía con su compañero y a quien se le negó su pensión de sobreviviente. El comité determinó que el Estado colombiano violó el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y le ordenó restablecer los derechos de la persona afectada y solucionar en forma general esta discriminación (Albarracín y Noguera, 2008).

Las acciones constitucionales que hacían tránsito condujeron a las sentencias C-811 de 2007 y C-336 de 2008, que reconocieron el derecho a la afiliación en salud y pensión de sobreviviente para las parejas del mismo sexo. Poste-

3 Ver Corte Constitucional, sentencias C-098 de 1996, MP Eduardo Cifuentes Muñoz; Su-623 de 2001, MP Rodrigo Escobar Gil; t-725 de 2004, MP Rodrigo Escobar Gil; t-349 de 2006, MP Rodrigo Escobar Gil, entre otras.

4 Comité de Derechos Humanos. Comunicación 1361 de 2005: Colombia. 14 de mayo de 2007. (CCPR/C/89/ D/1361/2005).

riormente, una ciudadana demandó la norma del código penal que sancionaba la inasistencia alimentaria entre compañeros permanentes y excluía a las parejas del mismo sexo. La Corte en la sentencia C-798 de 2008 determinó que la norma era discriminatoria y que debía ampliarse la protección a las parejas del mismo sexo en relación con las obligaciones alimentarias.

Sin embargo, la Corte usó una estrategia argumentativa que dejaba en la incertidumbre a las parejas del mismo sexo y además no garantizaba todos los derechos de la unión marital de hecho. Según la Corte cada tema debería estudiarse a la vez y en cada ámbito de regulación. Como se explicará en el siguiente apartado esta situación llevó a una demanda “en bloque” que fue decidida en la sentencia C-029 de 2009.

Este proceso de reconocimiento de derechos fue progresivo y cada vez más se fortaleció la protección de estas parejas. Muy rápidamente y con el impulso de los activistas, en una coherente jurisprudencia la Corte Constitucional profirió ocho sentencias (C-075 de 2007⁵, C-811 de 2007⁶, t-856 de 2007⁷, C-336 de 2008⁸, C-798 de 2008⁹, T-1241 de 2008¹⁰, C-029 de 2009¹¹ y T-911 de 2009¹²), las cuales transformaron radicalmente el estatus legal de las parejas del mismo sexo y reconocieron para estas derechos y obligaciones (Albarracín y Azuero, 2009). No obstante existen matices importantes en el precedente, en particular la sentencia C-798 de 2008, la cual es mucho más progresista respecto a la interpretación sistemática de la expresión “compañero permanente” sin necesidad que la Corte se pronuncie en cada ámbito de regulación”.¹³

3. Sentencia C-029 de 2009: El gran paso la igualdad

Durante los años 2007 y 2008, la Corte Constitucional había establecido igualdad de derechos de las parejas del mismo sexo en tres ámbitos de regulación: patrimonial, seguridad social y obligaciones alimentarias. Esta situación generó la necesidad de aclarar cuál sería el criterio constitucional para definir los derechos y obligaciones de las parejas del mismo sexo frente a otros derechos

5 MP Rodrigo Escobar Gil. Sentencia sobre el reconocimiento de derechos patrimoniales. 75. La división en esta sentencia fue más amplia que en otras decisiones. Es así que los magistrados Rodrigo Escobar y Nilson Pinilla salvaron su voto.

6 MP Marco Gerardo Monroy Cabra. Sentencia sobre el reconocimiento del derecho de afiliación en salud.

7 MP Humberto Sierra Porto. Caso sobre derecho a la afiliación en salud.

8 MP Clara Inés Vargas Hernández. Sentencia sobre el reconocimiento del derecho de pensión de sobreviviente.

9 MP Jaime Córdoba Triviño. Sentencia sobre el reconocimiento del derecho de alimentos mutuos.

10 MP Clara Inés Vargas Hernández. Caso sobre derecho de pensión de sobreviviente.

11 MP Rodrigo Escobar Gil

12 MP Nilson Pinilla Pinilla. Caso sobre derecho de pensión de sobreviviente.

13 La división en esta sentencia fue más amplia que en otras decisiones. Es así que los magistrados Rodrigo Escobar y Nilson Pinilla salvaron su voto.

y obligaciones en los cuales la Corte no se hubiese pronunciado. En este orden de ideas, Colombia Diversa, Dejusticia y el GDIP, formularon una demanda contra disposiciones normativas contenidas en 26 leyes¹⁴ en las cuales se reconocían derechos, beneficios y se imponían cargas para las parejas heterosexuales, con exclusión de las parejas del mismo sexo.

Entre los temas regulados por estas normas se encontraban los siguientes: patrimonio de familia inembargable y afectación de bienes inmuebles a vivienda familiar; obligación de prestar alimentos; derechos de carácter migratorio para las parejas homosexuales y derecho a residir en el departamento de San Andrés y Providencia; garantía de no incriminación en materia penal; beneficio de prescindir de la sanción penal; circunstancias de agravación punitiva; derechos a la verdad, la justicia y la reparación de víctimas de crímenes atroces; protección civil a favor de víctimas de crímenes atroces; prestaciones en el régimen pensional y de salud de la fuerza pública; subsidio familiar en servicios; subsidio familiar para vivienda; acceso a la propiedad de la tierra; beneficiarios de las indemnizaciones del seguro obligatorio por accidentes de tránsito (SOAT) por muertes en accidentes de tránsito, y deberes relacionados con el acceso y ejercicio de la función pública y celebración de contratos estatales.

Los demandantes justificaron la decisión de realizar una demanda en bloque de este importante número de normas, argumentando que si bien el estudio de este conjunto de normas podría ser una labor “dispendiosa” para la Corte, existían distintas ventajas que justificaban haber optado por esta opción. En efecto, al realizar una demanda en bloque, la Corte no tendría que estudiar en distintas demandas la presunta inconstitucionalidad de normas que excluían a las parejas del mismo sexo, y además, un pronunciamiento único permitiría que se estableciera un precedente homogéneo, lo cual favorecería la interpretación coherente y sistemática de las expresiones “compañeros permanentes” contenidas en el ordenamiento jurídico.

En la demanda se argumentó que era imprescindible aplicar el precedente y los criterios doctrinarios establecidos en las C-075 de 2007, C-811 de 2007, T-856 de 2007 y C-336 de 2008. En particular, se señaló la importancia de aplicar un test estricto de proporcionalidad para determinar el déficit de protec-

14 Las normas demandadas fueron los artículos 2 y 3 del Decreto 2762 de 1991; artículo 24 literales a, b y d del Decreto 1795 de 2000; artículos 411 y 457 del Código Civil; artículos 4 de la Ley 70 de 1931; artículos 1 y 27 de la Ley 21 de 1982; artículo 7 de la Ley 3 de 1991; artículos 283 numeral 2 y 286 de la Ley 5 de 1992; artículo 5 de la Ley 43 de 1993; artículo 8 numeral 1 literal g y numeral 2 literales c y d de la Ley 80 de 1993; artículo 244 de la Ley 100 de 1993; artículos 14 numerales 2 y 8 y 52 de la Ley 190 de 1995; artículos 1 y 12 de la Ley 258 de 1996; artículo 2 de la Ley 294 de 1996; artículo 2 de la Ley 387 de 1997; artículos 222, 431 y 495 de la Ley 522 de 1999; artículos 10 y 11 de la Ley 589 de 2000; artículos 34, 104 numeral 1, 170 numeral 4, 179 numerales 1 y 4, 188 b numeral 3, 229, 233, 236, 245 numeral 1, 454 a de la Ley 599 de 2000; artículos 40, 71 y 84 numerales 1, 2, 3, 6, 7 y 9 de la Ley 734 de 2002; artículos 8 literal b, 282, 303 y 385 de la Ley 906 de 2004; artículo 3 numerales 3.7.1 y 3.7.2 de la Ley 923 de 2004; artículos 14 y 15 de la Ley 971 de 2005; artículos 5, 7, 15, 47, 48 y 58 de la Ley 975 de 2005; artículos 2 y 26 de la Ley 986 de 2005; artículo 1 de la Ley 1148 de 2007; artículo 18 de la Ley 1153 de 2007; artículos 61, 62, 80, 159, 161 y 172 numerales 2, 4, 6, 7, 8 y 9 de la Ley 1152 de 2007.

ción y por tanto la violación del derecho a la igualdad (artículo 13 CP) y de los derechos a la dignidad humana (preámbulo, artículo CP) y al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16 CP). Teniendo en cuenta estas consideraciones, se analizó cada ámbito de regulación demandado y en cada caso concreto se demostró que las normas no superaban el test estricto de proporcionalidad y vulneraban otros derechos fundamentales y valores constitucionales.

El 28 de enero de 2009 la Corte Constitucional profirió la sentencia C-029 de 2009¹⁵, en la cual declaró la exequibilidad condicionada de la totalidad de las normas demandadas¹⁶ “en el sentido de que todas esas disposiciones comprenden también, en igualdad de condiciones, a las parejas conformadas por personas del mismo sexo”.¹⁷ En el comunicado de prensa la Corte expresó que en esta sentencia se reiteró su línea jurisprudencial sobre los derechos de las parejas del mismo sexo, establecida en la sentencia C-075 de 2007, y en consecuencia reconoció que todas las normas acusadas generaban una discriminación contra los compañeros permanentes del mismo sexo. El alto tribunal fue enfático en afirmar que “según reiterada jurisprudencia, las parejas gozan de los mismos derechos y beneficios y tienen las mismas cargas, independientemente de si se trata de parejas heterosexuales o parejas homosexuales”.¹⁸

La Corte por tanto eliminó

la interpretación violatoria del derecho fundamental a la igualdad de trato y en consecuencia declaró la exequibilidad condicionada de las normas impugnadas, en el sentido de que todas esas disposiciones, comprenden también, en igualdad de condiciones a las parejas conformadas por personas del mismo sexo.¹⁹

Ahora bien, la Corte negó a los demandantes el pronunciamiento general sobre todos los derechos de las parejas del mismo sexo, a juicio de la Corte:

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, en la medida en que existen claras diferencias entre las parejas homosexuales y las parejas heterosexuales, no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y a otras. Ello im-

15 MP Rodrigo Escobar Gil. El magistrado Nilson Pinilla Pinilla manifestó su salvamento parcial de voto. El magistrado Rodrigo Escobar Gil expresó que presentaría una aclaración de voto en relación con los fundamentos de la decisión. Finalmente, el magistrado Jaime Araújo Rentería anunció la presentación de una aclaración de voto en relación con los conceptos de familia y matrimonio a la luz de la Constitución Política.

16 La Corte no estudio el concepto de familia, ni los distintos tipos de familia protegidos a la luz de la Constitución Política, teniendo en cuenta que no se configuró un cargo de constitucionalidad sobre esta materia, y además por ser una cuestión que no resulta relevante para el problema jurídico planteado.

17 Corte Constitucional, comunicado de prensa 01, 28 de enero de 2009. Sentencia C-029 de 2009. MP Rodrigo Escobar Gil.

18 Corte Constitucional, comunicado de prensa 01, 28 de enero de 2009. Sentencia C-029 de 2009. MP Rodrigo Escobar Gil.

19 Corte Constitucional, comunicado de prensa 01, 28 de enero de 2009. Sentencia C-029 de 2009. MP Rodrigo Escobar Gil.

plica que para construir un cargo por violación del principio de igualdad es preciso establecer que, en cada caso concreto, la situación de uno y otro tipo de pareja es asimilable, como presupuesto para entrar a determinar si la diferencia de trato resulta discriminatoria.

Por la anterior consideración no cabe que, como se solicita por los demandantes, la Corte Constitucional haga un pronunciamiento de carácter general conforme al cual toda diferencia de trato entre ambos tipos de pareja resulta contrario a la Constitución, ni resulta procedente integrar una unidad normativa con todas aquellas disposiciones, aparte de las específicamente demandadas, de las que pueda derivarse una diferencia de trato o un déficit de protección para las parejas homosexuales, sino que se requiere que, en cada caso concreto, se presenten las razones por las cuales se considera que las situaciones de los dos tipos de pareja son asimilables y que la diferencia de trato establecida por el legislador es discriminatoria.²⁰

En la decisión además la Corte eludió la discusión sobre el concepto de “familia” y reiteró su precedente conformado por cuatro proposiciones: en primer lugar, la discriminación por orientación sexual está prohibida por la Constitución. En segundo lugar, existen diferencias entre las parejas del mismo sexo y las parejas heterosexuales y reiteró que no existe un imperativo constitucional para dar igual tratamiento a unas y otras. En tercer lugar, que corresponde al legislador establecer las medidas de protección a los grupos sociales y avanzar en contra de la discriminación. Finalmente, toda diferencia de trato entre grupos que sean asimilables solo es constitucional si obedece a un principio de razón suficiente.²¹

Junto a estos criterios la Corte expresó que debe aplicarse un test estricto cuando se establezca una diferenciación en razón de la orientación sexual de las personas, lo cual aplica tanto a los derechos como individuos y a la diferencia de trato entre las parejas del mismo sexo y las parejas heterosexuales. Además, la Corte recordó que la protección y definición de la familia puede dar lugar a protecciones especiales para la familia, sin que ello pueda considerarse como discriminatorio.

A pesar de la ambigüedad de los criterios jurisprudenciales, la Corte se pronunció a favor de todas las pretensiones de la demanda y generó decisiones que vale la pena destacar. La sentencia extendió sus efectos a ámbitos considerados propios de la familia heterosexual, como la violencia intrafamiliar, la obligación alimentaria, el subsidio familiar, el patrimonio de familia inembargable y afectación de vivienda familiar. Además la Corte, estudió la expresión “hogar” de la ley sobre el subsidio de vivienda, lo cual permite formular nuevas demandas de inconstitucionalidad que reconozcan los derechos de las parejas del mismo sexo.

20 Corte Constitucional, Sentencia C-029 de 2009. MP Rodrigo Escobar Gil.

21 Corte Constitucional, Sentencia C-029 de 2009. MP Rodrigo Escobar Gil.

Por otra parte, al ampliar los derechos de las víctimas a las parejas del mismo sexo, en particular los establecidos en la Ley 387 de 1997 sobre el desplazamiento forzado y la Ley 975 de 2005 sobre la ley de justicia y paz, se aporta para el avance en la investigación y sanción de estos crímenes contra la población de gays, lesbianas, bisexuales y transgeneristas en el marco del conflicto armado (Payne, 2007).

Otro gran avance de la sentencia es la incorporación de deberes para las parejas del mismo sexo, con lo cual se garantiza la transparencia y la imparcialidad en la administración pública. Finalmente, la Corte se pronunció sobre el régimen de seguridad social de las Fuerzas Militares avanzando en la unificación de los regímenes especiales y exceptuados de seguridad social en relación con la afiliación de los compañeros del mismo sexo.

Los notables avances logrados se soportan en una doctrina constitucional que Rodrigo Uprimny llama “doctrina de transacción” (Uprimny, 2009b), la cual es problemática porque permite tanto un desarrollo progresista como uno conservador.²²

Un ejemplo del desarrollo conservador ha sido planteado por el procurador general Alejandro Ordóñez en el concepto sobre una demanda de reconocimiento de la adopción conjunta de parejas del mismo sexo afirmó que no existía un cambio de precedente, sino una nueva perspectiva sobre los derechos de las parejas del mismo sexo, coherente con el precedente según el cual la familia monogámica y heterosexual es la única constitucionalmente protegida, se afirma en el concepto:

El Ministerio Público reconoce la existencia de una reiterada jurisprudencia constitucional en torno a los derechos de las parejas homosexuales, pero también advierte la existencia de una jurisprudencia específica sobre la temática de la familia y de la adopción. Existen, por tanto, dos clases de precedentes que deben tratar de armonizarse, en la medida en que esa armonización sea imperiosa en el marco constitucional (Procuraduría General de la Nación, 2009).

Para la Procuraduría las parejas del mismo sexo tienen protección constitucional pero no es la misma que se da a la pareja heterosexual que, a su juicio, es la única que conforma familia. Esto se debe a que el criterio de razón suficien-

22 Esta es la razón por la cual el magistrado Jaime Araújo Rentería salvó el voto en varias de estas decisiones, ya que su posición era otorgar automáticamente todos los derechos sin esperar a cada demanda. Su metáfora de la cadena es muy ilustrativa: “Para presentarlo de una forma gráfica: sostengo que si hoy en día tenemos encadenados y esclavizados a un grupo de personas con 30 cadenas, y si a estos esclavos le quitamos una de las 30 cadenas, todavía quedan encadenados con 29 cadenas, de modo que siguen siendo igualmente esclavos y no hemos logrado progresar en nada. Podemos incluso quitarles 29 cadenas, pero si les dejamos una sola, los mantenemos esclavizados, de manera que no podemos suponer que hemos progresado. De esta manera, sostengo que la única manera de restablecer la libertad y la igualdad de las parejas que no son heterosexuales es quitándoles todas las 30 cadenas, para que sean real y verdaderamente libres e iguales”. Salvamento de voto del magistrado Jaime Araújo Rentería, Corte Constitucional, sentencia C-075 de 2007. MP Rodrigo Escobar Gil.

te para distinguir legítimamente la familia de las parejas del mismo sexo, es la diferenciación sexual y la reproducción de la especie.

Esta interpretación muestra que el precedente dejó un espacio suficiente para un desarrollo conservador, el cual puede resumirse en la expresión “no más allá”, es decir, reconocer la unión marital de hecho de parejas del mismo sexo, pero preservar la definición heterosexual de la familia. Esta idea conservadora estaba planteada desde la sentencia C-075 de 2007, como se evidencia en la aclaración de voto de los magistrados Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy y Nilson Pinilla:

aunque compartamos plenamente la decisión adoptada en la presente sentencia, así como las consideraciones expuestas para sustentarla, estimamos necesario aclarar que solamente hemos apoyado el fallo, tras cerciorarnos de que el mismo no significa un cambio de la jurisprudencia de esta Corporación, relativa al carácter heterosexual de la familia que la Constitución Política protege.²³

A pesar de lo anterior, el precedente también dejó un espacio para un desarrollo progresista. Un ejemplo de este tipo de planteamiento puede encontrarse en la intervención ciudadana de Dejusticia respecto al matrimonio entre parejas del mismo sexo. Sobre la interpretación de la sentencia C-029 de 2009, Dejusticia sostiene un criterio que se ha aplicado en el transcurso de la reclamación de los derechos de parejas del mismo sexo: el concepto de familia no puede ser un argumento usado para discriminar, y además debe aplicarse el test estricto de proporcionalidad. Según la intervención ciudadana:

así como no toda diferencia de trato entre parejas heterosexuales y homosexuales puede tenerse como discriminatoria per se, tampoco la adscripción de las primeras a la noción de familia puede justificar per se el trato discriminatorio. En tanto imperativo constitucional, la protección especial de la familia heterosexual debe someterse en cada caso concreto al análisis propio del test estricto de proporcionalidad, pues lo contrario implicaría un retorno a la jurisprudencia anterior a la C-075/07 y, por tal razón, un desconocimiento del precedente vigente (Dejusticia, 2010).

En la sentencia C-029 de 2009 conviven tres criterios jurisprudenciales, a saber, la protección de la familia heterosexual proveniente de los sectores conservadores, la aplicación del test estricto de proporcionalidad promovido por los sectores progresistas y la doctrina del mínimo de protección constitucional, la cual fue creada por acuerdo en la Corte Constitucional.²⁴

Esta tensión no debería tener efectos en los derechos reconocidos por la Corte, pero sin duda tendrá impacto en las decisiones sobre la adopción y el

23 Aclaración de voto de los magistrados Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy y Nilson Pinilla, Corte Constitucional, sentencia C-075 de 2007. MP Rodrigo Escobar Gil.

24 Para un análisis de la política constitucional sobre los derechos de los homosexuales ver el trabajo de Julieta Lemaitre (2005: 181-217). En: D. Bonilla y M. Iturralde.

matrimonio. A pesar de lo anterior, como se verá en la siguiente sección, la posición conservadora se impuso en una decisión que parecía ser un caso fácil relacionado con el acceso a la pensión de sobreviviente de un compañero del mismo sexo.

4. Sentencia C911 de 2009: El retorno de la discriminación

En enero de 2010 la Corte Constitucional dio a conocer la sentencia T-911 de 2009, aprobada por una de las salas de revisión de la Corte Constitucional y conformada por los magistrados Jorge Iván Palacio, Humberto Sierra Porto y Nilson Pinilla Pinilla, este último ponente de la decisión, la cual no tuvo ni aclaraciones, ni salvamentos.²⁵ Esta sentencia es un retroceso para los derechos de parejas del mismo sexo, al menos por dos razones. Por una parte, hace de las sentencias que reconocen derechos las parejas del mismo sexo, especialmente la C-336 de 2008 sobre derecho a la pensión de sobreviviente, una sentencia de papel, es decir, difícil de implementar y prácticamente ino-cua en algunos casos para reclamar realmente los derechos. Por otra parte, la ineficacia de estas sentencias se funda en un hecho discriminatorio que tiene como fundamento la ideología conservadora en la Corte y la tensión entre protección e igualdad.

4.1. La historia de Juan Carlos

Juan Carlos Corredor convivió con su compañero, José Valdemar Sánchez, durante 26 años hasta su muerte el 6 de julio de 2007. Por esta razón, Juan Carlos inició los trámites para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente de su compañero, quien la disfrutaba desde el año 2003. Para ello presentó al Instituto de Seguros Sociales (ISS) dos declaraciones ante notario, una de las cuales correspondía al hermano del compañero fallecido y otra a un amigo de la pareja.

El Instituto de Seguros Sociales negó la solicitud a Juan Carlos y concedió la pensión al hijo del pensionado, Javier Mauricio Sánchez. En ese momento (12 de febrero de 2008), la Corte Constitucional no se había pronunciado sobre el derecho a la pensión de sobreviviente de las parejas del mismo sexo (sentencia C-336 del 16 de abril de 2008) pero ya lo había hecho sobre los derechos patrimoniales y reconocimiento de la unión marital de hecho (sentencia C-075 de 2005). Juan Carlos, por intermedio de su abogada, interpuso los recursos correspondientes, pero el ISS siguió negando la pensión. En respuesta a los recursos la entidad aseguró que no se había acreditado la existencia de la relación en los términos señalados en la sentencia C-336 de 2008, es decir, mediante declaración conjunta de los integrantes de la pareja.

25 Durante el trámite en la Corte Constitucional, la organización Colombia Diversa, el Programa Justicia Global y Derechos Humanos de la universidad de los Andes y el abogado Germán Humberto Rincón Perfetti presentaron *amicus curiae* abogando por la protección de los derechos de Juan Carlos.

Juan Carlos interpuso una acción de tutela argumentando que esta actuación violaba sus derechos fundamentales. Durante el trámite tanto los jueces de instancia como la entidad accionada sostuvieron que no se violaba ningún derecho fundamental debido a que no se acreditó la existencia de la pareja según los términos y condiciones establecidos en la mencionada sentencia. Además, en el procedimiento de la acción de tutela se presentó el hijo del compañero de Juan Carlos, quien aseguró que su papá no tenía “tendencias homosexuales”, que Juan Carlos “fue un protegido de su padre” y acusó al compañero sobreviviente de que está realizando esta actividad de mala fe para quedarse con sus bienes.

4.2. Argumentos para negar la protección de los derechos fundamentales

La Corte negó la protección de los derechos con dos tipos de argumentos. El primero, el cual parece ser la *ratio decidendi* (razón para decidir) de la sentencia, se relaciona con la falta de procedibilidad de la acción de tutela debido a que Juan Carlos Corredor no tendrá ningún perjuicio irremediable, por cuanto es profesional y puede trabajar. La Corte agrega además: “el solo hecho de tratarse de un homosexual no confiere una prelación especial en circunstancias como estas”.²⁶ Por otra parte, la Corte presenta un argumento de fondo, según el cual no debe otorgarse el derecho a la pensión de sobreviviente porque la sentencia C-336 de 2008 tiene efectos hacia el futuro y por tanto no protegería al accionante.

De manera adicional, la Corte realiza un análisis sobre la necesidad de acreditar la existencia de la unión marital de hecho como requisito para acceder a la pensión de sobreviviente, mediante una única prueba, es decir, la declaración conjunta. Este asunto ampliamente analizado no es tenido en cuenta en la decisión del caso por lo que podrían considerarse *obiter dicta* (dichos de paso) de esta sentencia.

4.3. Los errores de la sentencia

En este apartado se muestran los que considero los errores conceptuales y metodológicos de la sentencia T-911 de 2009, los cuales se concentran en dos aspectos centrales. El primero se relaciona con la incoherencia y discriminación en relación con el medio de prueba de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes. El segundo se refiere a la interpretación de los efectos en el tiempo de la sentencia C-336 de 2008.

a) El clóset como arma para negar derechos

Según la Corte la única prueba aceptable para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente de la pareja del mismo sexo es la declaración conjunta ante notario de los integrantes de la pareja. Esto se justifica según la Corte por

26 Corte Constitucional, Sentencia t-911 de 2009. MP Nilson Pinilla Pinilla.

tres razones. La primera, se relaciona con un argumento simplemente literal: la sala plena así lo determinó (sentencia C-336 de 2008) y así también lo ha reiterado una sala de revisión (t-1241 de 2008). La segunda razón se relaciona con la necesidad y justificación de este medio de prueba. Según la Sala de debe realizar esta prueba en forma previa y conjunta porque está en juego la orientación sexual de las personas, asunto “con importantes implicaciones para ambos miembros de la pareja e incluso para sus familias”. Además se afirma en la sentencia que

resalta la Sala la gran dificultad existente para reconocer derechos derivados de este tipo de relaciones cuando una de las personas que la conforma ha fallecido, sin reconocerlo ni dejar prueba de ello.

Y la Corte continua:

en armonía con la figura jurídica de la unión marital de hecho y los derechos y obligaciones que se derivan, que la existencia de ese hecho social de tan trascendentales implicaciones jurídicas no puede ser una circunstancia absolutamente oculta, que sólo surja a la luz pública con ocasión de la posterior reclamación de un derecho prestacional, sino por el contrario, un hecho suficientemente conocido, a partir del cual puedan los interesados ejercer de manera tranquila y sin objeciones de terceras personas, los derechos que de él se derivan.²⁷

En otras palabras, por ser la orientación sexual algo “con importantes implicaciones” debe declararse antes de la muerte, y agrega la Corte que se trata de una carga racional y justificada de las que “normalmente demanda el ordenamiento jurídico”.

La tercera razón se relaciona con la imposibilidad de aplicar la norma probatoria establecida para las parejas heterosexuales, pues según la Corte son dos tipos de pareja diferentes:

Finalmente, frente a las objeciones planteadas en torno a la igualdad para las parejas del mismo sexo respecto de los requisitos normalmente exigidos a las parejas heterosexuales para la obtención de la pensión de sobreviviente, debe la Corte anotar que si bien no existe norma ni pronunciamiento judicial que exija que en este caso de adelante la indicada diligencia, no entienda que ello resulte discriminatorio para las parejas del mismo sexo. La principal y evidente razón para ello es que en realidad no existe entre estas dos situaciones igualdad fáctica suficiente como para albergar una expectativa de trato igual, debido a las serias implicaciones sociales y personales que, según, lo explicado, tiene la existencia de una pareja del mismo sexo, especialmente la aceptación de importantes circunstancias que no podrían ser presumidas, implicaciones que como es evidente no concurren en el caso de una pareja heterosexual.²⁸

27 Corte Constitucional, Sentencia t-911 de 2009. MP Nilson Pinilla Pinilla.

28 Corte Constitucional, Sentencia t-911 de 2009. MP Nilson Pinilla Pinilla.

Como puede verse la primera razón es una mala interpretación del precedente, debido a que como quedó claro en el auto 163 de 2008 y en la sentencia T-1241 del mismo año, no es necesaria la concurrencia conjunta de los integrantes de la pareja del mismo sexo. Ante la decisión tomada en la sentencia C-336 de 2008 sobre el medio de prueba, los demandantes en ese proceso interpusieron una solicitud de aclaración debido a que consideraban que la expresión de la parte resolutive de la sentencia, la cual afirmaba que la pareja debía ser “acreditada en los términos señalados en la sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales”, podría derivar en una interpretación según la cual el único medio probatorio la declaración conjunta ante notario, lo cual a su juicio podría generar imposibilidad absoluta de acceder a la pensión en caso del fallecimiento, el cual es muchos casos resulta sorpresivo, imprevisto o imprevisible, sin que se realice la declaración mencionada.

Por otra parte, se argumentaba que este requisito era discriminatorio por cuanto a las parejas heterosexuales no les es aplicable, ya que de conformidad con la ley, cuentan con otro mecanismo para acreditar su condición de tales como requisito de acceso a la pensión de sobreviviente. En efecto, el artículo 11 del Decreto 1889 de 1994 dispone que

se presumirá compañero o compañera permanente, quien haya sido inscrito como tal por el causante en la respectiva entidad administradora. Igualmente, se podrá acreditar dicha calidad por cualquier medio probatorio previsto en la ley.

La Corte Constitucional negó la solicitud de aclaración con el siguiente argumento:

10. Que, contrario a lo expuesto por los solicitantes, la Sala considera que las expresiones sobre las cuales recae la petición de aclaración no generan equívoco, duda, ambigüedad o perplejidad en su intelección, pues su texto envía a las previsiones de la Sentencia C-521 de 2007 **y en ésta no se encuentra expresamente establecido que los integrantes de la pareja están obligados a concurrir simultáneamente ante el notario**; en la sentencia C-521 de 2007, se dijo:

La condición de compañero (a) permanente debe ser probada mediante declaración ante notario, expresando la voluntad de conformar una familia de manera permanente, actuación a la que deben acudir quienes conforman la pareja y que supone la buena fe y el juramento sobre la verdad de lo expuesto; por lo tanto, el fraude o la ausencia de veracidad en las afirmaciones hechas durante esta diligencia acarrearán las consecuencias previstas en la legislación penal y en el resto del ordenamiento jurídico (resaltado fuera del texto original).²⁹

Posteriormente, la Corte Constitucional conoció un caso del compañero de un sargento retirado del ejército (sentencia t-1241 de 2008), en la cual reconoció el derecho a la pensión de sobreviviente a los miembros de la Fuerza Pública,

29 Corte Constitucional. Auto 163 de 2008. MP Clara Inés Vargas Hernández.

pero tuvo que negar la protección constitucional por cuanto no se había demostrado la existencia de la unión. La Corte recordó:

Conforme a las sentencias mencionadas, la Sala debe reiterar que para acreditar el vínculo debe existir, cuanto menos, **una declaración juramentada ante notario ya que la sola manifestación informal de uno de los miembros de la presunta pareja no tiene el poder de acreditar la voluntad de conformar un lazo de manera permanente.**³⁰

La aceptación de los mismos medios de prueba ha sido acogida incluso por el Instituto de Seguros Sociales entidad accionada en este proceso, la cual el 30 de octubre de 2008 mediante memorando GNP 5544 aseguó que:

conforme a los términos señalados en la sentencia C-521 de 2007, deberá tenerse especial consideración de la declaración que se haga ante autoridad notarial por parte de los integrantes de la pareja, manifestación ésta que gozará de la presunción de la buena fe y el juramento sobre la verdad de lo expuesto y frente a la cual **no podrá exigirse por parte del operador administrativo, que se haya suscrito en forma simultánea por los dos miembros de la pareja, por hallarse en imposibilidad jurídica de hacerlo ante el acaecimiento del hecho de la muerte respecto de uno de ellos.**³¹

El segundo y tercer argumento están fundamentados en criterios discriminatorios y contradicen lo establecido en la jurisprudencia constitucional, incluso lo mencionado en la propia sentencia T-911 de 2009. La Corte creó una subregla con la cual se pueden llenar vacíos de interpretación relacionados con la aplicación de las sentencias: los compañeros permanentes del mismo sexo deben cumplir los mismos requisitos y condiciones exigidos para los compañeros permanentes heterosexuales (sentencias C-075 de 2007, t-856 de 2007, C-811 de 2007, C-336 de 2008, C-798 de 2008, T-1241 de 2008 y C-029 de 2009)³². En ese mismo sentido la sentencia T-911 de 2009 sigue esta línea jurisprudencial en una parte de la sentencia, pero en el análisis de la cuestión es contradictoria con este postulado, según la sala:

Así las cosas, resalta la Sala que el reconocimiento de prestaciones o de derechos específicos en cabeza de estas personas está sujeto a los mismos requisitos que conforme a las normas aplicables resultan exigibles frente a la generalidad de las personas, de los cuales no podrán ser exonerados únicamente en atención a su condición de homosexuales.³³

30 Corte Constitucional. Sentencia t-1241 de 2008, Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández.

31 Respuesta a Colombia Diversa del ISS. Bogotá, 30 de octubre de 2008.

32 Como lo argumenté en otro texto sobre el particular, esta regla procedimental es de gran importancia para los operadores jurídicos quienes deben tener en mente que la igualdad de derechos implica igualdad en requisitos y procedimientos. En este sentido, cualquier procedimiento, requisito o interpretación que obstaculice o anule el disfrute de los derechos de las parejas del mismo sexo será inconstitucional (Albarracín y Azuero, 2009).

33 Corte Constitucional, Sentencia t-911 de 2009. MP Nilson Pinilla Pinilla.

¿Por qué la Corte afirma que se deben aplicar los mismos requisitos y un apartado más adelante en la sentencia afirma que se deben aplicar requisitos especiales por la particular “naturaleza” o “diferencia” de las parejas del mismo sexo? Esta contradicción es la evidencia de la discriminación y del retroceso de los derechos de las parejas del mismo sexo en la Corte. Por si fuera poco Juan Carlos y su compañero no conocían de esta “prueba” debido a que este último falleció un año antes de la sentencia de la Corte.

b) El formalismo respecto a los efectos

La Corte consideró que los efectos de la sentencia regían hacía el futuro y que por tanto Juan Carlos Corredor no estaría protegido por la sentencia de la Corte Constitucional. La Corte no tuvo en cuenta al menos tres argumentos relevantes. El primero se relaciona con el origen de la discriminación, la cual tuvo como fuente la ley y fue avalada previamente por la Corte Constitucional. Es decir, los perpetrados del hecho discriminatorio fueron las instituciones estatales y no puede insistirse en la negación de derechos por vía de una interpretación literal de la ley estatutaria de administración de justicia. El segundo argumento íntimamente relacionado con el anterior, es la habilitación que tiene la Corte para extender los efectos de la sentencia teniendo en cuenta que el Comité de Derechos Humanos ordenó al Estado colombiano, incluida por supuesto la Corte Constitucional, eliminar las causas de la discriminación de las parejas del mismo sexo. La Corte favoreció la interpretación que no protegía los derechos fundamentales en contravía con su función constitucional.

El tercer argumento, se relaciona con el comportamiento institucional de la Corte que ha reconocido derechos pensionales a las parejas heterosexuales desde la entrada en vigencia de la Constitución. En diversas sentencias (C-309 de 1996 C-653 de 1997, C-050 de 2000, t- 92 de 2008) se demandaban artículos de diferentes leyes que estipulaban que el derecho establecido en favor de las viudas de obtener una pensión se perdía cuando, por culpa de la viuda, los cónyuges no vivieran unidos en la época del fallecimiento del marido, o cuando la viuda contrajera nuevas nupcias o hiciera nueva vida marital. Así, la Corte encontró que existía un trato discriminatorio hacia las viudas que han contraído otro matrimonio y exigió remediar esta discriminación desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1991.

4.4. Consecuencias de la sentencia

Esta sentencia es un retroceso y una evidencia de lo problemático e inestable del precedente constitucional. Se retorna a la discriminación contra las parejas del mismo sexo, esta vez por vía de la implementación de la sentencia. Es una discriminación que hace ineficaz la sentencia de pensión de sobreviviente debido a que las personas quienes vivían en pareja, y cuyo integrante pensionado hubiere fallecido antes del 16 de abril de 2008, no podrá acceder a la pensión de sobreviviente. Adicionalmente, es indispensable que las parejas

acudan ante la notaría a declarar su unión, so pena de no ser reconocido su derecho a la pensión de sobreviviente.

Esta sentencia es una pieza de la historia jurisprudencial de la injuria contra la población de gays, lesbianas, bisexuales y transgeneristas. Además es la prueba que necesita la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos para admitir y pronunciarse de fondo sobre los casos de pensión de sobreviviente de parejas del mismo sexo los cuales hacen curso contra el Estado colombiano en estas instancias (por ejemplo, en el caso de Ángel Alberto Duque c. Colombia).

5. Adopción y matrimonio: Entre la mínima protección y la igualdad

La sentencia C-029 de 2009 es un gran paso para la igualdad, pero en su interior persisten importantes elementos que obstaculizan la igualdad real de las parejas del mismo sexo. Estos elementos afectan la implementación de los derechos reconocidos, toda vez que se acude a una superioridad de la pareja heterosexual para seguir negando derechos, como ocurrió en la sentencia T-911 de 2009.

Las sentencias C-029 y T-911 de 2009 se han dado en un contexto de transición constitucional, debido a que existió un relevo de seis de los nueve magistrados de la Corte Constitucional, y además hubo un cambio en la dirección de la Procuraduría General de la Nación. Este contexto es muy relevante porque implica a su vez dos grandes retos. El primero se refiere a la continuidad del precedente respecto de la Corte Constitucional que produjo las sentencias sobre parejas del mismo sexo; en otras palabras, la gran pregunta que subyace es cuál será el papel de los nuevos magistrados de la Corte Constitucional respecto al precedente, al respecto se plantean tres opciones: una ampliación del precedente a otras áreas, incluso las relacionadas con el reconocimiento de la familia; una continuidad del precedente sin avances significativos; y una tercera, aunque menos probable, una restricción o menoscabo del precedente.

El otro reto es el papel del procurador Alejandro Ordóñez Maldonado, quien es un ferviente enemigo de los derechos de la población de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas. En varias de sus actividades y escritos previos, el procurador se ha mostrado como un católico fundamentalista y ahora tendrá funciones constitucionales relacionadas con el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo (Ordóñez, 2003 y 2007).

Sumado a este contexto de incertidumbre institucional se agrega el hecho que durante 2009, la Corte inició el estudio de los temas más controvertidos y difíciles en materia de derechos de parejas del mismo sexo: el derecho a la adopción conjunta y al matrimonio de las parejas del mismo sexo. En relación con el debate de la adopción se dio un primer debate en la Corte pero se tomó una decisión inhibitoria (sentencia C-802 de 2009), debido a que el demandante

no tuvo en cuenta una serie de disposiciones dispersas en distintos estatutos que desarrollan la institución de la adopción, que, para llegar a una conclusión en uno u otro sentido, deberían ser examinadas de manera conjunta y sistemática.³⁴

En relación con el matrimonio entre parejas del mismo sexo, la Corte tendrá que pronunciarse sobre dos demandas instauradas a finales de 2009.³⁵

Junto a estos nuevos retos, la Corte debe decidir casos de discriminación de las parejas del mismo sexo respecto a los derechos reconocidos por la jurisprudencia constitucional³⁶. No obstante, la sentencia T-911 de 2009, a pesar de fundarse en el precedente constitucional adopta una forma de decidir que constituye un regreso al pasado y una nueva forma de discriminación. Esta forma de proceder es de hipocresía constitucional, según la cual se mantiene un precedente progresista, pero se toman decisiones homofóbicas que obstaculizan el disfrute de los derechos.

Las demandas de matrimonio, los casos de adopción y los casos relacionados con la garantía plena de los derechos de las parejas serán decisiones definitivas para saber el rumbo que tendrá el precedente constitucional: si se tomará el camino de la igualdad o se mantendrá en el nivel de la protección mínima.

.....

Bibliografía

Albarracín, M.; Azuero, A. (2009). *Activismo judicial y derechos de los LGBT en Colombia. Sentencia emblemáticas*. Bogotá: Instituto de Servicios Legales Alternativos (ILSA).

Albarracín, M.; Noguera, M. (2008). *Situación de los derechos humanos de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en Colombia 2006-2007*. Bogotá: Colombia Diversa.

Bonilla, D. (2008). *Igualdad, orientación sexual y derecho de interés público*. La historia de la sentencia C-075/07. En: CD. Público. Parejas del mismo sexo: el camino hacia la igualdad, sentencia C-075/07. Bogotá: Colombia Diversa y universidad de los Andes.

Cajas, M. (2009). *Minimalismo judicial: ¿Cass Sunstein en la Corte Constitucional? Cuestiones Constitucionales* (20): 277-303.

Centro de estudios derecho, justicia y sociedad (Dejusticia). (2010). Intervención ciudadana en el proceso de constitucionalidad de los expedientes acumulados D-7882 y D-7909. Normas demandadas: artículo 113 del Código Civil e inciso 1.º del artículo 2.º de la Ley 294 de 1996. Bogotá.

34 Corte Constitucional, comunicado de prensa 49 del 10 de noviembre de 2009, sentencia C-802 de 2009. MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

35 Demandas de inconstitucionalidad, expedientes acumulados D-7882 y D-7909.

36 La Corte Constitucional debe decidir los expedientes acumulados T-2299859, T-2324790 y T-2386935, los cuales se refieren a derecho a derecho la pensión de sobreviviente.

Céspedes, L. (2004). *¿El fin o la modificación del juego? Las parejas homosexuales frente al derecho de afiliación a la seguridad social en salud. tesis de grado maestría en género*. Bogotá: universidad Nacional de Colombia - Facultad de Ciencias Humanas.

Estrada, AJ. (2003). La orientación sexual y el derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional. En: Memorias de las IV jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo. Bogotá: universidad Externado de Colombia.

Lemaitre, J. (2005). “Los derechos de los homosexuales y la Corte Constitucional: (casi) una narrativa de progreso”. En: D. Bonilla y M. Iturralde. *Hacia un nuevo derecho constitucional*. Bogotá: universidad de los Andes.

Moncada, P. (2002). “La huida de la Corte: el derecho al onanismo. Revista Tutela”. tomo 3 (25). Bogotá: Editorial Legis, enero.

Motta, C. (1998). “La Corte Constitucional y los derechos de los homosexuales”. En: Observatorio de Justicia Constitucional: la Corte Constitucional – el año de la consolidación. Bogotá: universidad de los Andes y Siglo del Hombre Editores.

Ordóñez, A. (2007). *El nuevo derecho, el nuevo orden mundial y la revolución cultural*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

Ordóñez, A. (2003). *Hacia el libre desarrollo de la animalidad*. Bucaramanga: universidad Santo Tomás.

Payne, W. (2007). “Violencia motivada por homofobia por grupos armados al margen de la ley: una investigación del fenómeno en el contexto del conflicto armado en Colombia”. Buenos Aires: tesis presentada a la Facultad de Ciencias Sociales - Escuela de Relaciones Internacionales de la universidad del Salvador.

Procuraduría general de la Nación. (2009). Concepto del Ministerio Público en la demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 3 (parcial) del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 y contra el artículo 1 (parcial) de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005. Bogotá.

Sunstein, C. (2001). *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard university Press.

Sunstein, C. (1996). *Legal Reasoning and Political Conflict*. Nueva York: Oxford university Press. (Capítulo 2).

Uprimny, R. (2009^a). “Una jurisprudencia a favor de la igualdad y de la diversidad”. Bogotá: El Espectador. 2 de febrero. Sección opinión. Disponible en: <http://www.elespectador.com/columna114322-una-jurisprudencia-favor-de-igualdad-y-de-diversidad>

Uprimny, Rodrigo. (2009b). Conferencia derechos de la población homosexual, parejas del mismo sexo y familia. Seminario nuevas tendencias sobre derechos fundamentales de parejas del mismo sexo. Bogotá: Facultad de Derecho de la universidad Nacional. 13 de agosto.

(In) constitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del código civil chileno

Fabiola Lathrop Gómez

1. Introducción: las normas aplicables al cuidado personal de los hijos

Dentro de las cuestiones que padre y madre deben regular luego de su quiebre, está la determinación de quién ejercerá el cuidado personal de sus hijos.¹ Al respecto, nuestra legislación presenta tres tipos de atribuciones: atribución legal, judicial y convencional.

En virtud de la primera, el art. 225 inciso primero del Código Civil (en adelante C.C.) establece que si ambos padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos. Conforme a la atribución convencional, el mismo artículo, en su inciso segundo, señala que si los padres viven separados pueden acordar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre, alterando, de esta forma, lo prescrito supletoriamente por el art. 225 inciso primero C.C.² Por último, no obstante la atribución legal y convencional, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, el juez puede ordenar que el cuidado personal lo ejerza el otro progenitor, si el padre o madre a quien se ha entregado el cuidado personal ocasiona maltrato, descuida a los hijos, o los ha abandonado, o bien, por cualquier otra causa calificada (art. 225 inciso tercero C.C.). Todo ello, con una limitación importante: no puede atribuir el cuidado personal del hijo a quien no ha contribuido a su manutención mientras estuvo al cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo (segunda parte del inciso tercero del art. 225 C.C.)³ Asimismo, conforme al art. 226 C.C., el juez puede, en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal del hijo a otra persona o personas que estime competentes.

Ahora bien, estas normas del Código Civil debemos concordarlas con las contenidas en la Ley de Matrimonio Civil n° 19.947 (en adelante, LMC) que, para los casos de separación (de hecho o judicial) y divorcio, establece la posibili-

1 Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto Fondecyt núm. 11090042 y publicado en la *Revista Ius et Praxis*, Vol. II, 2010, pp. 147-184. La versión que aquí se presenta es una versión con notas abreviadas de la publicada en *Los derechos de las mujeres en la mira, Informe Anual de los Observatorios de Sentencias Judiciales y de Medios - 2010*, Corporación Humanas, Chile, 2011.

2 La doctrina reciente interpreta con amplitud esta norma. Así, se ha estimado que serían acuerdos válidos aquel por el cual los padres establecen que el cuidado pasará al padre a partir de una determinada edad o durante cierto periodo e, incluso, un régimen compartido de tuición (COURT MURASSO, 2010:75).

3 Restricción que se encontraba también en el art. 46 de la Ley de Menores n° 16.618 antes de la Ley de Filiación n° 19.585 y que debemos entenderla en concordancia con la letra a) del inciso segundo del art. 19 de la Ley n° 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias.

dad de intervención judicial a este respecto al aprobar el acuerdo completo y suficiente⁴, o bien porque, aplicando los arts. 31, inciso primero, 67, 70, 89 y 90 de la LMC, podemos llegar a la conclusión de que también el juez deberá pronunciarse sobre el cuidado de los hijos en los casos en que no se exige el acuerdo regulador.

En efecto, el art. 67 de la LMC establece que, solicitada la separación, el juez, durante la audiencia preparatoria, debe instar a las partes a una conciliación, la que tendrá por objetivo acordar las medidas que regularán lo concerniente a los alimentos entre los cónyuges y para los hijos, su cuidado personal, la relación directa y regular y el ejercicio de la patria potestad. En concordancia con esta disposición, el art. 90 de esta Ley establece que en este llamado a conciliación se incluirán estas materias aun cuando no se hubieren solicitado directamente en la demanda o en la reconvencción. Y si las partes no alcanzan acuerdo, el juez deberá pronunciarse sobre dichas materias, con carácter provisional, conforme al art. 70 de la LMC.

Asimismo, en materia de procedimiento, el art. 89 de la LMC ordena que las acciones que tengan por objetivo regular el régimen de alimentos, el cuidado personal de los hijos o la relación directa y regular, cuando no se hubieren deducido previamente de acuerdo a las reglas generales, como asimismo todas las cuestiones relacionadas con el régimen de bienes del matrimonio que no hubieren sido resueltas en forma previa a la presentación de la demanda de separación, nulidad o divorcio, deben deducirse en forma conjunta con ésta o por vía reconvenccional, en su caso.

Estas líneas tienen por objeto detenerse en el primer tipo de atribuciones reseñadas y, especialmente, en la regla de la atribución legal del art. 225 inciso primero C.C.; en concreto, buscamos revisar la constitucionalidad de esta norma a la luz del principio de igualdad contenido en el art. 19 n° 2 de la Constitución Política⁵ y de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que se encuentran vigentes en Chile, intentando así destruir los argumentos de utilidad y legitimidad esgrimidos por la doctrina a favor del art. 225 inciso primero C.C.

2. Breve noticia histórica

El legislador, históricamente, ha concedido a la madre el cuidado personal de los hijos e hijas. Las modificaciones introducidas a la atribución legal del cuidado personal han dicho relación con la edad hasta la cual permanecen bajo su cuidado exclusivo, edad que, por cierto, ha aumentado progresivamente.

4 En caso de nulidad, si bien la LMC no exige la presentación del mencionado acuerdo, estimamos que no habría problema en que las partes regularan de común acuerdo el cuidado personal de los hijos.

5 Cuestionan su legitimidad, Barros Bourie (1999:47); Schmidt Hott (2001:2779; y Gómez de la Torre Vargas (2007:141). Por su parte, defiende su coherencia con la Carta Fundamental, Rodríguez PINTO, (2009:562-564).

Así, ante todo, el art. 225 C.C. tiene su antecedente inmediato en el antiguo art. 223 del C.C. que, de acuerdo a la Ley N° 18.802 de 1989, establecía que correspondía a la madre el cuidado de todos los hijos menores, cualquiera fuese su sexo, salvo en caso de depravación materna que provocase perversión en los hijos.

Sin embargo, los orígenes del art. 225 del C.C. se remontan al Código Civil de 1855, el cual otorgaba a la madre el cuidado de los hijos menores de cinco años e hijas de toda edad. El padre era asignatario del cuidado de los hijos varones mayores de cinco años.⁶ En 1935, la Ley N° 5.680 elevó este límite de edad de los hijos a los diez años. Y en 1952, la Ley N° 10.271 la aumentó a los catorce años: cumplida esa edad, los hijos varones pasaban a estar bajo el cuidado personal del padre.⁷ El texto de la norma actual fue fijado por la Ley N° 19.585 de 1998 dejando esta vez, sin distinción de sexo, a todos los hijos menores bajo el cuidado materno.

Según consta en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de 20 de noviembre de 1996, los legisladores señalaron que, a falta de acuerdo, sea porque no existe o porque no consta en la forma señalada, la madre tiene el cuidado personal de los hijos menores. Estableciéndose, además, que la radicación legal del cuidado de los hijos, si no hay acuerdo, evita numerosas dificultades y responde a la práctica, que demuestra que lo más frecuente es que sea la madre la que lo asuma cuando los padres no viven juntos.

En materia de inhabilidades, el legislador de 1855 estableció que la madre quedaba excluida del ejercicio del cuidado personal de los hijos si por su depravación fuera de temer que ellos se pervirtieran, lo que se presumía, de pleno derecho, en el caso de divorcio causado por adulterio de la madre. En 1952, la Ley N° 10.271 –y posteriormente la Ley 18.802, que no modificó la norma respectiva- suprimió esta presunción, estableciendo que si el adulterio era la causa del divorcio, ello constituía un antecedente de importancia para resolver su inhabilidad, sin distinguir entre padre y madre.

Por su parte, la Ley N° 18.802 mantuvo la regla según la cual la depravación de la madre era causa de inhabilidad para ejercer la tuición, añadiendo que “en estos casos, o en el de hallarse inhabilitada por otra causa, se confiará el cuidado personal de los hijos al padre”. Esta norma había que entenderla en concordancia con el art. 42 de la Ley de Menores N° 16.618, que establecía dichas causales.

6 En esta norma vemos cómo, desde antaño, el papel que desempeña la mujer en la familia era heredado de generación en generación, pues quedando la hija al cuidado de su madre, se asegura el aprendizaje de las tareas domésticas, mientras que el hijo varón, alcanzada cierta madurez, deja esta órbita para “acompañar” a su padre en lo extra-familiar.

7 Esta es la solución más adecuada para COURT MURASSO (2010:73).

La Ley de Filiación N° 19.585 no alteró el criterio legal de preferencia materna, pero eliminó la causal de depravación de la madre como causal de inhabilidad, así como la referencia al adulterio de los padres como antecedente importante para resolver sobre la inhabilidad para ejercer el cuidado personal, derogando, por último, la norma según la cual, en el caso de encontrarse la madre inhabilitada por otra causa, se debía confiar el cuidado personal de los hijos al padre.

3. La (in)constitucionalidad de la norma de atribución materna preferente a la luz del principio de igualdad formal

En este trabajo pretendemos revisar la constitucionalidad de la norma en cuestión desde un doble punto de vista: formal y material.⁸ En primer término, analizaremos la (i)legitimidad del art. 225 inciso primero C.C. desde el punto de vista de la igualdad formal.

La Constitución Política (en adelante, CPR o Constitución) asegura a todas las personas la igualdad ante la ley; agrega que ni la ley ni autoridad alguna pueden establecer diferencias arbitrarias, prescribiendo, expresamente, que hombres y mujeres son iguales ante la ley (art. 19 N° 2°).⁹

Por ser este un trabajo que se enmarca en el Derecho Civil, no es del caso realizar aquí un estudio acabado sobre el principio de igualdad a nivel constitucional. A efectos del análisis de la legitimidad de la norma en cuestión, nos interesa detenernos solo en ciertos aspectos de dicho principio.

Así, lo primero que debemos señalar es que la igualdad constituye, en su esencia, un concepto relacional, esto es, no se verifica considerando a las personas en realidades aisladas sino siempre en términos de comparación entre dos o más personas o situaciones. Para el caso en análisis, estos supuestos serían el padre y la madre ubicados en situación de cuidar a sus hijos luego de la ruptura matrimonial o de pareja. En segundo lugar, este principio no excluye la existencia de diferenciaciones entre dos o más personas o situaciones. Lo que realmente proscribe son las distinciones de carácter arbitrario.

Para establecer si una norma es o no discriminatoria y vulnera el principio de igualdad garantizado por nuestra Constitución, es necesario analizar el criterio de distinción que utiliza. La clave está, entonces, en el análisis del criterio de distinción, que nos permite determinar si existe una razón suficiente, razonable, que permita efectuar una distinción. Las distinciones no son *per se* atentatorias contra el principio de igualdad constitucional: es necesario que la distinción sea arbitraria. La idea que subyace en esta afirmación es que el

8 Sobre la distinción entre igualdad formal (o ante la ley) y material (o de hecho), puede consultarse BOBBIO, (1993:75 y ss) quien se refiere a la igualdad jurídica, a la igualdad de oportunidades y a la igualdad de hecho (o material), entre otros tipos de igualdad; VELOSO VALENZUELA (2000:233-234); y SILVA BASCUÑÁN (2006:109 y ss.)

9 La frase "hombres y mujeres son iguales ante la ley" fue introducida por la Ley N° 19.611 que "Establece igualdad jurídica entre hombres y mujeres", publicada el 16 de septiembre de 1999.

principio de igualdad no puede ignorar las diferencias que existen entre los seres humanos, que no todas las diferenciaciones son arbitrarias y que el *quid* está en determinar qué distinciones autorizan tratamientos diferenciados y cuáles no.

Hasta aquí, la postura que defiende no se aleja de la posición de quienes defienden la constitucionalidad del art. 225 C.C. Hagamos, entonces, el ejercicio de establecer si el criterio establecido para efectuar la discriminación es o no arbitrario.

Según Alexy,¹⁰ si no hay razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, está ordenado un tratamiento igual. Si hay razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, está ordenado un tratamiento desigual. Existe diferenciación arbitraria cuando para la diferenciación legal no es posible encontrar una “razón razonable”, que surja de la naturaleza de la cosa o que, de alguna forma sea concretamente comprensible. De esta idea se desprende que quien pretende un trato diferenciado debe probar y justificar la discriminación. Y, en segundo lugar, que debe existir “razón suficiente” que avale el trato desigual, lo que resulta tremendamente complejo de dilucidar en algunos casos pues esto es, en suma, un problema de valoración.

¿Cuál sería la razón que lleva a hacer la distinción entre padre y madre para atribuir el cuidado personal? Descubrirla es el primer paso para establecer, luego, si es o no suficiente.

Referida ya, someramente, la redacción e historia legislativa del art. 225 C.C., podemos señalar que, en materia de asignación del cuidado personal luego de la ruptura familiar, ha existido desde siempre una discriminación entre hombre y mujer, padre y madre. El asunto está en determinar, a la luz de lo que hasta aquí hemos dicho, si ella es arbitraria o no.

Uno de los mecanismos ideados para determinar la pertinencia del criterio de distinción es el denominado “test de razonabilidad”, que comprende tres etapas encaminadas a establecer la existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual, la validez de ese objetivo frente a la Constitución, y la razonabilidad del trato desigual, esto es, la proporcionalidad entre ese trato y el fin que se persigue con el establecimiento de ese trato.¹¹

En cuanto a esta última etapa, el “test de la razonabilidad” se remite a un segundo mecanismo: el “test de la proporcionalidad”, que vendría a ser un segundo principio encaminado a establecer la existencia o inexistencia de una discriminación arbitraria¹².

10 Alexy (1993:395 y ss.)

11 El “test de la razonabilidad” se encuentra altamente difundido en numerosos países de Europa y América y es utilizado también en diversos tribunales internacionales.

12 Cfr. VELOSO VALENZUELA (2001:32). La profesora Bulnes aldunate, (2009:17-26), señala que, a

A continuación, trataremos de determinar la in(validez) constitucional del criterio de atribución materna preferente del art. 225 inciso primero C.C., sobre la base de que las diferencias de trato se permiten cuando (a) los supuestos son desiguales, (b) la distinción obedece a un criterio de necesidad y (c) se cumple con ciertos requisitos, como la idoneidad y la proporcionalidad.¹³

3.1. Los supuestos de la norma

El art. 225 inciso primero C.C. establece: “si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos”.

Los supuestos sobre los cuales esta norma efectúa la discriminación son: la madre ejerce el cuidado personal de los hijos y el padre ejerce el cuidado personal de los hijos. Ambos son, igualmente, padres. Ninguno es más progenitor que el otro. Sin embargo, el art. 225 inciso primero C.C. entrega a la madre este derecho-función sin hacer ningún llamamiento a la idoneidad de cada uno, como sería el caso de una norma que estableciera que el padre o madre más apto para ejercer el cuidado personal será su titular. Habrían, en este último caso, dos supuestos: un progenitor idóneo y uno menos idóneo.

No hay, entonces, supuestos desiguales.

3.2. La necesidad de la norma

En este punto, debemos preguntarnos si la distinción es necesaria. En cuanto a la existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual, tal como ha quedado plasmado en la historia de la Ley N° 19.585¹⁴, el criterio de distinción utilizado en el art. 225 inciso primero C.C. apunta a una razón de conveniencia. Así, se ha afirmado que con esta regla no se requiere ningún trámite o declaración adicional, con lo que se evita cualquier gestión para acreditar la titularidad del cuidado personal.¹⁵

La diferencia se basa en la facilitación del trámite de atribución, pues la regla supletoria de atribución legal materna descarta la discusión sobre las aptitudes para ejercer el cuidado, evitando un pronunciamiento adicional al respecto. Sin embargo, y con esto vamos cuestionando la efectiva necesidad de la norma, se ha hecho notar que la ley no consideró la forma en que la madre puede probar su derecho a la tuición del hijo que le corresponde al vivir sepa-

partir del año 2007, concretamente con la sentencia del Tribunal Constitucional Rol 790-07 recaída en un requerimiento de constitucionalidad, este Tribunal, sustentándose principalmente en la doctrina emanada de sus símiles español, mexicano y alemán, habría pasado a exigir, además de la razonabilidad, la proporcionalidad, esto es, las diferenciaciones no solo deben ser racionales sino que también deben ser objetivas y proporcionales y deben estar acorde con la finalidad que persigue el legislador al establecer la distinción.

13 VELOSO VALENZUELA (2000: 233).

14 Vid. nota al pie n° 9.

15 Así, ABELIUK MANASEVICH (2000:327) y RODRÍGUEZ PINTO (2009: 558 y ss.)

rada del padre y que, necesariamente, deberá acudir a la justicia solicitando una tuición declaratoria,¹⁶ lo que, desde luego, quita validez a la pretendida facilitación.

Por otra parte, generalmente, las reglas supletorias se justifican en cuanto determinan las consecuencias de los actos jurídicos cuando las partes interesadas no las han previsto ni regulado de otra manera, teniendo libertad para hacerlo;¹⁷ la ley se adelanta dando solución a una determinada disyuntiva.

En nuestro caso, la ley se anticipa señalando que la madre ejerce el cuidado personal, supuestamente, para evitar que ello deba discutirse. Pero, ¿es o no necesaria la distinción? ¿Es necesario que ello no se discuta? ¿Qué es más conveniente: que se demuestren las aptitudes parentales o que se las presuma en uno de ellos? ¿Qué es mejor, en suma, para el sujeto tutelado por la ley? ¿Cuáles son las desventajas de tener que requerir un pronunciamiento adicional respecto de quién es el titular, esto es, el niño?

A esta última pregunta se responde que, de no existir esta regla, habría que recurrir siempre a la justicia para determinar el progenitor cuidador.¹⁸ Pero veamos caso a caso.

La hipótesis del art. 225 inciso primero C.C. es “si los padres viven separados (...)”. ¿En qué casos lo están?: por separación de hecho o judicial, divorcio y nulidad.

En materia de separación de hecho, si los padres quieren regular los efectos de dicha separación, el art. 22 de la LMC exige la presentación de un acuerdo completo y suficiente al respecto.¹⁹ Si nada se dice y no se intenta demanda al respecto por alguno de los padres, tendrán aplicación los arts. 225 y 245 del C.C., en lo que se refiere al cuidado personal y patria potestad respectivamente, pudiendo, en todo caso, otorgar el acuerdo al que se refiere el inciso segundo del art. 225 y el inciso segundo del art. 245 del C.C. Lo mismo se aplica si no existe matrimonio entre ellos y han decidido no vivir más juntos.

Si se trata, en cambio, de separación judicial o divorcio, estamos en hipótesis en que se exige el acuerdo completo y suficiente, o bien, en que el juez debe pronunciarse sobre esta materia. Analicemos la razón legal de este argumento. Si la separación judicial es de mutuo acuerdo por cese de la convivencia, el art. 27 inciso segundo de la LMC exige la presentación del acuerdo, acuerdo que, por cierto, el juez podrá subsanar si no se cumple con los requisitos que señala el mismo art. 27 inciso segundo en relación con el art. 21 de la LMC,

16 BAVESTRELLO BONTÁ (2003:62).

17 ALESSANDRI RODRÍGUEZ, SOMARRIVA UNDURRAGA, Y VODANOVIC HAKLICKA (2009:117).

18 RODRÍGUEZ PINTO (2009:48-49).

19 Este acuerdo debe estar contenido en escritura pública, acta protocolizada ante notario, o bien, en transacción judicial, y se refiere a las materias que señala el art. 21 de la LMC.

es decir, si no es completo y suficiente (art. 31 inciso segundo de la LMC), de manera que deberán los padres pronunciarse sobre el cuidado personal de sus hijos. Y si la separación es judicial pero en virtud del art. 26 de la LMC, es decir, invocando alguna causal imputable a uno de los cónyuges, o bien, si cualquiera de los cónyuges la solicita por cese de la convivencia, conforme al art. 27 inciso primero de la LMC, el juez está obligado a resolver sobre el cuidado personal, conforme al art. 31 inciso primero de la LMC.

En el caso del divorcio, si es de mutuo acuerdo, se replica acá lo dicho en cuanto a la exigencia del acuerdo regulador (en virtud del art. 55 inciso segundo de la LMC). Y, si bien es cierto que la LMC nada dice sobre el divorcio unilateral en el párrafo donde trata del divorcio, aplicando las normas contenidas en los arts. 67 inciso segundo, 70, 89 y 90, podemos llegar a la conclusión de que, en este caso, también el juez deberá, preceptivamente, pronunciarse sobre el cuidado de los hijos.

En efecto, el art. 67 de la LMC establece que, solicitada la separación, el juez, durante la audiencia preparatoria, debe instar a las partes a una conciliación, la que tendrá por objetivo acordar las medidas que regularán lo concerniente a los alimentos entre los cónyuges y para los hijos, su cuidado personal, la relación directa y regular y el ejercicio de la patria potestad. Así, el artículo 90 de la LMC establece que en este llamado a conciliación se incluirán estas materias aun cuando no se hubieren solicitado directamente en la demanda o en la reconvencción. Y si las partes no alcanzaren acuerdo, el juez deberá pronunciarse sobre dichas materias, con carácter provisional, de acuerdo con el art. 70 de la LMC.

Asimismo, en materia de procedimiento, el art. 89 de la LMC, ubicado en el Capítulo IX de la LMC, destinado a los juicios de separación, nulidad del matrimonio y divorcio, ordena que las acciones que tengan por objetivo regular el régimen de alimentos, el cuidado personal de los hijos o la relación directa y regular, cuando no se hubieren deducido previamente de acuerdo a las reglas generales, como asimismo todas las cuestiones relacionadas con el régimen de bienes del matrimonio, que no hubieren sido resueltas en forma previa a la presentación de la demanda de separación, nulidad o divorcio, deben deducirse en forma conjunta con ésta o por vía reconvenccional, en su caso.

Por último, en cuanto a la nulidad, si bien la LMC no exige el acuerdo completo y suficiente en estos casos, conforme a la historia fidedigna del establecimiento de la Ley no habría problema en que las partes acordaran regular el cuidado personal de los hijos en el juicio de nulidad. En el caso que no lo hicieren, la Ley no llama al juez a decidir al respecto, a diferencia, como hemos analizado, de la mayoría de los casos de divorcio y separación.

En suma, de lo hasta aquí dicho se desprende que, la mayoría de las veces, la ley pone a los padres en la situación de decidir qué sucede con el cuidado de los hijos, porque les obliga a presentar el acuerdo completo y suficiente que

debe ser homologado por el juez, o bien, indirectamente, los pone en la tesitura de evidenciar sus capacidades, porque ha entregado al juez sobre la base de los antecedentes que los progenitores le hagan llegar o él solicite, resolver al respecto. Es decir, los padres deberán generalmente, hacer llegar ciertos antecedentes que permitan al juez decidir sobre el cuidado personal.

De esta forma, el esfuerzo que se quiere evitar con una norma como la del art. 225 inciso primero del C.C., se produce igualmente. Se evitaba quizá antes de la LMC, cuando había que iniciar obligatoriamente un juicio de tuición si se quería alterar la regla contenida en dicho artículo. Si no se demandaba el cuidado personal, el juez nada decía ni visaba, porque no existía la figura del acuerdo completo o suficiente ni se obligaba al juez a pronunciarse al respecto en el contexto de una separación (desde luego, no existía divorcio).

Así, sólo en el caso de separación de hecho (propia de hecho, sin que los padres acuerden regular las consecuencias de su separación, sea o no matrimonial) y la nulidad, se evitaría un pronunciamiento al respecto, dejando a la mujer el cuidado de los hijos, en cuyo caso, como hemos visto, hay dificultad igualmente, pues la madre no tiene cómo probar que tiene el cuidado personal.²⁰ Entonces, la necesidad de tal regla supletoria se ve restringida a estos casos.²¹

En tercer lugar, autores que defienden la utilidad de la norma, reconocen que la ley no es clara en cuanto a si se ha mantenido la preferencia materna como regla de atribución judicial, ya que el art. 225 inciso 3 C.C. no señala con exactitud si el criterio que debe aplicar el juez es el interés superior del hijo o la preferencia materna del inciso primero del mismo artículo.²² Esta cuestión resulta de vital importancia para definir si la ley entiende procedente el criterio de inhabilidad de la madre como única causa que permita al juez entregar el cuidado personal al padre.

Una interpretación sistemática no deja dudas en cuanto a que el criterio judicial es el *favor filii*. El juez debe analizar la situación que conoce conforme a los principios que le señala el mismo Código Civil, la Ley de Matrimonio Civil y la Ley de Tribunales de Familia²³: fundamentalmente, el interés superior del

20 La norma, en efecto, tendría utilidad en los casos de la denominada “entrega inmediata”, a la que, sin embargo, el juez solo accede cuando existe cercanía temporal muy estricta entre la alteración fáctica del cuidado personal determinado y la solicitud misma de entrega del hijo entablada por el titular de dicho cuidado personal. En todo caso, la entrega inmediata es un procedimiento no previsto expresamente en la Ley de Tribunales de Familia N° 19.968, lo que ha generado discusiones en la práctica judicial.

21 Podría agregarse también la hipótesis de los padres que nunca convivido pero que han concedido a un hijo fruto de un encuentro casual. En estos casos, los padres viven separados sin que exista crisis matrimonial o de pareja.

22 RODRÍGUEZ PINTO (2009:61). La profesora Rodríguez cita jurisprudencia que da cuenta de esta contradicción.

23 Conforme a los artículos 222 y 242 C.C., artículos 3 inciso primero y 85 inciso segundo de la LMC, y artículo 16 de la Ley de Tribunales de Familia N° 19.968, entre otros.

hijo y su derecho a ser oído. Así, el art. 225 inciso primero del C.C. perdería su automatismo, pues el juez está llamado a aplicar dichos principios al resolver sobre el cuidado personal y no el criterio de atribución materna que dicha norma contiene. Si decide radicar este derecho-función en la madre no será porque dicho artículo se lo ordene, sino por aplicación de directrices superiores.

No obstante, creo que el juez se inclina por aplicar la regla de “orden natural”²⁴ –como se afirma en numerosas decisiones judiciales, especialmente, de nuestros tribunales superiores de justicia-, a lo que viene en ayuda, precisamente, la sabida imprecisión del “interés superior”, principio en el que puede “escondarse” el verdadero criterio del juez al decidir, es decir, aplicar automáticamente el inciso primero del art. 225 C.C. Además, el mencionado inc. 3 señala que “cuando el interés del hijo lo haga indispensable”. La palabra “indispensable” parece ser más exigente, en cuanto sólo se conforma con un estándar mayor que el mero “interés superior”, lo que da pie para que el juez sea también más exigente al momento de modificar esta regla supletoria.

La profesora Rodríguez²⁵ desestima la preferencia materna como criterio de atribución judicial. En el antiguo art. 223 C.C. habría sido un criterio de atribución legal y judicial, pues la madre tenía que incurrir en inhabilidades para ser privada del cuidado personal. El espíritu de la Ley de Filiación N° 19.585 habría sido dejar subsistente la preferencia materna solo como regla legal supletoria y no como criterio judicial. El criterio judicial sería el interés superior de los hijos.

De seguir esta tesis, entonces, tenemos una razón más para destruir la utilidad del art. 225 inciso primero C.C. Si, cuando no hay acuerdo, decide el juez y éste no tiene que aplicar la preferencia materna, cabe preguntar ¿de qué sirve esta norma supletoria? Si, cuando no hay acuerdo, decide el juez aplicando el criterio del interés superior del hijo y no la preferencia materna, la norma supletoria pierde su ventaja. Sin embargo, creemos que el juez sí aplica esta preferencia materna, porque entiende que entre ella y dicho interés superior hay sinonimia. Esta cuestión explicaría que, muy escasamente, se otorgue judicialmente al padre el cuidado personal.²⁶ Así, para alterar la regla del 225 inciso 1 C.C. se debe probar descuido, maltrato u otra causa calificada respecto de la madre -en conformidad al inciso tercero del mismo artículo-, o bien, que ella ha caído en alguna inhabilidad del art. 42 de la Ley

24 Sólo a modo de ejemplo, se alude a esta idea en la sentencia de la Excm. Corte Suprema (que rechaza el recurso de casación en el fondo interpuesto por el padre en contra de la Sentencia de la Itma. Corte de Apelaciones de Chillán, que confirmaba la sentencia de primera instancia del Juzgado de Familia de Chillán que, a su vez, rechazaba la demanda reconventional del padre solicitando el cuidado personal compartido de su hija) de 15 de julio de 2008, Rol 3097-2008; y también en la Sentencia de la Excm. Corte Suprema (que acogió una solicitud de la madre de entrega inmediata de sus dos hijos, rechazando el recurso de casación en el fondo interpuesto por el padre contra la Sentencia de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago confirmatoria de la sentencia de primer grado del Tercer Juzgado de Familia de Santiago) de 9 de julio de 2007, Rol 5458-2006.

25 RODRÍGUEZ PINTO (2009:64).

26 La excepcionalidad de la atribución judicial paterna es reconocida por Rodríguez pinto (2009:68).

de Menores N° 16.618²⁷. Esta prueba es demasiado gravosa para el padre que desea ejercer el cuidado de su hijo y que, en principio, es igualmente apto que la madre para ejercerlo. Esta excesiva carga procesal lo dejaría en una situación desigual, factor que podría explicar la escasa atribución paterna del cuidado personal.

Por último, cabe señalar que, en materia de salida de menores al extranjero, hay situaciones en que no sirve tampoco la regla supletoria de atribución materna. La madre puede tener el cuidado personal en virtud del art. 225 inciso primero C.C. pero no lo puede probar, y si la relación directa y regular no se ha establecido judicialmente, deberá obtener, de todas formas, la autorización del padre no asignatario.²⁸

La regla legal supletoria del art. 225 inciso primero C.C. no presenta las virtudes que se le atribuyen: (a) genera un problema probatorio en situaciones de separación de hecho; (b) no es necesaria, salvo la hipótesis de separación de hecho y nulidad; (c) no existe claridad acerca de su utilidad como criterio de atribución judicial; (d) presenta problemas probatorios en materia de salida de menores al extranjero.

En suma, no creo que este criterio de distinción entre padre y madre, en estas materias, obedezca a la idea de necesidad. Desde el punto de vista de la necesidad, la norma del art. 225 inciso primero del C.C. no se justifica y no supera el “test de razonabilidad”.

3.3. Sobre la idoneidad de la norma

Según consta en la historia fidedigna del establecimiento de la ley, la idoneidad de la norma estaría dada en la medida que satisface un criterio práctico: la radicación legal del cuidado de los hijos, si no hay acuerdo, evita numerosas dificultades y responde a la práctica, que demuestra que lo más frecuente es que sea la madre la que lo asuma cuando los padres no viven juntos.

Creo que, conforme a los principios generales que inspiran la legislación de familia y, en especial, conforme a los postulados de la Convención de los Derecho

27 La doctrina y la jurisprudencia no se han uniformado en el sentido de que este último artículo se aplique solo en la hipótesis del art. 226 del C.C., es decir, para establecer el cuidado personal a favor de un tercero y no para radicarlo en uno de los padres, hipótesis esta en que sería procedente el art. 225 inciso tercero C.C., es decir, solo respecto de ellos cabría probar descuido, maltrato u otra causa y no las inhabilidades del mencionado art. 42. Por esta última posición se inclina Rodríguez PINTO (2009:60) si bien dando cuenta de esta disparidad doctrinal y jurisprudencial. Debe tenerse en cuenta que el art. 42 de la Ley de Menores N° 16.618 contiene una última causal genérica (N° 7: cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material) en la que bien podría caber el descuido, maltrato u otra causa calificada del art. 225 inciso 3 C.C.

28 Conforme al art. 49 de la Ley de Menores N° 16.618, regulado el régimen de relación directa y regular por sentencia judicial o avenimiento, se requerirá la autorización del padre o madre a cuyo favor se estableció, salvo si el menor sale del país en compañía de la persona o personas que deben prestarlo.

del Niño, el criterio para determinar la idoneidad de una norma rectora en materia de atribución del cuidado personal, no puede ser otro que el interés superior del niño.²⁹ Sin embargo, el art. 225 inciso primero C.C. no menciona este principio al establecer la regla supletoria de atribución preferente materna. Y no solo no lo menciona sino que, con un criterio de asignación automática, no lo satisface. Menos aún, en nuestro concepto, si descansa en una distinción entre padre y madre que no apela a su aptitud sino solo al sexo de uno u otro progenitor. ¿A qué responde entonces la norma del art. 225 inciso primero del C.C.?

Lo que ocurre es que, utilizando una regla supletoria o dispositiva, el legislador presume que la madre es la más idónea para el cuidado de los hijos porque tiene aptitudes connaturales para ello, cuestión que, como hemos dicho, también asume el juez al decidir sobre el cuidado personal de los hijos. Recordemos que, mediante las normas supletorias, el legislador reproduce la voluntad presunta de las partes, reglamentando la relación jurídica como probablemente lo habrían hecho ellas mismas si hubieran manifestado su voluntad, o bien, considerando principalmente las tradiciones, las costumbres, los hábitos, o el interés general.³⁰ En este caso, el legislador estaría reproduciendo la tendencia observada en los hechos, que demostraría que, en la gran mayoría de los casos, los hijos permanecen junto a su madre luego de la crisis matrimonial o de pareja.

Sin embargo, si se siguiera esta regla, reproduciendo la voluntad presunta de los padres o aplicando la costumbre, en conformidad a este “condicionamiento natural”, muchas de las normas de nuestro Derecho de Familia estarían dirigidas sólo a la mujer: el legislador debiera establecer, por ejemplo, que solo la mujer tendrá derecho a compensación económica porque es ella la que, en la gran mayoría de los casos, se dedica al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, postergando su desarrollo profesional o laboral, de manera de descartar al marido como asignatario, solución que constituiría un absurdo frente al principio de igualdad.

3.4. La proporcionalidad de la norma

La proporcionalidad comprende tres conceptos.³¹ En primer lugar, la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido. En segundo lugar, la necesidad de utilización de esos medios para el logro del fin (que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que se sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios). Finalmente, la proporcionalidad, en sentido estricto, entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.

29 En este sentido, Gómez De La Torre (2007:39-47 y 140-142).

30 Estos son los criterios del legislador al dictar normas de este tipo. Cfr. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, SOMARRIVA UNBURRAGA Y VODANOVIC HAKLICKA (2009:117).

31 Cfr. Veloso VALENZUELA (2000:233) y BERNAL PULIDO (2007).

Contrapongamos a la norma del art. 225 inciso primero C.C. el fin que se persigue con el establecimiento de ese trato: evitar pronunciamientos adicionales. Pero ¿el hijo tiene más que perder si se obliga a hacer un ejercicio de responsabilidad parental a los padres? Es decir, ¿llamarlos a reflexionar acerca de quién de los dos es el más apto, o los dos, o ninguno?

En cuanto a la necesidad de utilización de los medios, ya hemos dicho que el criterio de atribución legal no es necesario salvo el caso de separación propiamente de hecho y nulidad. Al respecto, podemos decir, incluso, que en los casos en que el padre altere fácticamente la atribución materna del art. 225 inciso 1 C.C., el juez, de todas formas, se pronunciará sobre el cuidado personal: directamente, porque puede suceder que el padre entable una demanda de cuidado personal después de alterar fácticamente el cuidado personal materno, o bien, indirectamente, si se inicia el procedimiento de entrega inmediata por parte de la madre, es decir, se pronunciará sobre la conveniencia de que los hijos permanezcan con el titular establecido. En este sentido, creemos que, cuando se altera la situación que venía dándose, amparada por la regla supletoria en cuestión, el juez no debería volver las cosas a su “estado anterior”, es decir, ordenar la entrega inmediata a la madre, sin hacer una valoración acerca de si ello, verdaderamente, satisface el interés del hijo, es decir, creemos inadecuado aplicar automáticamente esta regla sin pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Es posible afirmar que existen otros medios, como el acuerdo de los progenitores, que la misma ley reconoce para la mayoría de los casos en que se aplica teóricamente el art. 225 inciso primero C.C. en la hipótesis “si viven separados” y que pueden conducir perfectamente al fin que el espíritu del legislador quiere satisfacer (el interés superior del hijo). El principio satisfecho por el logro de este fin, esto es, la conveniencia práctica del art. 225 inciso primero C.C., sacrifica un principio constitucional más importante que dicha conveniencia práctica: el principio de igualdad.

4. La (in)constitucionalidad de la norma de atribución materna preferente a la luz del principio de igualdad material

Como hemos venido adelantando, defendemos que la norma contenida en el artículo 225 inciso primero del C.C. es inconstitucional frente al principio de igualdad consagrado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política.

En efecto, desde el punto de vista de la igualdad formal, el Código Civil establece una discriminación en *contra del hombre*, que no se justifica en ningún criterio de necesidad aceptable, ni de razonabilidad, ni de proporcionalidad, sin superar así, el “test de razonabilidad” y el “test de proporcionalidad” que aquí hemos intentado desarrollar, es decir, se trata de una discriminación arbitraria.

Por otra parte, junto con contravenir el mencionado artículo 19 N° 2 de la CPR, el art. 225 inciso primero C.C. transgrede ciertas y determinadas normas

contenidas en Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile, que se encuentran vigentes, y que revelan no sólo la dimensión formal del principio de igualdad sino también, especialmente, su dimensión real.

En primer lugar, el artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³² establece que los Estados Partes se comprometen a garantizar a *hombres y mujeres* la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en dicho Pacto. El artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales³³ señala que los Estados Partes se comprometen a asegurar a los *hombres y a las mujeres* igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en dicho Pacto. El artículo 17 inciso cuarto del Pacto de San José de Costa Rica³⁴ preceptúa que los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo; agregando que, en caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. Nótese que el llamado a la igualdad subsiste en casos de *disolución del matrimonio* y que debe garantizarse el *bienestar de los hijos sobre la base única de su interés y conveniencia*.

Por otro lado, la CPR chilena no sólo consagra el principio de igualdad jurídica en su artículo 19 N° 2, sino que se refiere también a la consecución de la igualdad real en su artículo 1, en cuanto establece: (a) que el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a *crear las condiciones* sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que la Constitución establece; y (b) en cuanto señala que es deber del Estado asegurar el derecho de las personas a participar con *igualdad de oportunidades* en la vida nacional.

Esta segunda dimensión del principio de igualdad se denomina igualdad material o real y busca concretizar, hacer realidad, el principio de igualdad consagrado normativamente.³⁵

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante, CEDAW)³⁶ se refiere, claramente, a esta especial

32 Este Pacto entró en vigencia en Chile el año 1989 y está contenido en el Decreto 778 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 29 de abril de 1989.

33 Este Pacto entró en vigencia en Chile el año 1989 y está contenido en el Decreto 328 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 27 de mayo 1989.

34 Esta Convención entró en vigencia en Chile el año 1991 y está contenida en el Decreto 873 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 5 de enero de 1991.

35 ALEX Y (1993).

36 Esta Convención entró en vigencia en Chile el año 1989 y está contenida en el Decreto 789 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 12 de diciembre de 1989.

dimensión de la igualdad. En primer lugar, no debemos perder de vista el concepto de discriminación que la CEDAW nos entrega en su artículo 1. En efecto, esta norma establece que la expresión “*discriminación contra la mujer*”, denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. Como queda claro, la discriminación contra la mujer no sólo se produce cuando existe intención de discriminar sino también cuando, por resultado, se produzca discriminación.³⁷ De esta forma, una norma puede, aparentemente, proteger a la mujer pero, en su resultado, discriminarla. En otras palabras, para analizar si una norma es arbitrariamente discriminatoria no basta con examinarla formalmente, con realizar un juicio de legitimidad constitucional formal, sino que se las debe evaluar en sus resultados.

Así, el artículo 5 de esta Convención señala que los Estados Partes 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 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; y (b) garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la *maternidad como función social* y el reconocimiento de la *responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos*, en la inteligencia de que el *interés de los hijos* constituirá la consideración primordial en todos los casos.

En segundo lugar, su art. 16 apartado 1, incisos d) y f), establece: d) que los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en *condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: los mismos derechos y responsabilidades como progenitores*, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los *intereses de los hijos* serán la consideración primordial; f) y los *mismos derechos y responsabilidades* respecto de la tutela, curatela, *custodia* y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los *intereses de los hijos* serán la consideración primordial.

En este mismo sentido, la Convención de *Belem do Pará*³⁸ señala en su artículo 6, que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: a) el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discrimina-

37 Que es lo que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido denominando “discriminación inversa”. Vid. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia Regina contra Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith y Laura Perez (cuestión prejudicial), causa 167/97, de fecha 9 de febrero de 1999.

38 Esta Convención entró en vigencia en Chile el año 1998 y está contenida en el Decreto 1641 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 11 de noviembre de 1998.

ción, y b) el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación. Su artículo 8 letra b) establece que los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para: modificar los *patrones socioculturales* de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar *prejuicios y costumbres* y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Informe de Fondo recaído en el caso María Eugenia Morales de Sierra (Guatemala) de 19 de enero de 2001³⁹, aplica esta dimensión de la igualdad real. En este caso, la Comisión detectó violaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos en las disposiciones del Código Civil guatemalteco que, referidas a las relaciones domésticas, asignaban responsabilidades y obligaciones solamente al marido, en virtud de su papel como proveedor de ingresos. Así, la Comisión señaló que lejos de asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades matrimoniales, estas normas institucionalizaban desequilibrios entre los derechos y deberes conyugales. En este sentido, la Comisión expresó su preocupación frente a los graves efectos de la discriminación contra las mujeres y las nociones estereotipadas de sus funciones al interno de la familia que, a la larga, perpetúan una discriminación *de facto* contra las mujeres; para concluir que la aplicación de “*nociones estereotipadas del papel de las mujeres y los hombres*” no constituye un criterio apropiado para asegurar un equilibrio adecuado entre los derechos y deberes familiares del hombre y de la mujer.

A la luz de estas disposiciones, creemos que, desde la perspectiva de la igualdad real o material, el artículo 225 inciso primero C.C. consagra un falso caso de discriminación inversa⁴⁰, en cuanto, en vez de revertir una situación de discriminación histórica, reproduce estereotipos fijados a partir de la naturalización de la diferencia sexual.

Estimo que el legislador chileno y la doctrina que defiende la tesis de atribución preferente materna, asumen una “inclinación de orden natural” como un determinado estado de cosas, sin detenerse en las consecuencias de esa decisión. Asumir un supuesto “estado de cosas” no quiere decir que la opción legal que se ha tomado guarde armonía con ese “estado de cosas”. Profundizaremos este argumento más adelante.

39 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala, 2001, párrafo 36.

40 La discriminación inversa (o la implementación de medidas de acción positiva) tiene su origen en la lucha contra la discriminación racial a través de las leyes de cupo a favor de las personas de raza negra en Estados Unidos. Sobre este tema, Bustos Bottai (2007:133).

5. Las soluciones en el derecho comparado

Nuestro C.C. se aparta de la tendencia en el Derecho comparado que, en la gran mayoría de los casos, no prevé norma supletoria sino una atribución convencional homologada por el juez. Comentaremos el caso francés, italiano y español, por presentar reformas recientes en la materia; el caso alemán que, en un punto específico podría presentar semejanzas con la regla chilena; y el argentino, que establece la atribución preferente materna de los hijos hasta los cinco años.

5.1. Francia

Conforme al artículo 371-1 del Código Civil francés, la autoridad parental es un conjunto de derechos y de obligaciones que tienen como fin el interés del hijo. Esta institución reúne las cuestiones de carácter personal y patrimonial relativas al hijo, a diferencia de lo que sucede en nuestro Derecho, en donde la patria potestad se refiere sólo a los bienes del hijo.⁴¹ El párrafo primero de esta norma fija el contenido de la autoridad parental señalando que ella pertenece al padre y a la madre hasta la mayoría de edad o emancipación del hijo, para velar por su seguridad, su salud y su moralidad, para asegurar su educación y permitir su desarrollo con el respeto debido a su persona.⁴²

La autoridad parental se ejerce de manera conjunta por ambos progenitores, regla que no se ve alterada por la posterior separación de los padres. Así lo prescribe el artículo 373-2 del *Code*: la separación de los padres no repercute en las reglas de atribución del ejercicio de la autoridad parental. Sin embargo, más adelante, el artículo 373-2-1 puntualiza que, si el interés del hijo lo exige, el juez podrá confiar el ejercicio de la autoridad parental a uno de los padres, conservando el otro: (a) el derecho de visitas y de tener en compañía a su hijo; (b) el derecho y el deber de cuidar del sustento y educación del hijo; y (c) el derecho a ser informado de las decisiones importantes relativas a la vida de este último.

Los elementos que el juez debe considerar en cuanto a la forma de ejercicio de la autoridad parental (artículo 373-2-11 del *Code*) son: (a) la práctica seguida por los padres o los acuerdos que hubiesen firmado con anterioridad; (b) los sentimientos expresados por el niño en las condiciones previstas en el artículo 388-1;⁴³ (c) la aptitud de cada uno de los padres para asumir sus deberes y

41 No está claro en la doctrina la razón por la cual Bello elevó esta barrera entre lo personal y lo patrimonial, aspecto en el que, desde siempre, nuestro ordenamiento se ha apartado del Derecho comparado.

42 Para comentar las disposiciones del *Code* nos basamos en la traducción efectuada por NÚÑEZ IGLESIAS (2005:225 y ss).

43 Esta norma establece que, en cualquier procedimiento que le concierna, el menor que sea capaz de discernir podrá ser oído por el juez o por la persona designada por éste al efecto, sin perjuicio de las disposiciones que prevén su intervención o su consentimiento. Su párrafo segundo agrega que, cuando el menor lo solicite, habrá de ser oído, salvo resolución en contra especialmente motivada. Podrá ser oído solo, con un abogado o con una persona de su elección.

respetar los derechos del otro; (d) el resultado de las exploraciones periciales que hayan podido efectuarse; y (e) los datos de los informes y contrainformes sociales que hayan podido llevarse a cabo.

Entonces, la regla general es que, pese a su ruptura, los progenitores continúan compartiendo la titularidad y ejercicio de la autoridad parental. Ahora bien, en lo que respecta a la convivencia con los hijos, el primer párrafo del artículo 373-2-9 del Código Civil francés enumera, en primer término, la posibilidad de acordar la residencia alternativa del niño en el domicilio de cada uno de los padres o bien el domicilio de uno de ellos.⁴⁴ Luego, en el párrafo segundo, prevé que la residencia alternativa en el domicilio de cada uno de sus padres sea introducida sin el mutuo consentimiento de las partes, pero sólo con carácter temporal, con el objeto de determinar su funcionalidad. Una vez finalizado el periodo fijado para la determinación de la funcionalidad de la residencia alternativa, el juez decidirá definitivamente al respecto, determinando que continúe esta modalidad o que se implemente el cuidado unilateral.

El *Code* establece que tanto los padres, de mutuo acuerdo (artículo 373-2-7) como uno de ellos (art. 373-2-8), podrán acudir al juez de familia para que se determine la forma en que ejercerá la autoridad parental y la contribución al sustento y educación del hijo. No establece regla supletoria ni atribución preferente si no hay acuerdo. En este último caso, solo se prevé que el juez trate de conciliar a las partes (art. 373-2-10 del *Code*).

5.2. Italia

En Italia existe, al igual que en el caso francés, una institución que regula conjuntamente las cuestiones de índole personal y patrimonial relativas al hijo. El inciso tercero del artículo 155 del *Codice*⁴⁵ prescribe que la *potestà genitoriale* es ejercitada por ambos progenitores y que las resoluciones de mayor interés para los hijos relativas a su instrucción, educación y salud deben ser adoptadas de común acuerdo teniendo en cuenta la capacidad, las inclinaciones naturales y las aspiraciones de los mismos y que, en caso de desacuerdo, la decisión corresponde al juez. Cabe destacar que éste puede establecer que los progenitores ejerciten dicha potestad de forma separada sólo respecto de las determinaciones sobre cuestiones de ordinaria administración.

Por su parte, en cuanto a la convivencia con el hijo, el art. 6 párrafo segundo

44 Si esta fuera la modalidad que escogen los padres, existiría una *garde conjointe phisque* y una *garde conjointe matérielle*, similar a lo que sucede en el Derecho estadounidense, pionero en esta modalidad de organización del cuidado personal. En efecto, en este Derecho existe una *joint legal custody*, por la cual ambos progenitores adoptan las decisiones sobre cuestiones importantes que afectan la vida del hijo (conforme a lo que hemos dicho, la autoridad parental francesa se mantiene en ambos padres), independientemente de cómo se organice la convivencia con éste. En virtud de la *joint physical custody*, en cambio, cada uno de los progenitores vive con el hijo por periodos sucesivos relativamente similares.

45 La traducción de las normas respectivas es propia.

de la Ley de Divorcio italiana y el art. 155 del Código Civil italiano, prescriben que el tribunal que pronuncia la disolución o la cesación de los efectos civiles del matrimonio declara a cual progenitor corresponde el cuidado de los hijos y adopta cualquier otro pronunciamiento relativo a los hijos teniendo presente los intereses materiales y morales de los mismos. No se pronuncia acerca de la situación de separación de hecho estableciendo normas supletorias.

El 8 de febrero de 2006 se dictó la Ley número 54, “sobre disposiciones en materia de separación de los progenitores y cuidado compartido de los hijos” que vino a establecer, entre otras cuestiones, que el *affidamento condiviso* (cuidado compartido) constituye una valoración prioritaria al momento de determinar judicialmente el modo en que se ejercerá el cuidado de los hijos (inciso segundo del artículo 155 del *Codice*). El artículo 155 *bis* del *Codice*, referido al cuidado ejercido por uno solo de los progenitores y a la oposición al cuidado compartido, agrega que el juez puede disponer el cuidado unilateral del hijo desde el momento en que considere, a través de una decisión motivada, que el cuidado ejercido por el otro padre sea contrario a los intereses del hijo. Su inciso segundo agrega que cada uno de los padres puede, en cualquier momento, solicitar el cuidado exclusivo cuando subsistan dichas condiciones indicadas. El juez, si acoge la petición, debe ordenar el cuidado exclusivo al progenitor solicitante, poniendo a salvo lo más posible los derechos del hijo previstos en el primer inciso del artículo 155 de dicho cuerpo legal. Si la petición resulta manifiestamente infundada, el juez puede considerar el comportamiento del padre solicitante con el fin de determinar las medidas a adoptar en el interés del hijo, además de la aplicación del artículo 96 del Código de Procedimiento Civil italiano.⁴⁶

5.3. España

El caso español es interesante porque, hasta 1990, el Código Civil contenía una atribución preferente del cuidado de los hijos menores de siete años a la madre, la que fue derogada mediante Ley 11/1990 de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.

En España, el legislador de 1981, año en que se reconoce legalmente el divorcio vincular en este país, recogió la realidad social de la época que reconocía a la madre una mayor idoneidad en la esfera personal del cuidado de sus hijos. La Ley 11/1981 de 13 de mayo “de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio”, reguló los criterios de atribución y ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos, refiriéndose, expresamente, a los casos de no convivencia entre los

46 La reforma de 2006 ha introducido una modificación al artículo 709 ter del Código de Procedimiento Civil italiano, que permite al juez disponer el resarcimiento del daño causado en caso de graves incumplimientos o de actos que produzcan perjuicio al menor u obstaculicen el correcto desarrollo de las modalidades de custodia, sea a favor del menor o del otro progenitor, así como condenar al padre o madre incumplidor al pago de una sanción administrativa pecuniaria de hasta cinco mil euros. Sobre la reforma italiana de 2006, puede consultarse, De Filippis (2006).

progenitores (artículos 156 a 159, Capítulo I, Título VII, del Libro I del Código Civil español relativo a las relaciones filiales). Además, reformó los artículos 154 y 156 del mismo cuerpo legal produciendo un importante cambio en materia de patria potestad (entendiendo esta institución como comprensiva de lo relativo a la persona y bienes del hijo), al establecer que su titularidad y ejercicio correspondían a ambos padres que, en plano de igualdad, pasaron a ejercer los derechos y deberes que antes eran privativos de uno u otro, dependiendo de con quién convivía el hijo. Por su parte, la Ley 30/1981 de 7 de julio “por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de separación, nulidad y divorcio”, reafirmó dichos criterios en el contexto de la crisis matrimonial, en los artículos 90 a 92 del Código Civil español, dejando, en todo caso, la decisión a los padres mediante el correspondiente acuerdo regulador.

Así, en esos años y hasta antes de la mencionada reforma de 1990, el art. 159 del Código Civil español, referido a la facultad del juez para la determinación del cuidado de los hijos (guarda), contemplaba una atribución directa del cuidado de los hijos menores de siete años a la madre, salvo que el juez por motivos especiales proveyere de otro modo. La Ley 11/1990, de 15 de octubre “sobre reforma del Código Civil en aplicación de principio de no discriminación por razón de sexo”⁴⁷, modificó dicho art. 159 del Código Civil, eliminando la atribución preferente a la madre.

Actualmente, en sede de crisis matrimonial, en cuanto al cuidado personal, el art. 90 del Código Civil español lo contempla como uno de los aspectos a los cuales debe referirse el convenio regulador.⁴⁸

Se ha entendido que el señalado art. 159 del Código Civil español se aplica a las hipótesis de separación de hecho, cuando los padres no han dispuesto nada acerca del cuidado personal de sus hijos. La norma establece: “Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oír, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años”. Como vemos, la disposición actual entrega al juez la decisión sobre el cuidado de los hijos, sin supeditarla a la edad de estos; cuestión que debe resolverse atendiendo al interés de los hijos, tras oírlos si tienen suficiente juicio y, en todo caso, al mayor de doce años.

47 Sobre esta Ley, *vid.* BENAVENTE MOREDA (1990:561-582).

48 Luego de la reforma introducida en el Código Civil español mediante Ley 15/2005 de 8 de julio “por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio”, el artículo 92 de este cuerpo legal establece, en su párrafo quinto, que se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

Por su parte, en materia de patria potestad, la norma supletoria aplicable al caso de separación de hecho es el art. 156.5 del Código Civil español, que establece que, si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por el padre o madre con quien conviva el hijo, a no ser que el progenitor no conviviente solicite fundadamente al juez, el ejercicio conjunto de la patria potestad o la distribución de las funciones inherentes a su ejercicio, en cuyo caso, la decisión judicial debe atender el interés del hijo.

5.4. Alemania

Al igual que en las legislaciones referidas anteriormente, la alemana contempla una institución que engloba, en un todo, las materias relacionadas con los bienes y la persona del hijo (cuidado paterno), estableciendo su titularidad, en principio, en ambos progenitores. En efecto, el 3 de noviembre de 1982, la Corte Constitucional (*Bundesverfassungsgericht, BVerfG*)⁴⁹ declaró la inconstitucionalidad del parágrafo 1671 IV del B.G.B., disposición que excluía, en cualquier caso, la posibilidad de atribuir el cuidado paterno del hijo a ambos progenitores divorciados.

En dicha ocasión, la Corte señaló que, aunque la atribución del cuidado de los hijos a los dos padres podía constituir un acontecimiento excepcional, ello no impedía que el interés del menor pudiese privilegiar una solución en tal sentido. Además, afirmó que cada ser humano, desde el momento del nacimiento, es titular de un derecho irrenunciable a mantener relaciones con ambos progenitores y que su ejercicio no se interrumpe por la separación de éstos. La sentencia puntualizó que, en los casos en que los padres están de acuerdo en continuar asumiendo conjuntamente la responsabilidad del hijo después del divorcio, no es necesaria la mediación del Estado respecto a sus intereses contrapuestos. Si ambos padres son capaces de educar al hijo y no existen motivos que justifiquen una transferencia de la potestad a uno solo de ellos, el Estado no está llamado, en el ejercicio de su deber de vigilancia, a excluirle de su deber obligación de cuidar y educar a su hijo.⁵⁰

El Título quinto del B.G.B. se refiere al cuidado paterno (*Elterliche Sorge*) de los hijos matrimoniales y, concretamente, el parágrafo 1626 a su concepto y a la consideración de la creciente independencia del hijo.⁵¹ Así, este parágrafo

49 *BVerfG 3 novembre 1982, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ), 1982, pp.1179-1184*. Sin embargo, la Corte ya había puesto en evidencia la posible inconstitucionalidad del parágrafo 1671 del B.G.B., enmendado en 1979, tanto por la posibilidad de que contuviera una discriminación arbitraria en contra de uno de los padres como por la eventualidad de establecer un perjuicio en vez de una mayor tutela del menor (Patti, 1983:263).

50 Con este pronunciamiento, el cuidado conjunto de los hijos (*Gemeinsames Sorcherecht*) comenzó a ser desarrollado e introducido en el Derecho alemán, proceso que culminó con la promulgación de la ley de 16 de diciembre de 1997, que entró en vigor el 1 de julio de 1998, y que constituye la regulación actual en materia de cuidado paterno. Esta institución se identifica con el principio del interés superior del hijo (*Kindeswohl*) a través de la continuidad del cumplimiento de las obligaciones de cuidado que requieren, en todo caso, la involucración y consenso de ambos progenitores.

51 Para comentar las disposiciones del B.G.B. nos basamos en la traducción del Código Civil

distingue, dentro del cuidado paterno, el cuidado personal y la administración patrimonial. El párrafo primero del parágrafo 1631 del B.G.B. fija el contenido del cuidado personal del hijo en el derecho y la obligación de determinar su cuidado, educación, guarda y residencia.

El cuidado paterno permanece incólume en manos de ambos padres no obstante la ruptura matrimonial. Las decisiones relativas a la vida del hijo pertenecen a ambos progenitores, de forma que lo que debe acordarse son los asuntos relativos a la residencia del hijo⁵².

Pues bien, el ordenamiento jurídico alemán prácticamente ha eliminado la obligación de establecer reglas sobre el cuidado personal de los hijos en los casos de disolución del matrimonio. En efecto, al referirse al cuidado paterno común, el parágrafo 1671 del B.G.B. establece que, en caso de crisis matrimonial de los padres, si éstos viven separados de forma definitiva y ejercen, no obstante, conjuntamente dicho cuidado, cada uno de ellos podrá solicitar que el Tribunal familiar le ceda el cuidado paterno o una parte del mismo a título unilateral. El parágrafo 1671 continúa prescribiendo que deberá estimarse dicha solicitud siempre que se cumplan dos requisitos. En primer lugar, que el otro padre o madre lo consienta, salvo que el hijo haya cumplido los catorce años y se oponga a dicha cesión. Y, en segundo lugar, que sea de esperar que la extinción del cuidado paterno común y su cesión al peticionario sea lo mejor para el bienestar del hijo.

Debido a que la regla general es que ambos progenitores continúen ejerciendo el cuidado paterno de los hijos tras la ruptura matrimonial, la solicitud propiamente dicha de custodia compartida procede solamente en la hipótesis en que ambos progenitores no están casados. En efecto, la descripción anterior está contemplada para los casos en que haya existido un vínculo de matrimonio entre las partes. El B.G.B. se refiere por separado a la hipótesis en que los progenitores no están casados. En este caso, de acuerdo con el párrafo segundo del parágrafo 1626a de dicho cuerpo legal, el cuidado paterno es ejercido por la madre, punto en el que la norma alemana se asemejaría a la chilena. Sin embargo, de forma similar a la previsto en el parágrafo 1671, el parágrafo 1672 del B.G.B. establece que, en caso de que los padres vivan definitivamente separados y que el cuidado paterno corresponda a la madre, el padre podrá, con el consentimiento de ésta, solicitar que el Tribunal familiar le ceda dicho cuidado o parte de él y que deberá estimarse la solicitud cuando *la cesión sea favorable al bienestar del hijo*. A su vez, las condiciones a las que está subordinada la concesión del cuidado paterno conjunto del hijo de padres no casados, son la presentación de la correspondiente petición y la factibilidad de tal modalidad pues el legislador alemán sujeta el establecimiento de esta figura a una

alemán efectuada por EIRANOVA ENCINAS (1998:480, 482, 487 y 488).

52 Como vemos, la distinción entre “custodia física” y “custodia material” también encuentra cabida en el Derecho alemán, tal como sucede en otros ordenamientos jurídicos, como en el estadounidense y el francés.

cuidadosa valoración de la situación de hecho. En efecto, el párrafo segundo del parágrafo 1672 del B.G.B. agrega que, en la medida en que haya sido estimada dicha solicitud, el Tribunal familiar podrá decidir, a petición de uno de los padres y con el consentimiento del otro, que el cuidado paterno corresponda a los dos conjuntamente, siempre que ello no perjudique el bienestar del hijo.⁵³

No obstante la diversidad de ambas situaciones, el elemento común entre la custodia compartida de los hijos nacidos fuera del matrimonio (*Nichteheliche geborenes Kindern*) y de los hijos de padres casados que viven separados (*Getrenntlebende Eltern*) es que, en ambos casos, la primera regla a la que se debe atender es el acuerdo de los progenitores. La problemática de la custodia conjunta en los casos de separación y divorcio se soluciona, de esta forma, a través de decisiones adoptadas en un espíritu de una comunicación recíproca (*Gegenseitige Einvernehmen*), conforme al parágrafo 1687 I del B.G.B. El común acuerdo, al menos para las cuestiones de mayor importancia, debe siempre fundar las decisiones de los padres, aun en los casos en los que los hijos convivan sólo con uno de ellos, a quien corresponde asumir las cuestiones relativas a la vida cotidiana del hijo (*Entscheidung in Anelegenheiten destätlich Lebens*).

5.5. Argentina

Por último, es interesante estudiar lo que sucede en Argentina, pues, en este país la ley efectúa una atribución preferente del cuidado personal de los hijos menores de cinco años a favor de la madre. Sin embargo, como veremos, a diferencia de lo sucedido en nuestro país, la doctrina transandina se ha referido, con mayor profundidad, a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma.

En Argentina, el art. 206 párr. 2° del Código Civil establece que los hijos menores de cinco años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. Para ciertos autores, esta norma no es discriminatoria pues se funda en el mayor apego a la madre de los hijos de corta edad y en que ella se encuentra en mejores condiciones de atenderlos.⁵⁴

53 La duda que nos surge es la razón de la desigual normativa que rige en cuanto a la posibilidad de oposición por parte del hijo mayor de catorce años para el caso en que los padres estén casados. En el evento que sí lo estén, el parágrafo 1671 del B.G.B. establece dos exigencias para acceder a la solicitud de atribución parcial del cuidado paterno. Una de ellas es que el otro padre o madre lo consienta (no existiendo matrimonio debemos colegir que es la madre la que aprueba dicha petición) *salvo que el hijo haya cumplido los catorce años y se oponga a dicha cesión*. Resulta curioso que el parágrafo 1672 del B.G.B. no contemple esta posible objeción del hijo para el caso de padres no unidos por vínculo matrimonial. Esto puede llegar a constituir una discriminación arbitraria por razón de nacimiento.

54 Así opina BELLUSCIO (1995:945). En este mismo sentido, ZANNONI (2006:203-204); KEMELMAJER DE CARLUCCI (1993-1046), para quien la prioridad legal a favor de la madre está justificada en razón de la especial relación que, normalmente, une al pequeño con su madre; y Iloveras (1993). Sin embargo, luego de la reforma constitucional operada en este país en el año 1994, las opiniones manifestadas por estas dos últimas autoras son distintas. Así, Iloveras, y Salomón (2009-378), sostienen que la distinción que realiza el artículo 206 del Código Civil argentino no es válida

Más recientemente, en cambio, para otros autores, esta norma se basa en un prejuicio histórico, económico, sociológico y filosófico⁵⁵ e, incluso, hay quien interpreta evolutivamente el concepto de “madre” que dicha disposición utiliza. En efecto, Mauricio Luis Mizrahi⁵⁶ señala que la norma se justifica en que en los primeros tiempos de vida son fundamentales los cuidados de la madre debido a la indefensión primaria y biológica de los hijos, pero que a la exégesis de la norma no puede escapar el dato sociológico actual referido a la virtual ruptura del modelo tradicional de familia nuclear, operado el intercambio de roles en el hombre y la mujer. El autor señala que, interpretando “dinámicamente” el mencionado artículo 206, hay que entender la preferencia consagrada con un criterio funcional. Así, la expresión “madre” debe considerarse no en el sentido de la madre de nacimiento sino de “mamá”, rol que, en un caso puntual, puede ser desempeñado por el padre e, incluso, por una tercera persona.

6. Reflexiones acerca de la “inclinación de orden natural” de la mujer para ejercer el cuidado personal de sus hijos

La idea de que la madre está naturalmente condicionada al cuidado de los hijos, descansa en un argumento pretendidamente biologicista, que ha servido para consagrar la natural función materna como una verdad autoevidente e inmodificable, reproduciendo y reforzando el rol de la mujer como madre, principal y exclusiva responsable del cuidado de los hijos.⁵⁷

La discriminación del artículo 225 inciso primero C.C. no justifica la creencia generalizada que estima más conveniente entregar a la madre el cuidado de los hijos de corta edad, aduciendo razones de mejor aptitud en comparación con el padre e, incluso, de mejor interés para el niño, o la idea de que, simplemente, por razones de lógica “y por obra de la naturaleza, los hijos deben estar al lado de la madre”.⁵⁸

No compartimos totalmente este último criterio. No es fácil fijar una edad a partir de la cual el niño esté en condiciones físicas y psicológicas para desprenderse de su madre; la lactancia, desde luego, será uno de los factores que definirá la dependencia o independencia del hijo.⁵⁹ Pero no estamos diciendo

razonablemente; y kemelmajer de carlucci y herrera (2010:4), donde se señala que la legislación argentina otorga un beneficio a priori y en abstracto fundado en la idea de un supuesto “instinto maternal”, lo que estaría causando reparos desde la doctrina y la jurisprudencia constitucional.

55 COSTA Y HARARI (2000:181). Por la inconstitucionalidad de la norma argentina se pronuncian también GIL DOMÍNGUEZ, FAMA, y HERRERA (2006:495-496).

56 MIZRAHI (1998:402).

57 SPAVENTA (2006:445).

58 ABELIUK (2000:329). Como decíamos, en la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia esta constituye también una idea arraigadísima. Solo excepcionalmente se estima que el padre es quien debe asumir el cuidado personal, fundándose dicha atribución en situaciones especiales.

59 En efecto, el artículo 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos económicos, sociales y culturales, “Protocolo de San Salvador”,

que la madre no sea la más apta. Probablemente así lo sea en un gran número de casos. Lo que estamos tratando de revelar es que cuestionamos la decisión legislativa. Primero, porque está cargada de un prejuicio que está en retirada: madre-hogar y padre-proveedor y, en ese sentido, la ley está favoreciendo una desigualdad en los hechos al reforzar los roles. Además, porque pone al juez en la posición de tener que apegarse a un criterio sin posibilidad de indagar un poco más en los casos en que no crea que haya causas calificadas para alterarlo sino, simplemente, mayores capacidades en uno que en otro o en ambos en su caso. Tercero, ignora los criterios rectores en este aspecto: el interés superior del niño y su derecho a ser oído. Lo que está detrás del criterio de diferenciación es un prejuicio, una idea preconcebida: la mujer es más apta porque está naturalmente condicionada a las labores de crianza.

El argumento de que la norma solo responde a una necesidad social todavía vigente, desconoce la propia realidad de la sociedad chilena. Si bien puede sostenerse que Bello legisló conforme a los valores y costumbres de su época, no es sostenible que la legislación no se haya puesto a tono con la realidad de los hechos.

El legislador debe establecer normas coincidentes con la realidad social de su época, por lo tanto, debemos preguntarnos si esta realidad de la que parece dar cuenta el artículo 225 inciso primero C.C. permanece hoy intacta en el siglo en que vivimos. En este sentido, como se ha señalado en la Doctrina argentina,⁶⁰ se trataría de un supuesto de “inconstitucionalidad sobreviniente” en cuanto la normativa era oportunamente constitucional por responder a los patrones sociales y culturales existentes en un momento dado de la historia nacional, muy distinta a la de nuestros días.⁶¹

de 1988, y el Principio seis de la Declaración de los derechos del Niño, de 1959, descansan en la llamada “doctrina de los años tiernos”, al señalar que todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y que, salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre.

60 GIL, FAMA y HERRERA (2006:496).

61 Al parecer, la realidad social de que Bello y las posteriores reformas introducidas al Código Civil dan cuenta, no era diametralmente opuesta a la de finales de la década de los setenta e inicios de los ochenta. Las Actas Constitucionales revelan las siguientes opiniones y argumentos con ocasión de la discusión del principio de igualdad: “El señor Guzmán manifiesta (...) Es evidente que la cabeza de la familia debe ser el hombre, el padre o el marido”. “Por otra parte, cree que en la relación con los hijos hay que considerar las medidas que se adopten en la legislación de una manera extraordinariamente pragmática, atendida la idiosincrasia del país. Por ejemplo, es evidente que al menos en Chile la vinculación de la familia respecto de los hijos parece ser mucho más fuerte por parte de la madre que del padre” (Sesión 93, p.24). El señor Ortúzar expresó, por su parte: “(...) es evidente que la igualdad no puede ser absoluta, ya que en toda organización, en toda célula familiar tiene que haber un jefe que no puede ser otro que el marido o el padre. La autoridad marital, la autoridad paternal, la patria potestad deben mantenerse (...) (Sesión 93, p.24). Al pronunciarse sobre estos pasajes de las Actas Constitucionales, VELOSO VALENZUELA (2000:237 y 239), señala: “Por lo demás esta visión de superioridad del varón y supeditación de la mujer a sus designios, es la misma que existía en la ideología dominante al momento de dictarse en Chile la Constitución Política de 1980, actualmente vigente” agregando que “En definitiva, lo que puede concluirse de este debate, es que, desde la perspectiva del redactor de la Constitución Política de 1980, texto jurídico vigente en Chile: 1) Debe reconocerse, en principio, igualdad jurídica entre el hombre y la mujer en diversos aspectos, pero no al interior de la familia.”

La creciente incorporación de la mujer al trabajo y a ciertas esferas ejecutivas nos está conduciendo, inexorablemente, a la disociación del ancestral binomio maternidad-hogar. En efecto, la participación laboral femenina ha aumentado de un 28,1%, en 1992, a un 40.8% en agosto de 2008, más de 800 mil mujeres han entrado a la fuerza de trabajo en la última década.⁶² Estas cifras nos demuestran que debe apostarse por una más plena igualdad de derechos y oportunidades de la mujer, pues su rol no puede perpetuarse a ser la responsable primaria del cuidado de los hijos. Si queremos que la mujer participe en condiciones de paridad en la vida pública debemos garantizar que pueda hacerlo también en la privada, porque la vida pública, profesional y privada de la mujer, y su maternidad, están intrínsecamente relacionadas.⁶³

Creemos que las relaciones parentales avanzan hacia una fuerte asunción de funciones por parte del padre: las tradicionales esferas privativas de la madre en la atención del hijo van abriendo terreno hacia una igualdad de roles; la ascendente inserción femenina en el campo laboral, contribuye a potenciar una mayor participación de los hombres en el cuidado y atención de los hijos.

No podemos negar que la madre, por razones biológicas, está más cerca de su hijo. Que da a luz, que le lacta. Pero ello no puede ser argumento suficiente para que la ley establezca de antemano que es ella la más capacitada. Debe dejarle esta decisión a los padres, mediante acuerdo aprobado debidamente, o al juez directamente, quien debe aplicar el interés superior para decidir quién garantiza mejor su desarrollo o, si el caso lo amerita y están dadas las condiciones, por qué no, ambos. Esta idea de autonomía, creo, es la que más se ajusta al reconocimiento progresivo, pero vigilado, de la autodisposición del conflicto familiar que, desde luego, ha venido a reconocer la LMC.

En cuanto a la supuesta “reingeniería social” que constituiría aceptar criterios diversos a los asentados en la verdadera realidad chilena (que conduciría a presumir en la madre la idoneidad para el cuidado y a establecer una regla supletoria como la del artículo 225 inciso primero C.C.), debo señalar que argumentos similares fueron esgrimidos con ocasión de la reforma de nuestra antigua –y también inconstitucional– normativa sobre filiación, que establecía hijos de primera y segunda categoría,⁶⁴ y también a propósito de la discusión sobre el divorcio vincular,⁶⁵ ignorándose que los hechos demuestran una tendencia al cambio de ese paradigma. La familia ejerce una importante función socializadora: está llamada a socializar los roles de sus integrantes, no a reproducir estereotipos.

62 Conforme a la Encuesta Nacional del Empleo del Instituto Nacional de Estadísticas 2008. Por otra parte, el censo de población y vivienda de 2002 arroja, dentro de las estadísticas globales de hogares chilenos, que un 31,5% de los hogares están a cargo de una mujer (Instituto Nacional de Estadísticas, Censo 2002).

63 Al respecto, estimo esencial implementar políticas adecuadas que posibiliten la conciliación de la vida laboral y familiar. Al respecto, CAAMAÑO ROJO (2010:179-209).

64 Modificada mediante Ley N° 19.585 del año 1998.

65 Introducido en Chile mediante Ley N° 19.947 de 2004.

7. Conclusiones

La norma contenida en el artículo 225 inciso primero del C.C. es inconstitucional frente al principio de igualdad consagrado en el artículo 19 N° 2 de la CPR y en diversos Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Desde el punto de vista de la igualdad formal, el Código Civil establece una discriminación en contra del hombre, diferenciación que no supera el estándar de razonabilidad y de proporcionalidad y que, por lo tanto, constituye una discriminación arbitraria e injusta en su contra. La norma contenida en el art. 225 inciso primero C.C. vulnera también una dimensión especial de la igualdad, esto es, la igualdad real en cuanto establece una falsa discriminación positiva a favor de la mujer, basada en estereotipos y prejuicios que nuestra sociedad tiende a superar.

La historia fidedigna del establecimiento de la ley nos indica que, al consagrar la regla de atribución materna preferente del cuidado personal, el legislador ha tenido en cuenta un fin práctico: evitar la judicialización de los conflictos familiares. Sin embargo, la utilidad de una norma de este tipo se reduce al caso de separación propiamente de hecho sin acuerdo, en cuyo caso presenta problemas probatorios, y a ciertos casos de nulidad matrimonial. Presenta también problemas de prueba en materia de salida de menores al extranjero; y, por último, no existe claridad acerca de si constituiría también un criterio de atribución judicial. Pierde también sentido la razón de utilidad de la norma confrontada con ciertos datos sociológicos que indican que, al menos más modernamente, el padre no asume, como antes, la regla automática de atribución legal preferente materna, existiendo una mayor resistencia a aceptar que él debe irse de la casa y la mujer quedarse con los hijos.⁶⁶ En efecto, la norma en cuestión no respeta el principio de corresponsabilidad al establecer una ineptitud abstracta inicial en él.

Es cierto que un lactante, la gran mayoría de las veces, puede no estar totalmente protegido en su interés si se establece la regla contraria, si se le aleja de su madre. Pero no es la regla inversa la que proponemos (que sean siempre entregados al padre): defendemos ese ejercicio de reflexión en los casos en que un mínimo de sana comunicación lo permite y, en los que no existe ese mínimo, el hijo menos pierde aun porque un tercero será el llamado a decidir sobre la base de los antecedentes que se le acerquen, sin que uno de los dos padres, derrotado por una norma supletoria, se vea obligado a dejar de participar en la crianza del hijo. Es mejor que haga el ejercicio de decidirlo o

66 Cifras que maneja el Poder Judicial dan cuenta de que las demandas de cuidado personal han aumentado considerablemente: el año 2006 ingresaron a los Juzgados de Familia, 14.682 demandas relativas al cuidado; el año 2009 ingresaron 17.652. Lo mismo sucede en materia de relación directa y regular: el año 2006 se interpusieron 21.241 demandas en la materia; el año 2009, 35.866. Si bien estas cifras no se refieren solo a las solicitudes de cuidado personal y establecimiento de la relación directa y regular, respectivamente, sino que incluyen cuestiones relativas a la modificación, suspensión y otras materias relacionadas con los mismos, dan cuenta de una clara tendencia al alza.

que la ley dé la posibilidad de convencerse de que el otro es mejor porque así lo evidenció. Este tipo de atribuciones legales desincentivan, creemos, la posibilidad de desarrollar aptitudes parentales: frecuentemente, el padre decide, sin más, asumir esa realidad que viene dada por la ley.

El medio escogido para satisfacer el fin perseguido, sea éste la conveniencia jurídica de establecer una regla de este tipo en términos de evitar pronunciamientos adicionales o bien perseguir el bien del hijo entregándolo sin discusión al respecto a su madre, no son adecuados. Un medio adecuado, tal como constituye la tendencia en el Derecho comparado, es llamar a las partes a hacer ese ejercicio de parentalidad a través del acuerdo regulador,⁶⁷ respetar la decisión de ellas al decidir sobre el cuidado personal, o bien, dejar que ambos demuestren sus aptitudes ante el juez.

Bibliografía

Abeliuk Manasevich, René (2000). *La Filiación y sus efectos*, Tomo I. La Filiación. Santiago de Chile: Editorial Jurídica.

Alessandri Rodríguez, Arturo; somarriva undurraga, Manuel y vodorovic haklicka, Antonio (2009). *Tratado de Derecho Civil, Parte Preliminar y Parte General*, Tomo I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica.

Alexy, Robert (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Barros Bourie, Enrique (1999). "Notas históricas y comparadas sobre el nuevo ordenamiento legal de la filiación", en *El nuevo estatuto de filiación en el código civil chileno*. Santiago de Chile: Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

Bavestrello Bontá, Irma (2003). *Derecho de menores*. Santiago de Chile: LexisNexis.

67 En aplicación del principio de corresponsabilidad, diversas legislaciones, fundamentalmente estadounidenses, son más exigentes con estos acuerdos reguladores, previendo la presentación de un Plan de Coparentalidad o Plan de Responsabilidad Parental diseñado de mutuo acuerdo por ambos padres para el ejercicio de los derechos-funciones que comprende la autoridad parental. Se trata de determinar, de manera detallada, las responsabilidades de cada progenitor en lo que respecta al cuidado, residencia, vivienda, alimentos y demás aspectos de relevancia relativos al hijo que se estime necesario regular, como los aspectos sanitarios, educativos o sociales de los hijos. Así sucede en el Código Civil del estado de Lousiana (artículo 131 letra A número 1) sobre Custody of children pending the litigation del Civil Code); Kansas (Kansas Statute No. 60-1610, chapter 60, article 16, 5); en Oklahoma (Oklahoma Statutes, 43 O.S. §109, C); en Missouri (número 9 de los Missouri Revised Statutes, chapter 452, Dissolution of Marriage, Divorce, Alimony and Separate Maintenance, Section 452.375.1); en Pennsylvania (Pennsylvania Consolidated Statutes, Title 23: Domestic Relations, §5306); en Alabama (Code of Alabama, Acts 1996, n°96-520, §30-3-153); y en el Estado de Illinois (Illinois Marriage and Dissolution of Marriage Act, 750 ILCS 5/602.1.b)).

Belluscio, Augusto César (1995). "Incidencia de la reforma constitucional sobre el derecho de familia", *Revista Jurídica La Ley*, Tomo 1995-A, pp.936-949.

Benavente Moreda, Pilar (1990). "La custodia de hijos menores de edad: el artículo 159 del Código Civil", *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 1990, pp.561-582.

Bernal Pulido, Carlos (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Bobbio, Norberto (1993). *Igualdad y Libertad*. Barcelona: Ediciones Paidós-I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona.

Bulnes Aldunate, Luz (2009). "La igualdad ante la ley y la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en ASOCIACIÓN CHILENA DE DERECHO CONSTITUCIONAL, *Temas actuales de Derecho Constitucional*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica.

Bustos Bottai, Rodrigo (2007). "Discriminación por razón de sexo y acciones positivas: reflexiones a la luz de la Jurisprudencia constitucional española y aproximación a la ley para la igualdad efectiva", *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n° 6, julio 2007, pp.127-147.

Camamaño Rojo, Eduardo (2010). "Mujer y trabajo: origen y ocaso del modelo de padre proveedor y madre cuidadora", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, volumen XXXIV, semestre I, 2010, pp.179-209.

Costa M., Patricia y harari, Sofía (2000). "Las normas del derecho de familia y la discriminación en razón del género". En: birgin, Haydée (Comp.) *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*. Buenos Aires: Biblos.

Court Murasso, Eduardo (2010). *Curso de Derecho de Familia. La Filiación por naturaleza*. Santiago: Abeledo Perrot/LegalPublishing.

De Filippis, Bruno (2006). *Affidamento condiviso dei figli nella separazione en el divorzio*, Padova: Cedam.

Eiranova Encinas, Emilio (1998). *Código Civil alemán. Comentado*. Barcelona : Marcial Pons.

Gil Domínguez, Andrés, Fama, María Victoria y Herrera Marisa (2006). *Derecho Constitucional de Familia*, Tomo I. Buenos Aires: Ediar.

Gómez de la Torre Vargas, Maricruz (2007). *El Sistema Filiativo chileno*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Kemelmajer de Carlucci, Aída (1993). "Régimen Jurídico de la mujer", *Revista Jurídica La Ley*, Tomo 1993-E, pp.1044-1057.

_____, Aída y herrera, Marisa (2010). "Columna de Opinión: Matrimonio, orientación sexual y familias", *La Ley*, Año LXXIV, núm. 106, 2010.

Lathrop Gómez, Fabiola (2011). "(I)nconstitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del Código Civil chileno", en CORPORACIÓN HUMANAS – CHILE, *Los derechos de las mujeres en la mira – Informe Anual de los Observatorios de Sentencias Judiciales y de Medios – 2010*. Chile: Ed. Humanas.

Lloveras, Nora; Salomón, Marcelo (2009). *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*. Buenos Aires: Editorial Universidad.

Lloveras, Nora (1993). «La mujer y la Ley», Jurisprudencia Argentina, 1993-III-854, Documento electrónico Lexis N° 0003/011821.

Mizrahi, Mauricio Luis (1998). *Familia, Matrimonio y Divorcio*. Buenos Aires: Astrea.

Núñez Iglesias, Álvaro (2005). *Código Civil Francés*, edición bilingüe. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

Patti, Salvatore (1983). "Sul Sorgerecht dei genitori divorziati", *Diritto di famiglia e delle persone*, 1983, pp.262-264.

Rodríguez Pinto, María Sara (2009). "El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo Derecho chileno de Familia, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 36, Núm. 3, 2009, pp.545-586.

____ (2009). *El cuidado personal de niños y adolescentes en el nuevo Derecho chileno de Familia*. Santiago de Chile: LegalPublishing/Abeledo Perrot.

Schmidt Hott, Claudia (2001). "Relaciones filiales personales y patrimoniales", en schmidt hott, Claudia y veloso valenzuela, Paulina (2001) *La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia*. Santiago de Chile: ConoSur.

Silva Bascuñán, Alejandro (2006). *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo XI. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Spaventa, Verónica (2006). "Mujeres, matrimonio y discriminación en el Código Civil de Argentina", en figueruelo, Ángela y ibáñez, María Luisa (editoras). *El reto de la efectiva igualdad de oportunidades*. Granada: Comares.

Veloso Valenzuela, Paulina (2001). "Principios fundamentales del nuevo estatuto de la filiación", en schmidt hott, Claudia y veloso valenzuela, *La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia*. Santiago de Chile: ConoSur.

____ (2000). "Igualdad y relaciones familiares", *Revista Jurídica de Palermo*, Sela 1999, Año 2000, pp.231-247.

Zannoni, Eduardo (2006). *Derecho Civil. Derecho de Familia*, Tomo II. Buenos Aires: , Astrea.

Páginas web consultadas:

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley 19.947 Establece Ley de Matrimonio Civil, En <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19947/HL19947.pdf>, [visitado el 31/08/2010].

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley 19.585 Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de Filiación, En http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtiene_archivo?id=recursolegales/10221.3/4231/1/HL19585.pdf [visitado el 31/08/2010].

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 4/01 Caso 11.625 María Eugenia Morales de Sierra Guatemala, 19 de enero de 2001, párrafo 36, En <http://www.cidh.org/women/Guatemala11.625.htm> [visitado el 31/08/2010].



La violencia contra las mujeres en los medios de comunicación

La violencia tiene prensa.

Análisis de la cobertura periodística de la violencia contra las mujeres en los medios gráficos de América Latina

Mariana Morelli y Paula Rey

1. Introducción

Los modos en que los medios de comunicación reproducen las noticias vinculadas con los derechos de las mujeres, el discurso público al que contribuyen y las diversas formas en que tratan los temas que también son materia de decisión en el ámbito de la justicia, aportan a un mejor conocimiento de las percepciones que la sociedad tiene respecto de las mujeres y sus derechos.¹

Entre las diversas violaciones de derechos que cotidianamente sufren las mujeres en América Latina, claramente una de las más alarmantes es la violencia en sus distintas manifestaciones. Con una periodicidad que asusta se suceden en los medios de comunicación las noticias sobre violencia contra las mujeres, las niñas y los niños.

El Observatorio “Las Mujeres en los Medios”² implementado por la Articulación Regional Feminista por los Derechos Humanos y la Justicia de Género en Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú se propuso contribuir a mejorar las intervenciones de política pública para erradicar la violencia contra las mujeres en la región.³ A partir del monitoreo de la presencia de noticias sobre el tema en la prensa gráfica, se indagó sobre los significados de la violencia en el discurso público, su relevancia, la profundidad de su análisis.

La iniciativa tuvo por objeto generar un espacio para la reflexión y la producción de conocimiento sobre las mujeres, sus derechos y las diversas manifestaciones de violencia que se producen -y muchas veces reproducen- en los medios gráficos de América Latina, desde un enfoque de derechos humanos.

1 Una versión anterior de este artículo fue publicada separadamente como informe final del Observatorio Regional “Las mujeres en los medios”. El artículo fue escrito por Mariana Morelli y Paula Rey reuniendo información estadística relevada por los diferentes equipos de comunicación de las organizaciones que integramos la Articulación Regional Feminista. Agradecemos los comentarios y sugerencias de Natalia Gherardi así como su colaboración en la edición del documento.

2 El Observatorio Regional “Las mujeres en los medios” se desarrolló en el marco del proyecto “Monitorear para el empoderamiento: los derechos de las mujeres en las cortes de justicia y en los medios de comunicación”, gracias al apoyo financiero del Gobierno de Holanda a través del MDG3 Fund.

3 La Articulación Regional Feminista por los Derechos Humanos y la Justicia de Género es una alianza de instituciones feministas latinoamericanas creada como una sociedad de trabajo entre organizaciones que promueven y defienden los derechos humanos y la justicia de género en la región. Integran la Articulación: ELA-Equipo Latinoamericano de Justicia y Género de Argentina; La Coordinadora de la Mujer de Bolivia; Corporación Humanas de Chile, Colombia y Ecuador; y DEMUS-Estudio para la Defensa de los Derechos de las Mujeres de Perú.

El trabajo del Observatorio se desarrolló durante un período de 18 meses⁴ como una herramienta de seguimiento al tratamiento que los medios de comunicación social brindan a las mujeres en cada uno de los países. Desde el Observatorio se monitoreó en forma diaria la cobertura de 79 medios impresos de los seis países participantes. Una base de datos virtual en una página de Internet de libre acceso, sirvió de plataforma para recopilar diariamente las notas que los medios impresos nacionales y regionales⁵ publicaron sobre violencia contra las mujeres durante dicho período.

Este artículo presenta los principales hallazgos del Observatorio Regional y los aprendizajes alcanzados a lo largo de toda la experiencia. Antes de entrar en el análisis de los resultados, el documento repasa la metodología utilizada en la construcción del Observatorio y el monitoreo de las noticias, que servirán de material de trabajo para el análisis posterior.

Los resultados se presentan en el tercer apartado, a partir del análisis comparado de las piezas periodísticas publicadas en los medios gráficos en el primer semestre del 2011.⁶ Allí se presenta la información estadística y los gráficos que miden la cobertura que los diarios monitoreados brindan a la violencia contra las mujeres, en todas sus formas. Seguido, se analizan los géneros periodísticos de las piezas publicadas así como las secciones de los diarios en donde este tipo de notas son presentadas. Luego, se presentan los datos que permiten valorar el lugar que ocupan las mujeres en los medios, cuáles son las fuentes periodísticas más utilizadas en la cobertura de la violencia de género y qué tipo de enfoque aplican los medios mayoritariamente. Por último, se evalúa el tratamiento de derechos humanos que han tenido las piezas periodísticas seleccionadas durante el primer semestre de 2011.

Los hallazgos permiten establecer un diagnóstico regional que indica que el tema de la violencia hacia las mujeres ocupa un lugar relevante en la agenda pública de los países de la región. Sin embargo, no logra todavía vencer ciertos prejuicios en relación con la visión estereotipada que los medios reproducen de las mujeres, sus relaciones interpersonales, su sexualidad. El artículo finaliza con algunas reflexiones sobre las líneas de investigación e intervenciones

4 La iniciativa surgió a partir del trabajo realizado por la Corporación Humanas de Colombia, quienes desde el año 2007 pusieron en marcha un Observatorio de comunicación y género. A nivel regional, el Observatorio comenzó a funcionar el 1 de octubre de 2009 y finalizó el 30 de junio de 2011. Los meses de octubre a diciembre de 2009 permitieron un período de ajuste y revisión de los criterios incluidos en el análisis, motivo por el cual se contabiliza el proyecto en 18 meses.

5 De acuerdo a los términos utilizados en el Observatorio Regional, los diarios se clasifican en nacional o regional de acuerdo al alcance territorial de distribución del medio en el país en que se publican. A los fines de este documento, los términos “regional” o “local” se utilizan como sinónimos para señalar la distribución de un periódico dentro de un territorio acotado en el país. El Observatorio Regional sólo monitorea medios gráficos impresos, sin incluir en el análisis de las piezas las versiones electrónicas de dichos diarios ni las actualizaciones que puedan publicarse en los sitios web de cada medio.

6 Todos los datos aquí presentados se fundamentan en los informes nacionales elaborados por los diferentes equipos que integramos la Articulación Regional Feminista.

que deberían profundizarse de modo de avanzar en el ejercicio efectivo de los derechos de las mujeres, y en particular respecto de su derecho a una vida libre de violencia.

2. El cómo y para qué de un Observatorio de Medios

Los medios de comunicación social contribuyen de manera significativa a la formación de opinión sobre distintos hechos de la realidad.⁷ La información presentada, lejos de ser neutral, puede ayudar a perpetuar, reproducir o combatir creencias basadas en estereotipos sobre los comportamientos y las relaciones entre mujeres y varones. Con este telón de fondo, el Observatorio Regional de Medios fue una iniciativa que se propuso monitorear la presencia de noticias sobre la violencia que sufren las mujeres en la región. A partir de una revisión crítica de las piezas publicadas, se indagó sobre los significados de la violencia en el discurso público y su relevancia mediática. En nuestra concepción, la incorporación de la perspectiva de género en los medios de comunicación en general, y en la prensa escrita en particular, significa que el periodismo debe dar una imagen justa y no estereotipada sobre los roles que desempeñan mujeres y varones en la sociedad, utilizando un lenguaje neutro y no sexista en las piezas publicadas.

El Observatorio Regional se planteó varios objetivos. En primer lugar, identificar el modo en que las mujeres son representadas por los medios impresos de sus respectivos países. Luego, analizar si en el tratamiento que se hace en las noticias se reproducen estereotipos de género. Finalmente, evaluar si las piezas periodísticas que tienen como sujetos centrales a las mujeres contemplan y/o están presentadas desde una perspectiva de derechos humanos.

Analizar en clave feminista el tratamiento y cobertura que las piezas periodísticas brindan a la violencia machista, permite echar luz sobre diferentes situaciones de discriminación a las que se enfrentan las mujeres en su cotidianidad.

2. 1. Consideraciones metodológicas

La violencia contra la mujer es todo tipo de agresión o conducta ejercida sobre la mujer, basada en su condición de género, ya sea que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a ésta, tanto en el ámbito público como privado. Como tal, la violencia de género constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales, limitando total o parcialmente a la mujer del goce y ejercicio de tales derechos y libertades.

7 En reconocimiento de la relevancia de esta área de trabajo, la Plataforma de Acción de Beijing de 1995 impulsó por primera vez en una Conferencia Mundial de Mujeres el capítulo de medios de comunicación y mujeres. El punto J de la Plataforma instó a las organizaciones de la sociedad civil a “crear grupos de control para vigilar a los medios de difusión y celebrar consultas con ellos a fin de velar por que las necesidades y los problemas de la mujer se reflejen en forma apropiada” y a “elaborar criterios y capacitar a expertos para que apliquen el análisis de género a los programas de los medios de difusión”. Plataforma de Acción de Beijing (1995). Declaración y Plataforma de Acción de Beijing.

De acuerdo a esta definición tomada de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (Convención Belem do Pará), el Observatorio definió ciertos criterios para la clasificación de las noticias en el marco de los siguientes subtemas: acoso, asesinato, femicidio/feminicidio, trata de personas, violencia física, violencia sexual y violencia patrimonial.

La distinción entre asesinato y femicidio en la clasificación antes mencionada atiende al tipo de análisis que se desarrolla desde el Observatorio Regional: lo que se busca visibilizar es el tratamiento que los medios brindan a la violencia contra las mujeres y el modo en que los diferentes tipos de agresión son presentados por la prensa escrita⁸.

Los Observatorios nacionales revisaron diariamente los medios gráficos a los que se hizo seguimiento, clasificando el material a partir de un listado de palabras claves asociadas al tema monitoreado. Las piezas seleccionadas eran luego analizadas por equipos multidisciplinarios para evaluar la información relevada, y su posterior incorporación a la base de datos regional.⁹

A lo largo del monitoreo de medios las notas publicadas sobre violencia de género fueron analizadas en tres dimensiones: (a) la estructura de la noticia, donde se identifica la ubicación, la extensión y el género periodístico de la pieza publicada; (b) el contenido de la nota, donde se identifica el tema y subtema central, el énfasis que se le da, quiénes son los sujetos centrales y cuáles las fuentes utilizadas por el medio/periodista; y (c) el tratamiento de derechos humanos, que registran las referencias a los derechos o a la normatividad (nacional/internacional) presentes en la pieza publicada.

Este artículo presenta los resultados regionales relevados para el período enero-junio de 2011. Debido a una falla en el sistema informático que causó la pérdida de los datos ingresados en los primeros cinco meses del año, el Observatorio de Humanas Colombia analizó 103 piezas ingresadas entre el 1 y el 30 de junio de 2011, publicadas en cinco medios impresos. Esto imposibilitó incorporar el monitoreo de Colombia a la hora de constituir los resultados regionales.¹⁰

3. La violencia contra las mujeres en los medios de la región: principales hallazgos

Durante el primer semestre de 2011 el Observatorio Regional monitoreó un

8 Esto no necesariamente hace referencia a la existencia de un tipo penal específico para el “feminicidio / femicidio” ni implica una toma de posición sobre el debate vigente en la región.

9 Durante el período que funcionó el Observatorio, las noticias eran publicadas en la página web del proyecto. En la actualidad, toda la base de datos con la clasificación de las noticias se encuentra en poder de las organizaciones que conforman la Articulación Regional Feminista.

10 A los fines de la representación gráfica, los resultados de Colombia quedan por fuera de este análisis puesto que el período de tiempo analizado no es comparable con el resto de los países de la Articulación.

total de 2738 notas que dieron cuenta de sucesos relacionados con la violencia contra las mujeres. El volumen de piezas publicadas por país fue muy diverso, principalmente debido a la cantidad de medios monitoreados por cada uno.

Para el periodo comprendido entre el 1° de enero y el 30 de junio Argentina monitoreó 14 medios gráficos, Bolivia 18, Chile 7, Ecuador 10 y Perú 7. Por su parte, Colombia relevó durante el mes de junio 5 medios impresos.¹¹

La cantidad de medios a los que hizo seguimiento en cada país explica también la cantidad final de notas seleccionadas por cada Observatorio nacional. Argentina relevó 1371 piezas periodísticas, Bolivia 260, Chile 130, Colombia 10, Ecuador 506 y Perú 471. Sin embargo, a partir del análisis cuantitativo que se realiza desde el Observatorio Regional no es posible afirmar que una mayor cantidad de notas implique de por sí un mayor compromiso de los medios de ese país con la violencia hacia las mujeres, y menos aún señalar que el tema ocupa un lugar de relevancia en la agenda mediática de cada caso.

Desde el inicio del Observatorio hasta la fecha, se han visto avances en algunos países en materia de cobertura periodística. Mientras que en Argentina y en Colombia los números se mantuvieron constantes¹², el avance cuantitativo más significativo se registró en Ecuador. El total de notas publicadas en el año 2010 en este país fue de 607, casi la misma cantidad que el total de piezas registrado durante el primer semestre de 2011 (506).

En los apartados que siguen se ofrece un análisis de las noticias relevadas en función de las tres dimensiones que toma el Observatorio. En primer lugar, se revisa la estructura de la noticia, identificando su ubicación, extensión y género periodístico utilizado. Luego, se aborda la dimensión vinculada con el contenido de la nota, donde se identifica el tema y subtema central, el énfasis que se le da, quiénes son los sujetos centrales y cuáles las fuentes utilizadas por el medio/periodista. Finalmente, se revisa si existe un enfoque de derechos humanos en la cobertura periodística.

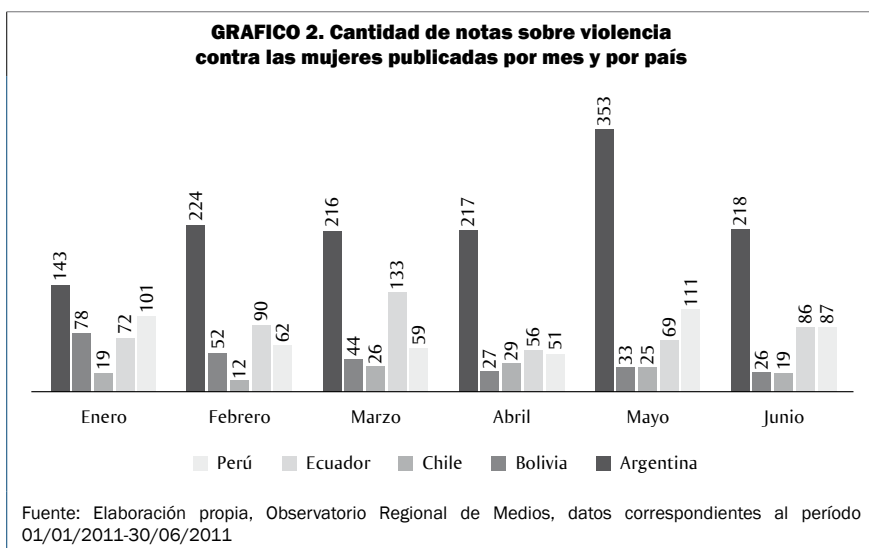
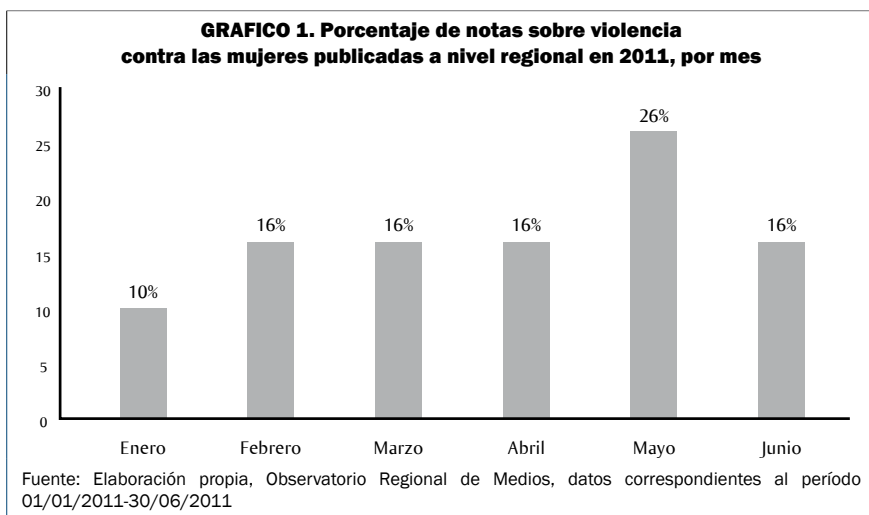
11 Los medios monitoreados por cada país fueron los siguientes. **Argentina:** BAE - Clarín - Crónica - La Nación - Página 12 - Perfil - El Día - El Diario - El Liberal - El Tribuno - La Voz del Interior - Los Andes - Río Negro - La Capital (Rosario). **Bolivia:** El Diario - La Prensa - La Razón - Los Tiempos - El Deber - Erbol - Cambio - Opinión - El Mundo - El Nuevo Día - El Potosí - Correo del Sur - La Patria - Jornada - Estrella del Oriente - Nuevo Sur - Extra - Gente. **Chile:** El Mercurio - La Tercera - La Cuarta - Las Últimas Noticias - La Segunda - Publímetro - La Hora. **Colombia:** El Tiempo - El Colombiano - El Heraldo - El País - La Opinión (Frente a los 19 medios monitoreados por Colombia durante el período 2009-2010. Para más información, ver: www.humanas.org.co). **Ecuador:** El Extra - El Universo - Diario Expreso - El Telégrafo - El Comercio - Diario Hoy - Diario de Manabí - Últimas Noticias - El Mercurio - La Hora. **Perú:** Trome - Ojo - Perú 21 - La República - La Primera - Caretas (Revista Semanal) - La República (Suplemento Dominical)

12 Para más información sobre la cantidad de piezas registradas por cada Observatorio Nacional, visite las páginas web de los países que integran la Articulación. En el caso de Argentina, se publicaron boletines de monitoreo con información estadística sobre la cobertura mediática de la violencia hacia las mujeres para todo el período de análisis, los cuales se encuentran disponibles en la sección Publicaciones de www.ela.org.ar

3.1. Cobertura

A nivel regional, el promedio de notas publicadas sobre violencia contra las mujeres fue de 456 piezas por mes. Como puede verse en el Gráfico 1, el mes en el que se publicó la mayor cantidad de notas fue mayo, debido quizás a que este fue el período con el número más alto de piezas publicadas en Argentina, país que registra el mayor volumen de notas monitoreadas.

Llama la atención que durante el mes de marzo, cuando se conmemora el Día Internacional de la Mujer (8 de marzo), el promedio de notas publicadas se mantuvo estable a pesar de ser una fecha donde podría esperarse una mayor incidencia de los temas relacionados a la violencia contra las mujeres.



Estos números parecen indicar que el problema social de la violencia forma parte de la agenda de los medios de comunicación y por esa razón, desde el punto de vista temporal, hay una cobertura del tema relativamente uniforme. La única excepción se presentó en el caso de Ecuador, con una tendencia contraria: marzo fue el mes que recogió el mayor porcentaje de publicaciones. Casi un cuarto de las notas publicadas en el primer semestre de 2011 en Ecuador se registraron en ese mes. (Gráfico 2)

No todos los medios publican la misma cantidad de notas, ni cubren los mismos temas. Se seleccionaron por país los dos medios gráficos con mayor volumen de piezas registradas para el período de análisis. En el caso de Argentina fueron los periódicos *Crónica* y *Página 12*; en Bolivia fueron *Opinión* y *El Deber*; en Chile *El Mercurio* y *Las últimas Noticias*; en Ecuador *Universo* y *Extra*; y en Perú *Trome* y *Ojo*.

En el caso de Argentina, los periódicos *Crónica* (208) y *Página 12* (171) son de circulación nacional, aunque con líneas editoriales claramente diferentes entre sí. *Crónica* se caracteriza por su tendencia al sensacionalismo, de corte tipo “amarillista”, donde predominan las noticias vinculadas a policiales. Es uno de los matutinos que mayor tirada tiene en el país (el principal es *Clarín*, que se ubicó en tercer lugar en Argentina en términos de cantidad de notas publicadas sobre violencia contra las mujeres). *Página 12* tiene una tirada, en promedio, bastante menor de ejemplares que *Crónica* o *Clarín*, sin embargo su alcance es nacional y mantiene un público lector bastante uniforme proveniente de sectores de clase media urbana. Su línea editorial se centra principalmente en la defensa de los derechos humanos. *Página 12* es el medio que suele brindarle mayor espacio a los temas vinculados a las mujeres desde una perspectiva de género, principalmente por ser el único diario de alcance nacional que cuenta con un suplemento (*Las 12*) dedicado a los temas de las mujeres desde un ideario feminista.

En Bolivia, *Opinión*, periódico de circulación regional, publicó 44 notas y *El Deber*, de circulación nacional, 43. La tendencia de la cobertura de ambos diarios se centra en lo que se denomina Información General junto con Policiales, en *Opinión* y Sociedad en *El Deber*. La propiedad de los periódicos influye fuertemente en la orientación y contenidos de las notas. La estructura de propiedad tanto de *Opinión* como de *El Deber* es empresarial y por lo tanto, la tendencia está orientada a la defensa de intereses económicos o políticos cuando la relación es nítida con algún partido o posición y raramente se especializarán en la defensa de temas sociales y menos aún de derechos.¹³

En Chile, los medios que publicaron la mayor cantidad de notas sobre violencia contra las mujeres fueron *El Mercurio* y *Las Últimas Noticias*, ambos de distribución nacional, con 30 piezas cada uno. Ambos medios pertenecen al mismo consorcio periodístico, denominado El Mercurio S.A. Este conglomerado

13 Coordinadora de la Mujer (2011) “Informe Observatorio de Medios Bolivia”. Primer Semestre 2011. Bolivia.

do de prensa escrita, el más importante del país, presenta un poder prácticamente monopolístico sobre la estructura de medios en Chile¹⁴ y, en ese sentido, es relevante advertir que el marco de influencia y liderazgo que tiene en la opinión pública es importante. El tema violencia contra las mujeres está presente en ambos medios, sin embargo su cobertura es aún bastante marginal y enfocado en la violencia como un acontecimiento jurídico-policial (*El Mercurio*) y sensacionalista (*Las Últimas Noticias*). Es importante advertir que sus corrientes narrativas difieren en tanto *El Mercurio* está destinado a un público informado y de mayor estrato económico, *Las Últimas Noticias* está enfocado a uno de carácter popular, haciendo énfasis en temáticas de la farándula.¹⁵

El Universo y *El Extra* fueron los dos diarios ecuatorianos con mayor cantidad de piezas: 124 y 116 respectivamente, lo que implica casi la mitad del total de notas registradas por Humanas Ecuador. Tanto *El Universo*, que es el diario con mayor cobertura en la costa como *El Extra*, que se caracteriza por ser crónica roja¹⁶, son de circulación nacional. La tendencia es la misma que se observa desde 2009: en general son los diarios de mayor circulación en la Región Costa los que otorgan más espacio a noticias relacionadas con la violencia contra las mujeres. Sin embargo, esto no significa que la información se presente desde un enfoque de derechos.

Por primera vez desde que se inició el Observatorio en Ecuador, el diario *El Universo* es el periódico a la cabeza en número de informaciones, por delante del sensacionalista *El Extra*. *El Comercio*, uno de los periódicos más influyentes del país, continúa con escasa atención al tema, y apenas publicó el 6% del total de notas durante el primer semestre de 2011.

En Perú, los dos medios que publicaron la mayor cantidad de notas fueron *Trome* y *Diario Ojo*, con 115 y 111 piezas respectivamente. Ambos están dirigidos a los sectores populares de la población y se caracterizan por su sesgo sensacionalista. Los relatos abundan en detalles descriptivos cruentos, se recurren a fotografías que retratan con frecuencia el cadáver de la mujer asesinada o la víctima golpeada y los titulares recurren a los celos, el alcohol o la conducta de la afectada como justificación al hecho.

14 En Chile se habla de un “duopolio” respecto de la propiedad de los medios en donde El Mercurio S.A. y COPESA manejan prácticamente completo el espectro de diarios. Con respecto al componente ideológico se ha afirmado que existe un monopolio, pues ambas instituciones defienden valores similares, asociados a la defensa del sistema capitalista y del empresariado nacional.

15 Corporación Humanas Chile (2011) “Informe Observatorio de Medios Chile”. Primer Semestre 2011. Chile

16 Crónica Roja es el “género informativo por el cual se da cuenta de eventos (o sus consecuencias) en lo que se encuentra implícito algún modo de violencia -humana o no- que rompen lo común de una sociedad determinada y, a veces también, su normatividad legal. Ahí caben los relatos sobre hechos criminales, catástrofes o accidentes o escándalos en general, pero expuestos según un código cuyos elementos más identificables son los encabezados impactantes, las narraciones con tinte de exageración y melodrama, entre otros” En: Arriaga O. (2002). La nota roja: “Colombianización” o “mexicanización” periodística, Sala de prensa, Vol 2 [19 de marzo de 2011] Disponible en Internet en www.saladeprensa.org/art375.htm en Corporación Humanas Chile (2011). “Informe Observatorio de Medios Chile” Primer semestre 2011. Chile

Por último, el Observatorio de Humanas Colombia registró 103 piezas referentes al tema de violencia contra las mujeres en el mes de junio de 2011. Durante ese período se monitorearon cuatro medios de circulación regional (*El Colombiano*, *El Herald*, *El País*, *La Opinión*) y uno de circulación nacional (*El Tiempo*). Entre estos, los periódicos donde se registró la mayor cantidad de piezas publicadas fueron: *El Herald* con 34 piezas y *El Tiempo* con 25 notas.

Respecto de la circulación de los medios monitoreados, hubo 1676 piezas publicadas en medios nacionales, mientras que 1062 se publicaron en diarios regionales. Es interesante destacar que en sólo un país se presentó la misma tendencia que la registrada para el promedio regional. Se trata del caso de Chile, donde el 77% de las piezas corresponden a diarios de circulación nacional y el 23% restantes a diarios locales. En el resto de los países de la Articulación, la distribución de notas de acuerdo a la circulación del medio fue la siguiente: en Argentina 46% nacional y 54% regional; en Bolivia 37% nacional y 63% regional, en Ecuador 74% nacional y 36% regional.

Colombia monitoreó un solo medio de alcance nacional *El Tiempo*, que publicó 25 notas sobre violencia contra las mujeres (24%), el resto de los 4 medios monitoreados fueron de alcance local y registraron un total de 78 piezas (75%).

3.2. Géneros periodísticos

Las noticias pueden ser publicadas bajo distintos géneros periodísticos. Estos determinan, en cierta medida, no sólo el espacio que se le dedica sino en particular el enfoque con que se aborda el hecho noticioso y la relevancia que adquiere para el periódico. El género periodístico más utilizado a nivel regional es la Noticia (2118), lo que permite un relato relativamente importante del hecho noticioso, que adquirirá distintas particularidades según la línea editorial del medio. Le sigue el género Breve (325), con un número significativamente menor de notas, que permite dar cuenta sólo de los hechos más salientes de la noticia. En el resto de las piezas monitoreadas sobre violencia contra las mujeres, encontramos 74 Informes Especiales; 59 Crónicas; 54 Opiniones; 49 Reportajes; 29 Entrevistas y 16 Editoriales. Claramente, son pocas las ocasiones en que el género periodístico permite un mejor análisis de la noticia, ya sea a partir de una mayor contextualización, o recurriendo a otras fuentes.

La excesiva presentación del tema bajo géneros intrínsecamente informativos lleva a que la violencia contra las mujeres sea escasamente problematizada en los medios de comunicación. Bajo estos géneros la información suele ser abordada como un suceso particular, dejando de lado todo relato contextual que evidencie las relaciones de poder desiguales que constituyen el fenómeno. En el caso del género Breve, se suma que la noticia debe ser publicada en pocas palabras, sólo remitiéndose a los hechos de manera puntual y, por

ende, impidiendo que la violencia de género sea visibilizada y reconocida en el espacio mediático. Este hecho pone de manifiesto la relación existente entre la estructura del relato y el contenido ideológico del mismo. Este tipo de narrativa, en consecuencia, construye relatos unitarios que reproducen lo excepcional, en donde la mujer es presentada como “anormal” o ha sufrido una situación fuera de lo común.¹⁷

Otro punto a destacar es el contenido de las notas sobre hechos violentos contra las mujeres. Los relatos suelen incluir detalles sobre la crueldad con que se realizó la agresión, se describe la escena del crimen incluyendo datos escabrosos y se insiste en cuantificar, por ejemplo, las puñaladas que recibió la víctima. Los títulos y las fotografías también se utilizan para resaltar esos aspectos, contribuyendo con la “espectacularización” de la violencia contra las mujeres.

De acuerdo a los números nacionales, en la mayoría de los países los géneros más utilizados fueron la Noticia y el Breve, con la excepción de Ecuador donde el segundo lugar lo ocupó el Reportaje, relegando al Breve al tercer puesto.

3.3. Secciones

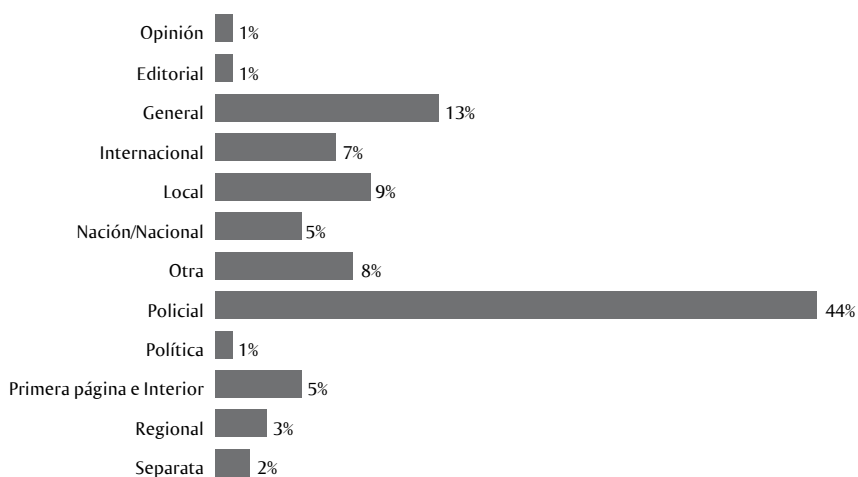
Al revisar en qué secciones¹⁸ los diarios publicaron las noticias que hacen referencia a la violencia contra las mujeres, encontramos que la tendencia es que ocupen las páginas de Policiales (1216 piezas) mientras que en la sección General/Información General se registraron sólo 354 notas. Otras 233 se publicaron en Local; 189 en Internacionales; 139 en Nación/Nacional; 83 en Regionales; 61 en Separata/Suplemento y hubo 224 piezas que fueron ubicadas en secciones no contempladas de un modo específico por la clasificación del Observatorio.

Sólo 39 notas se publicaron en la secciones de Editorial u Opinión (15 y 24, respectivamente) y 150 fueron nota de tapa (primera página e interior). Un punto a destacar es que en sólo dos países, Argentina y Chile, se hallaron piezas sobre la violencia contra las mujeres tanto en la sección Editorial como en la de Opinión. Y con respecto a las tapas de los diarios, Bolivia es el único país en donde ninguna nota sobre el tema llegó a la primera plana de los medios monitoreados. (Gráfico 3)

17 Fernández, Natalia (2003). *La violencia sexual y su representación en la prensa*. Antronos: Barcelona. Citado en Corporación Humanas Chile (2011) “Informe Observatorio de Medios Chile”. Primer Semestre 2011. Chile

18 Este informe respeta los nombres de las secciones establecidos por el Observatorio Regional de Medios: Ciencia; Columnas de opinión; Conflicto armado; Cuadernillo; Cultura y arte; Economía; Editorial; Educación; General; Internacional; Judicial/Justicia; Local; Nación/Nacional; Otra; Policial; Política; Primera página; Primera página e interior; Regional; Salud; Separata (Suplementos); TV y Farándula (Espectáculos).

GRAFICO 3. Porcentaje de notas sobre violencia contra las mujeres publicadas a nivel regional, por sección de los diarios



Fuente: Elaboración propia, Observatorio Regional de Medios, datos correspondientes al período 01/01/2011-30/06/2011

En Argentina, al analizar las secciones en las que se publicaron las noticias nos encontramos con datos similares a 2010. Cerca de la mitad de las notas sobre violencia contra las mujeres fueron publicadas en la sección Policial (605 piezas), seguido por 323 en Información General. Del total de notas publicadas, sólo 19 se ubicaron en las secciones de opinión/editorial de los medios monitoreados, es decir apenas el 1% del total de notas. Por otra parte, apenas un 3% de las piezas publicadas para el período fueron tapa de los diarios monitoreados (43 notas).

Como tendencia general, en Bolivia las noticias relacionadas a violencia se ubicaron en la sección Policial (137). Es interesante contrastar este dato con otro tipo de estudios, como la encuesta de percepción realizada en el municipio de La Paz por el Observatorio “La Paz Cómo Vamos”¹⁹. En esta encuesta, los paceños advierten, de manera abrumadora, que la seguridad ciudadana es el principal problema que enfrentan e identifican a la Policía como la principal responsable. Aunque se requieren indagaciones más profundas para analizar el fenómeno, esto parece ser sintomático de una tendencia de la población y los medios, de enfocar los temas relacionados con violencia como un problema de seguridad y de ineficiencia de la Policía, en lugar de ver el problema desde el punto de vista de las relaciones intrafamiliares, los estereotipos de género, la violación de derechos, entre otros.

En el caso de Chile la mayor parte de las noticias relativas a la violencia contra las mujeres se distribuyeron en dos secciones: 65 notas (50%) aparecieron en la sección Otra, mientras que 56 (43%) lo hicieron en Nación/

19 Ver anuncios preliminares de la Encuesta de Percepción en www.lapazcomovamos.org

Nacionales. Ninguna de las otras secciones alcanzaron un porcentaje de uso mayor al 2% (lo que implica sólo 1 ó 2 notas se ubicaron bajo esos bloques informativos). Durante el período apenas se registró 1 nota en Opinión, 1 en Editorial y 3 publicadas en Primera Página e Interior de los diarios monitoreados.

La mayor presencia de las notas periodísticas en secciones no contempladas por el Observatorio (65) se puede explicar, en parte, porque la sección utilizada por el diario *La Cuarta* -que presenta un porcentaje importante de piezas para cubrir la violencia contra las mujeres es “Crímen y Castigo”, así como en otros medios lo es la sección denominada “Crónica”, la cual también es utilizada para abordar informaciones concernientes a los denominados temas de crónica roja. Durante el período de análisis, se registró también un número importante de notas publicadas en la sección Deportes, principalmente relacionadas a los cargos por violencia intrafamiliar que recibió el Presidente de la Asociación Nacional de Fútbol de Chile, Sergio Jadue.²⁰

En Ecuador, el 72% de todas las informaciones sobre violencia contra las mujeres publicadas fueron colocadas bajo la sección denominada Policial, esto es, 366 de las 506 piezas. En Primera Página e Interior se destacan 92 noticias que representan el 18%, y 3% en General, es decir 17 notas. El 2% de las notas se publicaron en Internacional.

En cuanto a Perú, la mayoría de las notas fueron publicadas en las secciones Local²¹ (152), Policial (108) y Otras (70) de los medios monitoreados. Esta cantidad refleja que el tratamiento de los acontecimientos se da sin análisis de causas y consecuencias para la sociedad y sin evaluar la responsabilidad del Estado para combatir este problema, así como redes sociales de prevención y soporte para las víctimas, que sí se podría dar si el hecho noticioso fuera abordado en secciones como Editorial (donde no se publicaron notas), Opinión (se encontraron 9 piezas) o las destinadas a la difusión de reportajes, entrevistas o informes especiales.

En Colombia, la mayoría de las piezas periodísticas se registraron en las secciones Judicial/Justicia (24), seguidas de 21 notas publicadas en la sección “Debes saber”²² del diario *El Tiempo* que incluye la información de estricto carácter noticioso publicada en el diario. También se publicaron 6 notas en la

20 Para más información, visite la página web de la Corporación Humanas de Chile www.humanas.cl

21 Las notas publicadas en las secciones de locales de los medios impresos de cobertura nacional son las que tienen como lugar de ocurrencia Lima, la capital del Perú. En este sentido, se debe señalar que las estadísticas oficiales sobre violencia contra las mujeres en Perú también indican que el mayor índice de hechos de violencia se produce en esta ciudad.

22 El periódico de circulación nacional *El Tiempo* desde el 3 de octubre de 2010, adoptó una nueva imagen en la cual se incluyeron algunos cambios en la organización gráfica de los contenidos, entre otros se implementó una sección denominada “Debes saber” que contiene las piezas periodísticas más importantes del día, lo noticioso; la mayoría de estas notas están escritas en géneros periodísticos secos, aquellos que sólo dan cuenta de los hechos.

sección Opinión, 4 en las secciones General y Editorial, y otras 6 fueron notas de tapa.²³

Las cifras confirman lo que la literatura sostiene: a pesar del creciente número de estudios y acciones de las organizaciones de la sociedad civil (en particular el movimiento de mujeres) por poner en la agenda pública el tema de la violencia de género, ésta es visibilizada en los medios mayoritariamente con el relato de los hechos, sin abordar sus causas estructurales, ni realizar un análisis de lo sucedido y las medidas que se podrían adoptar para evitarlos. Las noticias sobre violencia contra las mujeres quedan atrapadas en la sección policiales y escasamente alcanzan la primera plana de los diarios de América Latina, y mucho menos en las secciones de Editorial y Opinión de los medios monitoreados.

3.4. Cobertura por tipo de violencia

El tema que mayor cobertura mediática recibe en la región es el de delitos de índole sexual, seguido por la cantidad de asesinatos de mujeres registrados durante ese período. Se publicaron 1013 notas que hicieron referencia a agresiones sexuales y 708 de homicidios de mujeres. A su vez, hubo 102 piezas que se refirieron a estos asesinatos específicamente como Femicidio/Femicidio. Por otro lado, 331 notas entraron bajo la clasificación de “todo tipo de violencia”, en referencia a los casos en que las mujeres fueron agredidas de más de una manera. También hubo 245 piezas sobre violencia física; 168 sobre trata de personas; y 50 sobre acoso.

Los datos parecerían indicar que la violencia contra las mujeres ocupa un lugar en la agenda mediática, aunque un análisis más detallado nos permite afirmar que su tratamiento es todavía residual y el tema no se considera como prioritario en las redacciones periodísticas. Generalmente, la violencia de género adquiere un lugar de mayor relevancia cuando existe un ingrediente “llamativo”, como puede ser la brutalidad de los delitos o cuando las personas involucradas en los hechos de violencia son figuras famosas, como se vio en Chile durante el mes de enero cuando se conoció que un dirigente del fútbol estaba implicado como agresor en un caso de violencia intrafamiliar, o en Argentina con el femicidio de Wanda Taddei.²⁴

Aunque la situación no es idéntica en cada país, podemos decir que en los medios latinoamericanos todavía está muy arraigado el concepto de “crimen pasional” cuando se trata el asesinato de una mujer a manos de una pareja o ex pareja. El contexto que abarca la calificación de “pasional”, opaca la

23 Corporación Humanas Colombia. (2011) “Informe Observatorio de Medios Colombia”. Junio 2011. Colombia

24 Para conocer más sobre estos casos, véase ELA (2012) La violencia tiene prensa. Informe final del Observatorio Regional “Las mujeres en los medios”, Buenos Aires: ELA. Disponible en www.articulacionfeminista.org/ www.ela.org.ar

gravedad criminal de la agresión. Este calificativo obstaculiza toda posibilidad de análisis y se presenta como una justificación a la acción del criminal, por lo tanto, de manera implícita se señala a las mujeres como responsables de lo ocurrido. Se tiende a caer en una mirada que omite la contextualización del hecho y la consideración de que es una conducta aprendida y avalada socialmente, que supera fronteras, etnias, culturas, credos, edades y clases sociales. A su vez, este tratamiento configura uno de los estereotipos que los medios de comunicación contribuyen a difundir y reforzar, porque en la forma en que se presentan las noticias, se desprende que la conducta de la víctima generó una reacción espontánea, un arrebato, de alguien que estuvo fuera de sí. No es de extrañar entonces, que esta sea la defensa preferida por los victimarios cuando enfrentan un proceso judicial.²⁵

La violencia contra las mujeres puede ser considerada como toda forma de acción u omisión, que atenta física o psíquicamente contra la mujer por razón de su género. Sin embargo, el Observatorio amplía su análisis haciendo seguimiento a las piezas que hacen referencia a cualquier tipo de violencia ejercida contra una mujer o las mujeres. El objetivo de este abordaje es abarcar la mayor cantidad de información periodística que permita dar cuenta de los estereotipos de género replicados por los medios de comunicación, considerando que en general las piezas publicadas por la prensa no se construyen desde el concepto de violencia contra las mujeres mencionado anteriormente sino como hechos aislados que no corresponden a un problema social particular. En algunos países de la región, además, el contexto del conflicto armado exacerba la violencia ejercida contra las mujeres, hechos que constituyen gran parte del material informativo de los diarios, como es el caso de Colombia.²⁶

Un dato que se registra en todos los países analizados es la ausencia sistemática de notas sobre violencia patrimonial, un concepto que ha comenzado a acuñarse también en algunas legislaciones recientes. Sólo en el caso de Colombia y Bolivia se publicaron piezas que dan cuenta de este tipo de violencia ejercida contra las mujeres, aunque con tan sólo 2 notas en cada uno de ellos. (Gráfico 4)

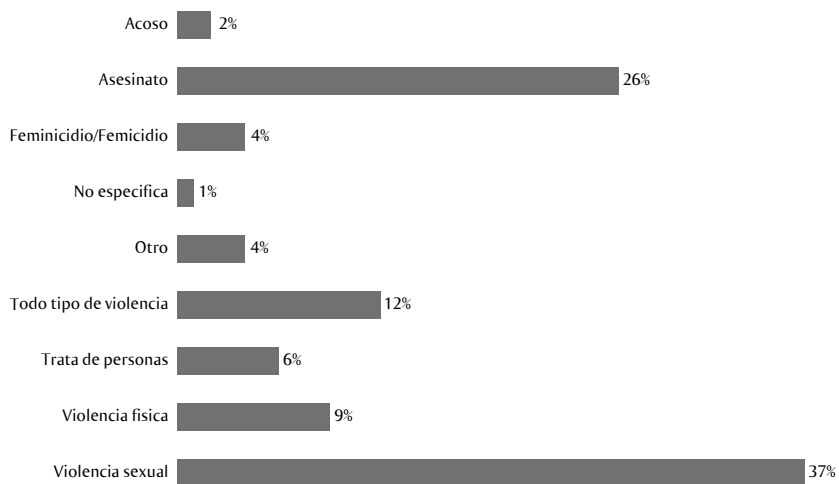
Un comentario aparte merece la presencia de los conceptos de Femicidio/Femicidio y la utilización de este término por los diarios monitoreados.

El femicidio o feminicidio es una categoría de análisis que surge en las ciencias sociales con el objeto de visibilizar las muertes de las mujeres perpetradas por sus parejas o ex parejas o por terceras personas en razón del género de la mujer víctima del delito. En algunos países (como es el caso de Argenti-

25 DEMUS - Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer (2011) "Informe Observatorio de Medios Perú". Primer Semestre 2011. Perú.

26 Corporación Humanas Colombia (2011) "Informe Observatorio de Medios Colombia". Junio 2011. Colombia

GRAFICO 4. Porcentaje de notas sobre violencia contra las mujeres publicadas a nivel regional, por tipo de violencia



Fuente: Elaboración propia, Observatorio Regional de Medios, datos correspondientes al período 01/01/2011-30/06/2011

na, Bolivia, Colombia y Ecuador) el femicidio no es una figura jurídica distinta del tipo penal del homicidio, sino un concepto político que busca instalar en la agenda pública las particulares circunstancias en que se dan muchos de los asesinatos de mujeres. En Chile y Perú, por el contrario, el femicidio ha sido incorporado recientemente a los cuerpos legales de dichos países.

La distinción entre asesinato y femicidio en la clasificación que hace el Observatorio Regional atiende al uso que se hace de este concepto en el relato analizado de los medios. La Tabla 1 demuestra que a nivel regional el término femicidio no está aún instalado fuertemente en los medios de comunicación. El medio que mayor cantidad de notas publicó utilizando dichos conceptos fue *Página 12*, un diario argentino que, como se mencionó con anterioridad, se caracteriza por su compromiso con los temas presentes en la agenda del movimiento de mujeres y por abordar este tipo de noticias desde una perspectiva de género. En el resto de los medios monitoreados, se utilizó con mayor frecuencia el término asesinato para referirse a estos homicidios de mujeres. A pesar de esto, del universo de noticias monitoreadas en Argentina, las que tratan específicamente de femicidios/femicidios apenas representan el 3%.

Algo similar ocurrió en Bolivia, el segundo país a nivel regional con mayor cantidad de piezas sobre este tipo de violencia, donde pareciera cada vez más común referirse a los asesinatos de mujeres en razón de género como feminicidio o femicidio. Este término aparece en el 15% de las notas analizadas.

Tabla 1. Cantidad de notas sobre violencia contra las mujeres publicadas, por tipo de violencia y por diarios seleccionados

Medio / Tipo de violencia	Acoso	Asesinato	Feminicidio/ Femicidio	No específica	Otro	Todo tipo de violencia	Trata de personas	Violencia física	Violencia patrimonial	Violencia sexual	Totales
Crónica (Argentina)	0	53	4	0	8	31	11	16	0	85	208
Página 12 (Argentina)	0	20	22	2	16	31	15	12	0	53	171
Universo (Ecuador)	2	69	0	0	7	4	2	10	1	30	125
Extra (Ecuador)	5	67	0	1	1	1	3	15	0	23	116
Trome (Perú)	3	66	1	0	1	4	3	22	0	15	115
Diario Ojo (Perú)	4	46	1	0	2	4	4	17	0	33	111
El Deber (Bolivia)	5	2	7	0	1	2	3	3	0	20	43
Opinión (Bolivia)	2	1	3	0	4	2	2	7	1	22	44
El Mercurio (Chile)	0	8	0	0	0	16	1	3	0	2	30
Las Últimas Noticias (Chile)	0	1	0	0	0	20	0	7	0	2	30

Fuente: Elaboración propia, Observatorio Regional de Medios, datos correspondientes al período 01/01/2011-30/06/2011

En Chile, sólo 5 notas se refieren de esa manera a los asesinatos de mujeres por su condición de género mientras que en Ecuador y Perú únicamente se encontraron 1 y 9 piezas, respectivamente. Colombia es el único país en donde los conceptos de femicidio/feminicidio están ausentes en las notas monitoreadas, aunque dado el período de análisis considerado en este país no pueden hacerse afirmaciones contundentes sobre la ausencia del término en los medios de comunicación colombianos.

3.5. Las mujeres en las noticias

En relación al protagonismo que reciben las mujeres en las coberturas sobre violencia de género, es interesante destacar que ellas aparecen -según el promedio regional- más frecuentemente como protagonistas de las noticias que sus pares varones. De acuerdo a lo registrado por el Observatorio Regional de Medios, fueron el sujeto central en 1303 notas mientras que los varones aparecieron como protagonistas en 1099 notas. Hay 183 piezas en donde mujeres y varones comparten el lugar de protagonista de la noticia. En 112 notas el protagonismo recayó en las instituciones; en 19 en la población y en otras 19 no se especifica el sexo o ámbito institucional de quien protagoniza la noticia.

Otro aspecto interesante para analizar es el tipo de lenguaje presente en las piezas analizadas. En muchas oportunidades, el Observatorio Regional registró una revictimización que los diarios provocan con su lenguaje, como por ejemplo con el uso que hacen de los diminutivos y de términos que pueden

considerarse racistas y peyorativos. Lo mismo se produce cuando al hablar de violencia machista se pone el énfasis en datos que desvían la atención sobre la verdadera criminalidad del hecho tales como si la mujer usaba escotes, polleras corteras, salía sola con frecuencia. O cuando se las identifican según su nacionalidad, edad, aspecto físico, seudónimo. Indagaciones sobre su vida privada buscando posibles relaciones con terceros y un peligroso énfasis en la pesquisa policial sobre las últimas horas de la víctima, terminan por invertir la carga de la prueba y revictimizar a las mujeres, invisibilizando muchas veces el verdadero móvil del delito: la violencia de género.²⁷

En cuanto a cuál es la manera más adecuada de referirse a las mujeres, hay un debate acerca de si es correcto el uso de la palabra víctima o si resulta más conveniente hablar de mujeres en situación de violencia, lo que implica que pueden salir de esa situación.

El análisis del *corpus* de noticias permite establecer que la relación que se evidencia entre mujeres y varones en contextos de violencia es la que reproduce los estereotipos de víctima/victimario. Este binomio legitima un orden simbólico en que varones y mujeres representan órdenes opuestos, el que se muestra “cuando las categorías asignadas a la mujer que aparece en el relato no se corresponde a la asignada al hombre. El contraste destacada la desigualdad y legitima los procesos que llevan a ella”.²⁸

El arquetipo de víctimas, en este sentido, rigidiza los atributos femeninos como sujetas pasivas, débiles y carentes de iniciativa; mientras los varones/victimarios, son asociados a seres irracionales y nublados por las emociones en función de recuperar el orden perdido. Orden que por cierto, es esgrimido por los relatos periodísticos en tanto las mujeres al salir/se de su sitio (doméstico), son violentadas por los varones amenazados por perder su lugar “natural” en el espacio público. Es importante aclarar que, si bien las mujeres asesinadas en estricto rigor son víctimas de un crimen, no necesariamente son frágiles, pero en los medios rara vez se les representa con una actitud activa y defendiéndose.²⁹

3.6. Fuentes

Respecto de las fuentes consultadas por los medios encontramos aquí también que las mujeres aparecen en 544 ocasiones como las fuentes centrales en tanto los varones lo hacen en 513. A éstas categorías podríamos agregarle las 108 mujeres pertenecientes a alguna institución que fueron consultadas y

27 Molina, Silvina (2009) *Noticias que salvan vidas. Manual periodístico para el abordaje de la violencia contra las mujeres*. Buenos Aires: Amnistía Internacional. P. 17

28 Fernández, Natalia (2003) *La violencia sexual y su representación en la prensa*. Barcelona: Editorial Anthronos. P. 130

29 Corporación Humanas Chile (2011) “Informe Observatorio de Medios Chile”. Primer Semestre 2011. Chile.

los 160 varones que hablaron en nombre de una institución cuando su opinión fue requerida por la prensa. Además hubo 229 piezas que recurrieron a una Institución como fuente. Sin embargo, la mayoría de las notas (600) no especifican el sexo de la fuente consultada.

La tendencia general es que las fuentes policiales y las judiciales son las más consultadas al momento de informar sobre la violencia contra las mujeres. Este tipo de fuentes se focalizan únicamente en los hechos concretos. Pero también es importante que los medios recurran a fuentes especializadas, varones o mujeres tanto del ámbito estatal como de organizaciones de la sociedad civil, para que ayuden a contextualizar el problema.

Las cifras dan cuenta que en la información periodística objeto de seguimiento son los varones quienes se citan principalmente como emisores de los datos que interesan para construir un relato periodístico, las mujeres en pocas ocasiones son tenidas en cuenta como poseedoras de la información y en la mayoría de las ocasiones se limita su voz a ser la fuente no oficial de los hechos.

3.7. Enfoque

La mitad de las notas sobre violencia contra las mujeres publicadas durante el período de análisis se enfocaron en los acontecimientos: 1.358. La detención y/o captura de los agresores y los procesos judiciales también fueron el tipo de enfoque más utilizado: 446 y 410 piezas respectivamente.

Por otro lado, son muy escasas las notas cuyo énfasis estuvo puesto en la responsabilidad estatal (24 piezas); en mencionar proyectos de ley tendientes a erradicar, sancionar y eliminar la violencia de género (43); en acciones de prevención, tanto públicas como privadas (19); en brindar información estadística del problema (44); en analizar el contexto social en el cual se desarrollan las agresiones de género (59) o en campañas de bien público en general (45). Gran parte de estos enfoques hacen referencia a la responsabilidad del Estado con respecto a la violencia contra las mujeres. El enfoque en el victimario o en la víctima también es poco frecuente: sólo 90 notas en el primer caso y 37 en el segundo.

Un acontecimiento es un hecho inesperado, no previsto ni planificado, por lo que se puede concluir que la prensa escrita cataloga la violencia machista como un hecho o delito fortuito, inesperado, equiparable por ejemplo a un robo, como resultado probablemente del clima de inseguridad ciudadana general. Ni los medios, ni la sociedad en general establecen un vínculo directo entre prevención y lucha contra la violencia de género, aunque sí lo hacen cuando se trata de la violencia no machista en general.

El incremento de denuncias sobre violencia en sus diferentes manifestaciones por parte de las mujeres hace aún más evidente las falencias del sistema

judicial, es decir, las dificultades que tienen las mujeres para acceder a la justicia. Esto tampoco logra penetrar entre las principales preocupaciones de la prensa escrita.

A nivel local se pueden observar algunas diferencias, aunque las notas se focalizaron mayormente en los acontecimientos en todos los países, con Bolivia como única excepción. En Argentina, la mayoría de las notas publicadas se limitan a hacer hincapié en el hecho noticioso puntual (acontecimientos: 744). Por otra parte, los procesos judiciales (270) y las detenciones o capturas de los agresores (94), también fueron dos de los enfoques más utilizados por los medios para abordar el tema. Estos datos continúan siendo coincidentes con la sección en donde mayoritariamente aparecen las notas publicadas: policiales y/o información general. El enfoque centrado en la víctima o en el victimario tiene una mayor presencia que en los períodos analizados con anterioridad. En el primer semestre de 2011, 24 notas se centraron en la víctima, mientras que 58 lo hicieron en el victimario, contra las 6 y 10 (respectivamente) que aparecieron a lo largo de 2010.

En la mayor parte de las notas analizadas por el equipo de Chile, la información está centrada en el acontecimiento (57). Le siguen a estos los procesos judiciales (20), el Contexto Social y Estadísticas y Cifras (7 cada una). En menor medida se presenta un énfasis en detenciones y capturas (6) y en Prevención de la violencia (6). De las piezas que centran su información en personajes, 1 se centró en la víctima y 7 en el victimario, número que se explica por la cobertura a varones famosos acusados de ejercer violencia contra sus parejas.

En el caso de Colombia la mayoría de las piezas monitoreadas se limitaron a reportar el hecho noticioso: 60 notas se enfocaron en el acontecimiento general y 8 en una detención o captura. Las notas que hicieron referencia a un proceso judicial fueron 11, y 10 presentaron la información con énfasis en los elementos del contexto social que generan la situación. Una nota editorial del periódico *El Colombiano* tuvo como enfoque las protestas ciudadanas por el asesinato de mujeres y otras cuatro tuvieron como eje la utilización de estadísticas y cifras para tratar los temas de asesinato y violencia sexual. De las 2 piezas monitoreadas que le dieron énfasis a un personaje una se concentró en la víctima y la otra en el victimario.

3.8. La perspectiva de derechos

Finalmente, una de las dimensiones de interés para el análisis del Observatorio Regional se vincula con la existencia de menciones explícitas a algún derecho, revisando además, en particular, si la violencia contra las mujeres es presentada por los medios de comunicación como una violación a los derechos humanos.

Los resultados sobre este punto despiertan una señal de alarma: apenas el 5% de las notas publicadas se refirieron a la violencia contra las mujeres en

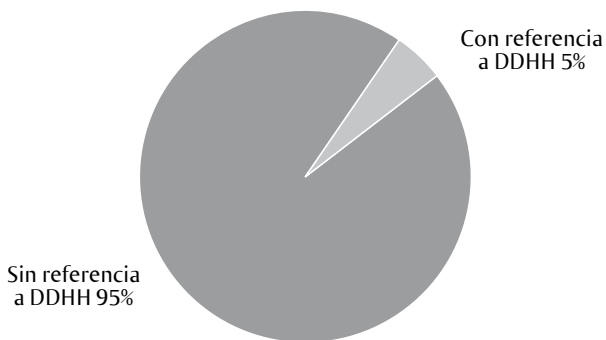
estos términos (138 notas). Esto demuestra que el problema de la violencia contra las mujeres no es tratado en los medios desde una perspectiva de derechos, con una reflexión en torno a la vulneración de derechos que viven las mujeres al sufrir violencia por parte de los varones. Es por ello que es necesario mediatizar los derechos como una de las estrategias indispensables.

Omitir los derechos que se vulneran dificulta la comprensión y movilización de la sociedad para enfrentar el problema. Asimismo, exonera al Estado de sus compromisos con el derecho de las mujeres a una vida sin violencia. Esta ausencia del componente de derechos humanos en las informaciones pone en evidencia que los derechos de las mujeres en particular no son una prioridad en la agenda pública, así como tampoco lo son en la agenda mediática.

La forma en que los medios tratan una determinada realidad contribuye a configurar la percepción social que se tiene de ella. Un abordaje adecuado de los hechos de violencia –contextualizándolos y no justificándolos, y sobre todo sin un tratamiento de corte sensacionalista– genera conciencia crítica en las y los lectores que contribuyen a alcanzar un verdadero consenso social acerca de la necesidad de prevención, erradicación y sancionar la violencia que sufren las mujeres.

La ausencia de un enfoque de derechos es una tendencia que se verifica en los medios de todos los países que integran la Articulación. Esto confirma que en la cobertura, realizada en general desde un punto de vista de acontecimientos, no se ejerce una reflexión sobre la violencia como problema social de vulneración de los derechos de las mujeres. Tal como demuestran los números a nivel regional, el porcentaje de notas que hacen referencia a los derechos humanos es mínimo respecto del total de piezas monitoreadas. Perú es

GRAFICO 5. Porcentaje de notas sobre violencia contra las mujeres publicadas a nivel regional, de acuerdo al tratamiento de derechos humanos otorgado al tema



Fuente: Elaboración propia, Observatorio Regional de Medios, datos correspondientes al período 01/01/2011-30/06/2011

el país mejor posicionado, ya que el 16% de las notas monitoreas (75 piezas) mencionaron explícitamente los derechos humanos. En el caso de Argentina estas notas representan sólo el 2% (23 piezas) del total; en Bolivia el 11% (28 notas); en Chile el 3% (4 piezas) y en Ecuador el 2% (8 notas).

5. A modo de conclusión: avanzar en los derechos

La reproducción de noticias vinculadas con los derechos de las mujeres y la manera en que se abordan los temas relacionados con la agenda feminista pueden tener efectos sobre la percepciones que la sociedad tiene respecto de las mujeres y sus derechos al contribuir a la formación de la opinión pública. El Observatorio de Medios es una herramienta que permite pensar nuevas formas de comunicar y dar visibilidad a un problema tan masivo y preocupante en la región latinoamericana, como es la violencia contra las mujeres.

La cantidad de piezas registradas por el Observatorio Regional indica que la violencia de género constituye un tema habitual en la agenda de los medios. Sin embargo, al observar con mayor detalle la cobertura queda en evidencia que ésta no se presenta como una violación a los derechos humanos. Lo más frecuente es que los medios presenten los hechos violentos como un acontecimiento aislado más que como un problema que requiere políticas dirigidas a cambios estructurales en las diferentes esferas sociales como la educación, la justicia, la salud, la seguridad, el trabajo y la familia. La falta de adopción de un enfoque de derechos por parte de los medios, el abordaje de los hechos de violencia machista desde el simple relato y la falta de referencias a las medidas que se podrían adoptar para superarla, conduce a la ausencia de un análisis más profundo de las causas y consecuencias de este problema para las mujeres en particular, y para la sociedad en general.

A partir de los resultados obtenidos por el Observatorio se identifican algunas tendencias regionales, que se han sostenido desde el inicio del trabajo encarado en forma comparada por los equipos nacionales.

En primer lugar, las notas sobre violencia contra las mujeres se ubican mayoritariamente en la sección Policial: casi el 50% del total de piezas registradas por el Observatorio Regional se publicaron allí. Debido a las características de esta sección, es usual que las notas allí publicadas se focalicen principalmente en el delito concreto, dejando de lado la posibilidad de un análisis más profundo y la contextualización general de esos crímenes.

Preocupa en este sentido la ausencia sistemática de notas ubicadas en la secciones de Opinión y Editorial de los medios monitoreados, y que sólo el 5% de los casos de violencia de género alcanzó la tapa de los diarios durante el período de análisis.

Asimismo, se verifica una tendencia a adoptar el enfoque periodístico de los acontecimientos. La inmensa mayoría de las notas seleccionadas se limita-

ron a hacer hincapié en el hecho puntual noticioso, sin aportar información de contexto o profundizar en las causas de la violencia. Los datos confirman una práctica frecuente en el periodismo: confundir el problema de la violencia contra las mujeres con el episodio violento puntual que se está informando. El problema de limitar la noticia a los casos concretos es que se invisibiliza el conjunto de agresiones a las que se enfrentan las mujeres en lo cotidiano. Lo trágico y espectacular, en este sentido, es aquello que registran los medios: las agresiones más brutales o los femicidios. Es indudable que la representación de la violencia de género como sucesos puntuales no puede ser analizada por fuera de las rutinas de producción periodística. Trabajar con la inmediatez, lleva a que las y los periodistas muchas veces cuenten con recursos limitados para profundizar sobre el problema. Aún así, una vez superada la barrera de la “espectacularidad”, el compromiso es destapar aquello que se esconde en el ciclo de la violencia.

La escasa cobertura que reciben algunos tipos de violencia también es una tendencia regional. Por ejemplo, con la excepción de Bolivia y Colombia (con apenas 2 piezas publicadas), durante el primer semestre de 2011 casi no se registraron notas referidas a la violencia patrimonial. A esto se le suma que en las raras ocasiones en que se encuentra alguna pieza sobre el tema no se otorgan elementos que permitan constatar que efectivamente son hechos de violencia contra las mujeres. Algo similar ocurre con los feminicidios/femicidios, que en su mayoría todavía son presentados en las páginas de los diarios como simples asesinatos. Del total de notas monitoreadas el 4% incorporó el término feminicidio/femicidio mientras que un 27% los clasificaron como asesinatos.

Por lo general, el término de feminicidio o femicidio aparece cuando alguna fuente consultada recurre a esta denominación para colocar en el debate y agenda pública que los crímenes violentos contra mujeres tienen un componente de género. Pero también resulta más frecuente encontrarlo cuando el tema es tratado en géneros periodísticos que permiten una mayor profundidad en la cobertura de la noticia, como informes especiales, crónicas o columnas de opinión.

Por último los resultados del Observatorio Regional demuestran que el enfoque de derechos está ausente en los medios latinoamericanos: únicamente el 5% de las notas (138 piezas) hablaron de la violencia contra las mujeres como una violación a los derechos humanos. La violencia de género es una manifestación brutal de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y varones. Presentar el problema en estos términos y desde una perspectiva de derechos implica asumir un compromiso en la lucha por erradicar y prevenir la violencia contra las mujeres en todas sus formas.

Aunque la situación no es igual en todos los países que conforman la Articulación Regional Feminista y sin duda hay buenos ejemplos de coberturas periodísticas de la mano de profesionales que tienen conocido compromiso con el

tema, todavía es corriente encontrar que las notas que dan cuenta de hechos de violencia contra las mujeres lo hagan con un estilo amarillista o de crónica roja, poniendo especial énfasis en los detalles escabrosos. La participación de personas de la “farándula” asegura que la noticia llegue a los medios y también en muchos casos aumenta las probabilidades de que las notas se centren en detalles que buscan distraer la atención del delito cometido. Asimismo es en este tipo de coberturas donde es más habitual encontrar valoraciones moralistas que aluden a la honra, el honor y el buen nombre de las mujeres involucradas. En estas piezas pocas veces se hace referencia como tal a los delitos o crímenes cometidos contra las mujeres, más bien son tratados como afrentas al honor, el respeto y la dignidad de la víctima. Este enfoque pasa por alto que la violencia de género es consecuencia de las relaciones de poder asimétricas que se dan entre varones y mujeres. Los crímenes por razones de género son ejecutados por varones sobre el cuerpo de una mujer a la que consideran de su propiedad.

La reproducción de estereotipos todavía es frecuente en los medios, lo que contribuye a perpetuar situaciones de desigualdad entre los sexos que pueden favorecer la aparición de manifestaciones de violencia. El análisis de las piezas monitoreadas demuestra que, a pesar de que la mayoría de las personas que protagonizaron las notas monitoreadas y las fuentes centrales fueron mujeres, todavía se registra cierta tendencia a representarlas como víctimas sin voz, protagonistas pasivas de la violencia que sufrieron. Es en este sentido que está en discusión la utilización de la palabra víctima u optar por mujer en situación de violencia para destacar que pueden salir de esa situación. A esto se suma la apelación a un enfoque de tipo emocional, en donde se refuerzan los estereotipos femeninos de debilidad, lágrimas y desamparo, que poco contribuye en avanzar hacia un tratamiento igualitario de mujeres y varones por parte de los medios. Es necesario que los medios también den cuenta de mujeres que lograron denunciar el maltrato, que pudieron salir del círculo de violencia en el que se encontraban. Otro dato a destacar es que son muy pocas las notas que incluyen teléfonos, direcciones o cualquier información que puede resultar útil para las víctimas de violencia de género o las personas de su entorno a la hora de buscar ayuda. Es importante que los medios de comunicación brinden este tipo de información para colaborar en la prevención de la violencia contra las mujeres, así como también divulgar las campañas existentes que tengan esa finalidad.

La presencia de estereotipos lleva en ocasiones a responsabilizar a las víctimas de lo que les sucedió. Apreciaciones relacionadas con la vestimenta de la mujer y su comportamiento no sólo refuerza la existencia de una escala de valores machista sino que también diluye la gravedad de lo acontecido. A su vez, la recolección del testimonio o postura del agresor puede constituir uno de los factores de reproducción y refuerzo de estereotipos de género en las noticias, ya que por lo general el involucrado suele emplear justificaciones a sus crímenes con fines absolutorios.

Resulta prioritario que los medios de comunicación comiencen a abordar las noticias sobre violencia contra las mujeres desde una perspectiva de derechos. La violencia de género, como cualquier violación a los derechos humanos, debe ser cuestionada socialmente y ser atendida por el Estado. Los medios, en tanto constructores de realidad y formadores de opinión, tienen una responsabilidad y un rol que cumplir, sumándose a la lucha iniciada por el movimiento de mujeres y las organizaciones feministas para combatir la violencia de género.

En la medida en que no se generalicen las campañas de difusión para consolidar la idea de la violencia hacia las mujeres como una violación de derechos humanos, junto con diversas intervenciones para contribuir a modificar una cultura que naturaliza muchas formas de violencia, no será posible consolidar los cambios necesarios para avanzar en la erradicación de la violencia hacia las mujeres. Los medios de comunicación, mientras tanto, son reproductores de estas falencias que nos aquejan como sociedad.

Bibliografía

Arriaga Ornelas, José Luis (2002). *La nota roja: ´Colombianización´ o ´mexicanización´ periodística*, Sala de prensa, Vol 2 [19 de marzo de 2011] Disponible en Internet en www.saladeprensa.org/art375.htm

Chaer, Sandra; Santoro, Sonia (Comp.) (2007) *Las palabras tienen sexo. Introducción a un Periodismo con Perspectiva de Género*. Buenos Aires: Artemisa.

____ (Comp.) (2010) *Las palabras tienen sexo II. Herramientas para un Periodismo de Género*. Buenos Aires: Artemisa.

CIMAC (2009) *Hacia la construcción de un periodismo no sexista*. Primera edición. México: Comunicación e Información de la Mujer

CISCSA (2007) *La violencia hacia las mujeres en los medios de comunicación. Transformando las noticias*. Córdoba: CISCSA – Centro de Intercambio y Servicios para el Cono Sur Argentina.

Coordinadora de la Mujer (2011) “Informe Observatorio de Medios Bolivia”. Primer Semestre 2011.

Corporación Humanas Chile (2011) “Informe Observatorio de Medios Chile”. Primer Semestre 2011.

Corporación Humanas Colombia (2011) “Informe Observatorio de Medios Colombia”. Junio 2011.

Corporación Humanas Ecuador (2011) “Informe Observatorio de Medios Ecuador”. Primer Semestre 2011.

Demus - Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer (2011) "Informe Observatorio de Medios Perú". Primer Semestre 2011.

ELA (2010) "Las mujeres en los medios. Boletín N° 1 del Observatorio de Medios". Septiembre 2010.

____ (2011) "Las mujeres en los medios. Boletín N° 2 del Observatorio de Medios". Marzo 2011.

____ (2011) "Las mujeres en los medios. Boletín N° 3 del Observatorio de Medios". Julio 2011.

Fernández, Natalia (2003) *La violencia sexual y su representación en la prensa*. Anthronos: Barcelona.

FIP-UNESCO (2009) *Instalar el equilibrio. Igualdad de género en el periodismo*. Bélgica: FIP (Federación Internacional de periodismo) UNESCO.

López Díez, Pilar (2002) "La violencia contra las mujeres en los medios de comunicación", en *Mujer, Violencia y Medios de Comunicación*. Madrid: Instituto de la Mujer/Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y Grupo RTVE

Meana Suárez, Teresa (2002) *Porque las palabras no se las lleva el viento. Por un uso no sexista de la lengua*. Valencia: Ayuntamiento de Quart

Meyers, Marian (1997) *News Coverage of Violence Against Women*. Londres: Sage Publications

Molina, Silvina (2009) *Noticias que salvan vidas. Manual periodístico para el abordaje de la violencia contra las mujeres*. Buenos Aires: Amnistía Internacional

Plataforma de Acción de Beijing (1995). *Declaración y Plataforma de Acción de Beijing*. Disponible en <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPFA%20S.pdf>

Porrás, Lydia; Molina, Silvina (2011) *Manual de Género para Periodistas. Recomendaciones básicas para el ejercicio del periodismo con enfoque de género*. Buenos Aires: SCLAC/PNUD Area Práctica de Género.

Red PAR (Periodistas de Argentina en Red por una comunicación no sexista) (2010) *Decálogo para el tratamiento periodístico de la violencia contra las mujeres*. Segunda edición. Buenos Aires: Católicas por el Derecho a Decidir/UNIFEM.

WACC (2010) Proyecto de Monitoreo Global de Medios (GMMP) www.whomakesthenews.org

Acerca de las autoras y autores

Mauricio Albarración Caballero. Abogado de la Universidad Industrial de Santander. Estudiante de Maestría en Derecho de la Universidad de los Andes e investigador del Centro de Estudios Socio-Jurídicos (CIJUS) de la misma universidad. Miembro del Comité Legal de Colombia Diversa.

Roxana Arroyo Vargas. Abogada y Notaria de la Universidad de Costa Rica. Doctora en derechos humanos de la Universidad Carlos III de Madrid. Investigadora, profesora y capacitadora en derechos humanos de las mujeres y en la incorporación de la perspectiva de género en el sistema judicial. Socia fundadora de Humanas Ecuador.

Paola Bergallo. Abogada con Diploma de Honor de la Universidad de Buenos Aires. Magister de la Universidad de Columbia y por la Universidad de Stanford. Candidata a Doctora en la Universidad de Stanford. Profesora de Derecho de la Universidad de San Andrés.

Haydée Birgin. Abogada de la Universidad de Buenos Aires y presidenta de ELA - Equipo Latinoamericano de Justicia y Género. Asesora de la Prosecretaría del Senado de la Nación. Fue coordinadora de la Unidad de Planeamiento de la Subsecretaría de la Mujer durante el gobierno de Ricardo Alfonsín. Cuenta con una vasta trayectoria en el diseño de políticas públicas centradas en la problemática de las mujeres.

Alicia Chalabe. Abogada de la Universidad Nacional de Tucumán. Actualmente está a cargo de la Asociación de Usuarios y Consumidores (CODELCO - Filial Jujuy), con sede en la Provincia de Salta, y trabaja en la práctica jurídica privada.

María Jennie Dador Tozzini. Abogada de la Universidad Nacional Federico Villarreal. Diplomada en Género por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Diplomada en Procesos de Democratización y Derechos Humanos por la Universidad de Chile. Cuenta con estudios de maestría en Ciencia Política en la misma casa de estudios. Actualmente es Directora de la organización Movimiento Manuela Ramos. Ha sido Directora del Programa Nacional contra la Violencia Familiar y Sexual del Ministerio de la Mujer en Perú.

Josefina Durán. Abogada de la Universidad de Buenos Aires. Magister en Derechos Fundamentales de la Universidad Carlos III de Madrid con calificación sobresaliente. Diplomada en Mujeres y Derechos Humanos de la Universidad de Chile. Directora del área de justicia de ELA - Equipo Latinoamericano de Justicia y Género.

Natalia Gherardi. Abogada con Diploma de Honor de la Universidad de Buenos Aires y Traductora Pública de la misma Universidad. Magister en Derecho, recibida con honores (L.L.M) de London School of Economics and Political Science. Directora Ejecutiva de ELA - Equipo Latinoamericano de Justicia y Género. Docente de la Universidad de Buenos Aires y de la Maestría de Derechos Humanos y Políticas Públicas de la Universidad Nacional de Lanús.

Rebeca Grynspan. Economista. Magister en Economía por la Universidad de Sussex Inglaterra. Cursó estudios de economía y sociología en la Universidad Hebrea de Jerusalén Actualmente se desempeña como Secretaria General Adjunta de las Naciones Unidas y Administradora Asociada del PNUD. Ex vicepresidente de Costa Rica (1994-1998). Ex Ministra de Vivienda, Ex Ministra coordinadora de Economía y de Asuntos Sociales, y Ex Viceministra de Finanzas de Costa Rica. Es autora o coautora de numerosos artículos y libros sobre política social y económica, y sobre género y pobreza.

Marta Lamas. Doctora en Antropología, Escuela Nacional de Antropología e Historia. Magister en Ciencias Antropológicas, Universidad Nacional Autónoma de México. Actualmente es profesora del departamento de Ciencia Política del ITAM. Fundadora y Directora de la revista Debate Feminista. Directora del Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE). Consejera Directiva de Sociedad Mexicana Pro-Derechos de la Mujer, A.C. "SEMILLAS". Directora fundadora del Instituto de Liderazgo Simone de Beauvoir.

Fabiola Lathrop Gómez. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Doctora en Derecho de la Universidad de Salamanca, España. Docente e investigadora de la Escuela de Graduados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y profesora asistente del Departamento de Derecho Privado de la misma Facultad.

Mariana Morelli. Licenciada en Ciencia Política y Gobierno de la Universidad Torcuato Di Tella. Realizó la maestría en Diseño y Gestión de Políticas y Programas Sociales en la FLACSO. Directora de Comunicación de ELA – Equipo Latinoamericano de Justicia y Género. Trabajó como consultora para el PNUD, la CEPAL y el Ministerio de Trabajo. Fue Directora de Comunicación en la Secretaría de Comunicación Social del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

Helena Olea Rodríguez. Abogada de la Universidad de los Andes. Magister en Derecho por el Center for Civil and Human Rights, Law School, de la Universidad de Notre Dame. Candidata a Doctora en Derecho por la misma universidad. Actualmente es profesora de la Universidad Diego Portales, y de Universidad Católica de Chile.

Romina Otero. Licenciada en Historia de la Universidad Nacional de Córdoba. Recibió el Primer Premio del concurso Santiago H. del Castillo en investigación de Historia de la Municipalidad de Córdoba (2001). Fue investigadora de la SECyT.

Andrea Parra. Abogada de la Universidad de los Andes. Magíster de la Universidad de Boston. Directora del Observatorio de Género y Justicia de la organización Women's Link Worldwide. Profesora de cátedra en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.

Mariela Puga. Abogada de la Universidad Nacional de Córdoba. Magíster en Derecho con especialización en Derechos Humanos de la Universidad de Columbia y Magíster en Derecho con especialización en Derecho de Daños en la Universidad de Palermo. Profesora titular de la cátedra de Derecho Público de la Universidad Católica de Córdoba, Adjunta de Derecho y Cambio Social de la Universidad de Palermo.

Paula Rey. Periodista del Taller Escuela Agencia. Investigadora del Observatorio de Medios de ELA – Equipo Latinoamericano de Justicia y Género. Actualmente, escribe para el “Boletín Noticias de Género” e integra la Red PAR (Periodistas de Argentina en Red. Por una comunicación no sexista).

Luis Sáenz Dávalos. Abogado. Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional en la Academia de la Magistratura. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Católica del Perú. Miembro Ordinario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

Patsilí Toledo Vásquez. Abogada. Candidata a Doctora de la Universidad Autónoma de Barcelona. Investigadora del Centro Antígona, de la Facultad de Derecho de dicha casa de estudios. Investigadora invitada del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Paula Viturro. Abogada. Docente del Departamento de Filosofía, Fac. de Derecho (UBA). Codirectora del proyecto de investigación “Cuerpos indómitos, violencia biopolítica. Narración y representación de desaparecidos, locos, travestis e intersex”, en el marco de los proyectos bienales 2008/10 UBACYT, Instituto de Investigaciones Gino Germani, Fac. de Ciencias Sociales, (UBA). Coordinadora del área “Tecnologías del género” del Centro Cultural Rector Ricardo Rojas (UBA).

María Inés Zigarán. Periodista y Técnica en Comunicación Social de la Universidad Nacional de Córdoba. Actualmente se desempeña como docente en la Universidad Católica de Santiago del Estero. Integra el Colectivo de Periodistas de Jujuy Otra Tinta, FOPEA y la Red PAR (Periodistas de Argentinas en Red por una Comunicación No Sexista). Fue Gerenta de Contenidos del Mutimedio Canal 2 y Radio 2 de la Provincia de Jujuy.

La realidad de las mujeres de América Latina nos muestra una región teñida por la desigualdad: con alarmantes índices de mortalidad materna y mortalidad infantil, desigual acceso a la salud y a la educación de calidad, discriminación de las mujeres rurales y de las mujeres pertenecientes a pueblos originarios, y una violencia sexista que persiste aún frente a las herramientas legales implementadas en los países de la región. Los avances en la conquista de los derechos claramente no encuentran un correlato en la transformación de la realidad de muchas mujeres.

El objetivo de los Observatorios de Sentencias Judiciales y de las Mujeres en los Medios creados en 2009 por las organizaciones que conformamos la Articulación Regional Feminista por los Derechos Humanos y la Justicia de Género, es contribuir a los debates necesarios sobre las condiciones de vigencia efectiva de los derechos consagrados en los tratados, las constituciones y las leyes. No hay duda que la plena vigencia de estos derechos hace a la construcción misma de la ciudadanía, en un proceso de apropiación y ejercicio efectivo de los derechos que los tribunales de justicia en muchos casos apoyan al mismo tiempo en que se constituyen como un espacio de disputa.

Los Observatorios creados y las reflexiones a las que dieron lugar los materiales incluidos en sus bases de datos de acceso público constituyen herramientas que aspiran a consolidarse como un aporte útil para los debates sobre género y justicia en la región. Esta publicación presenta una selección de artículos que ilustran los desafíos que enfrenta una región que pretende avanzar en la construcción de una sociedad más justa y equitativa, superando el discurso dogmático que sólo invoca los derechos para entrar de lleno en la preocupación por sus condiciones de vigencia efectiva.

www.articulacionfeminista.org