

CHILE

Informe Anual del Observatorio de Sentencias Judiciales – 2009

Derechos de las mujeres y discurso jurídico



Articulación
Regional Feminista
por los Derechos Humanos
y la Justicia de Género.

CHILE

Informe Anual del Observatorio de Sentencias Judiciales - 2009

Derechos de las mujeres y discurso jurídico



Articulación Regional Feminista por los Derechos Humanos
y la Justicia de Género

CHILE, Informe Anual del Observatorio de Sentencias Judiciales 2009

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

ISBN: 978-956-8555 -19 -1

Autoras: Paulina Maturana Vivero y Helena María Olea Rodríguez

Edición: Corporación Humanas

Diseño portada: María Marta Parodi

Diagramación: Geraldine Gillmore

Impresión: Andros Impresores

Corporación Humanas, Avenida Suecia 164 A, Providencia, Santiago de Chile
www.humanas.cl

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

Marzo de 2010

Permitida su reproducción citando la fuente.

DERECHOS DE LAS MUJERES Y DISCURSO JURÍDICO

TABLA DE CONTENIDO

| | |
|--|----|
| Presentación | 5 |
| Introducción | 9 |
| La Violencia de Género en contra de las Mujeres: Reflexiones sobre su Tratamiento Legal en Chile <i>Paulina Maturana Vivero</i> | 13 |
| La Compensación Económica en el Divorcio <i>Paulina Maturana Vivero</i> | 35 |
| La Última Decisión del Tribunal Constitucional sobre la Anticoncepción de Emergencia: un Análisis en Profundidad <i>Helena Olea Rodríguez</i> | 51 |
| El Derecho a la Salud de las Mujeres Enfermas de Cáncer en Chile <i>Helena Olea Rodríguez</i> | 75 |
| Apéndice: Extractos de Sentencias | 89 |

PRESENTACIÓN

Las instituciones que integramos la Articulación Regional Feminista de Derechos Humanos y Justicia de Género¹, creamos en 2009 un Observatorio de Sentencias Judiciales² que monitorea y difunde principalmente las sentencias de los tribunales superiores de justicia de seis países de América Latina, bajo la coordinación general de ELA - Equipo Latinoamericano de Justicia y Género.³

La Articulación Regional Feminista es una alianza de organizaciones no gubernamentales de América Latina que trabaja coordinadamente por la promoción y defensa de los derechos humanos de las mujeres y la justicia de género. Nuestro trabajo consiste en identificar las desigualdades e inequidades de género en nuestros países, emprender la defensa legal frente a violaciones de los derechos humanos de las mujeres, darle seguimiento a las obligaciones internacionales contraídas por nuestros Estados y realizar un análisis actualizado y periódico sobre la situación y condiciones de las mujeres en la región, aportando elementos para la construcción de sociedades más justas y equitativas, para mujeres y varones.

Las organizaciones que conformamos la Articulación Regional Feminista creemos que pensar acerca de nuestros respectivos países en el contexto de América Latina es fundamental para compartir estrategias para la promoción de los derechos de las mujeres. Las variadas situaciones presentes en nuestros países tienen en común la profusión de normas y tratados internacionales con reconocimientos normativos de derechos que no se corresponden con políticas públicas que permitan la operatividad de esos derechos para grandes grupos de la población.

El contexto favorable creado a partir de la recuperación de las instituciones democráticas en muchos de los países de la región, las reformas constitucionales, la ratificación de tratados internacionales de derechos humanos y la incor-

1 Las organizaciones que integran la Articulación Regional Feminista son ELA – Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (Argentina), Coordinadora de la Mujer (Bolivia), Corporación Humanas (Chile, Colombia y Ecuador), y DEMUS – Estudios para la Defensa de la Mujer (Perú). Más información en www.articulacionfeminista.org.

2 El Observatorio de Sentencias Judiciales es uno de los componentes del proyecto “*Monitoring for Empowerment: Women’s Rights in the Media and the Courts of Law*”, financiado por el Gobierno de Holanda a través del MDG3 Fund.

3 ELA - Equipo Latinoamericano de Justicia y Género es una organización no gubernamental creada en Argentina en 2003 con el objetivo de promover el efectivo ejercicio de los derechos de las mujeres y la equidad de género a través de la justicia y de las políticas públicas. Más información en www.ela.org.ar.

poración de instrumentos procesales novedosos para permitir el reclamo de la vigencia de estos derechos, no fueron aprovechados del mismo modo para beneficiar a diferentes grupos de la sociedad. 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, cuyas condiciones de desarrollo social y económico aún resultan adversas para el pleno ejercicio de su autonomía.

La falta de mayor uso del derecho y de sus herramientas para promover los derechos de los grupos desaventajados ha sido objeto de reflexión en diversos ámbitos en América Latina.⁴ La estrategia legal, tan arraigada en la costumbre anglosajona, no ha tenido el mismo ímpetu en la región, aun cuando ha habido incipientes y promisorias experiencias en materia de derechos económicos y sociales y justicia transicional, entre otros.

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 exigir la vigencia de los derechos. Muchos de estos obstáculos afectan de un modo particular a las mujeres, sus organizaciones y, en general, a los y las activistas por los derechos humanos. Sin embargo, en aquellos casos en que es posible superar estas dificultades y barreras para el acceso a la justicia, es interesante analizar cuál es la respuesta del Poder Judicial ante estos reclamos.

Por ese motivo, en el marco del trabajo compartido desde hace ya varios años, en 2009 creamos el Observatorio de Sentencias Judiciales que monitorea y difunde las decisiones de los tribunales de justicia de Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú 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, salud sexual y reproductiva, violencia, derechos civiles, entre otros.

El Observatorio de Sentencias Judiciales responde a tres objetivos específicos: en primer lugar, contribuir a un mejor conocimiento de los derechos de las mujeres y los medios legales para hacer efectivos estos derechos. Segundo, contribuir a la promoción del pleno ejercicio de los derechos de las mujeres a

4 Fundación Ford (2001) *Caminando hacia la Justicia. El trabajo en el área del derecho de los donatarios de la Fundación Ford en el mundo*, Santiago de Chile; Abramovich V. y Pautassi, L., (2009), *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos en Argentina*, Editores del Puerto, Buenos Aires; CELS (2009), *La lucha por el derecho. Litigio estratégico y derechos humanos*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires.

través de la difusión de los diagnósticos, estudios, argumentos jurídicos y las mejores prácticas judiciales para optimizar la utilización de las herramientas legales entre las organizaciones de mujeres, las organizaciones de derechos humanos, instituciones académicas, profesionales del derecho e integrantes de la judicatura. Y tercero, el Observatorio se propone contribuir al intercambio de experiencias nacionales entre los países de la región con miras a promover una mayor utilización de los mecanismos regionales e internacionales de protección de los derechos humanos, para la promoción de los derechos de las mujeres.

El Observatorio de Sentencias Judiciales funciona como una base de datos interactiva establecida en una página de Internet de libre acceso⁵ que contiene las decisiones más importantes de los tribunales superiores de justicia y cortes constitucionales de cada país en materia de los derechos de las mujeres, las definiciones y normas jurídicas utilizadas y sus condiciones de ejecución. Además, se incluyen algunas decisiones de tribunales inferiores que, por los argumentos que utilizan o por los derechos que invocan, consideramos relevantes para su inclusión en la base de datos.⁶

A partir del material contenido en el Observatorio de Sentencias Judiciales se pueden relevar los casos que se litigan ante la justicia, qué derechos involucran, quiénes llevan adelante estos procesos, qué argumentos se invocan y cómo se resuelven. Un aspecto a destacar es el reto metodológico asociado a las dificultades de acceso a la información en muchos de nuestros países: no todas las decisiones de las cortes de justicia se encuentran disponibles en Internet. Además, los repertorios y revistas especializadas que publican sentencias en general suponen un recorte previo respecto de aquellas decisiones que divulgan. Estas circunstancias traen aparejadas un desafío particular a nuestro trabajo de recopilación de decisiones judiciales.

Asimismo, las organizaciones de la Articulación Regional Feminista participamos de un Observatorio Regional de las Mujeres en los Medios.⁷ Se trata de una herramienta de seguimiento al tratamiento que los medios de comunicación impresa de cada uno de nuestros países le dan al tema de violencia contra las mujeres. Desde la página Web del Observatorio se puede acceder de manera gratuita a las noticias vinculadas con la violencia contra las mujeres en los medios gráficos nacionales. La forma en que los medios de comunicación reproducen las noticias vinculadas con los derechos de las mujeres, el discurso público al

5 Se puede acceder al Observatorio desde www.articulacionfeminista.org así como desde las páginas de Internet de cada una de las organizaciones de la Articulación Regional Feminista.

6 Véase la sección Metodología en la página Web del Observatorio para una explicación de las cortes monitoreadas en cada uno de los países que participan del Observatorio.

7 El Observatorio se puede acceder desde www.observatorioregionaldemedios.org, así como desde la página de la Articulación www.articulacionfeminista.org.

que contribuyen y las diversas formas en que tratan los temas que también son materia de decisión en la justicia, aportan a un mejor conocimiento sobre las percepciones que la sociedad tiene respecto de las mujeres y sus derechos. Por ese motivo, en esta publicación el análisis de algunos temas relevantes para la promoción y vigencia de los derechos de las mujeres en América Latina a partir de las decisiones de los tribunales de justicia nacionales, se integra una revisión sobre el tratamiento que los medios de comunicación dan a los mismos.

Confiamos que el material reunido en esta publicación y la base de datos del Observatorio de Sentencias constituyan un aporte para las organizaciones y activistas involucrados en la defensa y promoción de los derechos de las mujeres. Al mismo tiempo, deseamos que diversos actores puedan apropiarse de la herramienta y que contribuyan a su consolidación como fuente de información fundamental para el trabajo cotidiano de organizaciones, activistas y operadores de justicia. Para eso, esperamos que puedan colaborar con nuestro trabajo haciéndonos llegar aquellas decisiones de los tribunales de justicia de Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú que consideren interesantes para su inclusión en el Observatorio.

Agradecemos el entusiasmo que este proyecto y el trabajo de las organizaciones que integramos la Articulación Regional Feminista ha despertado en el año que llevamos de trabajo. En particular, nuestro agradecimiento al invaluable aporte del Gobierno de Holanda a través del MDG3 Fund para este proyecto.

Buenos Aires, Marzo de 2010.

Natalia Gherardi

Directora Ejecutiva

ELA – Equipo Latinoamericano de Justicia y Género

INTRODUCCIÓN

El presente Informe Anual del Observatorio de Sentencias Judiciales 2009 de Chile presenta una selección de artículos que se relacionan con temas centrales del debate judicial nacional, estos son: la violencia de género en contra de las mujeres, la compensación económica en el divorcio, la anticoncepción de emergencia y el derecho a la salud. Algunos de estos temas, a la vez, tuvieron una amplia cobertura mediática, y excepcionalmente se generaron debates públicos en torno al papel del Estado y en particular al rol de los tribunales en la protección de derechos, sobre todo en materia de anticoncepción y de salud.

Durante el año 2009, el Observatorio de Sentencias Judiciales, proyecto de la Articulación Regional Feminista, de la cual hace parte Corporación Humanas, puso en funcionamiento una base de datos de decisiones judiciales relativas a los derechos de las mujeres. Bajo la Coordinación del Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, ELA, el proyecto se desarrolló y finalizó el año con más de 350 fallos disponibles en línea, junto con una ficha que da cuenta de los elementos centrales de cada uno. De este universo de fallos, 46 sentencias corresponden a decisiones emitidas por tribunales de justicia de Chile, incluyendo al Tribunal Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, Cortes de Apelaciones y tribunales de justicia del país. Es importante agregar que el proyecto continúa en ejecución.¹

Con su participación en este proyecto, Corporación Humanas aspira a aportar elementos para generar una discusión pública, amplia y pluralista en torno a las decisiones judiciales, y promover el análisis sobre la interpretación y la argumentación judicial en Chile, un debate que no debiera quedar reducido a la academia, sino involucrar a otros sectores sociales.

Los artículos

Los artículos, escritos por las abogadas de Corporación Humanas, dan cuenta de los temas más relevantes en el 2009. Se escribieron con la intención de generar con ellos debate en torno a temas centrales en materia de derechos de las mujeres, como son la violencia, la compensación económica al momento del divorcio, la anticoncepción de emergencia y el derecho a la salud. Esperamos con ellos generar inquietudes y discusión acerca del rol de los jueces en la protección de los derechos de las mujeres, y a la inclusión de una perspectiva de género en el derecho.

1 www.articulacionfeminista.org

Los temas seleccionados dan cuenta de situaciones de diversa naturaleza que impactan a las mujeres. Se trata de realidades en las que las mujeres acuden al Estado para la protección de sus derechos, ya sea en el marco del deber de debida diligencia como víctimas de violencia, para buscar una compensación por el trabajo reproductivo realizado durante los años de matrimonio, porque necesitan la anticoncepción de emergencia para prevenir un embarazo, o porque se encuentran enfermas de cáncer y requieren un tratamiento médico. Enfrentadas a las situaciones descritas y frente a la respuesta estatal, las mujeres han acudido a los tribunales buscando protección judicial para sus derechos. En algunos casos, la han encontrado y en otros no.

En “La Violencia de Género en contra de las Mujeres: Reflexiones sobre su Tratamiento Legal en Chile” Paulina Maturana utiliza sentencias para ilustrar el tratamiento judicial a la violencia contra la mujer, presentando el desarrollo normativo y contrastándolo con los estándares internacionales. Su artículo concluye con reflexiones finales presentando algunas propuestas.

Al analizar la jurisprudencia de la Corte Suprema, se observa un número cada vez mayor de sentencias de casación de procesos de divorcio, en los que se solicitó la compensación económica. Esta institución busca proteger al cónyuge que queda en una posición económica más débil. En general, esta situación afecta a las mujeres, que optaron por el trabajo reproductivo en la familia, dejando de lado el desarrollo personal y profesional, sufriendo así un perjuicio económico al terminar la relación. Paulina Maturana presenta la situación en el artículo titulado “La Compensación Económica en el Divorcio”, con el cual analiza la aplicación de esta institución y si verdaderamente protege a las mujeres.

En materia de derechos sexuales y reproductivos, la discusión en Chile durante el 2008 y 2009 giró en torno a la anticoncepción de emergencia. Los esfuerzos del gobierno de Bachelet por establecer una política pública en materia de anticoncepción, incluyendo la píldora del día después, enfrentaron varios reveses en la administración de justicia, escenario utilizado por quienes se oponen a la utilización de métodos anticonceptivos por varias razones. Durante este periodo hay dos sentencias del Tribunal Constitucional, un Dictamen de la Contraloría y un proyecto de ley aprobado en el Congreso, que son analizados por Helena Olea en “La Última Decisión del Tribunal Constitucional sobre la Anticoncepción de Emergencia: un Análisis en Profundidad”. En este artículo se describen y analizan los argumentos presentados y considerados, en un proceso que involucra al Ejecutivo, Legislativo, Órgano de Control y Tribunal Constitucional. El proceso tiene nuevos desarrollos, que se comprenden mejor al considerar en profundidad los argumentos y posiciones de quienes participaron en el debate.

Por último, Helena Olea en “El Derecho a la Salud de las Mujeres Enfermas de Cáncer en Chile” analiza de manera comparada dos fallos dictados por la Corte Suprema con menos de un mes de diferencia, en recursos de protección presentados por mujeres enfermas de cáncer que solicitan tratamiento médico. Estos casos son particularmente interesantes porque se reclama la protección del derecho a la salud y a la vida, uno de ellos es fallado en contra y el otro a favor de las afectadas. Este artículo considera en detalle los argumentos esgrimidos para rechazar y conceder la protección que estas dos mujeres reclaman del Estado.

El Observatorio de Medios

De manera simultánea al Observatorio de Sentencias Judiciales se desarrolla un Observatorio de Medios, que realiza monitoreo de las noticias relativas a derechos de las mujeres, considerando la sección en la que aparecen, el análisis, la extensión, entre otros. Algunos de los artículos escritos consideran el impacto mediático en las decisiones judiciales en instalar debates públicos.

De los cuatro artículos, sin duda el más interesante en relación a los medios es el último. Virginia Marcell Chacón, una de las mujeres enfermas de cáncer logra que su caso tenga una importante cobertura mediática, instala el tema en la prensa, y aunque la Corte Suprema revoca la decisión que le había otorgado el tratamiento médico, el Ministerio de Salud termina ofreciéndole el tratamiento, pidiéndole a cambio que cesen las declaraciones de prensa. Virginia Marcell logró en la prensa que sus argumentos fueran escuchados, obteniendo así el tratamiento médico que necesitaba. Un caso sin duda interesante en un país donde con poca frecuencia se utiliza el término “derecho a la salud”.

El primer año del Observatorio de Sentencias Judiciales nos deja en claro la importancia de conocer, debatir y analizar las decisiones judiciales, desde una perspectiva de derechos de las mujeres. Corporación Humanas valora el trabajo realizado por su equipo jurídico, la Coordinación de ELA, y las posibilidades de discutir y aprender de manera comparada con las otras organizaciones miembros de la Articulación Feminista.

Aspiramos a avanzar y profundizar nuestras relaciones con el Poder Judicial, el Ministerio Público, la Defensoría Penal Pública, las Corporaciones de Asistencia Judiciales, las asociaciones gremiales de la justicia, las fundaciones y corporaciones sin ánimo de lucro y los abogados que ejercen de manera privada el derecho, para instalar un debate público y crítico sobre las decisiones judiciales. Esperamos que esta publicación contribuya a ese propósito.

LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN CONTRA DE LAS MUJERES: REFLEXIONES SOBRE SU TRATAMIENTO LEGAL EN CHILE

Paulina Maturana Vivero

El principio de la igualdad y no discriminación es un pilar fundamental en el desarrollo y evolución del derecho internacional de los derechos humanos. Presentes en las principales formulaciones internacionales,² tanto del sistema universal como del interamericano, han de aplicarse a todos los seres humanos, sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, de nacimiento o cualquier otra condición social.

Sin embargo, en el caso de las mujeres y las niñas, la aplicación de estos principios no ha sido tan clara. Invisibilizadas e históricamente excluidas, han requerido de un esfuerzo de protección especial, a través de la ampliación y reconceptualización de la noción, alcance y contenido de los propios derechos humanos.

En este proceso, la ratificación de la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante CEDAW) en 1989; de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes en 1988; de la Convención sobre Derechos del Niño, Niña y Adolescentes en 1990; de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (en adelante la Convención de Belém do Pará) 1998; del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños en 2005; y del Estatuto de Roma recientemente en 2009; por parte del Estado chileno, sitúan a nuestro país en un escenario de cumplimiento de diversos compromisos internacionales en orden a proteger, prevenir, sancionar y reparar la violencia de género en contra de las mujeres.

Ello implica un esfuerzo de la judicatura en orden a conocer estos compromisos y a establecerse como agentes diligentes en su consecución. Por lo anterior, la propia ley les llama a aplicar las Convenciones Internacionales adoptadas en el cotidiano de su quehacer jurisdiccional. Los derechos humanos de las mujeres, constituidos en ley interna de la República de un estadió superior,³ nos indican claridades insoslayables respecto de lo que ha de entenderse como violencia de género contra las mujeres.

2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (NU 1966 / Chile 1989), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (NU 1966 / Chile 1989), la Convención Americana de Derechos Humanos (OEA 1969 / Chile 1991).

3 Artículo 5° de la Constitución Política de la República de Chile de 1980.

Así el preámbulo de la Convención de Belém do Pará señala que la violencia en contra de las mujeres es “... una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades...La violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres;...La violencia contra la mujer trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases...”.⁴

Igualmente la CEDAW establece que: “Discriminación contra la mujer,’ denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”,⁵ consagrando la igualdad y la prohibición de discriminación respecto del ejercicio y goce de un conjunto de derechos tales como: la participación política, la nacionalidad, la educación, el trabajo, la salud, la participación económica, social y cultural; en el matrimonio y en las relaciones familiares.

Igualmente el cumplimiento en la aplicación de estos compromisos internacionales incluye el conocimiento de las recomendaciones y observaciones que emanan de los distintos comités y organismos creados para el funcionamiento de los sistemas de derechos humanos.

De esta forma la Observación General 19, referida a la violencia contra la Mujer del Comité CEDAW del año 1992, señaló que: “La discriminación contra la mujer incluye la violencia basada en el sexo, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que le afecta en forma desproporcionada. Incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de libertad”.

Por su parte, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, de Naciones Unidas, del año 1993, definió la violencia contra la mujer como: “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada.”(art. 1).

4 Preámbulo de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de la Mujer, publicada en el Diario Oficial el 11 de noviembre de 1998.

5 Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, publicada en el Diario Oficial chileno, con fecha 9 de diciembre de 1989.

La violencia de género se refiere, entonces, a las distintas formas de intimidación mediante las cuales se intenta perpetuar el sistema de jerarquías impuesto por la cultura patriarcal⁶ y que adopta diferentes manifestaciones tanto en el espacio público como en el privado. Cabe mencionar, a modo de ejemplo, la discriminación laboral, el acoso sexual, la violación, el tráfico de mujeres y las formas de maltrato físico y sexual que sufren éstas en el espacio doméstico y público, hasta llegar al femicidio.

Reiteramos que la promulgación y la adopción por parte de los Estados de los instrumentos internacionales reseñados, implica el reconocimiento y compromiso expreso por parte de éstos en orden a adoptar medidas que aseguren la prevención, investigación, sanción y reparación de todo acto de violencia ejercido en contra de las mujeres.

En el caso de Chile, estimamos que este compromiso empezó a cumplirse en el instante en que el movimiento de mujeres, en el año 1990, frente al primer gobierno de transición a la democracia, plantea demandas explícitas, presentando un documento sobre la violencia doméstica que había sido trabajado desde las ONG's durante los años 80. En él, ellas logran instalar la equidad de género como un tema político, que fue recogido desde el Estado con la creación del Servicio Nacional de la Mujer, la implementación de algunos programas y políticas de prevención de la violencia y el inicio de un proceso legislativo.

LA VIOLENCIA EN LA LEY

La Ley N° 19.325

Con la dictación de la primera legislación nacional sobre violencia, la ley N° 19.325, en el año 1994, comenzó una nueva etapa en la que la problemática de la violencia –tímidamente– dejó de ser un tema privado. Sin embargo, esta ley no consideró la violencia de género en todos sus aspectos. Desde el inicio de la discusión parlamentaria, los movimientos de mujeres insistieron en ese sentido, mas la tendencia mayoritaria optó por establecer una regulación que únicamente incluyó la violencia doméstica o intrafamiliar, tendencia que se ha mantenido, en términos generales, hasta la actual normativa, la Ley N° 20.066.

Así, la Ley N° 19.325, primera ley de violencia chilena; sin contar con presupuesto asociado, entregó el conocimiento de la violencia intrafamiliar a la judicatura civil. Esta judicatura debió enfrentar el desafío de resolver una cuestión compleja, nunca antes vista, para lo cual no contaban con capacitación.

6 Jorge Corsi; Verónica Aumann e Inmaculada Monzón Lara. "Maltrato y abuso en el ámbito doméstico", Paidós, 2003.

Dicha legislación contemplaba un concepto restringido de familia, que implicaba que los protegidos por ella eran básicamente las personas contenidas en la definición de familia tradicional nuclear. Por otra parte, aunque intentaba dar una señal de reprobación a la violencia, ésta no fue clara, pues la sancionaba sólo con multa.

La ley tampoco establecía la obligación de la aplicación de medidas de protección en favor de las mujeres víctimas; éstas eran discrecionales: “a criterio del juez/a” y una vez dictada la sentencia, se imposibilitaba su mantención.

Como consecuencia de lo anterior y agravado por el insuficiente conocimiento de los operadores de la problemática de la violencia,⁷ nos encontramos en definitiva con una tímida aplicación de medidas de protección para las víctimas y sus familias y con el término de numerosas causas por el mecanismo de la conciliación o simplemente por el archivo de los antecedentes.

En este contexto, el carácter cautelar o de protección de este “nuevo tipo” de legislación —emanado de los compromisos internacionales adquiridos, principalmente por la suscripción de la CEDAW y la Convención de Belém do Pará— es inadvertido y se produce como consecuencia, la minimización de los efectos de la violencia y una escasa sanción a los agresores. No obstante los esfuerzos realizados por la magistratura civil; que en algunos casos, además de capacitaciones específicas, lograron la provisión de presupuesto para la incorporación de psicólogos expertos en los tribunales para la asesoría de las y los magistrados; el estándar internacional que implica el deber de protección a las víctimas y la sanción de toda violencia perpetrada tanto en el ámbito privado como en el público; estuvo lejos de alcanzarse.

Todas estas cuestiones determinaron, en octubre del año 2005, la dictación de una nueva legislación, la Ley N° 20.066, vigente hasta la fecha de la publicación de este artículo. Igualmente promulgada sin presupuesto asociado, entra en vigor consagrando diferentes avances en relación con el anterior cuerpo legal.

La ley N° 20.066

Desde el punto de vista de los compromisos internacionales adoptados por el Estado chileno, la Ley N° 20.066 aporta con una serie de progresos.

En primer lugar, establece con claridad y precisión el deber de protección a las víctimas por parte del Estado y sus agentes. Expresamente señala que se trata de un problema público y no privado. Consagra igualmente la obligación del Estado de elaborar políticas públicas orientadas a prevenir la violencia.

7 Retracción. Escalada. Luna de miel. Síndrome de la indefensión- desesperanza aprendida.

Esta legislación, haciéndose cargo de los problemas que presentaba la anterior normativa en relación a la noción restringida de familia contemplada, la extiende, incluyendo en ella al ex marido y ex conviviente y a la familia por afinidad. Igualmente se considera dentro del concepto de familia a quienes han tenido un hijo en común, aunque jamás hayan convivido.⁸

Sin embargo, la actual ley sigue sin incluir el amplio espectro de la violencia de género, refiriéndose solamente a la violencia intrafamiliar. Para ella es constitutivo de violencia intrafamiliar *“todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de los miembros de la familia”*.⁹

Respecto de esta clase de violencia, se determina la obligatoriedad de adoptar por parte del/la juez/jueza medidas de protección en ciertos y determinados casos denominados “situaciones de riesgo”.¹⁰

Adicionalmente, se dispone la obligatoriedad de adoptar medidas cautelares accesorias a la sentencia y de la misma manera se establece claramente la posibilidad de castigar por desacato en caso de incumplimiento de la medida de protección por parte del agresor.

Este último punto ha sido objeto de debate por parte de los tribunales, generándose una nutrida jurisprudencia al respecto. Criterios meramente procesales que van desde la improcedencia del delito de desacato para medidas temporales, hasta interpretaciones que entienden este delito subsumido en el maltrato habitual, pugnan con aquellos que otorgan el carácter protector que la ley tiene en esta materia. A ellos nos referiremos más adelante, dando cuenta de la diversidad de interpretaciones.

8 La ley protege a los cónyuges, ex cónyuges, convivientes y ex convivientes, a los parientes por consanguinidad y afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el tercer grado inclusive, al padre y madre de un/a niño/a que nunca han cohabitado, a cualquier menor de edad que se encuentre al cuidado de uno de los integrantes de la familia y a toda persona discapacitada que se encuentre el cuidado o bajo dependencia de uno de los integrantes de la familia.

9 Artículo 5° de la Ley N° 20.066.

10 Artículo 7° de la Ley N° 20.066.-Situación de riesgo. El tribunal, con el solo mérito de la denuncia, deberá adoptar las medidas de protección o cautelares que correspondan: Se presume riesgo: cuando haya precedido intimidación de causar daño por parte del ofensor, cuando concurren respecto del ofensor circunstancias tales como: drogadicción, alcoholismo; cuando concurren respecto del ofensor una o más denuncias por violencia intrafamiliar; cuando concurren respecto del ofensor condena previa por violencia intrafamiliar; cuando concurren respecto del ofensor antecedentes psiquiátricos o psicológicos que denoten características de personalidad violenta; cuando concurren respecto del ofensor procesos pendientes o condenas previas por crimen o simple delito contra las personas; procesos pendientes o condenas previas por los delitos de violación, estupro, y otros delitos sexuales establecidos en los párrafos 5 y 6 del Título VII, del Libro Segundo del Código Penal; procesos pendientes o condenas previas por infracción a la ley de armas.

Además, el tribunal cautelará especialmente los casos en que la víctima esté embarazada, se trate de una persona con discapacidad o tenga una condición que la haga vulnerable.

Siguiendo con la descripción de progresos, otro de los avances, quizás el más apreciado de esta legislación, es el establecimiento del delito de maltrato habitual, que se sanciona con presidio menor en grado mínimo. Para que opere la sanción por este delito, el juez de familia debe calificar la conducta violenta como habitual, atendiendo al número de actos de violencia ejercidos y a la proximidad de los mismos, con independencia de la víctima.

En tal caso, el juez derivará los antecedentes al Ministerio Público para que continúe conociendo de los hechos.

Igualmente la Ley N° 20.066, reconociendo expresamente la desigualdad y desequilibrio existente entre las partes que litigan en violencia intrafamiliar¹¹, determina la improcedencia de algunas formas de término del procedimiento. Los acuerdos reparatorios se encuentran prohibidos.

Claramente y por la misma razón recién esgrimida, se establece la improcedencia de la conciliación en estas causas.

Lamentablemente no ocurre lo mismo respecto de la mediación. Si bien se expresa que estas materias no son susceptibles de ser mediadas, se permite sin embargo su procedencia excepcional para la fijación de alimentos y de la relación directa y regular. Esta excepción contemplada en la ley ha devenido –en la práctica– en una grave vulneración al deber de protección de las víctimas, pues se media en violencia en los procedimientos iniciados y por cierto, en aquellos no denunciados. Con el inicio de la mediación obligatoria en Tribunales de Familia¹² se ha establecido un criterio que además de atentar contra el acceso a la justicia de la mujer le exige la interposición de una demanda o denuncia o la existencia de medidas cautelares vigentes, para que su situación sea calificada de violencia, dejando en sus manos su propia protección y la de su familia. Así, en el punto 8 del documento emanado del Centro de Atención de Asuntos de la Familia del Poder Judicial de Santiago, destinado a los/as usuarios/as se establece: *“si usted sufre o fue víctima de violencia intrafamiliar debe presentar el respectivo comprobante donde conste haber realizado denuncia y /o haber interpuesto demanda ante el tribunal correspondiente”*.

De lo anterior se desprende que si la mujer no lleva los documentos solicitados, su situación será mediada, por cuanto aunque la violencia exista, ésta no ha sido “calificada” por un juez como tal. Obviamente este requisito obsta al deber de protección que le asiste al Estado y sus agentes y agrega cortapisas innecesarias para la detención de la violencia.

11 Existencia de abuso de poder por parte del ofensor.

12 Último trimestre del año 2009.

Otro progreso importante de la Ley N° 20.066, dice relación con las facultades otorgadas a las policías en estas situaciones. 1.- se consagra la posibilidad de actuación inmediata de la policía en caso de denuncias de violencia intrafamiliar, pudiendo ingresar a lugares cerrados; 2.- se establece la posibilidad de arrestar al agresor flagrante.

Por otro lado, se permite la posibilidad de solicitar reserva de identidad, para el caso de que quien denuncie sea un tercero.

Por último y en lo tocante a la sanción en sede penal, la ley entrega una importante señal en lo simbólico, eliminando la calificación de lesiones leves para actos de violencia intrafamiliar, elevando la pena a la equivalente a lesiones menos graves.

Señalado lo anterior, podemos afirmar que la Ley N° 20.066, cumple en parte con el mandato de la CEDAW y de la Convención de Belém do Pará. Si bien señala expresamente su carácter de legislación de protección, no contempla sanción a la violencia de género en contra de las mujeres en todo espacio privado y menos en el público, protegiendo únicamente a las víctimas contenidas en el concepto de familia.

El artículo 3° de la Ley N° 20.066 establece:

“Es deber del Estado adoptar las medidas conducentes para garantizar la vida, la integridad personal y seguridad de los miembros de la familia”.

Conforme a este mandato; cada juez/a que conozca de un asunto de violencia intrafamiliar –ya sea en lo civil o en lo penal– deberá adoptar las medidas necesarias que impliquen la protección real y efectiva de las/os miembros de la familia involucradas/os en el caso y la detención de la violencia. Cada funcionario/a público/a, operador/a del sistema de justicia o integrante de la ruta que la mujer debe recorrer activando los procedimientos establecidos –como agente del Estado– deberá actuar con la debida diligencia para detener la violencia y proteger a las víctimas.

El artículo 7, letras a) y b) de la Convención de Belém do Pará señala:

“Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;

b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer”.

La debida diligencia en la actuación en casos de violencia implica por cierto, el cumplimiento cabal de la ley para las Policías y para los funcionarios públicos en general, a quienes les asiste la obligación de denunciar.¹³ En el caso de los/as funcionarios/as de la salud, la actuación con debida diligencia implica además la obligación de efectuar los exámenes y reconocimientos conducentes a acreditar el daño de la víctima, debiendo además conservar las pruebas correspondientes.

Inconvenientes de la Ley N° 20.066

Como ya se advirtió de las líneas anteriores, el acento de la legislación no está puesto en la violencia de género como relación de abuso y de poder, sino que en las consecuencias del maltrato.

Por lo anterior, una misma situación de violencia puede ser conocida por distintas magistraturas, dependiendo de las consecuencias del abuso. De esta forma, si estamos en presencia de violencia psicológica, ella será conocida en sede familia; al igual que aquella violencia física que no deja secuelas, conocida también como “vías de hecho”. Si se trata de violencia física que deja marcas, ésta se verá en sede penal, sancionándose por el delito específico de que da cuenta (lesiones, violación, homicidio, etc).

Ahora, si hablamos de violencia psicológica habitual, difícilmente será sancionada. Ellas terminan en archivo, por cuanto existe imposibilidad probatoria desde el punto de vista del derecho penal.

Estimamos que el tratamiento fraccionado que la ley otorga a la violencia, distinguiendo sedes, clases de violencia, el delito de maltrato habitual y otros delitos cometidos en contexto de violencia, favorece la impunidad por sobre la sanción, puesto que no existe un reproche social claro y directo a la conducta violenta.

Por otro lado, claramente las formas de actuación de los fiscales del Ministerio Público, de los jueces/zas de Garantía y de los jueces/zas de Familia son diferentes, pues obedecen a lógicas distintas. La lógica penal requiere de establecimiento claro y preciso de los hechos constitutivos de la violencia, de manera de poder

13 Obligación de Actuación de la Policía. Art 83. Obligación de denunciar. artículo 175 del Código Procesal Penal (en adelante CPP). a) Fuerzas Armadas, Carabineros, Investigaciones y Gendarmería. b) Fiscales y todo Funcionario Público. c) Jefes de puertos, aeropuertos. d) Jefes establecimientos hospitalarios, profesionales de la medicina, odontología, química y farmacia, prestaciones auxiliares. e) Directores, inspectores, profesores de establecimientos educacionales. Sanción: multa de 1 a 4 UTM.

probarlos. Si ello no ocurre, el fiscal no acusará, facilitando la suspensión condicional de la sentencia, o en su caso la facultad de no iniciar investigación, ello con acuerdo del juez de garantía. Ley orienta entonces el procedimiento judicial en violencia hacia la suspensión como solución alternativa, término que si bien puede ser adecuado para otros delitos no lo es para la violencia.

Incluso más, la forma de tratamiento que la ley da a la violencia redonda en que el delito de maltrato habitual sea el único delito en Chile que no permite a las víctimas su denuncia directa ante la institución que la ley define como competente para conocerlo.

Una mujer no puede recurrir al Ministerio Público denunciándolo, pues para que opere, requiere, por ley, que la conducta de habitualidad haya sido calificada previamente por un Tribunal de Familia. Se impide al Ministerio Público su conocimiento e investigación directa. La derivación desde el Tribunal de Familia se entiende como requisito de procesabilidad.

Por lo anterior, si en la práctica, una mujer denuncia ante el Ministerio Público, podrá cursársele la denuncia por la lesión o violación o delito en particular, pero no por la violencia intrafamiliar vivida, lo que minimiza o invisibiliza su ocurrencia.

El delito de maltrato habitual pasa a ser una “Figura residual,” subsidiario de delitos más graves. Se sancionan las lesiones graves y menos graves, amenazas graves, violación y abuso sexual mediante violencia e intimidación e injurias, homicidio, parricidio, aunque exista maltrato habitual. Se persiguen y prueban estos delitos, no el maltrato.

Este enfoque legislativo implica, en los hechos, denegación de justicia para las víctimas. Se estima que transcurre un promedio de cuatro meses entre la denuncia ante el Tribunal de Familia, y su conocimiento ante el Ministerio Público. Por ello, muchas mujeres desisten, aumentando su grado de desesperanza y por cierto victimizándose.¹⁴

La jurisprudencia y la violencia de género en contra de las mujeres

1. Sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena, de 27 de marzo de 2009, número 60-2009.

En juicio relativo a lesiones menos graves cometidas en contexto de violencia intrafamiliar, el Juzgado de Garantía de La Serena aprobó su término mediante acuerdo reparatorio consistente en disculpas públicas del agresor a su conviviente.

14 Corporación Humanas. El Derecho a Vivir una Vida Libre de Violencia. Análisis de la aplicación del nuevo delito de violencia habitual y su impacto en la Protección de las Mujeres que la viven. Agosto 2007.

El Ministerio Público apeló ante la Corte de Apelaciones correspondiente, fundamentando su petición en que a juicio del recurrente, y contrariamente a lo argumentado por el juez del proceso, resulta improcedente la salida alternativa en cuestión, de acuerdo con lo señalado en el artículo 19 de la Ley N° 20.066.¹⁵

El tribunal de Alzada en una correcta interpretación del sentido de la Ley N° 20.066, y cumpliendo con su deber de diligencia en orden a proteger a la víctima de violencia y sancionar estos hechos, concede el recurso, estableciendo que el concepto de violencia de la Ley N° 20.066 es amplio, por lo que tratándose de cualquier delito cometido en contexto de violencia intrafamiliar serán improcedentes los acuerdos reparatorios, ya que el fin de esta legislación es proteger a las víctimas.

Los considerandos que se reproducen a continuación ilustran el razonamiento del Tribunal:

“3º.-) Que, para decidir conforme a nuestra normativa que regla la materia en análisis, habrá de señalar, en primer lugar, que efectivamente, el citado artículo 19 dispone perentoriamente lo siguiente: “Improcedencia de acuerdos reparatorios. En los procesos por delitos constitutivos de violencia intrafamiliar no tendrá aplicación el artículo 241 del Código Procesal Penal.

4º.-) Que, a su turno, el artículo 5º de la citada Ley N° 20.066 prescribe que “será constitutivo de violencia intrafamiliar, todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consaguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente”.

Esta disposición legal, como se advierte, contiene un amplio concepto de “violencia intrafamiliar en la cual quedan comprendidas todo tipo de agresiones –físicas o psíquicas– que pudieren ser constitutivas, eventualmente, de diversos delitos como homicidios, lesiones, o ilícitos de carácter sexual, conclusión que se desprende de diversas disposiciones, como por ejemplo, de su artículo 16, cuando señala que las medidas accesorias indicadas en el artículo 9 serán aplicadas por los tribunales con competencia en lo penal, cuando el delito constituya un acto de violencia intrafamiliar, sin perjuicio de las sanciones principales y accesorias que correspondan al delito de que se trate. Todo ello, entonces, hace concluir

15 Artículo 19.- Improcedencia de acuerdos reparatorios. En los procesos por delitos constitutivos de violencia intrafamiliar no tendrá aplicación el artículo 241 del Código Procesal Penal.

que la norma prohibitiva contenida en el artículo 19 ya transcrito, se refiere a toda clase de delito que importe una violencia intrafamiliar, y no sólo al específico tipificado en su artículo 14 (delito de maltrato habitual).

En fin, no está de más indicar, por repetido que sea, que dicha norma prohibitiva tiene su razón de ser, entre otras consideraciones, como se desprende de las actas legislativas de discusión, en el cuestionamiento que se hizo del eventual “consentimiento” que en los acuerdos reparatorios podría verse forzada la víctima a otorgar, dada su condición de tal, situación que se une a la relevante circunstancia de ser la familia el núcleo fundamental de la sociedad, de manera que siempre existirá un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal en los actos ilícitos que horaden de cualquier forma su integridad. Por lo demás, se debe también tener presente que el objeto de la ley en estudio es el de prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar y otorgar protección a las víctimas de la misma.

Por estas consideraciones, esta Corte no comparte la posición del juez a quo contenida en su resolución impugnada, de manera que procederá a su revocatoria”.

2. Sentencia de Tribunal de Garantía de Santiago, de 25 de marzo de 2009, RIT 10489-2008.

Para el Tribunal, la amenaza con arma de fuego a la cuñada y sobrina no es más que una “discusión familiar” producida por la ofuscación del agresor al ver a su mujer –embarazada– bebiendo con una amiga y “arreglada para salir”. En virtud del “principio de congruencia” este Tribunal no se refiere a la violencia intrafamiliar habida entre víctima e imputado, por estimar que no es relevante para decidir sobre el delito de amenazas con arma de fuego que se le atribuye.

Tanto el juez como la defensa minimizan la violencia en esta causa, dando la señal de que ella es permitida por la sociedad. El sentenciador, pese a referirse a la violencia e invocar el artículo 5° de la Ley Nº 20.066, obvia su deber de diligencia y no sanciona al agresor. Reproducimos aquí parte de los considerandos:

“QUINTO: Que, en el alegato de clausura, la parte acusadora señaló que amenazar es comunicar por actos o palabras que se quiere hacer un mal contra las personas inclusive contra la propiedad. La defensa indicó que no lograría acreditar los requisitos normativos pero con la declaración de la víctima se acredita que son serias, pues la amenazó de muerte a ella y su hijos menores de edad, es verosímil puede concretarse porque

sabe donde vive la víctima y la amenaza con arma de fuego y le envía un mensaje con un tercero y, provienen de un sujeto con antecedentes que no se controla, que cuando ella lo vio le estaba pegando a su hermana embarazada. En cuanto al arma de fuego en la primera etapa es amenazada y se va y después vuelve el imputado; la víctima cree que es de fuego, vio un fierro brillante pues estaba nerviosa y preguntaba por ella; decía “que salga la maraca”; se le pregunta a la víctima porque siente temor y eso se siente que no autorizó que su hija declarara porque esta tan afectada al ver que el imputado le pegaba a su hermana. Es efectivo que al imputado no se le requirió por actos de violencia intrafamiliar, tampoco por porte de arma de fuego pues no fue habida, la víctima razona y cree que el imputado es capaz de concretar la amenaza.

SEXTO: Que en el alegato de cierre, la defensa sostuvo que el tiempo le ha dado razón, no es verosímil ni no hay nuevas amenazas. Han transcurrido ya 10 meses desde la manifestación que fue al calor de un altercado. Por lo que no puede ser considerada como amenazas porque son propias de una pelea, inclusive luego pasaron una fiesta juntos. Pese a que indica que es impulsivo y, decidido ¿por qué las amenazas no se han concretado? ello es relevante sobre todo por la cercanía de domicilio a solo dos cuadras. La víctima indica que el día de los hechos vio un auto, un arma y, lesiones ninguna de estos elementos fueron acreditadas, tampoco declarar los restantes testigos presenciales, pues el carabinero que declaró no aportó antecedentes adicionales.

SÉPTIMO: Que ponderadas las probanzas reseñadas, valoradas en forma libre, velando no contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, el tribunal tiene por establecido los siguientes hechos:

- 1.- Que el día de los hechos se produce una discusión familiar entre el imputado, su pareja y, la víctima.
- 2.- Que durante su desarrollo se produjeron agresiones verbales.

OCTAVO: Que el tribunal lo que debe dilucidar es si existieron las amenazas y si éstas son o no verosímiles.

NOVENO: Que para acreditar sus asertos la parte acusadora en relación al hecho acontecido el día 14 de diciembre de 2006 rinde testimonial consistente en las declaraciones de los testigos: Daniela Badilla Maldonado e Ismael Vargas Soto.

DÉCIMO: Que, de testimonial rendida por Ministerio Público y la declaración del imputado renunciando a su derecho a guardar silencio se debe tener por establecido la existencia de una discusión donde participan el imputado, su pareja y la víctima Daniela Badilla Maldonado; en un momento el imputado se retira del lugar, instantes después llega Carabineros quienes habían sido alertados en la Central Cenco acerca de la existencia de una denuncia por amenazas en un contexto de violencia intrafamiliar.

UNDÉCIMO: Que, los únicos deponentes presenciales lo son por un lado la víctima y, el propio imputado únicos testimonios que pueden aportar mayores elementos de convicción al tribunal.

La víctima señala en resumen que fue alertada por su hija a quien un tercero comunicó que su hermana estaba siendo agredida por su pareja, el imputado. Al apersonarse en el lugar que estaba muy próximo a su domicilio vio cómo el imputado golpeaba a su hermana quien estaba encinta, lo increpa y lo reduce, actuación que produce la ofuscación del imputado, quien la agrede verbalmente amenazándola de muerte; luego de este episodio se retira en una bicicleta. Luego la víctima vuelve a su casa en compañía de sus hijos, cuando de improviso ve que se acerca un auto a gran velocidad, como presume que se trata del imputado se oculta en su domicilio, éste baja del auto preguntando dónde estaba “ la maraca concha de tu madre”. Sin embargo, ello entra en abierta contradicción con los dichos del propio imputado que primeramente sitúa a los hechos en la casa de la víctima Daniela Badilla y, no en un inmueble diverso como esta afirma, niega tanto la agresión física a su polola a la sazón embarazada, como el episodio posterior que se inicia con su retiro en bicicleta y, la posterior llegada a bordo de un auto a gran velocidad, es más, señala que expresamente que no maneja.

DUODÉCIMO: Que en este escenario tan controversial es al Ministerio Público a quien le correspondía romper la presunción de inocencia que ampara al acusado.

Así la víctima da cuenta de numerosos testigos presenciales de los hechos: su hija Daniela Esparza, su cuñada Ariela Jara, Jazmín, su hermana María Belén y, Natalia a quien apodan “la morena”, ninguno de los cuales se acompaña a estrados, no hay constatación de lesiones respecto de María Belén, nadie vio el arma que describe la acusación inclusive la propia víctima no está segura de su naturaleza, tampoco se dispone materialmente de aquella, no se acompañó prueba alguna

acerca de la llegada en auto del imputado, ni se señalan características del mismo, ni acerca de las habilidades de conducción del imputado. Asimismo la propia víctima no indica con claridad en qué antecedentes se cimienta para concluir que las supuestas amenazas son serias, no relata episodios anteriores o posteriores que permitan al tribunal arribar al convencimiento que exista una probabilidad razonable que sean concretadas, pues al tribunal no le basta su mero convencimiento sino va acompañado de otros antecedentes concordantes que ratifiquen su conclusión. Es más, por el contrario obran encuentros posteriores de naturaleza familiar donde asisten ambos evidencia precisa de la falta de seriedad de las mismas formuladas al amparo de una discusión.

DÉCIMO TERCERO: Que, por otro lado, la víctima narra la existencia de una amenaza vertida a través de un tercero, su cuñada Ariela Jara, sin embargo en primer término el tribunal no cuenta con el testimonio de aquella y, tampoco es una expresa amenaza, por el contrario el imputado implícitamente está afirmando con antelación de este juicio que carece de interés alguno en orden a concretar aquellas, máxime la proximidad física de sus domicilios.

Que por otro lado el testigo Ismael Abdón Vargas Soto, Sargento Segundo de Carabineros no aporta mayores elementos de convicción, pues llega al sitio del suceso después de acontecidos los hechos sin observar indicio alguno de la ocurrencia de los mismos, así no encuentra al imputado en las inmediaciones a pesar de haber realizado un patrullaje, ni el arma, ni el auto empleado por el imputado ni lesionado alguno. Así se limita a dar curso a la denuncia.

DÉCIMO CUARTO: Que, de esta manera se ha configurado una duda razonable acerca de la dinámica de los hechos, pues como se ha expresado existe una abierta contradicción, dicha circunstancia impide a este sentenciador arribar a la convicción necesaria para dictar sentencia condenatoria a su respecto en orden a que el imputado habría amenazado seriamente a la víctima de ocasionar un mal así mismo o a un tercero.

Que se omite pronunciamiento acerca de las restantes alegaciones de la fiscalía por resultar inoficioso al tenor de lo resuelto.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 296 15 N° 1, parte final del Código Penal en relación con el artículo 5° de la Ley N° 20.066 artículos 47, 48, 295, 296, 297, 340, 342, 344, 389, 396, 417 del Código Procesal Penal; SE DECLARA:

I.- Que SE ABSUELVE a JORGE EDUARDO LOBOS AGUILERA, ya individualizado, del cargo de autor del delito de amenazas no condicionales supuestamente cometido el día 17 de mayo de 2008.

II.- Que, se condena en costas al Ministerio Público”.

3. Sentencia de Corte de Apelaciones de San Miguel, de 16 de marzo de 2009, RIT 204-2009.

En este fallo, la Corte acoge el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público. A juicio del Tribunal, el hecho imputado consistente en incumplir las condiciones acordadas en el marco de la suspensión condicional del procedimiento, realiza el supuesto previsto en el artículo 18 en relación al artículo 10 ambos de la Ley Nº 20.066, por lo que el delito de desacato del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC) es aplicable en este caso.

De acuerdo a la Corte es incorrecto considerar que la aplicación conjunta del delito de desacato con los efectos a que se refiere el artículo 239 del CPP infringe el principio de *non bis in idem*. Asimismo, estima que basta para considerar incumplidas estas condiciones en el sentido del artículo 18 de la Ley Nº 20.066, por el solo hecho de quebrantarse, sin que sean aplicables las cualificaciones que prevé el artículo 239 CPP.

Este fallo ilustra la problemática de la procedencia del delito de desacato cuando el ofensor incumple las medidas cautelares que le han sido decretadas por actos de violencia. Se observa repetidamente en los sentenciadores una tendencia a argumentar, haciendo uso de diferentes normas y principios, con el fin de establecer que tales prohibiciones o medidas, serían de un carácter inferior, por lo que se da a entender que carecerían de imperio.

“SEXTO: Que a fin de dilucidar el asunto sometido a la decisión de estas sentenciadoras, es preciso señalar, que es un hecho indiscutido y reconocido por los intervinientes en estrados, que la suspensión condicional del procedimiento se decretó en una causa seguida por hechos constitutivos de violencia intrafamiliar, materia regulada expresa y especialmente en la Ley Nº 20.066.

Que dado ello, imperioso es advertir, que ésta en su artículo 1º establece como su objeto “prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar y otorgar protección a las víctimas de la misma”, añadiendo en la disposición que sigue, que “es deber del Estado adoptar las medidas conducentes para garantizar la vida, integridad personal y seguridad de los miembros de la familia”, estableciendo además en su artículo

7º, que ante situaciones de riesgo inminente, cuya existencia presume en las circunstancias que en el inciso segundo señala, el Tribunal se encuentra obligado a adoptar las medidas de protección o cautelares que correspondan. En concordancia con lo anterior, en el artículo 9º, también imperativamente, señala las medidas accesorias que deben ser aplicadas por el Juez en caso de condenar al autor de actos que de acuerdo a lo estatuido en el artículo 5º sean constitutivos de violencia intrafamiliar, sancionando además en el artículo 10, los casos de incumplimiento a las medidas cautelares o accesorias decretadas, obligando nuevamente al Juez, esta vez a poner en conocimiento del Ministerio Público su acontecimiento, precisa y específicamente “para los efectos de lo previsto en el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil.

En el mismo orden de ideas, tratándose de investigaciones y procedimientos penales sobre violencia intrafamiliar, exige la aplicación de lo estatuido en los artículos 13 y siguientes, entre ellos, conforme reza el artículo 17, la obligación al Juez de Garantía, de imponer como condición para decretar la suspensión del procedimiento, “una o más de las medidas accesorias establecidas en el artículo 9º, sin perjuicio de las demás que autoriza el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil; sancionando clara y especialmente el incumplimiento de tales condiciones en el artículo 18, en el que concreta y determinadamente obliga la aplicación del artículo 10 ya citado.

SÉPTIMO: Que en consecuencia, atendido el claro tenor de las normas precitadas, es evidente que éstas guardan perfecta concordancia y armonía entre sí y especialmente con el objeto de la Ley Nº 20.066 precedentemente dicho. Asimismo, es inconcuso que en ella el legislador expresa, nítida e incuestionablemente, obliga al Juez de Garantía, poner en conocimiento del organismo encargado por mandato constitucional, de dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, y en su caso, de ejercer la acción penal pública, ante el incumplimiento de la o las condiciones impuestas para la suspensión del procedimiento seguido contra el imputado de hechos constitutivos de Violencia Intrafamiliar, precisamente “para los efectos de lo previsto en el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil”. Norma esta última que a su vez establece una pena a quien quebrante lo ordenado cumplir, de lo que necesariamente debe concluirse, acorde a lo dispuesto en el artículo 1º del Código Penal, que la conducta en ella descrita corresponde y constituye delito.

OCTAVO: Que por lo precedentemente expuesto, apareciendo claramente de los hechos asentados en la sentencia impugnada, que el imputado quebrantó, precisamente, las condiciones que por resolución judicial se le ordenó cumplir para decretar la suspensión condicional del procedimiento seguido en su contra, por hechos que como se aprecia de los sucesos establecidos y afirman los intervinientes, se enmarcan entre aquellos regulados por la Ley Nº 20.066; y, correspondiendo las condiciones incumplidas o quebrantadas específicamente a las contempladas en las letras a) y b) del artículo 9º de la ley precitada, dada su especialidad, evidentemente prima en su aplicación respecto de las normas generales del procedimiento penal estatuidas en el código del ramo.

NOVENO: Que no obstante lo anterior, y pese a que en la descripción de los hechos que se dan por establecidos, se hace expresa mención al artículo 9º de la Ley Nº 20.066, acorde a la cual se impuso al condenado las condiciones por éste quebrantadas, de la lectura del fallo en cuestión, especialmente de su considerando cuarto, claramente se constata que el sentenciador razonó y sustentó su decisión absolutoria en las normas del Código Procesal Penal, sin hacer alusión y menos aún análisis alguno respecto de las disposiciones pertinentes y ya aludidas de la Ley Nº 20.066, conllevando ello incuestionablemente una errada aplicación de las normas atingentes a la materia sometida a su decisión. Puesto que única y exclusivamente ha hecho aplicables a la situación debatida, aquellas normas contenidas en los artículos 237 y siguientes del citado compendio normativo, obviando las que atendida la especial naturaleza del asunto en discusión debió haber considerado, como lo son aquellas contenidas en la Ley Nº 20.066.

DÉCIMO: Que se adiciona a lo dicho, que al afirmar el señor Juez de Garantía en el citado fundamento cuarto: “Tratándose de una condición de la suspensión condicional del procedimiento, es claro que no es la condición una decisión jurisdiccional, sino que el fruto de un convenio entre el imputado y el Ministerio Público, por lo tanto, lo que se ha incumplido no es lo ordenado por el Tribunal, sino lo acordado por los intervinientes en un proceso penal que han puesto término, mediante una salida alternativa a dicho proceso. También importa una clara vulneración a los artículos 237, 238 y 240 del Código Procesal Penal, desde que conforme al claro tenor del primeramente citado, es evidente que la suspensión condicional del procedimiento sólo puede ser decretado por el Juez, quien se encuentra imperativamente obligado a “...establecer las condiciones a las que deberá someterse el imputado,

por el plazo que determine...”, cumpliéndose las exigencias que la misma norma indica, lo que necesariamente importa un análisis y decisión jurisdiccional, mediante la dictación de una resolución judicial, y en todo caso como lo señala la aludida norma y refrenda el artículo 240 del mismo texto legal, sólo “suspende el procedimiento, añadiendo este último que sólo transcurrido el plazo fijado sin que la suspensión fuere revocada, “se extinguirá la acción penal, debiendo el Tribunal dictar de oficio o a petición de parte el sobreseimiento definitivo. De lo que se sigue que tal suspensión contrariamente a lo sustentado por el señor Juez, no pone término al proceso penal, en tanto no se cumpla lo requerido en el artículo 240 ya referido.

Asimismo, contraría el artículo 238 del mismo cuerpo legal, puesto que éste reiterando lo dispuesto en el artículo 237 antes citado, exige al Juez de Garantía, “disponer que durante el período de suspensión, el imputado quede sujeto al cumplimiento de una o más de las condiciones que dicha disposición señala”. Quedando así de manifiesto que la condición también es una decisión jurisdiccional.

Por otra parte, al sostener el sentenciador en el párrafo tercero del mismo considerando cuarto, que el incumplimiento por el requerido debe ser “grave y reiterado”, también infringe lo preceptuado en el artículo 239 del Código Procesal Penal. Toda vez que si bien dicha norma exige tales calificaciones del quebrantamiento, acorde a su claro tenor, ella es aplicable a la “revocación de la suspensión condicional, situación ajena y distinta a la descrita en los hechos contenidos en el requerimiento y establecidos en la sentencia, y por consiguiente improcedente al caso en análisis. A lo que se agrega, que de acuerdo a lo expresado en los motivos sexto y séptimo precedentes, acorde a lo prescrito en el artículo 10 de la Ley Nº 20.066, no se requiere para los efectos de lo previsto en el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, ni éste tampoco exige un incumplimiento “grave o reiterado”, como se sustenta en el fallo atacado.

Por último, se hace necesario acotar, que la consecuencia del incumplimiento de la o las condiciones aplicadas para los efectos del artículo 237 del Código Procesal Penal, cuyo no es el caso, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 239 de dicho cuerpo normativo, no es otro que “la continuación del procedimiento conforme a las reglas generales”. De manera que en el evento que el imputado resultare condenado en tal procedimiento, ello será por el hecho respecto del que en aquel fue formalizado, suceso que necesaria y obviamente es distinto del cons-

titutivo de la figura típica contenida en el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil ya citado. Quedando así de manifiesto que la aplicación del artículo 10 de la Ley Nº 20.066 conforme a lo dispuesto en el artículo 18 de ella y en relación a los artículos 17 y 9º de la misma, en caso alguno importa vulneración del principio “non bis in idem”, esgrimido entre los fundamentos del considerando cuarto de la sentencia.

UNDÉCIMO: Que por lo expresado en los anteriores razonamientos, a juicio de estas sentenciadoras, en el pronunciamiento de la sentencia por esta vía impugnada, se ha hecho una errada aplicación de los artículos 1º, 9º, 10 y 17 de la Ley Nº 20.066, como también de los artículos 158 y 240 del Código de Procedimiento Civil y de los artículos 237, 238, 239 y 240 del Código Procesal Penal. Yerro que necesariamente ha influido en lo dispositivo del fallo.

Por consiguiente, configurándose en el caso sub lite la causal de nulidad contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, por los motivos en que ella se ha sustentado, conduce necesariamente a acoger el recurso de nulidad entablado por la causal en que se ha fundado.

En mérito de lo expuesto y vistos además lo dispuesto en los artículos 352, 360, 372, 373 letra b), 384, 386 y 399 del Código Procesal Penal, se acoge el recurso de nulidad interpuesto por doña Ana Victoria Quintana Olguín, Fiscal Adjunto de la Fiscalía Regional Metropolitana Sur, por la causal de invalidación del fallo y el juicio contemplada en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, y en consecuencia se declara:

- 1.– Que SE ANULA la sentencia dictada con fecha doce de enero del año en curso, por el señor Juez del Duodécimo Juzgado de Garantía de Santiago, don Jorge Eduardo Sáez Martín, en la que se absuelve de los cargos formulados contra el imputado José Manuel Quiñones Mora, en calidad de autor del delito de desacato en grado de consumado, perpetrado el día 11 de enero de 2009.*

- 2.– Que asimismo SE ANULA el juicio en el que aquella fue pronunciada.*

- 3.– Que como consecuencia de lo anterior, se retrotrae el procedimiento al estado de realizarse por el Tribunal no inhabilitado que corresponda, un nuevo juicio, debiendo fijar la audiencia más próxima para su realización, y para tal efecto remitírsele los antecedentes”.*

REFLEXIONES FINALES

Observamos entonces que en materia de violencia contra las mujeres, a pesar de los avances, nuestro país aún está lejos de cumplir con los estándares internacionales de garantía de derechos y protección a las víctimas de violencia a que se ha obligado.

La Convención para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Belém Do Pará) establece compromiso de obligatoriedad para el Estado en orden a actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar la violencia contra la mujer.

Así también nos hemos obligado internacionalmente a establecer procedimientos legales justos y eficaces para que la mujer que haya sido sometida a violencia cuente con medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos.

Comprometimos la educación y capacitación del personal de la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la Ley, así como del personal a cuyo cargo esté la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer.

Nos obligamos a garantizar la investigación y recopilación de estadísticas y demás información pertinente sobre las causas, consecuencias y frecuencia de la violencia contra la mujer con el fin de evaluar la eficacia de las medidas para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra la mujer y de formular y aplicar los cambios necesarios.

La violencia en contra de la mujer, como expresión de la desigualdad entre ambos sexos, es una violación grave a los derechos humanos.¹⁶

La violencia en contra de la mujer constituye además un problema de seguridad y salud públicas.

16 Derecho a una vida libre de violencia; derecho a la vida, derecho a la integridad física, psíquica y moral, derecho a la salud: entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social; derecho a la libertad y seguridad personales; derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación; 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; derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia; derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos; derecho a la igualdad de protección ante la ley; derecho a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia y derecho al debido proceso. Luz Riosco, Buenas prácticas para la erradicación de la violencia doméstica en la región de América Latina y el Caribe, marzo 2004.

Si bien no contamos con una ley que aborde la violencia de género en contra de las mujeres de un modo integral, sí contamos con un mandato claro e irrenunciable al sector justicia para una eficaz aplicación de la ley en orden a detener la violencia y proteger a las víctimas.

Las y los funcionarios miembros del sector justicia son los depositarios de la indubitable señal del Estado de Chile de rechazo absoluto a la violencia. Ellas y ellos son los llamados a cumplir y a hacer cumplir los mandatos de la legislación en orden a proteger a las y los ciudadanos de toda violación a su integridad física y psíquica.

Sin embargo, las atribuciones legales por sí solas no son suficientes, se requiere que el tratamiento de las causas de violencia se haga con enfoque de género y con conciencia indubitada de que la violencia es una violación a los derechos humanos de las personas.

Se precisa capacitar profundamente a todos los/las actores del sector justicia en el fenómeno de la violencia de género en contra de las mujeres como una violación inaceptable a los derechos humanos de las mismas, de manera que puedan aplicar los mecanismos legales nacionales e internacionales para sancionar a los agresores.

Por otra parte, se requiere potenciar el rol preventivo en los delitos de violencia en el ámbito doméstico. El Tribunal de Familia cuenta con una Unidad de Atención al Público y tanto las y los consejeros técnicos, como las y los mediadores, e incluso jueces y juezas, podrían ejercer una importante labor educativa, dando a conocer a las personas sus derechos y recalcando que a cada una y cada uno le asiste el derecho a vivir una vida libre de violencia. Similar ocurre con el Ministerio Público, las defensorías y los Jueces de Garantía.

Todo/a juez/a y todo/a funcionario/a público que interviene en casos de violencia debe cumplir con el artículo 2º de la Ley Nº 20.066, en orden a proteger a las personas que viven violencia, garantizando su integridad física y psíquica. Todo/a juez/a y todo/a funcionario que interviene en casos de violencia debe actuar con la debida diligencia que le impone la Convención de Belém do Pará, para detener la violencia, y sancionar al agresor.

LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN EL DIVORCIO

Paulina Maturana Vivero

La Ley N° 19.947, nueva Ley de Matrimonio Civil chilena, publicada en el Diario Oficial el 17 de mayo de 2004, introdujo en nuestro derecho una nueva causa de término del matrimonio: el divorcio; pasando Chile a completar la lista de los países de la Región que ya contemplaban esta institución.

Hasta antes de la entrada en vigor de esta ley¹⁷, si bien existía la posibilidad de divorciarse, éste no era vincular, es decir el matrimonio subsistía, cesando sólo algunos de los deberes matrimoniales establecidos en la legislación.¹⁸

Hoy sin embargo, el divorcio claramente es una causal de terminación del matrimonio. Así lo expresa el número 4° del artículo 42 del citado cuerpo legal que señala:

“Artículo 42: El matrimonio termina: 1° Por la muerte de uno de los cónyuges; 2° Por la muerte presunta, cumplidos que sean los plazos señalados en el artículo siguiente. 3° Por sentencia firme de nulidad, y 4° Por sentencia firme de divorcio”.

Quien actualmente se divorcia, cesa en el vínculo matrimonial contraído, adquiriendo el nuevo estado civil de divorciado. Con ello, y como directa consecuencia, se pone fin a todos los deberes matrimoniales entre los ex-cónyuges, incluyendo el deber de socorro que se traducía en la obligación alimenticia recíproca.

Los divorciados no tienen derecho a solicitarse alimentos, por cuanto han dejado de ser “cónyuges”, título que les otorgaba el derecho a reclamarlos.

Surge entonces la figura de la compensación económica, incorporada igualmente por la Nueva Ley de Matrimonio Civil, N° 19.947, que busca amparar al cónyuge más débil, quien frente a la ruptura producida se encuentra en una situación precaria —en relación al otro/a cónyuge— para afrontar la vida futura.

17 Ley N° 19.947, Ley de Matrimonio Civil, publicada en el Diario Oficial el 17 de mayo de 2004.

18 Básicamente el deber de fidelidad. Igualmente el de cohabitación, aunque esto último con la reforma de la Ley N° 18.802 de 9 de junio de 1989, lo hace relativo: “Ambos cónyuges tienen el derecho y el deber de vivir en el hogar común, salvo que a alguno de ellos le asista razones graves para no hacerlo”.

ARTICULADO

Los artículos 61 y siguientes de la citada Ley establecen:

“Artículo 61.- Si, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa.

Artículo 62.- Para determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación, se considerará, especialmente, la duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges; la situación patrimonial de ambos; la buena o mala fe; la edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario; su situación en materia de beneficios previsionales y de salud; su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral, y la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge.

Si se decretare el divorcio en virtud del artículo 54, el juez podrá denegar la compensación económica que habría correspondido al cónyuge que dio lugar a la causal, o disminuir prudencialmente su monto.

Artículo 63.- La compensación económica y su monto y forma de pago, en su caso, serán convenidos por los cónyuges, si fueren mayores de edad, mediante acuerdo que constará en escritura pública o acta de avenimiento, las cuales se someterán a la aprobación del tribunal.

Artículo 64.- A falta de acuerdo, corresponderá al juez determinar la procedencia de la compensación económica y fijar su monto. Si no se solicitare en la demanda, el juez informará a los cónyuges la existencia de este derecho durante la audiencia preparatoria. Pedida en la demanda, en escrito complementario de la demanda o en la reconvenición, el juez se pronunciará sobre la procedencia de la compensación económica y su monto, en el evento de dar lugar a ella, en la sentencia de divorcio o nulidad.

Artículo 65.- En la sentencia, además, el juez determinará la forma de pago de la compensación, para lo cual podrá establecer las siguientes modalidades:

1.- Entrega de una suma de dinero, acciones u otros bienes. Tratándose de dinero, podrá ser entregado en una o varias cuotas reajus-

tables, respecto de las cuales el juez fijará seguridades para su pago. 2.- Constitución de derechos de usufructo, uso o habitación, respecto de bienes que sean de propiedad del cónyuge deudor. La constitución de estos derechos no perjudicará a los acreedores que el cónyuge propietario hubiere tenido a la fecha de su constitución, ni aprovechará a los acreedores que el cónyuge beneficiario tuviere en cualquier tiempo”.

Como señalamos recientemente, de la lectura del articulado vigente se colige claramente que el ordenamiento jurídico chileno otorga un derecho a la compensación al/a la cónyuge que se dedicó en exclusivo al proyecto de vida en común, y que por esa razón se encuentra en una situación desmedrada –en relación al otro/a cónyuge– para afrontar la vida tras el divorcio.

La norma protege principalmente a las mujeres “dueñas de casa” sin calificación profesional “oficial”, que no cuentan con previsión para la vejez, ni con derechos a la salud independientes, sino vinculados a los del marido; y a aquellas que teniendo profesión no la ejercieron cabalmente, priorizando el proyecto de vida matrimonial. Para las primeras, esta compensación constituye el único medio de establecimiento para la vida futura; para las segundas, el necesario y justo apoyo para reinsertarse al mercado del trabajo.

Así expuestos en la letra de la ley, desde nuestro punto de vista los supuestos de esta institución buscan, por una parte, reconocer el trabajo consistente en el cuidado de los hijos y en las labores del hogar común, los que fueron considerados como una pérdida de ingresos; y por otro lado, persigue reparar el “coste de oportunidad laboral”, por lo que el/la juez/a debe considerar la situación en materia de beneficios previsionales y de salud, la cualificación profesional y las posibilidades de acceso al mercado laboral del cónyuge beneficiario.

En nuestra opinión, los componentes que dan sustrato y origen a la Institución de la compensación económica son precisamente la valoración económica tanto del tiempo dedicado al trabajo doméstico como de aquellas horas dedicadas al trabajo en el cuidado de los/as hijos/as comunes, como aporte real al patrimonio familiar. En la práctica, la cooperación en trabajo doméstico y cuidado de los hijos realizado por el/la cónyuge que se dedica a estas labores, aumenta la contribución que el/la cónyuge inserto en el mercado laboral efectúa al patrimonio familiar. Sin embargo, esta clase de contribución, mayoritariamente prestada por las mujeres, es comúnmente invisibilizada. De ahí la importancia de esta institución que, en justicia está orientada a la valoración del trabajo realizado intrafamilias.

HISTORIA DEL ESTABLECIMIENTO DE LA LEY

La compensación económica tuvo su origen¹⁹ en una moción de las diputadas señoras Saa, Allende y Aylwin, y de los diputados señores Walker, Barrueto, Cantero, Longton, Munizaga, Elgueta y Viera-Gallo, que buscaba contar con una nueva ley de matrimonio civil, ingresada el 28 de noviembre de 1995 a la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados.

Durante su tramitación legislativa –que duró más de 9 años concluyendo recién el 17 de mayo de 2004– esta idea parlamentaria fue objeto de una serie de modificaciones a través de diferentes indicaciones, tanto parlamentarias como presidenciales, siendo las discutidas por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado las que le dieron a la compensación económica su forma actual.

Así, en la indicación presidencial²⁰ referida al artículo 38 de la ley en discusión, que se trató en segundo trámite constitucional se establecía que *“debía evitarse que –como consecuencia del divorcio– alguno de los cónyuges quedare imposibilitado para su mantenimiento”*. Y si el divorcio generaba una situación así, *“el tribunal podría adoptar una o más de las siguientes medidas a favor del cónyuge afectado: a) proceder a la declaración de bienes familiares, b) constituir derechos de usufructo, uso o goce respecto de bienes que hubieran formado parte del patrimonio familiar de los cónyuges, c) determinar el pago de un monto o de una pensión compensatoria por un período de tiempo que no excediere de los cinco años, contados desde la fecha en que quedare ejecutoriada la sentencia que decretare el divorcio”*. Igualmente el mismo artículo señalaba: *“para acceder a la solicitud y precisar la medida, el tribunal deberá considerar especialmente lo siguiente: la duración del matrimonio y de la vida común de los cónyuges; la edad, estado de salud y capacidad económica de ambos cónyuges, considerando especialmente las posibilidades de acceso al mercado laboral; la eventual colaboración común que hayan realizado los cónyuges a la actividad que haya servido de sustento al núcleo familiar, el aporte y dedicación brindado por los cónyuges a las labores no remuneradas que demanda el cuidado de los hijos y el hogar común; la eventual pérdida de beneficios previsionales que deriven del divorcio y la existencia previa al divorcio de una pensión de alimentos entre los cónyuges”*.

19 Boletín Nº 1759-18. Diputadas/os: Allende Bussi, Isabel; Aylwin Oyarzún, Mariana; Cantero Ojeda, Carlos; Elgueta Barrientos, Sergio; Barrueto Jeame, Víctor; Longton Guerrero, Arturo; Munizaga Rodríguez, Eugenio; Saa Díaz, María Antonieta; Viera-Gallo Quesney, José Antonio; Walker Prieto, Ignacio.

20 Boletín Nº 1759-18.

De igual forma la indicación parlamentaria ingresada por los senadores Chadwick, Diez y Romero,²¹ señalaba: *“no obstante la declaración de nulidad, el presunto cónyuge que hubiera contraído matrimonio de buena fe y que hubiera tenido a su cargo el cuidado cotidiano del hogar o de los hijos comunes, tiene derecho a solicitar que el otro le proporcione alimentos durante un plazo que no exceda de cinco años contados desde que quede ejecutoriada la sentencia que declare la nulidad”*.

De acuerdo a lo expresado, los principales argumentos debatidos en la discusión legislativa²² versaron sobre: 1° derecho de alimentos como compensación económica: contenidas en la indicación recién referida de los senadores Chadwick, Diez y Romero, que señalaba el derecho a solicitar alimentos al otro cónyuge por un plazo máximo de cinco años en caso de nulidad matrimonial; y en la indicación formulada por el Senador Espina²³ que buscaba “amparar a aquel cónyuge que, como consecuencia del divorcio quedara privado de los medios necesarios para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social”, mediante la constitución por parte del tribunal de derechos de usufructo, uso o habitación, o de una suma única de dinero pagadera en una o varias cuotas. 2° desequilibrio económico por la ruptura matrimonial: idea defendida con diferente fundamento por el senador Viera-Gallo y por la entonces Ministra del Servicio Nacional de la Mujer, doña Cecilia Pérez. Para el primero, se requería sufrir grave menoscabo económico, demostrable comparando las condiciones de vida al momento del divorcio con las que tendría el/la cónyuge una vez producido éste. Para la ministra, en cambio, era necesario agregar además a la reflexión del juez, la variable de “las perspectivas económicas” de uno y otro cónyuge. 3° indemnización por daños patrimoniales: igualmente se discutió la base indemnizatoria de la compensación desde la perspectiva de lo que la/el cónyuge habría dejado de obtener por haberse dedicado al cuidado de los hijos comunes y del hogar. Así la Ministra del Servicio Nacional de la Mujer, señaló: *“Si uno de los cónyuges se dedicó al cuidado de los hijos, las prestaciones de que se trata deben considerarse una compensación por el lucro cesante que le significó no poder trabajar por muchos años”*. *“No se trataría de una pensión de alimentos, sino de una pensión compensatoria, a favor de aquel cónyuge que ha dedicado una parte importante de su vida al cuidado de sus hijos, y que por esta razón se puede ver perjudicado en sus oportunidades económicas futuras”*.²⁴

21 Andrés Chadwick, Sergio Diez, Sergio Romero.

22 Javier Barrientos Grandón-Aranzazú Novales Alquézar. Nuevo Derecho Matrimonial Chileno. Págs. 415, 416 y 417.

23 Alberto Espina Otero.

24 Boletín N° 1759-18. Tramitación de Proyectos.

La idea de la compensación “como derecho de alimentos” fue expresamente desechada por los legisladores quienes acordaron establecer que ésta no tiene el carácter de alimenticia, sino compensatoria, asimilándola a los alimentos sólo en cuanto a su forma de cumplimiento, de manera de entregar iguales garantías que las establecidas por la Ley N° 14.908.²⁵

“Artículo 66.- Si el deudor no tuviere bienes suficientes para solucionar el monto de la compensación mediante las modalidades a que se refiere el artículo anterior, el juez podrá dividirlo en cuantas cuotas fuere necesario. Para ello, tomará en consideración la capacidad económica del cónyuge deudor y expresará el valor de cada cuota en alguna unidad reajutable. La cuota respectiva se considerará alimentos para el efecto de su cumplimiento, a menos que se hubieren ofrecido otras garantías para su efectivo y oportuno pago, lo que se declarará en la sentencia”.

Por su parte, la noción de “desequilibrio económico” permitió la construcción del concepto de “menoscabo económico”, que se determina comparando la posición que tenía el/la cónyuge beneficiario/a al momento del divorcio, y la que en definitiva quedaría luego de decretado éste, en relación a sus expectativas futuras.

“Artículo 62.- Para determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación, se considerará, especialmente, la duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges; la situación patrimonial de ambos; la buena o mala fe; la edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario; su situación en materia de beneficios previsionales y de salud; su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral, y la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge”.

Si se decretare el divorcio en virtud del artículo 54, el juez podrá denegar la compensación económica que habría correspondido al cónyuge que dio lugar a la causal, o disminuir prudencialmente su monto.

Para nosotras, los elementos fundamentales que dan origen a la idea “del derecho a la compensación” en la Ley de Matrimonio Civil vigente y que estuvieron presentes en la discusión de esta idea legislativa, dicen relación con el desequilibrio que se produce al quebrarse una organización familiar en la que uno de los cónyuges –normalmente la mujer– trabajó no remuneradamente por y en el hogar común, y/o, trabajó no remuneradamente en el cuidado

25 Artículos 11 y siguientes de la Ley sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias.

de los hijos comunes, y que como consecuencia de lo anterior no ejerció su profesión u oficio; ejerció su profesión u oficio en menor medida; o no pudo acceder a estudios formales para tener una profesión, o a especializaciones y/o estudios de actualización en el ámbito de la profesión que detentaba. Este desequilibrio implica claramente un menoscabo económico.

Haberlo reconocido como tal implicó un gran avance para miles de mujeres chilenas: ellas saben hoy que al momento de la ruptura matrimonial, “se hace necesario compensarles su dedicación a las necesidades de la familia, pues ésta supuso una pérdida de expectativas traducidas económicamente”.²⁶

Dejamos asentado desde ya, que no obstante el avance anterior, la discusión legislativa estuvo lejos de incorporar un criterio de género básico, cual es que el cuidado infantil y el cuidado del hogar común constituyen en sí un trabajo de significación económica que debe ser valorado y remunerado. Este hecho simple y claro se soslaya para fijar el monto de la compensación.

Encontramos, sin embargo, interesantes decisiones judiciales que argumentan en este sentido, a las cuales nos referiremos más adelante.

Naturaleza Jurídica de la Compensación Económica

Dada la anterior discusión reseñada, la cuestión de determinar las características, procedencia, contenido y alcance de la compensación económica reviste importancia. La poca claridad del texto legislativo ha dado origen a diferentes interpretaciones teóricas y a una copiosa jurisprudencia en la que el criterio jurídico de las y los magistrados pugna con sus propias concepciones sobre cómo debe ser una “buena mujer”, una “buena madre”, un “buen marido”, un “buen padre”, sobre roles y estereotipos de género, sobre qué, cuánto y cómo se compensa.

Así, el reconocido profesor Hernán Corral Talciani²⁷ señala al respecto: *“La cuestión no es irrelevante desde el punto de vista práctico. La identificación de la naturaleza jurídica sirve para dar contenido a las expresiones o conceptos de textura abierta contenidos en la regulación normativa, ayuda a elegir factores de decisión que aparecen aludidos únicamente por la intención del legislador de hacer enumeraciones de elementos no taxativas; y, finalmente, resulta útil para reconocer y aplicar el derecho supletorio.*

26 Javier Barrientos Grandón-Aranzazu Novales Alquézar. Pág. 414. Nuevo Derecho Matrimonial Chileno.

27 La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial. Revista Chilena de Derecho, vol. 34 Nº 1, pp. 23 - 40 [2007]

*Si esta es la función, pensamos que la naturaleza jurídica de la compensación económica no es propiamente asistencial o alimenticia (porque el matrimonio se extingue y con ello el deber de socorro), tampoco una manifestación del enriquecimiento sin causa (si efectivamente lo hay podrá reclamarse por una acción autónoma), ni una forma de responsabilidad civil contractual objetivada por lucro cesante o pérdida de una chance (lo que también podrá ser objeto de una acción independiente en la que se podrán cobrar incluso perjuicios morales). La figura cae más bien en las llamadas en España indemnizaciones por sacrificio, o lo que nosotros denominamos indemnizaciones por afectación lícita de derechos, similar a las indemnizaciones que se pagan en caso de expropiación o de imposición de servidumbres legales”.*²⁸

De acuerdo a Corral, la función de la compensación *“es servir de morigeración o paliativo del desamparo económico en que queda esta mujer que, confiando en la promesa matrimonial del marido, invirtió todos sus esfuerzos en sacar adelante la familia, y ahora ve que la ley autoriza a que, sin su voluntad, le prive completamente del estatuto protector del matrimonio. De allí el nombre que podría desconcertar por su uso poco técnico: se “compensa” en lo económico el retiro unilateral de los beneficios prometidos por el matrimonio, no en su integridad porque ello no es posible, pero sí en la medida en que permite mejorar la posición de la mujer. De esta manera, el legislador pretende evitar que la generalización del divorcio se transforme en una de las principales causas de feminización de la pobreza”.*²⁹

Precisamente, nos encontramos ante una institución que pretende proteger a la mujer de la afectación lícita de sus derechos, ante la voluntad de un marido que pretende poner fin a la forma de vida convenida y en la que ella vio menoscabado su desarrollo personal e individual.

Jurisprudencia

En este acápite destacaremos algunos fallos incorporados al Observatorio de Sentencias Judiciales referidos a la compensación económica, dando cuenta de los diversos criterios utilizados por nuestros jueces y juezas para conceder o denegar esta solicitud.

1. Caso Orlando Contreras con Hermelinda Garrido

En este fallo, don Orlando Contreras presenta una demanda de divorcio unilateral por cese de convivencia, en contra de su mujer, Hermelinda Garrido.

28 Ibid.

29 Ibid.

La petición que es contestada por la mujer, demandando ésta por vía de reconvencción una compensación económica por la suma de \$50.000.000.- (cincuenta millones de pesos) por haberse dedicado al cuidado de la hija en común, durante la convivencia. El tribunal de primera instancia concede el divorcio sin derecho a compensación, en atención que la mujer habría hecho abandono del hogar, al cumplir la hija 17 años, asumiendo el padre los cuidados de la adolescente.

La Corte Suprema, declarando el derecho de la mujer, confirma el fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta que revoca el de primera instancia, concediendo compensación económica. Conforme al fallo de alzada, la mujer por el hecho de dedicarse durante 17 años al cuidado de su hija, claramente no pudo desarrollarse personalmente. Este fallo presenta precisamente la problemática de la determinación del contenido de la compensación económica y de los diversos criterios de los jueces para concederla. En un fallo loable, con perspectiva de género, la Corte Suprema reproduce el de Alzada de redacción del ministro Osear Clavería Guzmán, que señala:

“Segundo: Que por consiguiente, debe reflexionarse sobre la base de la lógica y la experiencia, el significado o contenido del cuidado de su hija y las labores propias del hogar común, que en términos sociales siempre ha sido ignorado, sin entregarle el lugar que corresponde dentro de la actividad humana; más aún en países subdesarrollados cuyas funciones propias de crianza y cuidado de los hijos se sule y se disemina en distintas personas como vecinos, familiares cercanos, normalmente abuelos, a veces empleados domésticos o trabajadores de casa particular; por lo tanto, la apreciación exacta de esta idea se ve obnubilada frente a la mujer que se hace responsable en la crianza y labores propias del hogar común. En consecuencia, probado que sea el hecho de la crianza y establecimiento, o la dedicación a las labores del hogar, surge indefectiblemente la consecuencia del deterioro en el desarrollo del individuo, porque se ha impedido real o materialmente una actividad destinada al enriquecimiento personal para obtener conocimientos o destrezas que permitan, por ejemplo, oportunidades más beneficiosas o un desenvolvimiento independiente, por tanto, el deterioro adviene de todas maneras en la medida, que el dedicarse a trabajar y criar a su hija hasta que ésta tuvo diecisiete años, y a las labores del hogar común no le ha permitido brindarse enriquecimiento personal, sea continuando sus estudios, perfeccionándose, fortaleciendo su capacidad intelectual que le permitiría un trabajo remunerado, beneficios previsionales, más aún si se trata de una mujer que contrajo

matrimonio a los dieciocho años de edad y desde esa fecha comenzó a criar a su hija Kissy Lorena Contreras Garrido, nacida el 24 de febrero de 1981, lo que significa que por veinticinco años debió dedicarse a realizar labores propias del hogar y una actividad de crianza y responsabilidad, lo que indiscutiblemente le ha producido un deterioro en su desarrollo personal que requiere ser indemnizado en una suma de dinero. En conclusión, de acuerdo al razonamiento efectuado, probada la existencia de la hija en común, es evidente e indiscutible el deterioro personal y el desgaste de la madre.

Tercero: Que en virtud del artículo 1698 del Código Civil y habiéndose acreditado que la demandante reconvenzional Hermelinda Amalia Garrido Vilches crió una hija en la forma señalada precedentemente, es posible concluir lógicamente con los datos que entrega la experiencia, que inevitablemente ha existido un menoscabo en el desarrollo individual de ella que necesariamente debe ser compensado económicamente, según lo dispone el artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil y, en tal sentido, teniendo presente la realidad socioeconómica de las familias, la pensión alimenticia que se logró obtener mediante sentencia de 16 de diciembre de 1999, agregada a los autos, se estima de justicia que la suma equivalente a sesenta ingresos mínimos mensuales se corresponde como indemnizatoria o compensatoria de la actividad realizada.

Cuarto: Que sin perjuicio de lo indicado precedentemente, para establecer el origen de la indemnización destinada a compensar económicamente el deterioro que ha sufrido la mujer, debe tenerse presente que no constituye un hecho discutido en la causa la circunstancia de que ella crió a su hija los primeros diecisiete años y que para el desarrollo y formación de ella debió dedicarse exclusivamente a su cuidado y a las labores propias del hogar común desde los dieciocho años, edad en que contrajo matrimonio, lo que implica un menoscabo físico e intelectual para avanzar laboralmente, desarrollarse en forma tanto profesional como personal, impidiendo además su capacidad de ahorro previsional; situación que previo el legislador en el artículo 61 ya referido. Además, no influye en la procedencia y determinación de este monto lo expuesto por su hija, en cuanto declara que los cuidados personales los asumió mayoritariamente su padre. Esta convicción se obtiene porque en el hecho, el padre trabajaba y no podía ser otra persona que su madre quien estaba permanentemente en casa a cargo de su cuidado. Asimismo, las enfermedades que habría padecido la cónyuge demandante reconvenzional, invocadas por el actor, no son demostrativas de impedimento permanente o invalidante, sino reflejan los padecimientos normales que puede experimentar una familia y que

exigen la comprensión de los integrantes de la misma para su tratamiento, aunque éste implique ausentarse esporádicamente del hogar. Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse presente que la hija hoy goza de una profesión y ha obtenido un lugar en la sociedad gracias a la formación y educación que durante sus primeros años de vida le brindó su madre.

*Quinto: Que habiéndose fijado la compensación en sesenta ingresos mínimos mensuales incrementados para los efectos remuneracionales, el pago de dicha suma deberá efectuarse por mensualidades pagaderas los cinco primeros días de cada mes, a razón de un ingreso mínimo mensual incrementado durante sesenta meses sucesivos a partir del mes siguiente de la fecha en que quede ejecutoriada esta sentencia”.*³⁰

2. Caso Jessie Quezada Moraga con Alfonso Flores Bravo

Este juicio se inicia por demanda de aumento de pensión de alimentos incoada por doña Jessie Quezada Moraga en contra de su marido. Éste contesta la demanda solicitando su rechazo y demanda reconventionalmente de divorcio. La mujer contesta la demanda interpuesta y solicita a su vez se le fije una compensación económica por la suma de \$35.000.000.- (treinta y cinco millones de pesos). Este fallo plantea los problemas que presenta la institución de la compensación económica, al no haber claridad respecto de los supuestos que ella engloba y qué tipo de menoscabos son los que cubre, obligando a los jueces a buscarlos en la doctrina. Así se desprende del siguiente considerando:

“ Vigésimo Séptimo: Que se ha definido a la compensación económica como “la indemnización que debe pagar uno de los cónyuges al otro con el objeto de restablecer, al término del matrimonio, por nulidad de este o divorcio, el equilibrio de las condiciones pecuniarias de la vida” (Gustavo Cuevas, Indemnizaciones reparatorias de la nueva Ley de Matrimonio Civil y regímenes matrimoniales, p. 74). Y sus requisitos de procedencia son los siguientes: 1) existencia de un matrimonio, 2) que exista una declaración de nulidad o de divorcio, 3) ausencia o reducción de la actividad remunerada del cónyuge beneficiado, 4) dedicación a los hijos o labores propias del hogar común, 5) menoscabo económico y el artículo 62 de la Ley establece ciertos factores que permiten determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación, los que se pueden agrupar de la siguiente manera: a) criterios vinculados al matrimonio: en tal sentido se considera la duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges, b) criterios vinculados al cónyuge más débil o beneficiario: su situación patrimonial, la buena o mala

30 Corte Suprema de Justicia. Sentencia. 7 de septiembre de 2009. Rol 5.706-2009.

*fe, su edad y el estado de salud, su situación en materia de beneficios previsionales y de salud, su calificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral, y la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge, y c) criterios vinculados al cónyuge deudor: situación patrimonial”.*³¹

El tribunal de primera instancia analizando ordenadamente cada uno de los antecedentes y elementos establecidos en la ley, concede la compensación solicitada:

*“Por todas las consideraciones antes señaladas, no cabe más que acoger la demanda de compensación económica, fijando un monto en proporción a la capacidad económica del cónyuge demandado y en razón a la finalidad que persigue la compensación económica, esto es, un criterio de justicia, de dar a cada uno lo suyo, resguardando que los cónyuges al momento de separarse queden en situaciones equivalentes, no iguales, pero sí similares; por lo que en definitiva se deberá acoger la demanda de compensación”.*³²

En segunda instancia, la Corte aumentó el monto de la compensación fijado por el tribunal de familia, señalando que en ella el juez debe ponderar lo ocurrido en el pasado y examinar además otros aspectos que permiten evaluar la proyección o consecuencias de ese menoscabo en la vida futura del cónyuge solicitante.

“Segundo.– Que como puede observarse la compensación económica constituye un mecanismo de reparación de un menoscabo económico pasado, de la falta de ingresos del cónyuge que dedicó sus esfuerzos al cuidado de los hijos y del hogar común, esto es, se busca proteger al cónyuge más débil en los casos de nulidad, separación o divorcio”...

“Cuarto.– Que como lo ha señalado la jurisprudencia, para determinar la real dimensión del menoscabo económico sufrido y la cuantía de la compensación, no basta con mirar hacia el pasado, sino que es menester examinar además otros aspectos que permiten evaluar la proyección o consecuencia de ese menoscabo en la vida futura del cónyuge solicitante, siendo así como el legislador en el artículo 62, de la Ley de Matrimonio Civil contempló una serie de criterios que el sentenciador habrá de aplicar, para determinar la existencia del menoscabo y el monto de la compensación, consistentes en: la duración del matrimonio y la vida en común de los cónyuges, la situación patrimonial de ambos cónyuges, la buena o mala fe, la edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario,

31 Juscado de Familia de Puerto Montt. Sentencia. 31 de mayo de 2009. Rit N° C-271-2008.

32 Ibid.

su situación previsional y de salud, su cualificación profesional y sus posibilidades de acceso al mercado laboral y la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro”.

Quinto.– Que del mérito de autos se encuentra establecido tal como se reseña en los numerales 3º y 4º que produciéndose el cese de la convivencia es la madre quien ha quedado al cuidado de los hijos Consuelo Andrea nacida en el año 1990, Rocío Alejandra nacida en el año 1992, Alfonso Sebastián nacido el año 1994 y Javiere Catalina nacida en 1995, siendo en el caso de autos de vital importancia que la segunda hija del matrimonio –Rocío Alejandra– padece de un retardo mental no pudiendo ésta valerse por sí misma, siendo la madre quien se queda en el hogar a fin de cuidar a la menor quien tiene 16 años, y a sus demás hijos.

Sexto.– Que los antecedentes anteriores, apreciados conforme a los principios de la sana crítica, permiten concluir a estos sentenciadores que concurren todos los elementos que hacen procedente la compensación económica, siendo especialmente relevante para determinar el menoscabo económico.

Séptimo.– Que la compensación económica no corresponde al valor exacto de lo que habría podido obtener el cónyuge beneficiario de haber trabajado o de haberlo hecho en mayor medida. En efecto, mediante esta institución no se trata de indemnizar la pérdida de una ganancia probable, es decir, su objetivo no es restituir lo perdido por su equivalente exacto y sólo se busca mitigar la situación económica desmedrada que afecta a quien tiene derecho a ella. Que, en consecuencia la compensación será fijada prudencialmente por estos sentenciadores acorde lo señalado en los considerandos precedentes, en una suma que compense el aporte previsional que no pudo efectuar para tener una jubilación que le permite llevar sus años de mayor adultez, como también una parte de lo que no pudo generar como ingresos propios desde junio de 1990 a la fecha, estimándola conforme a los principios de la sana crítica en una suma equivalente a 150 Ingresos Mínimos Mensuales no remuneracionales; tomando para ello estos sentenciadores como parámetro la remuneración que percibía la demandante reconventional al momento de cesar en su trabajo en el año 1990, reajustada en la forma que se reajustan las cuantías procesales, esto es, en unidades tributarias mensuales y otorgándole una compensación cercana a lo que habría recibido durante cinco años más de labores”.³³

El tribunal supremo rechaza el recurso de casación interpuesto por el marido, por falta de fundamento.³⁴

33 Corte de Apelaciones de Puerto Montt. Sentencia. Primera Sala. 12 de agosto de 2009. Rol 107-2009.

34 Corte Suprema de Justicia. Sentencia. Cuarta Sala. 23 de septiembre de 2009. Rol 6.391-2009.

3. Caso Zattera con Bancalari

Resulta interesante el planteamiento del Tribunal Constitucional chileno, quien pronunciándose sobre la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso primero del artículo 2° transitorio de la Ley Nº 19.947, razona sobre los fundamentos y contenidos de la compensación económica señalando:

“UNDÉCIMO.- Que dicha compensación está establecida en el artículo 61 de la Ley Nº 19.947, en los siguientes términos:

“Si, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa”.

Debe indicarse que esta reparación económica no tiene carácter punitivo y que su función no es compensar el desequilibrio material que pudo haberse producido como consecuencia del divorcio, tampoco restablecer la igualdad entre los cónyuges, sino resarcir el menoscabo pecuniario que el cuidado de los hijos o del hogar produjo en el cónyuge al impedirle desarrollar una actividad remunerada, en forma total o parcial.

La dedicación de uno de los cónyuges a los hijos y al hogar no configura para el otro cónyuge que no hace lo mismo en igual medida una conducta ilícita que requiera dolo y de la cual derive una sanción de orden penal, tampoco una multa a todo evento y preestablecida, sino sólo un deber más de un cónyuge a favor del otro, que además es de cuantía variable según el caso concreto, es de existencia meramente eventual y puede llegar a surgir sólo en caso de divorcio.

*Por otro lado, el derecho a la compensación nace como efecto de la declaración del divorcio, de suerte que no existiría correlación lógica entre la legitimidad jurídica de la institución –el divorcio por causa imputable a un cónyuge– y la ilegitimidad de uno de sus efectos, cual es la facultad de denegar o reducir la aludida compensación económica”.*³⁵

35 Tribunal Constitucional. Sentencia. 31 de diciembre de 2009. Rol 1424 – 2009.

Conclusiones y Propuestas

La compensación económica, tal como se estableció en los artículos 61 y siguientes como resultado del trabajo legislativo, dista de cumplir cabalmente con los propósitos por los cuales fue concebida; por lo que desde nuestro punto de vista merece una revisión completa y acabada, que esperamos se concrete en la modificación que se tramita actualmente en el Congreso.³⁶ Máxime si consideramos que, conforme al parecer de Humanas, esta institución es la única protección real que el ordenamiento jurídico entrega a las mujeres casadas en sociedad conyugal o con separación de bienes, que no ejercieron un trabajo remunerado o que lo ejercieron en menor medida mientras estuvieron casadas, para su establecimiento futuro.

En efecto, la institución no razona suficientemente sobre la cuestión central de esta figura, cual es la importancia de la valoración del trabajo domestico y su significación económica como aporte real dentro del patrimonio familiar.

Este trabajo constituye el aporte económico real que las mujeres realizan al patrimonio de sus familias; ellas son sujetas activas que contribuyen a la construcción de nuestra sociedad y a la consolidación de nuestra democracia.

Se hace necesario reflexionar sobre este aspecto, de forma de avanzar hacia la igualdad de géneros y ejercer justicia reparatoria en ese sentido. El Poder Judicial juega un importante rol ejecutando la clara señal de la cual la ley ha carecido.

Adicionalmente y desde un punto de vista meramente procedimental, cabe igualmente señalar la necesidad de corregir el error de adecuación que presenta el título del capítulo VII de la Ley N° 19.947, que señala “De las reglas comunes a ciertos casos de separación, nulidad y divorcio”. Ello por cuanto la compensación económica no puede aplicarse a los casos de separación judicial. Ella sólo puede concurrir en los casos en que produzca el divorcio o se declare la nulidad de un matrimonio. Por tanto se precisa adecuar el enunciado de la norma a su contenido.

36 Indicación Legislativa relativa a la Compensación Económica para la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados (Boletines N° 3551-18 y 6008-18).

LA ÚLTIMA DECISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA ANTICONCEPCIÓN DE EMERGENCIA: UN ANÁLISIS EN PROFUNDIDAD

Helena Olea Rodríguez

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 dicho debate, el cual se ha alejado de la discusión de una política pública con los argumentos propios de un debate de esta naturaleza, 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 el debate se ha omitido toda consideración relativa a los derechos de las mujeres, 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 Concertación³⁷ han sido cuestionadas en sede judicial por organizaciones no gubernamentales, padres de familia e incluso por diputados. El momento cúlmine 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 diputados³⁸ 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 el 2009, el debate se trasladó al Congreso, que en enero de 2010 aprobó la Ley N° 20.418 la cual “Fija 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

37 Coalición de partidos que gobernó a Chile desde 1990 y hasta el 2010 compuesta por el Partido Socialista, el Partido Radical, la Democracia Cristiana y el Partido por la Democracia.

38 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, Rosauro 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.

contexto, el Tribunal Constitucional dictó sentencia el 14 de enero de 2010, Rol 1.588-10. Por tratarse del último pronunciamiento del máximo tribunal 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 último 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.

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 efectos entre la Ley N° 20.418, objeto de la sentencia que aquí se analiza en profundidad, la decisión anterior del tribunal constitucional,³⁹ y el Dictamen de la Contraloría,⁴⁰ 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.

1. INTRODUCCIÓN

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 consultorios 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 los procesos judiciales, 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

39 Tribunal Constitucional, Rol 740-07, sentencia del 18 de abril de 2008.

40 Contraloría General de la República, Dictamen No. 31.356, junio 16 de 2009.

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 dejaron de venderla arguyendo el ejercicio de su derecho a la objeción de conciencia, pese a su condición de personas jurídicas. Se ha argumentado y ponderado entre 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.⁴¹

A continuación, 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, los cuales se refieren al registro y comercialización de la PAE.

2. LAS POLÍTICAS PÚBLICAS QUE INCLUYEN A LA ANTICONCEPCIÓN DE EMERGENCIA

Durante el gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet (2006-2010) se decidió adoptar dos políticas públicas que incluían la oferta pública de la PAE. 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 2004,⁴² y la segunda, a las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad (en adelante “las Normas”).⁴³

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 a decir libremente si quiere utilizarlo.

41 Al respecto ver Lidia Casas Becerra, La Saga de la Anticoncepción de Emergencia en Chile: Avances y Desafíos, Serie Documentos Electrónicos No.2, Noviembre 2008, Programa Género y Equidad, Flacso-Chile.

42 Ver <http://www.scielo.cl/pdf/rchog/v70n1/art11.pdf>.

43 http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2006-10-03.7146246056/mas-documentos-sobre-embarazo-adolescente/NormasFertilidad%20MINSAL.pdf

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 anticonceptiva autorizada y disponible en Chile, ofreciendo pautas para recetar cada método. Las Normas incluían en su versión original a la anticoncepción de emergencia, descrita como un método excepcional que pueden utilizar las mujeres 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 Tribunal 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.⁴⁴

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,⁴⁵ 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.⁴⁶ 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.

44 Tribunal Constitucional, Rol 591-06, 11 de enero de 2007.

45 El componente de la PAE.

46 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.

Un elemento central de la argumentación del requerimiento de los diputados, que sería recogido por el Tribunal en su fallo, se refiere al efecto abortivo que sostienen tendría el levonorgestrel como resultado de su efecto antiantidatorio. 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, sino de interrupción del embarazo.

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 las oportunidades anteriores de controversias jurídicas. 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 y académicos presentaron al Tribunal Constitucional argumentos a favor y en contra de la constitucionalidad de las 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 Nacional,⁴⁷ y también, a las presentaciones y argumentos que esgrimieron organizaciones defensoras de los derechos sexuales y reproductivos y organizaciones provida 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 los 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.

47 Ver nota al pie 38.

Algunos puntos centrales de la controversia, presentados al Tribunal en las intervenciones ciudadanas, fueron ignorados en la discusión pública. Por ejemplo, unas 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. Mientras que el Ministro Navarro se inhabilitó, el Ministro Bertelsen se negó a hacerlo. La ausencia de un adjudicador imparcial e independiente, elemento del derecho al debido proceso, que determinara la recusación de los miembros del Tribunal Constitucional es evidente. Ésta, sin embargo, pasó inadvertida.

El 18 de abril de 2008, el Tribunal Constitucional 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 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; 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 al Tribunal 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 antimplantatorio que tendría sobre el óvulo fecundado, no pudieron justificar ante su electorado dicha acción y, mucho menos, reeditar 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 Chile⁴⁸ 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° 19.378,⁴⁹ 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° 18.695.⁵⁰ Esta era una forma de buscar una alternativa para que las municipalidades 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, 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; y 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 N° 19.378 y el principio

48 La coalición política de derecho conformada por la Unión Demócrata Independiente y Renovación Nacional.

49 Ley N° 19.378 establece el Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal, 13 de abril de 1995.

50 Ley N° 18.695, Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, 31 de marzo de 1988.

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 sin duda es 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”.⁵¹

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 pronunciamiento no implica determinar el alcance de la sentencia, más allá de lo que ésta 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 los artículos 2 y 17 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”.

51 Contraloría General de la República, Dictamen No. 31.356, junio 16 de 2009.

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.

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.

Si bien 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, 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, considerando el fallo del Tribunal Constitucional de abril de 2008, anteriormente mencionado, 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 N° 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 de 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 ocho meses, 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, o 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 como una de las necesidades la de resolver la desigualdad vinculada con prevenir el embarazo precoz.⁵² El mensaje presidencial

52 Cita para ellas cifra 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 de 18% en el nivel socioeconómico 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 socioeconómico bajo que en las de nivel medio y alto. Por su parte,

define el objetivo del proyecto como “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

el 48% de las madres adolescentes se concentra en el nivel socioeconómico 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.”

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 Administración 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.⁵³ 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

53 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).

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 la Comisión de Salud del Senado también fueron escuchados un número aún mayor de entidades públicas y privadas, representantes de credos religiosos, académicos, sociedades profesionales, y organizaciones no gubernamentales.⁵⁴

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 sobre Eliminación de todas las formas de 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”.⁵⁵ 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

54 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 Claramunt. 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 Oyarzún Gomberoff. 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. 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.

55 Artículo 16. 1) e.

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”.⁵⁶ También insistió en el 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 Ortúzar,⁵⁷ 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.

56 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, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad, Boletín No.6.582-11, 26 de agosto de 2009.

57 El Ministro hace referencia al Acta de la Sesión N° 90, de 25 de noviembre de 1974.

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”.⁵⁸ Igualmente, destacó las recomendaciones a Chile formuladas por el Comité de la Convención sobre 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.

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 que 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”.⁵⁹ Por lo tanto, la propuesta normativa atenta contra los derechos humanos del que está por nacer. Una ley

58 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 N° 6.582-11, 26 de agosto de 2009.

59 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 N° 6.582-11, 26 de agosto de 2009.

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.⁶⁰ En el Senado se acordó que el proyecto solamente se discutiría en general, y que el segundo informe sería analizado por la Comisión de Salud y por 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 con 21 votos a favor, 12 en contra y una abstención en octubre 27 de 2009,⁶¹ y se acordó abrir un plazo hasta el 2 de noviembre para la presentación de propuestas de modificaciones, que en Chile se denominan indicaciones.

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, de agregar un inciso relativo al deber de los colegios de impartir educación sexual en la educación media. El gobierno se opuso argumentando 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.⁶² Un aspecto que generó debate fue la inclusión expresa de que

60 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.

61 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, Orpis, Pérez Varela, Prokurica, Romero y Zaldívar. Se abstuvo el señor Bianchi.

62 “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”.

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.⁶³

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 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”.⁶⁴ 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 Nº 25.673, sobre salud sexual y procreación responsable, de octubre 30 de 2002. Finalmente

63 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 Nº 6.582-11, 3 de noviembre de 2009.

64 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 Nº 6.582-11, 17 de noviembre de 2009.

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 visadas por el Senado. Dada la inclusión relativa a la educación sobre educación sexual, el proyecto incorporaba una modificación con rango de ley orgánica constitucional, quedando sujeta a un control de constitucionalidad preventivo. Muchos sectores consideraron que esta iniciativa era temeraria porque la revisión de constitucionalidad podía ser 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, por lo que 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, el 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 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 que se tuvieran algunos asuntos presentes.⁶⁵ En el fallo no se mencionan los argumentos esgrimidos.

En su fallo, el Tribunal Constitucional fundamenta su competencia por tratarse de una ley orgánica constitucional⁶⁶ relativa a los contenidos de la educación básica y media⁶⁷ en lo relativo a la norma citada anteriormente.⁶⁸ Confirma

65 Las organizaciones intervinientes fueron: Fundación Instituto de Estudios Evangélicos, Fundación Mirada Más Humana, ISFEM, Corporación Proyecto Esperanza, Asociación de Consumidores Organizados.

66 Artículo 93.1 de la Constitución Política.

67 Artículo 19.11 de la Constitución Política.

68 Ver nota al pie 26.

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.⁶⁹

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”.

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 impartan 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.⁷⁰ Adicionalmente, la acción de toda persona y grupo está subordinada a la Constitución,⁷¹ en desarrollo del principio de vinculación directa entre preceptos constitucionales, autoridades públicas y ciudadanos,⁷² que se manifiesta en la búsqueda del bien común.⁷³

69 Artículo 19.11 de la Constitución Política.

70 Cita la Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 410, considerando décimo segundo.

71 Artículo 6 de la Constitución Política.

72 Cita la Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 19, considerando décimo.

73 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.

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.⁷⁴ 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 de 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)”.*⁷⁵

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 Constitucional y, que el inciso final del artículo 4 del proyecto examinado no tiene ningún impacto en la decisión anterior del Tribunal. Agrega asimismo que: “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”.

74 Cita la Sentencia del Tribunal Constitucional Rol 1.363, considerando décimo segundo.

75 Considerando noveno del voto razonado de la Ministra Marisol Peña Torres.

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. ELEMENTOS PARA EL ANÁLISIS Y LA DISCUSIÓN

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 judicial en torno a la anticoncepción de emergencia, 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.

7.1 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 su desarrollo, lo cual sería una violación al 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 General 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.

7.2 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.

7.3 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.⁷⁶ Efectivamente, el apoyo y la oposición a su reconocimiento y ejercicio ignoran esta tradicional línea divisoria entre coalición de gobierno y oposición y aglutina 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.

76 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.

7.4 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 optado por 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 ejercicio 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.

7.5 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 sobre las políticas públicas. Los ciudadanos, 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 abordar.

Otro elemento 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.⁷⁷

77 Javier Couso, Consolidación democrática y Poder Judicial: los riesgos de la judicialización de la política, en Revista de Ciencia Política, Volumen XXIV, Nº 2, 2004, págs. 29-48.

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 preguntó a las mujeres ¿Qué tan de acuerdo están con que las mujeres deben tener acceso sin receta médica a la píldora del día después? El 56% indicó estar de acuerdo, y el 47,8% opinó que era urgente legislar para que todas las mujeres tengan acceso a ella.⁷⁸ 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 reemplazan 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 entiende por qué el asunto no está resuelto definitivamente.

7.6 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, o 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 segundo fallo, éste es 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 discusión. Justamente es eso lo que ha faltado, y a lo que esperamos haber aportado.

78 Disponible en la web en <http://www.humanas.cl/?p=611> visitado octubre 28, 2010.

EL DERECHO A LA SALUD DE LAS MUJERES ENFERMAS DE CÁNCER EN CHILE

Helena Olea Rodríguez

En noviembre de 2009, dos mujeres chilenas enfermas de cáncer, una en el riñón y la otra en el seno, acudieron a la justicia buscando la protección de su derecho a la salud. Las dos presentaron recursos de protección ante la negativa del Ministerio de Salud de destinar recursos para su tratamiento médico. En ambos casos se trataba de enfermedades en estado avanzado y las mujeres necesitaban medicamentos costosos que no hacen parte del protocolo de atención, ya que se trata de tratamientos recientes, que no curan, pero sí prolongan sus esperanzas de vida.

Los órganos del Estado y las Cortes de Apelaciones que deciden en primera instancia, y luego la Corte Suprema que revisa los fallos, responden de manera diversa frente a una misma realidad: la solicitud de protección judicial para recibir tratamiento médico presentada por mujeres enfermas de cáncer en estado avanzado. Ellas no buscan recibir un tratamiento que cure su enfermedad, entendiéndolo por ello, eliminar el cáncer de su cuerpo, pero sí quieren prolongar su vida. Las respuestas de los órganos del Estado permiten discutir en torno a qué entienden por la violación del derecho a la salud y a la vida, y cuál es el alcance de la obligación estatal en estos casos.

El propósito de este artículo es analizar de manera comparada los dos fallos, considerando primera y segunda instancia, dilucidando a partir de ellos los argumentos esgrimidos por recurrentes y órganos del Estado recurridos, sobre el contenido del derecho a la salud y a la vida. Las decisiones judiciales que aquí se presentan permiten discutir en torno a qué entienden diversos órganos del Estado es su rol y cómo responden al reclamo de dos mujeres que solicitan la intervención de los jueces para proteger sus derechos.

1. VIRGINIA MARCELL

Virginia Marcell vive en Santiago e interpuso un recurso de protección en contra del Hospital San Juan de Dios, que hace parte del Servicio de Salud Metropolitano Occidente, alegando la violación del derecho a la vida,⁷⁹ a la

79 Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

2º.- La igualdad ante la ley.

En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias;

igualdad⁸⁰ y a la salud.⁸¹ Ella solicitó a los tribunales que ordenen que le presten atención médica y entreguen el medicamento “Sutent” de 50 miligramos. En junio de 2007, le diagnosticaron cáncer al riñón, para el cual recibió tratamiento en el Hospital San Juan de Dios, el cual evolucionó a metástasis. Le prescribieron “Sutent”, tratamiento farmacológico con un valor mensual de \$3.895.552 (alrededor de US\$8.000). Virginia Marcell recibe una pensión mensual de \$140.000 (al rededor de US\$280). Ella solicitó auxilio extraordinario a la Unidad del Cáncer del Hospital San Juan de Dios, la cual le fue negada en junio de 2009. Esa decisión es la que ella considera que viola sus derechos.

El caso de Virginia Marcell tuvo gran cobertura mediática por varias razones. Ella había presentado el recurso de protección con la asistencia jurídica de los asesores del Senador Guido Girardi del Partido por la Democracia (PPD), hecho que desde un primer momento ella reconoció a la prensa y que facilitó que se hiciera público. El Senador Girardi es médico e interviene con frecuencia en debates públicos sobre salud. Virginia Marcell tiene grandes habilidades comunicacionales, lo que le permitía expresar su deseo de vivir y su convicción de tener derecho a todos los tratamientos médicos disponibles. Utilizaba expresiones como “el Ministerio de Salud me condena a muerte”. El caso generó interés en la opinión pública y en los medios. Se evidenció el desconocimiento en torno a la cobertura pública en materia de enfermedades de alto costo.

2. JÉSICA MORENO

De manera casi simultánea, Jéscica Moreno Gómez, una mujer que reside en Rancagua, en la Región de O’Higgins, presentó un recurso de protección para solicitar al Estado tratamiento médico con Herceptin, para el cáncer mamario que la aqueja. Ella acudió a un abogado que presentó el recurso contra el

80 Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

9º.- El derecho a la protección de la salud.

El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.

Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud. Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias. Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado;

81 Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

9º.- El derecho a la protección de la salud.

El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.

Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud. Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias. Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado;

Fisco de Chile y el Servicio de Salud de la Región de O'Higgins, ante la Corte de Apelaciones de Rancagua. Ella explicó que el tratamiento médico es muy costoso por lo que solicitó apoyo económico extraordinario al Servicio de Salud, el cual le fue negado. Alega la violación de su derecho a la vida y solicita que se ordene financiar el medicamento para su tratamiento de la manera más rápida posible. Este caso no tuvo cobertura en la prensa.

3. RESPUESTA DEL ESTADO

La respuesta del Estado en los dos casos es disímil. Uno de los factores que puede explicar estas diferencias es el lugar de presentación del recurso: mientras que el recurso de protección presentado en Santiago generó una activa defensa por parte del Ministerio de Salud, el recurso presentado en Rancagua no activó la defensa jurídica del Ministerio, sino hasta la apelación ante la Corte Suprema. En cualquier modo, en ambos casos se observa la decisión del Ministerio de Salud de defenderse y evitar que la presentación de recursos de protección se institucionalice como el mecanismo idóneo para lograr que el Estado provea el tratamiento médico que requieren personas con enfermedades en estado avanzado.

3.1 En el caso de Virginia Marcell

En el caso de Virginia Marcell, el Hospital San Juan de Dios respondió al recurso de protección, explicando que el tratamiento de los pacientes de cáncer renal se ofrece según los especialistas y fármacos disponibles en el establecimiento. Cuando se prescribe un medicamento y el o la paciente no tiene los recursos para pagarlo, puede solicitar al Fondo de Auxilio Extraordinario del Ministerio de Salud que asuma su costo. Ese fondo es manejado por el Ministerio de manera discrecional, considerando el análisis médico y socioeconómico “posibilitando la atención de alta complejidad a los beneficiarios más vulnerables”.⁸² En el caso de Virginia Marcell, la Unidad de Cáncer del Ministerio de Salud la evaluó en dos oportunidades para determinar si se le prestaba ayuda del Fondo, la cual le fue negada. Por lo anterior, considera que no se vulneraron sus derechos.

En el mismo recurso de protección responde también el Ministerio de Salud indicando que, como lo han establecido los tribunales en fallos anteriores, no es posible argumentar la violación del derecho a la vida y a la integridad física ya que “el peligro deriva de la condición de salud de los pacientes y no de la acción de las autoridades”. Agrega que no se viola el derecho a la salud porque éste consiste en la posibilidad de elegir sistema de salud, público o privado. El Ministerio explicó el procedimiento para el tratamiento de las “enfermedades

82 Sentencia, 10 de noviembre de 2009, Corte de Apelaciones de Santiago, Quinta Sala, Rol 8.826 – 2009, considerando segundo.

catastróficas” o de alto costo a través del Fondo Nacional de Salud, concluyendo que “no siempre es posible disponer de los medios terapéuticos para enfrentar una condición de salud”.⁸³

El Ministerio de Salud explica que la solicitud de auxilio de Virginia Marcell fue rechazada en dos oportunidades considerando que es una paciente de cáncer renal metastático que fue diagnosticada cuando su enfermedad se encontraba en estado avanzado. Sostiene que ella tiene un tumor progresivo e incurable; que las personas que se encuentran en dicha condición deben ser tratadas con medidas paliativas para mejorar su calidad de vida; y que el cáncer renal en estado avanzado no tiene cura y los tratamientos con inhibidores de tirosina kinasa, como “Sutent”, no erradican la enfermedad y sólo “producen respuestas parciales y transitorias”. Asimismo, precisa el Ministerio, casos como éste deben discutirse en el comité oncológico y privilegiarse su uso en etapas precoces, con posterioridad a la cirugía, que es el tratamiento por excelencia para estos tumores.

En la respuesta al pedido de información formulado por la Corte Suprema en la apelación del recurso de protección de Virginia Marcell, el Ministerio de Salud insistió en las razones por las que negó el tratamiento solicitado, particularmente en la ausencia de cura para pacientes con cáncer renal avanzado. Explicó que el tratamiento con “sutent” es eficaz para la “prolongación de la vida de tiempo libre de progresión de la enfermedad, pero sin impacto demostrado en prolongar la sobrevivencia global”,⁸⁴ pero que tiene efectos adversos. Por lo anterior, el Comité de expertos determinó que los perjuicios excedían los beneficios por lo que el tratamiento era desaconsejable. Por último, el Ministerio presentó información en torno al presupuesto asignado y gastado por el Fondo de Auxilio Extraordinario.⁸⁵

3.2 En el caso de Jéssica Moreno

En el caso de Jéssica Moreno, el Consejo de Defensa del Estado representando al Fisco de Chile respondió negando su intervención en los hechos motivo del recurso. Explicó que se trata de un área reservada al Ministerio de Salud y a los Servicios de Salud, estos últimos son órganos descentralizados con personalidad jurídica y patrimonio propio.

83 Sentencia, 10 de noviembre de 2009, Corte de Apelaciones de Santiago, Quinta Sala, Rol 8.826 – 2009, considerando tercero.

84 Sentencia, 16 de diciembre de 2009, Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala, Rol 8.513 – 2009, considerando undécimo.

85 Dice la Corte Suprema que el Ministerio de Salud informó que “el presupuesto asignado al Fondo de Auxilio Extraordinario para el año 2009 alcanzó a \$1.193.205.000, de los cuales, al tiempo del informe, se habían gastado en ayudas \$1.190.766.424, restando un saldo aproximado de \$2.500.000”. Sentencia, 16 de diciembre de 2009, Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala, Rol 8.513 – 2009, considerando undécimo.

El representante del Servicio de Salud del Libertador Bernardo O'Higgins solicitó el rechazo del recurso por carecer de legitimidad pasiva ya que fue el Ministerio de Salud el que negó los fondos extraordinarios solicitados. Explicó que las prestaciones de Salud que entrega el servicio se financian con el Fondo Nacional de Salud denominado FONASA, cuando un medicamento prescrito no se encuentra dentro de la canasta de los medicamentos que entrega el Fondo de manera gratuita, el paciente debe financiarlo. Excepcionalmente, puede solicitar al Fondo recursos extraordinarios que otorga el Ministerio de Salud. Eso fue lo que ocurrió en este caso: el Estado ha financiado la totalidad del tratamiento médico a la peticionaria, excepto por el medicamento Herceptin, el cual no está dentro de la canasta de medicamentos que financia FONASA. El Servicio de Salud solicitó al Ministerio el financiamiento del medicamento, petición que fue rechazada. Concluye sosteniendo que no atentó contra su derecho a la vida, sino que hizo todo lo posible para protegerlo, dentro de sus posibilidades, por lo que no cometió acciones u omisiones ilegales y arbitrarias. Todas estas razones llevan al Servicio de Salud a solicitar que se rechace el recurso.

4. RAZONAMIENTO DE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

En la resolución al recurso de protección, la Corte de Apelaciones empieza por recordar el ámbito de aplicación y la finalidad de esa acción constitucional. Luego determina que quedó establecido que Virginia Marcell necesita un tratamiento médico con inhibidores de torisina kinasa, como "sutent", para el cáncer renal en estado avanzado que la aqueja, "lo que está dentro de las posibilidades de financiamiento a través del Fondo de Auxilio Extraordinario del Ministerio de Salud, el que le ha sido negado por estimarse que dicha enfermedad se encuentra en un alto estado de avance, pues se privilegia su administración para estados precoces".⁸⁶

A partir de lo anterior, la Corte de Apelaciones determina que se vulnera el derecho a la vida de Virginia Marcell, el cual está protegido en la Constitución, ya que las autoridades tienen los medios disponibles para ofrecerle el tratamiento médico prescrito, pero se lo niegan. Estima la Corte de Apelaciones que las razones para ello "no aparecen debidamente fundamentadas ni concordantes con la tutela a la vida, de por sí, indivisible, desde que no resulta posible concebir que se pueda escoger –para el otorgamiento de los remedios– entre aquellos que tienen una mayor posibilidad de éxito con el tratamiento y los que tienen menores posibilidades". Agrega que los esfuerzos para "proteger la vida humana deben ser lo óptimo de lo posible", lo cual no se evidencia

86 Sentencia, 10 de noviembre de 2009, Corte de Apelaciones de Santiago, Quinta Sala, Rol 8.826 – 2009, considerando quinto.

en este caso, por lo que considera que la decisión del Ministerio de Salud es arbitraria y le ordena ofrecerle dicha atención a través del Hospital San Juan de Dios. La Corte considera que no es necesario pronunciarse sobre la violación del derecho a la igualdad y a la salud.

La Corte de Apelaciones acoge el recurso y ordena al Ministerio que “le otorgue la atención médica que requiere, proveyéndosele gratuitamente del medicamento denominado “Sutent” de 50 miligramos que le fuera prescrito como tratamiento médico, para lo que deberá requerírsele del Ministerio de Salud a través del Fondo de Auxilio destinado al efecto”.⁸⁷

Luego del fallo de la Corte de Apelaciones, Virginia Marcell se expresaba así en los medios “estoy tan emocionada con esta nueva oportunidad de vida”.⁸⁸ El Ministerio de Salud apeló la decisión. Es posible deducir que había dos motivaciones para ello: de una parte el deber de apelar toda decisión judicial desfavorable y de otra, evitar que se estableciera el precedente legal de que era posible acudir al recurso de protección como vía para lograr el otorgamiento de beneficios a cargo del Fondo de Auxilio del Ministerio de Salud. Virginia Marcell no dudó en declarar públicamente que la decisión del Ministerio de apelar el fallo era para ella “una sentencia de muerte”.⁸⁹

5. RAZONAMIENTO DE LA CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA

La Corte identifica la omisión objeto del recurso de protección en la negativa de entregar a Jéssica Moreno el medicamento Herceptin “única droga recomendada para el tipo de cáncer mamario que aquella presenta”,⁹⁰ enfermedad que evolucionará, siendo mortal. Precisa que esta omisión no es atribuible al Servicio de Salud de la Región de O’Higgins, ya que no tiene el medicamento y ha cumplido con el procedimiento para poder entregarlo al solicitar al Ministerio de Salud el financiamiento extraordinario para ello. Por lo tanto, se trata de una omisión del Ministerio de Salud que la Corte describe de la siguiente manera: “por consideraciones evidentemente insuficientes no contesta derechamente la petición que se le formula al efecto,

87 Sentencia, 10 de noviembre de 2009, Corte de Apelaciones de Santiago, Quinta Sala, Rol 8.826 – 2009, considerando séptimo.

88 Enferma de cáncer avanzado cuenta su odisea para obtener un tratamiento. El Ministerio de Salud se había negado a costear su enfermedad por considerar que estaba en fase “incurable”, por Andrés López y Cristián Chandía, noviembre 13 de 2009, disponible en www.3tv.cl (visitado noviembre 13 de 2009).

89 Salud revisará el caso de la mujer con cáncer, *El Mercurio*, noviembre 20, 2009.

90 Sentencia, 30 de noviembre de 2009, Corte de Apelaciones de Rancagua, Segunda Sala, Rol 835 – 2009, considerando primero.

dejándose apenas entrever su rechazo, como se aprecia del tenor del ordinario 3935 de 5 de octubre pasado, cuya copia corre a fs. 20, en el que la autoridad ministerial se limita a acusar recibo de la petición hecha por el Servicio de Salud de esta Región, señalando que la cartera ha recibido informes de su Unidad de Cáncer”.⁹¹

Determina la Corte de Apelaciones que lo central no es determinar si el cáncer que padece Jéssica Moreno es curable o no, a través del Herceptin o de otro medicamento, “sino qué efectos en la prolongación importante y digna de su vida tiene el medicamento de que se trata”.⁹² Considera que se trata del derecho a la vida, y valora la opinión del médico tratante, funcionario del Servicio de Salud de la región, y concluye que la decisión del Ministerio de Salud de negar los fondos extraordinarios es una arbitrariedad y una amenaza directa al derecho a la vida.

Agrega que el Ministerio de Salud, autor de la omisión arbitraria, es una dependencia del Ejecutivo, integrante del Fisco, representada por el Consejo de Defensa del Estado. Explica que la responsabilidad del Ministerio solamente pudo determinarse con los informes del Servicio de Salud de la Región y del Fondo Nacional de Salud. La Corte de Apelaciones ya se había declarado competente, por lo que considerando que se trata de una violación al derecho a la vida, no tiene sentido alterar la competencia. Precisa que en ese caso, “la negativa es aquí una cuestión fáctica meramente tácita; una pura y simple omisión, concretada en la falta de entrega, en esta ciudad, de los fondos a Fonasa o del medicamento mismo a la recurrente”.⁹³

Acoge entonces el recuso y ordena “al Fisco de Chile, a través del Ministerio de Salud, proporcionar por la vía más rápida, directamente, mediante financiamiento extraordinario a FONASA, o mediante la fórmula que estime más eficaz y pronta, el medicamento denominado Herceptin, Herceptin o Herceptina, a doña Jéssica Moreno Gómez, gratuitamente, en las dosis, con la periodicidad y por el tiempo que prescriba su médico tratante”.⁹⁴

91 Sentencia, 30 de noviembre de 2009, Corte de Apelaciones de Rancagua, Segunda Sala, Rol 835 – 2009, considerando tercero.

92 Sentencia, 30 de noviembre de 2009, Corte de Apelaciones de Rancagua, Segunda Sala, Rol 835 – 2009, considerando tercero.

93 Sentencia, 30 de noviembre de 2009, Corte de Apelaciones de Rancagua, Segunda Sala, Rol 835 – 2009, considerando sexto.

94 Sentencia, 30 de noviembre de 2009, Corte de Apelaciones de Rancagua, Segunda Sala, Rol 835 – 2009.

6. FALLOS DE LA CORTE SUPREMA

Luego de las decisiones de primera instancia favorables a las peticionarias, el Ministerio de Salud presentó recursos de apelación, los cuales fueron fallados por la Corte Suprema con una diferencia de 20 días por la Tercera Sala de manera disímil. Al considerar de forma comparada los dos fallos es necesario puntualizar que hay diferencias relevantes entre los dos casos. Mientras que Jéssica Moreno no realizó gestiones adicionales para buscar tratamiento médico, Virginia Marcell fue derivada a una fundación, donde recibió otro tratamiento para su cáncer. Pese a las diferencias en los hechos, el Ministerio de Salud fue consistente en la argumentación jurídica en el sentido que no se viola el derecho a la salud y a la vida. El Ministerio tiene la facultad de destinar el Fondo Extraordinario según sus criterios, potestad que buscó preservar, pese a que los tribunales la cuestionaron.

6.1 En el caso de Virginia Marcell

El fallo de la Corte de Apelaciones de Virginia Marcell fue revocado por la Corte Suprema. El primer elemento en la fundamentación de la decisión es puntualizar el alcance del recurso de protección “prestar pronto e inmediato amparo a quien resultare afectado en el legítimo ejercicio de determinados derechos esenciales que en el mismo precepto se señalan, por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales provenientes de terceras personas”.⁹⁵

A continuación, la Corte Suprema precisa el tratamiento prescrito por el comité oncológico del Hospital San Juan de Dios, que describe como sugerido, que asciende a \$30.264.416 y explica que el cáncer renal no hace parte de las patologías para las cuales se ofrece cobertura en los programas estatales⁹⁶ y que fue rechazada la solicitud de ayuda económica que presentó el Hospital San Juan de Dios al Fondo de Auxilio Extraordinario del Ministerio de Salud. La Corte Suprema precisa en qué consiste el Fondo de Auxilio Extraordinario el cual financia programas o actividades indispensables, incluyendo prestaciones complejas, en casos en que el paciente y su familia no puedan pagarlas, dentro del sistema público de salud. Agrega que el beneficio otorgado debe ser parcial, con respecto al costo total de la prestación, que se financia con recursos de “la persona, su familia, la comunidad de origen, el gobierno local, provincial, regional, central y la entidad patrocinadora de la solicitud, entre otros”.⁹⁷

95 Anteriormente se hace mención al artículo 20 de la Constitución Política. Sentencia, 16 de diciembre de 2009, Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala, Rol 8.513 – 2009, considerando primero.

96 La Corte Suprema menciona los siguientes programas: el Régimen de Garantía Explícita de Salud (GES), no se considera enfermedad catastrófica, no hace parte del Programa Nacional de Drogas Antineoplásicas, no es una prestación valorada por el Fondo Nacional de Salud.

97 Sentencia, 16 de diciembre de 2009, Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala, Rol 8.513 – 2009, considerando quinto.

Continúa la Corte precisando que las solicitudes al Fondo de Auxilio Extraordinario se presentan al Ministerio de Salud, que realiza un análisis detallado de cada caso desde la perspectiva clínica y la socioeconómica. Puntualiza así: “se examina la complejidad del problema de salud, el impacto de recuperabilidad de la persona, determinándose si procede conceder el beneficio y, en caso afirmativo, regular su monto”.⁹⁸ En este caso particular, luego de su evaluación, el Ministerio de Salud resolvió rechazar el beneficio solicitado, cita para ello la sentencia de primera instancia.

La Corte Suprema solicitó información al Servicio de Oncología del Hospital Clínico de la Universidad de Chile sobre el medicamento “Sutent”, el tratamiento prescrito a Virginia Marcell, la posibilidad de prolongar la vida en relación al tratamiento actual, y los efectos adversos. También pidió al Ministerio de Salud que informe sobre los criterios a partir de los cuales se rechazó la solicitud de Virginia Marcell. Agrega la Corte como hecho nuevo, que a la fecha de presentación del recurso de protección, la peticionaria había sido derivada a la Unidad de Cuidados Paliativos del Hospital Félix Bulnes donde le prescribieron un tratamiento para el dolor.

El Ministerio de Salud y el Servicio de Oncología de la Universidad de Chile respondieron a lo solicitado. La información del Ministerio de Salud aparece reseñada más arriba, como parte de la respuesta del Estado. Con respecto al Servicio de Oncología, éste informó que por sugerencia de la Unidad de Cuidados Paliativos del Hospital Félix Bulnes, la paciente acudió a la Fundación López Pérez, donde la incluyeron en el estudio Torisel, en desarrollo del cual se prescriben y administran otros medicamentos, con los cuales ella se encuentra mejor de salud, explica que el tratamiento que recibe, consistente en Bevacizumab (Avastin) e Interferon, ha demostrado ser eficaz y adecuado. Agrega que no hay información sobre los beneficios de agregar “Sutent” a los medicamentos que está recibiendo y que no es recomendable reemplazarlos por “Sutent” hasta que el otro tratamiento fracase. No hay evidencia médica disponible que permita comparar los dos tratamientos “los dos tienen aprobación internacional para el cáncer renal metastásico de riesgo bajo o intermedio, como el que tiene doña Virginia Marcell”.⁹⁹

A partir de los elementos médicos expuestos, la Corte anuncia que realiza el análisis jurídico. Enumera los requisitos para un recurso de protección: a) un

98 Sentencia, 16 de diciembre de 2009, Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala, Rol 8.513 – 2009, considerando sexto.

99 Sentencia, 16 de diciembre de 2009, Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala, Rol 8.513 – 2009, considerando décimo tercero.

acto u omisión ilícito arbitrario, b) la perturbación o amenaza de un derecho esencial respecto del cual procede el recurso de protección, y c) una relación de causa - efecto entre el hecho y el derecho.

Considerando lo anterior, concluye que el Hospital San Juan de Dios no es sujeto activo de los hechos, ya que fue el que sugirió el tratamiento médico que Virginia Marcell reclama, y el que solicitó al Ministerio de Salud los fondos para ello. Concluye, por lo tanto, que el recurso es contra el Ministerio quien resolvió la solicitud de fondos de manera negativa.

Puntualiza que el recurso de protección solamente procede para la protección del derecho a la salud en lo relativo al inciso final del artículo 19 numeral 9 que se refiere al derecho a elegir el sistema de salud. En este caso, se reclama el derecho a recibir determinadas prestaciones de salud, lo cual no puede ser objeto de un recurso de protección.

Con respecto al derecho a la igualdad ante la ley, Virginia Marcell no demostró que haya recibido un tratamiento diferente a otros pacientes con la misma enfermedad.

Los hechos presentados se refieren a la violación al derecho a la vida. A partir de la información de la Universidad de Chile, para la Corte Suprema es posible concluir que Virginia Marcell recibe actualmente a través de la Fundación Arturo López Pérez medicamentos que tienen “demostrado beneficio clínico y se encuentra aceptado internacionalmente como un tratamiento adecuado a su patología”,¹⁰⁰ que al igual que el tratamiento sugerido con “Sutent” buscan aliviar los síntomas y mantener la funcionalidad, sin que tengan efectos curativos, sino paliativos, y que no tiene sentido reemplazar el tratamiento que recibe actualmente por el de “Sutent”, hasta tanto el primero no fracase.

Concluye la Corte Suprema que la amenaza sobre el derecho a la vida de Virginia Marcell no es atribuible al Ministerio de Salud, “sino que está causada por la patología incurable que la aqueja”,¹⁰¹ es decir, no es el Ministerio de Salud, sino el cáncer el que viola su derecho a la vida. Agrega que considerando el tratamiento que recibe en la actualidad, la omisión del Ministerio de Salud no altera negativamente su estado de salud. La Corte Suprema omite en su análisis considerar la obligación que tiene el Ministerio de Salud, diferenciándolo de una prestación que recibe de una fundación sin fines de lucro. El análisis que hace la Corte es puntual y concreto, ahora recibe un tratamiento, por lo tanto la

100 Sentencia, 16 de diciembre de 2009, Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala, Rol 8.513 - 2009, considerando vigésimo.

101 Sentencia, 16 de diciembre de 2009, Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala, Rol 8.513 – 2009, considerando vigésimo primero.

omisión del Estado es irrelevante. Este tipo de razonamiento resulta insuficiente para desarrollar adecuadamente el contenido y alcance de las obligaciones del Estado en materia de tratamientos médicos para pacientes con enfermedades incurables, que buscan prolongar su tiempo de vida.

Por último, puntualiza la Corte que aunque estuvieran en presencia de un acto ilegal o arbitrario que afectara el derecho a la vida, el recurso de protección no podría acogerse porque éste solamente es procedente cuando ella puede “adoptar alguna medida idónea para remediar el agravio a la garantía afectada”.¹⁰² En este caso, ese elemento no está presente porque el tratamiento que solicitaba con “Sutent” y el que ahora recibe no le garantizan un resultado positivo y, en cambio, tiene riesgos para su salud. Esta es una información relativa que depende de qué se entiende por derecho a la vida, la peticionaria busca tratamiento para prolongar su vida, no para curar el cáncer. A pesar de los riesgos del tratamiento, éste pareciera ser eficaz para prolongar la vida, por lo que sí pareciera garantizar el resultado positivo que ella busca.

Luego de conocer el fallo, el abogado de Virginia Marcell, Lorenzo Soto, expresó su inconformidad. Indicó que el tratamiento que recibe en la Fundación López Pérez es experimental y que sus efectos no están comprobados, y que ella lo aceptó como una medida desesperada obligada por la negativa del Estado a financiar el “Sutent”. Agregó: “el único tratamiento que le sirve es el que le negaron”. Explicó que en un informe pericial que solicitaron al Hospital de la Fuerza Aérea y que presentaron como prueba se afirma que el tratamiento que ella necesita es el del “Sutent”. El abogado lamentó que se hubiera privilegiado el informe de la Universidad de Chile sobre otras pruebas presentadas. En ese momento, anunciaron que evaluaban la posibilidad de presentar el caso ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.¹⁰³ De otra parte, el médico tratante en la Fundación López Pérez insistió en que el tratamiento que recibe es adecuado y que no es experimental.¹⁰⁴

Acudiendo a otra estrategia, luego del fallo de la Corte Suprema, el Senador Girardi indicó que si el Ministerio de Salud no acepta proporcionar el “Sutent” a Virginia Marcell y Leandro Oróstiaga, otro enfermo de cáncer renal, recurriría

102 Sentencia, 16 de diciembre de 2009, Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala, Rol 8.513 – 2009, considerando vigésimo segundo.

103 Abogado de mujer con cáncer: su terapia actual es sólo un “experimento médico”, la Segunda Internet, diciembre 17, 2009.

104 Médico de mujer con cáncer asegura que tratamiento que recibe es el adecuado, pese a que el abogado de Virginia Marcell insiste en que el Estado debe garantizarle un medicamento gratuito, el doctor que la trata asegura que la actual terapia es suficiente, emol.cl, diciembre 18, 2009.

a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este anuncio fue realizado luego de conocer el fallo, el día anterior a una reunión que sostuvieron con el Ministro de Salud Alvaro Erazo. El senador reiteró la conveniencia médica del tratamiento solicitado, sobre el que estaba recibiendo.¹⁰⁵

Luego de la reunión entre Virginia Marcell, el Senador Guido Girardi y el Ministro de Salud, este último anunció la decisión del Ministerio de pagar el costo del tratamiento médico con “Sutent”, a Virginia Marcell luego de una evaluación médica sobre la conveniencia de continuar el tratamiento que estaba recibiendo o cambiar a “Sutent”.¹⁰⁶

Es decir, luego de la controversia jurídica, y de la férrea oposición a entregar el tratamiento solicitado, aduciendo que el caso había sido debidamente considerado y que la negativa era plenamente justificada, y a pesar de haber ganado en segunda instancia, el Ministerio de Salud aceptó entregar el tratamiento médico solicitado. Virginia Marcell debió pasar por los tribunales, y pese a no haber obtenido una decisión favorable, consiguió suficiente presión política, y logró que el Ministerio aceptara pagarle el tratamiento solicitado.

2. En el caso de Jéssica Moreno

La sentencia fue apelada por el Ministerio de Salud. La Corte Suprema rechazó la solicitud de escuchar alegatos y confirmó el fallo de primera instancia el 4 de enero de 2010. No hay argumentos para confirmar el fallo. La práctica de confirmar sin argumentos es desafortunada, sobre todo en casos como éste y considerando que había un fallo similar contrario de días anteriores. Más aún en un caso como éste en el que rechazaron escuchar alegatos orales.

Los Ministros Carreño y Araneda votaron en contra. Ellos estimaban que debía revocarse la sentencia, luego de desechar la indicación previa de solicitar información al Ministerio de Salud. El fundamento para su voto es el siguiente. Primero, no hay antecedentes suficientes sobre los efectos del medicamento Herceptin en casos de cáncer mamario metastásico, como el de Jéssica Moreno. Al negar la solicitud de información al Ministerio no es posible conocer las razones por las que se negó el fondo extraordinario. Dada la falta de antecedentes no es posible determinar si hay ilegalidad o arbitrariedad.¹⁰⁷

105 Girardi acudirá a Corte Interamericana si Minsal no da el Sutent a Virginia Marcell, *terra.cl*, diciembre 17, 2009.

106 Salud pone a disposición de enferma terminal el remedio que solicita, *El Mercurio*, diciembre 18, 2009.

107 Sentencia, 4 de enero de 2010, Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala, Rol 9.291 – 2009.

7. ANÁLISIS

Un primer elemento que debe considerarse es la diferencia en dos fallos sobre hechos similares dictados por la Corte Suprema en un lapso de veinte días. En el mismo sentido, es importante considerar que el recurso de protección presentado por Virginia Marcell fue revisado por la Tercera Sala de la Corte Suprema, integrada por los Ministros Sr. Adalis Oyarzún, Sr. Héctor Carreño, Sra. Sonia Araneda y los Abogados Integrantes Sr. Benito Mauriz y Sr. Guillermo Ruiz. El recurso de protección de Jéscica Moreno también fue revisado por la Tercera Sala de la Corte Suprema, integrada por los Ministros Sr. Adalis Oyarzún, Sr. Héctor Carreño, Sra. Sonia Araneda y los Abogados Integrantes Sr. Alberto Chaigneau y Sr. Benito Mauriz. La ausencia de consistencia, un elemento central de la seguridad jurídica, es evidente y genera un primer cuestionamiento en torno al rol de los tribunales en la protección de derechos fundamentales. Es además, en sí misma, una violación al derecho de la no discriminación.

Los dos fallos suscitan una controversia importante en torno al contenido del derecho a la vida, en particular cuando se consideran otras situaciones relativas con el comienzo y el fin de la vida, tales como la interrupción del embarazo o la eutanasia. Se observa en estos casos, que la postura del Ministerio de Salud, que acogen algunos de los tribunales en estos dos casos, es que el derecho a la vida consiste en la ausencia de enfermedad. Omiten considerar en su análisis, y que para las personas que sufren de enfermedades incurables, prolongar la vida es un elemento central, esencial, del derecho a la vida.

Desde otra perspectiva, también resulta importante tomar en cuenta la desprotección en la que se encuentra el derecho a la salud en Chile, considerando que el recurso de protección solamente procede para violaciones del derecho a la salud relativas a escoger la afiliación a los planes de salud privado o público, como se reiteró en el caso de Virginia Marcell. Solamente, es entonces posible presentar un recurso de protección cuando la vulneración del derecho a la salud se vincula con otros derechos como la vida, la integridad y la igualdad.

Asimismo, otro elemento de análisis es la estrategia jurídica para la presentación del recurso. Mientras que Virginia Marcell alegó la violación de su derecho a la vida, a la igualdad y a la salud, y desarrolló una intensa campaña mediática, Jéscica Moreno alegó solamente la violación de su derecho a la vida y no acudió a los medios de comunicación. La ausencia de prensa no explica el resultado judicial positivo, pero sí pareciera serlo la correcta identificación del órgano estatal que comete la violación de derechos y los derechos alegados. Los fallos de las Cortes de Apelaciones muestran la sensibilidad de los tribunales de primera instancia frente a casos como los aquí presentados en los que se busca la protección del derecho a la vida y a la salud. También, dan cuenta

de la estrategia que desarrolla el Ministerio de Salud de negar la violación de derechos, arguyendo que la responsabilidad de la violación es de la enfermedad y no del Estado. Por último, las decisiones de la Corte Suprema indican ausencia de consistencia y de criterios elaborados en materia de protección del derecho a la vida, en los casos de personas que sufren de enfermedades graves, incurables, y que solicitan tratamientos médicos para prolongar sus vidas. Estos conflictos apuntan a que el derecho a la vida no es solamente la ausencia de enfermedad, y que el Estado tiene el deber de proteger este derecho. Chile ha optado por entregar un fondo extraordinario al Ministerio de Salud para solventar los costos médicos a partir de la consideración individual de cada caso. Esta situación puede generar desigualdades y violaciones de derechos por lo que la discusión y definición de criterios para la adecuada protección del derecho a la salud es esencial.

APENDICE

EXTRACTOS DE SENTENCIAS

A continuación, se reproducen los extractos más significativos de algunas sentencias de Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú, cuyos textos completos se encuentran disponibles en el Observatorio de Sentencias Judiciales.

Las sentencias incluidas en este apéndice se vinculan con los siguientes temas, de acuerdo con su clasificación en la base de datos del Observatorio de Sentencias Judiciales:¹⁰⁸

| TEMA | CASO | PAIS |
|--|---|-------------|
| Familias Identidad y Desarrollo de la Libre Personalidad | Freyre Alejandro contra GCBA sobre amparo (art. 14 CCABA) | Argentina |
| | Sentencia C-029/09. M.P: Rodrigo Escobar Gil | Colombia |
| | Sentencia T 911/ 2009 | Colombia |
| Familias Propiedad y matrimonio | RIT C–2772–2007 | Chile |
| Trabajo productivo y reproductivo | Sisnero, Mirta Graciela; Caliva Lía, Verónica; Bustamante, Sandra, Fundación entre Mujeres vs. TADELVA S.R.L. y otros s/ Amparo | Argentina |
| | Rol N° 393–2008 María Ángela Salazar con Universidad San Sebastián | Chile |
| Violencia contra las mujeres | No. 301199200710438 | Bolivia |
| | Rol N° 60-2009 | Chile |
| Violencia contra las mujeres Derechos sexuales y reproductivos | Sentencia T-388/2009 | Colombia |
| Derechos sexuales y reproductivos Identidad y derecho a la libre personalidad | Exp. N 01575-2007-PHC/TC | Perú |
| Participación y acceso a espacios de decisión | Acción Extraordinaria de Protección Partido Renovación Institucional Acción nacional | Ecuador |

108 Remitimos a la sección de Metodología del Observatorio para una explicación de los criterios de clasificación que se utilizan.

| | |
|-----------------------|--|
| País | Argentina |
| Caso | Freyre Alejandro contra GCBA sobre amparo (art. 14 CCABA) |
| Tribunal | Juzgado Contencioso Administrativo Tributario–Ciudad de Buenos Aires |
| Fecha | 10/11/2009 |
| Tema | Familias Identidad y Desarrollo de la Libre Personalidad |
| Palabras clave | Matrimonio – diversidad sexual |

Una pareja del mismo sexo pidió turno ante el Registro Civil de la Ciudad de Buenos Aires para contraer matrimonio. Ante la negativa, presentaron una acción de amparo solicitando que se ordene al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que se les permita casarse, y que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 172 y 188 del Código Civil de Argentina. La jueza de primera instancia hizo lugar a la pretensión y declaró la inconstitucionalidad de las normas invocadas.

La jueza fundó su decisión en los siguientes argumentos: “El sentido de la igualdad democrática y liberal es el ‘derecho a ser diferente’, que no puede confundirse nunca con la ‘igualación’, que es un ideal totalitario y por ello es, precisamente, la negación más completa del anterior, pues carece de todo sentido hablar del derecho a un trato igualitario si previamente se nos forzó a todos a ser iguales ... El reconocimiento de la identidad en la pluralidad no puede partir de estructuras ahistóricas, requiere auspiciar los diversos proyectos de vida dentro de una estructura social mucho más compleja”, y cita como ejemplo paradigmático de las restricciones para contraer matrimonio las leyes de la Alemania Nazi.

Respecto a los reparos que una sentencia de este tenor pudiesen despertar en el seno de algunos sectores religiosos, advierte la magistrada que “Es posible que una decisión en ese sentido sea considerada por algunos como una afrenta a las creencias religiosas sumamente arraigadas por un sector de la comunidad. Pero en el estado actual de secularización de las instituciones civiles no hay duda de que los sentimientos religiosos de algunos no pueden ser una guía para delimitar los derechos constitucionales de otros ... Por lo demás, la homofobia suele estar disimulada tras el discurso de la tolerancia, discurso que pese a sus ingentes esfuerzos no puede disimular su desagrado ¿cómo se puede decir que tolero lo que apruebo? La tolerancia no tiene razón de ser si previamente su objeto no fue definido de modo adverso”.

La jueza concluyó que “no es posible saber qué sucederá con el matrimonio frente a los cambios que se avecinan. Sin embargo, es posible prever que la inclusión de minorías sexuales en su seno le permitirá ser fuente de nuevas curas para viejas enfermedades sociales, como el miedo, el odio y la discriminación”.

Esta decisión fue apelada. Sin embargo, el matrimonio se concretó ejecutando la sentencia en la Provincia de Tierra del Fuego.

| | |
|-----------------------|---|
| País | Argentina |
| Caso | Sisnero, Mirta Graciela; Caliva Lía, Verónica; Bustamante, Sandra, Fundación entre Mujeres vs. TADELVA S.R.L. y otros s/ Amparo |
| Tribunal | Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Ciudad de Salta, Provincia de Salta |
| Fecha | 18/11/2009 |
| Tema | Trabajo productivo y reproductivo |
| Palabras clave | Discriminación laboral - cupo femenino - amparo colectivo |

Una mujer, con licencia profesional de conductora, ante la imposibilidad de obtener un trabajo como chofer de transporte de pasajeros en la provincia de Salta donde ninguna mujer ejerce ese oficio, presentó junto con la Fundación Entre Mujeres un amparo colectivo para ser incorporada como chofer y para que se ordene cubrir un cupo de 30% de mujeres en el plantel. Las demandadas dedujeron diversos argumentos, incluyendo la libertad de contratación, la falta de idoneidad de la aspirante y el argumento de 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”.

El juez hizo lugar al amparo colectivo en todos sus puntos, con los argumentos que se citan a continuación.

“La afirmación [de la empresa demandada], generalizada y muy arraigada, encierra una verdadera concepción discriminatoria, que se desarrolló desde tiempos inmemoriales en esta parte del mundo, denominada Occidente. Y es menester tener muy en claro, que una de las tantas formas en que se enmascara la violencia, es la discriminación. Discriminación que, tal como sostiene Muchembled, tenía su origen en un aspecto claramente definido: ‘El volcán de las pasiones femeninas parecía imposible de extinguir’. Hacía falta reafirmar la posición masculina y acentuar lo más posible el temor de sí mismo, combinando la sexualidad, salvo la que se ejercía de manera moderada en el matrimonio cristiano, con las imágenes más traumatizantes. El grado de control personal de las funciones sexuales iba a convertirse lentamente en un elemento central de la definición de la naturaleza humana, sin abolir la diferencia entre los sexos. (pág. 108, Historia del Diablo, Fondo de Cultura Económica, ed. 2003).”¹⁰⁹

109 Citado en el fallo.

Por otro lado, sostiene el juez que “se acentuó la hegemonía masculina con el derecho del marido a decidir la separación matrimonial en caso de necesidad. El adulterio femenino, mucho más castigado que el del hombre, condujo al encierro de estas mujeres en un convento, dejándose al esposo la libertad de hacer volver a la culpable, si él lo deseaba. La ley también ponía el acento de haber nacido de un matrimonio legal, para ejercer la sucesión de alguien. De una manera general, la ley ejercía una vigilancia creciente sobre las etapas femeninas del embarazo y el nacimiento... la reafirmación de la autoridad del Estado pasaba por la de los maridos sobre las mujeres y de los padres sobre los hijos. En esta situación, las nociones de pecado, de mala conducta, de crimen adquirieron formas nuevas, muy diferentes de acuerdo con los sexos. (Muehbled op. cit. pág. 111)”.

“Fácil es comprobar, basta ver la realidad circundante, y una muestra objetiva de ello es la presente acción, que esa concepción medieval tiene clara vigencia hoy. O acaso, que otra razón puede existir, frente al actuar difuso, etéreo, hasta sutil, de esa negativa solapada, encubierta, de las partes demandadas en autos, quienes salvo la excepción expuesta, con atajos, eluden dar trabajo a una persona que reúne, formalmente, en base a la documentación presentada, idéntica e igual idoneidad a hombres que conducen colectivos, por el solo hecho de ser mujer”.

“No deja de llamar la atención, que en otros países han sido mujeres las que han comandado hasta naves espaciales. Tarea, la que sí creo, debe resultar sumamente compleja por la innumerable gama de conocimientos que deben poseerse para tan difícil cometido. Ya en nuestro país, pude ver, de que son mujeres exclusivamente quienes conducen trolebús en la ciudad de Córdoba, es decir a unos 900 km de esta ciudad de Salta, y en esta misma, los transportes privados de niños son conducidos por mujeres. Si confiamos a ellas la parte más importante de una sociedad, los niños, por qué no confiar a mujeres el transporte de adultos ... Es preciso en tal sentido de que todos y cuanto uno, desde su lugar en este mundo, asuma como algo propio, la imperiosa e impostergable tarea de hacer efectiva la igualdad de género. 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 mas ni nada menos, que la negación del Estado de Derecho”.

| | |
|-----------------|--|
| País | Bolivia |
| Caso | No. 301199200710438 |
| Tribunal | Tribunal de Sentencia 1, Cochabamba |
| Fecha | 17/01/2009 |
| Tema | Violencia contra las mujeres. Derechos sexuales y derechos reproductivos |

El caso fue motivado por la comisión del delito de violencia sexual ejercida en contra de una mujer mayor de dieciocho años en fechas 31 y 1 de abril del 2007. Es pertinente señalar que de la revisión del proceso se puede evidenciar que el imputado fue acusado por la comisión del delito incurso en el Art. 308 ter. (Violación en estado de inconsciencia) y terminó siendo juzgado por el Art. 308 segunda parte del Código Penal. Asimismo, la persecución del delito no obstante haber sido seguida por el Ministerio Público, contó con la ayuda y colaboración como acusación particular de una Institución, como es “la Oficina Jurídica de la Mujer”, quienes procedieron en todo momento en la averiguación del proceso, en representación de la víctima.

De los hechos probados, se tienen el acceso carnal (agresión sexual) y la presencia de benzodiazepine; sin embargo, pese a estas pruebas el tribunal en aplicación una vez más del Art. 37, por votación unánime concluye declarando al imputado autor de la comisión del delito de violación.

En los considerandos de la sentencia, se destaca que, como parte del desarrollo de la doctrina penal en delitos que atentan contra la libertad sexual, han sido recogidas en la legislación boliviana la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer” conocida como la Convención de Belém do Pará – Brasil, así como en Ley 2033 o “Ley de Protección a las víctimas de delitos contra la libertad sexual” de 29 de octubre de 1999, que consideran respectivamente que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer, en el reconocimiento, goce y ejercicio de sus derechos y libertades. Entendiéndose como violencia contra la mujer 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 Privado. Se entiende como violencia contra la mujer la violencia física, sexual y psicológica. La Ley 2033 tiene como objeto proteger la vida, integridad física, psicológica, la seguridad y la libertad sexual de todo ser humano. En este sentido también se guían las investigaciones y evolución de la doctrina penal contemporánea relacionadas con violencia sexual en contra de las mujeres, al señalar que es crucial comprender el rol que las violaciones tienen, como instrumento de poder para doblegar a la mujer, subordinándola en una posición altamente vulnerable a otra gran variedad de expresiones de abuso y violencia”.

| | |
|-----------------------|--|
| País | Chile |
| Caso | Rol N° 393–2008 María Ángela Salazar con Universidad San Sebastián |
| Tribunal | Corte de Apelaciones de Concepción |
| Fecha | 09/01/2009 |
| Tema | Trabajo productivo y reproductivo Violencia contra las mujeres |
| Palabras clave | A la no discriminación en el empleo A la salud |

María Angela Salazar Soto, psicóloga, magíster en administración y decana de la facultad de psicología de la Universidad San Sebastián, interpuso una demanda laboral reclamando una indemnización de perjuicios por daño moral en contra de la universidad. La demandante salió en licencia de prenatal y al regresar al trabajo luego del postnatal encontró que la facultad había sido fusionada junto con Trabajo Social y Sociología y que otras personas habían sido nombradas decana y director de la carrera de psicología. La universidad le ofreció otros cargos, que ella rechazó por disminuciones en las funciones, acceso a los recursos de la universidad y remuneración. Debió recibir tratamiento psicológico.

La Corte hizo lugar a su reclamo basándose en que “la empleadora deliberadamente privó a la actora del cargo para el cual había sido contratada previo concurso público, designando a otra persona en su lugar, ignorando el compromiso adquirido con ella ... La situación se torna más grave aún, atendidas las circunstancias que rodearon la decisión de la demandada de suprimir el cargo en cuestión, pues no se le dio aviso oportuno de la situación, exponiéndola a tener que encontrarse sorpresivamente con el hecho de que no sólo sus cargos habían sido entregados a otras personas, sino también el uso de la oficina que le había sido asignada, privándola del acceso a sus útiles habituales de trabajo, de la oportunidad de asumir funciones y, por ende, del debido desarrollo profesional que lleva implícito cualquier cargo académico, llegando al nivel de obligarla a tener que recurrir a la instancia administrativa para lograr el pago de las remuneraciones a las que por contrato tenía derecho... La ley ha puesto como límite a las facultades de administración del empleador el respeto a los derechos fundamentales del trabajador, es decir, no se le priva de reorganizar la actividad productiva de que se trate como lo estime más conveniente o eficiente, pero ello debe efectuarlo sin el menor atropello a la dignidad de los trabajadores, resultando absolutamente innecesario para ello recurrir a todas las prácticas en que incurrió en el caso en estudio, tales como omitir información y enfrentar a una trabajadora de la jerarquía que presentaba la actora, esto es, decana de una facultad a la incomodidad y pesar de retornar a su trabajo y encontrarse con que su oficina había sido asignada a otro trabajador y que su cargo, simplemente no existía. Lo anterior cobra mayor gravedad al considerar

que en el caso en estudio el derecho a administrar libremente la empresa se encontraba limitado por el derecho de la trabajadora aforada de conservar su trabajo... (por lo que) es posible concluir que se encuentra acreditado que la actora sufrió el daño moral que indica, consistente en el menoscabo moral, no patrimonial, provocado por su empleadora no sólo por el hecho de suprimir el cargo para el cual fue contratada, sino por la forma en que ello se hizo y por las circunstancias que rodearon su supresión y siguieron a ésta, según ya se señaló, menoscabo que se traduce en la frustración natural que se provoca en una profesional al sustituirla sin explicación ni razón aparente alguna, ofreciéndole cargos alternativos creados, sin contenido acreditado. Se trata en la especie, de una situación en que resulta plenamente procedente el resarcimiento del daño moral pues, como se indicó, el incumplimiento contractual provocó una vulneración al debido resguardo o protección de bienes extrapatrimoniales de la actora, afectando, sin duda, su personalidad moral, su estabilidad emocional, su autoestima, prestigio, integridad moral, los que, entre otros, configuran la dignidad de la trabajadora, debiéndose en consecuencia, reparar el dolor o quebranto espiritual sufrido por ella”.

| | |
|-----------------------|--|
| País | Chile |
| Caso | Rol N° 60-2009 |
| Tribunal | Corte de Apelaciones de La Serena |
| Fecha | 27/03/2009 |
| Tema | Violencia contra las mujeres |
| Palabras clave | Violencia familiar – equidad de género |

Un hombre golpea a su hermana, tomándola del pelo y lanzándola al suelo le produce contusiones faciales. El Juzgado de Garantía de La Serena aprobó el término del juicio sobre lesiones menos graves cometidas en contexto de violencia intrafamiliar, mediante un acuerdo reparatorio consistente en disculpas públicas del agresor a su conviviente. Recurren la decisión argumentando que la salida alternativa es improcedente en casos de violencia intrafamiliar, según la Ley N° 20.066.

Para dictaminar la improcedencia del acuerdo reparatorio, la Corte estimó que “Esta disposición legal, como se advierte, contiene un amplio concepto de ‘violencia intrafamiliar’ en la cual quedan comprendidas todo tipo de agresiones –físicas o psíquicas– que pudieren ser constitutivas, eventualmente, de diversos delitos como homicidios, lesiones, o ilícitos de carácter sexual, conclusión que se desprende de diversas disposiciones, como por ejemplo, de su artículo 16, cuando señala que las medidas accesorias indicadas en el artículo 9 serán aplicadas por los tribunales con competencia en lo penal,

cuando el delito constituya un acto de violencia intrafamiliar, sin perjuicio de las sanciones principales y accesorias que correspondan al delito de que se trate. Todo ello, entonces, hace concluir que la norma prohibitiva contenida en el artículo 19 ya transcrito, se refiere a toda clase de delito que importe una violencia intrafamiliar, y no sólo al específico tipificado en su artículo 14 (delito de maltrato habitual)... dicha norma prohibitiva tiene su razón de ser, entre otras consideraciones, como se desprende de las actas legislativas de discusión, en el cuestionamiento que se hizo del eventual “consentimiento” que en los acuerdos reparatorios podría verse forzada la víctima a otorgar, dada su condición de tal, situación que se une a la relevante circunstancia de ser la familia el núcleo fundamental de la sociedad, de manera que siempre existirá un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal en los actos ilícitos que horaden de cualquier forma su integridad. Por lo demás, se debe también tener presente que el objeto de la ley en estudio es el de prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar y otorgar protección a las víctimas de la misma”.

| | |
|-----------------------|--|
| País | Chile |
| Caso | RIT C-2772-2007 Orlando Contreras con Hermelinda Garrido |
| Tribunal | Corte de Apelaciones de Antofagasta |
| Fecha | 07/07/2009 |
| Tema | Familias – trabajo productivo y reproductivo |
| Palabras clave | Divorcio y equidad de género |

Un hombre demanda el divorcio unilateral por cese de convivencia, petición a la que la mujer contesta solicitando compensación económica. El tribunal de primera instancia concede el divorcio sin derecho a compensación. La Corte Suprema, declarando el derecho de la mujer, confirma fallo de Alzada que revoca el de primera, concediendo compensación económica.

Para reconocer este derecho, la Corte tuvo en cuenta que “debe reflexionarse sobre la base de la lógica y la experiencia, el significado o contenido del cuidado de su hija y las labores propias del hogar común, que en términos sociales siempre ha sido ignorado, sin entregarle el lugar que corresponde dentro de la actividad humana; más aún en países subdesarrollados cuyas funciones propias de crianza y cuidado de los hijos se sule y se disemina en distintas personas como vecinos, familiares cercanos, normalmente abuelos, a veces empleados domésticos o trabajadores de casa particular; por lo tanto, la apreciación exacta de esta idea se ve obnubilada frente a la mujer que se hace responsable en la crianza y labores propias del hogar común. En consecuencia, probado que sea

el hecho de la crianza y establecimiento, o la dedicación a las labores del hogar, surge indefectiblemente la consecuencia del deterioro en el desarrollo del individuo, porque se ha impedido real o materialmente una actividad destinada al enriquecimiento personal para obtener conocimientos o destrezas que permitan, por ejemplo, oportunidades más beneficiosas o un desenvolvimiento independiente, por tanto, el deterioro adviene de todas maneras en la medida, que el dedicarse a trabajar y criar a su hija hasta que ésta tuvo diecisiete años, y a las labores del hogar común no le ha permitido brindarse enriquecimiento personal, sea continuando sus estudios, perfeccionándose, fortaleciendo su capacidad intelectual que le permitiría un trabajo remunerado, beneficios previsionales, más aún si se trata de una mujer que contrajo matrimonio a los dieciocho años de edad y desde esa fecha comenzó a criar a su hija... lo que significa que por veinticinco años debió dedicarse a realizar labores propias del hogar y una actividad de crianza y responsabilidad, lo que indiscutiblemente le ha producido un deterioro en su desarrollo personal que requiere ser indemnizado en una suma de dinero. En conclusión, de acuerdo al razonamiento efectuado, probada la existencia de la hija en común, es evidente e indiscutible el deterioro personal y el desgaste de la madre”.

| | |
|-----------------------|--|
| País | Colombia |
| Caso | Sentencia C-029/09. M.P: Rodrigo Escobar Gil |
| Tribunal | Corte Constitucional |
| Fecha | 28/01/2009 |
| Tema | Identidad y desarrollo de la libre personalidad - Familias |
| Palabras clave | Parejas del mismo sexo |

En este fallo la Corte Constitucional estudió la exequibilidad de varias disposiciones legales que establecen beneficios y cargas para las parejas heterosexuales, y que no se aplican a las parejas del mismo sexo, estableciendo que todas las parejas gozan de los mismos derechos, independientemente de si se trata de parejas heterosexuales o parejas homosexuales, pues tienen de igual forma un proyecto de vida en común, con asistencia recíproca y solidaridad entre sus integrantes. Debido a lo anterior, la Corte encontró una discriminación que contraría la prohibición de discriminación consagrada en el artículo 13, por lo que se procedió a excluir 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.

La Corte Constitucional no se pronunció sobre la expresión “familia” o “familiar” contenida en varias de las disposiciones acusadas por cuanto consideró que en la demanda no se sustentaba de manera específica y suficiente, que estos conceptos estuvieran en contravía de la Carta Política, además porque en esencia su estudio no resultaba determinante para resolver el problema jurídico planteado.

El desarrollo de la sentencia reitera la línea jurisprudencial según la cual: “En Colombia, la jurisprudencia constitucional en esta materia se ha desarrollado en una línea de conformidad con la cual (i) de acuerdo con la Constitución, está proscrita toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual; (ii) existen diferencias entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, razón por la cual no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y a otras; (iii) corresponde al legislador definir las medidas necesarias para atender los requerimientos de protección de los distintos grupos sociales y avanzar gradualmente en la atención de la situación de quienes se encuentren en situación de marginamiento y, (iv) toda diferencia de trato entre personas o grupos que sean asimilables sólo es constitucionalmente admisible si obedece a un principio de razón suficiente”.

“Destaca la Corte que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, está proscrita, y da lugar a un escrutinio estricto, toda discriminación que se origine en la orientación sexual de las personas, y que ello se predica no sólo de las personas individualmente consideradas sino también en el ámbito de sus relaciones de pareja, pero, advierte que, al mismo tiempo, no toda diferencia de trato entre parejas heterosexuales y homosexuales puede tenerse como discriminatoria *per se*, ni considerarse fundada en la orientación sexual de las personas, en la medida en que puede surgir de las diferencias que existen entre unas parejas y otras”.

Asímismo, en concordancia con pronunciamientos anteriores del Tribunal Constitucional, la Corte encontró que la totalidad de las disposiciones acusadas entrañaban una discriminación de las parejas conformadas por personas del mismo sexo, como proyecto de vida en común, con asistencia recíproca y solidaridad entre sus integrantes. Estas disposiciones desconocían reiterada jurisprudencia que establece que 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. Reiteró que según se estableció en la sentencia C-075 de 2007, si bien pueden existir algunas diferencias entre las parejas heterosexuales y las que conforman por personas del mismo sexo, ambas representan un mismo valor y una misma dignidad, de lo que derivan unos requerimientos análogos de protección.

Teniendo en cuenta que los apartes de las normas acusadas establecen regulaciones que tienen como destinatarias a las parejas heterosexuales sin comprender a aquellas conformadas por personas del mismo sexo, la Corte encontró que iban en contravía del principio de igualdad y no discriminación consagrado en el artículo 13 Superior. Por esta razón, la Corte resolvió la exequibilidad condicionada de las normas en el entendido de que el alcance de las disposiciones demandadas debe contener, en igualdad de condiciones, también a las parejas conformadas por personas del mismo sexo, pues cualquier interpretación contraria resulta violatoria del derecho fundamental a la igualdad de trato es inconstitucional y por lo tanto inadmisibles.

| | |
|-----------------|--|
| País | Colombia |
| Caso | Sentencia T 911/ 2009 |
| Tribunal | Corte Constitucional |
| Fecha | 07/12/2009 |
| Tema | Identidad y desarrollo de la libre personalidad - Familias |

En esta sentencia se resuelve una tutela interpuesta por un ciudadano contra el Instituto de Seguros Sociales, por considerar que este había vulnerado sus derechos a la intimidad y el buen nombre, al libre desarrollo de la personalidad, a la honra, a la igualdad, y a la seguridad social, al desconocerle aquél la pensión de sobreviviente que recibía su compañero permanente de quien alegó dependía económicamente. En su lugar, esta le fue otorgada a su hijo aduciendo el Instituto que “la posibilidad de conformar sociedades patrimoniales de hecho entre dos personas del mismo sexo, de conformidad con lo previsto en las Leyes 54 de 1990 y 979 de 2005 y según lo decidido en la sentencia C-075 de 2007 de la Corte Constitucional, no podía extenderse al régimen general de pensiones a efectos de dar lugar al reconocimiento de la sustitución pensional”.

Frente a esta decisión, la Corte, reiteró “la línea jurisprudencial trazada por esta corporación a través de las sentencias C-075 y C-811 de 2007, C-336 y C-798 de 2008 y C-029 de 2009, sobre varias de las cuales se ha efectuado una detenida referencia, son claramente contestes en su argumentación: En primer lugar, vista la recurrente situación de discriminación de la que tradicionalmente han sido objeto en nuestra sociedad las personas homosexuales, que hasta hace poco tiempo fue incluso avalada de manera implícita por el Estado y la mayoría de las instituciones sociales, reitera que dicha discriminación es inaceptable a la luz de lo establecido en la Constitución Política; en segundo término, de cara a la proliferación de normas que establecen derechos y obligaciones

en cabeza de los integrantes de parejas no casadas,¹¹⁰ pero que resultaban o parecían redactadas sólo para las parejas heterosexuales, se ha declarado la exequibilidad condicionada de varias de ellas, advirtiendo en cada uno de esos casos que su conformidad con la Constitución depende del hecho de que se entiendan también comprendidas dentro de los sujetos de quienes tales derechos y obligaciones se predicen, las parejas conformadas por dos personas del mismo sexo. (...)

“Debe en todo caso anotarse que la proscripción de la discriminación contra las personas homosexuales y las parejas por ellos conformadas, así como las decisiones de exequibilidad condicionada que por decisiones mayoritarias de esta corporación se han adoptado, no implican para tales personas una posición de privilegio o prelación comparable a la que la jurisprudencia reconoce a las personas de la tercera edad, a los discapacitados o a los niños, sino apenas, que no es poca cosa, el pleno reconocimiento de su condición de ciudadanos, con derechos y obligaciones de igual importancia y efecto, y con idénticas oportunidades de acceso y reconocimiento que los de las personas que no comparten esa misma orientación sexual, es decir, los heterosexuales”.

Asimismo, trajo la jurisprudencia que ha establecido que la vía para probar la unión marital de hecho, por ejemplo para el caso de reclamar la sustitución pensional, “es la necesidad de realizar una declaración ante notario, expresando la voluntad de conformar una familia de manera permanente”, diligencia que el fallecido pensionado nunca adelantó.

Sin embargo, para el caso concreto anotó que “no es posible invocar en este caso los derechos resultantes de la sentencia C-336 de 2008, por la cual esta corporación condicionó la exequibilidad de las normas sobre pensiones de sobrevivientes al hecho de que se aceptara su aplicación frente a parejas conformadas por dos personas del mismo sexo, teniendo en cuenta que dicha sentencia se produjo con posterioridad al fallecimiento del señor José Valdemar Sánchez Prada, ocurrido el día 6 de julio de 2007”.

110 La primera de estas normas es la Ley 54 de 1990 “por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes”, la cual se expide en procura de dar respuesta a la amplia extensión del fenómeno social de la unión libre, necesidad que varias décadas atrás había registrado ya la jurisprudencia nacional. Meses después de la expedición de esta ley, la promulgación de la Constitución de 1991, cuyo artículo 42 establece que “la familia (...) se establece por vínculos naturales o jurídicos o por la voluntad responsable de conformarla”, consagra la plena igualdad de derechos entre ambas formas de familia, lo que explica que la mayoría de las leyes expedidas a partir de entonces que consagren derechos, obligaciones o regulen situaciones jurídicas relacionadas con los cónyuges, aludan también, en pie de igualdad, a los compañeros permanentes. Finalmente, frente a las normas que no incluyan esta equiparación, y especialmente frente a las expedidas antes de la vigencia de la Ley 54 de 1990 y de la Constitución de 1991, la Corte Constitucional ha declarado en varios casos su exequibilidad condicionada, en el entendido en que se consideren igualmente aplicables a los compañeros permanentes.

En conclusión la Corte afirmó “(...) las decisiones que pusieron fin a la actuación administrativa adelantada ante el Instituto de Seguros Sociales sustentaron la negativa en el no lleno del requisito sobre declaración ante notario al cual se condicionó el reconocimiento de este derecho, y no en la imposibilidad de aplicar al caso concreto la decisión contenida en la referida sentencia C-336 de 2008” por lo tanto “entiende la Corte que tales decisiones aplicaron adecuadamente, y en lo pertinente, la esencia de la normatividad y la jurisprudencia vigentes para la fecha en que se habría consolidado el derecho pretendido, y que en tal medida la entidad demandada no incurrió en ninguna actuación vulneratoria de los derechos fundamentales del señor Corredor Palacios”.

| | |
|-----------------------|--|
| País | Colombia |
| Caso | Sentencia T-388/2009 |
| Tribunal | Corte Constitucional |
| Fecha | 28/05/2009 |
| Tema | Derechos sexuales y derechos reproductivos –Violencia contra las mujeres |
| Palabras clave | Aborto, derechos sexuales, educación sexual |

En esta sentencia la Corte Constitucional resuelve una acción de tutela interpuesta por una ciudadana embarazada, víctima de una violación, contra un Juzgado que conoció de su solicitud de amparo para que el sistema de salud le practicara una interrupción voluntaria del embarazo- IVE-, ante lo cual el Juzgado objetó conciencia y resolvió la solicitud de manera negativa con fundamento en sus creencias religiosas personales.

Reiterando el fallo de constitucionalidad anterior en el que declaró la procedencia de la IVE en las tres casuales y la argumentación que la llevó a tal conclusión, la Corte consideró que quedaba claro que “el juez a quo obró de manera por entero incompatible con lo dispuesto con la normatividad vigente, primero, al negarse a conocer del trámite de la tutela invocada por motivos de conciencia y, luego, al denegar el amparo sobre la base de argumentos religiosos por entero inaceptables en un Estado social, democrático, participativo y pluralista de derecho como lo es el Estado colombiano (Art. 1º de la Constitución Nacional)”.

La Sala advirtió que “por más profundas y respetables que sean las creencias religiosas de las autoridades judiciales en su ámbito personal, tales autoridades no pueden abstenerse de tramitar y decidir un caso puesto a su consideración aduciendo motivos de conciencia y tampoco pueden decidir con fundamento en sus propias convicciones morales desconociendo la obligación en cabeza suya de decidir de conformidad con la normatividad vigente, la cual, como se indicó, comprende no sólo la ley, en sentido estricto, sino también la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la jurisprudencia emitida en sentencias de control

de constitucionalidad de las leyes y el desconocimiento de la jurisprudencia constitucional cuando conlleva la infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general, tal como lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia C- 335 de 2008”.

“En otros términos: está vedado a quienes ejercen jurisdicción dictar lo que deben efectuar las personas en materia de valoraciones morales o abstenerse de aplicar la normatividad vigente y expedida en armonía con lo dispuesto en la Constitución Nacional, porque la consideran incompatible con sus propias creencias religiosas, morales, culturales o ideológicas. Si lo hacen, podrían incurrir en la hipótesis prevista para que se configurara el delito de prevaricato por acción. Por consiguiente surge la posibilidad de ser sancionadas penal y disciplinariamente”.

Además la Corte reconoció que “la solicitud efectuada por el médico ginecólogo encaminada a exigir orden judicial previa para proceder a efectuar la interrupción del embarazo constituye una práctica inadmisibles por entero contraria a la normatividad vigente”.

En la resolución, además de amparar el derecho de la accionante, la Corte urgió “al Ministerio de la Protección Social así como al Ministerio de Educación Nacional, a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo para que de manera constante e insistente diseñen y pongan en movimiento campañas masivas de promoción de los derechos sexuales y reproductivos que contribuyan a asegurar a las mujeres en todo el territorio nacional el libre y efectivo ejercicio de estos derechos y, en tal sentido, el conocimiento de lo dispuesto en la sentencia C-355 de 2006 así como lo desarrollado en la presente providencia y hagan el debido seguimiento de tales campañas para poder constatar su nivel de impacto y eficacia. Que estas campañas se enfoquen a transmitir información completa sobre la materia en términos sencillos, claros y suficientemente ilustrativos”.

Asímismo, instó “a la Superintendencia Nacional de Salud para que adopte las medidas indispensables con el fin de que las EPSs e IPSs –independientemente de si son públicas o privadas laicas o confesionales– cuenten con las personas profesionales de la medicina y el personal idóneo y suficiente para atender el servicio de interrupción voluntaria del embarazo bajo los supuestos previstos en la sentencia C-355 de 2006 sin incurrir en exigencias adicionales inadmisibles - como las enumeradas por esta Sala en el fundamento jurídico número 8 de la presente sentencia – cuya existencia obstaculiza la puesta en práctica de los derechos constitucionales fundamentales de las mujeres”.

| | |
|-----------------------|--|
| País | Ecuador |
| Caso | Acción Extraordinaria de Protección Partido Renovación Institucional Acción nacional |
| Tribunal | Corte Constitucional |
| Fecha | 05/05/2009 |
| Tema | Participación y accesos a espacios de decisión |
| Palabras clave | Participación política, elecciones, paridad |

La representante del Partido Renovación Institucional Acción nacional PRIAN Mady Elena Gallardo Cadena interpuso una acción extraordinaria de protección contra la sentencia del Tribunal Contencioso Electoral que rechazó la lista de candidatos del PRIAN a concejales para el cantón de Tosagua por no cumplir con el requisito de equidad de género.

La decisión se fundamenta en el carácter obligatorio de los mandatos constitucionales de paridad y alternabilidad que deben regir el sistema electoral, “por lo que la interpretación realizada por la accionante del artículo en referencia, atribuyéndole una connotación de posibilidad y no obligatoriedad del principio de alternabilidad, es contraria a la voluntad del constituyente, que precisamente para hacer efectivo el principio de no discriminación, adoptó regulaciones con contenidos de discriminación positiva en beneficio de la mujer, en procura de una participación política equitativa, manteniendo así la conformidad de la legislación interna con las disposiciones contenidas en tratados internacionales ratificados por Ecuador...Por lo tanto, la omisión del Estado ecuatoriano en relación a la adopción de medidas efectivas para eliminar la discriminación, implicaría una afcción de los derechos constitucionales a la participación política de la mujer”.

| | |
|-----------------------|---|
| País | Perú |
| Caso | Exp. N 01575-2007-PHC/TC |
| Tribunal | Tribunal Constitucional |
| Fecha | 20/03/2009 |
| Tema | Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos. Identidad y Desarrollo de la Libre Personalidad |
| Palabras clave | Cárceles |

La demandante, quien se encuentra detenida, interpuso una demanda contra el Decreto Legislativo Nº 927, que suspendió el derecho a recibir visitas íntimas a las detenidas por el delito de terrorismo. Ante el rechazo de la demanda en sede ordinaria, recurrió la sentencia ante el Tribunal Constitucional, argumentando

que el Decreto vulnera los derechos fundamentales a la integridad personal y a la no discriminación en razón del género. El Tribunal hizo lugar al reclamo.

Entre los múltiples argumentos desarrollados por el Tribunal, se describe a los deberes del Estado en relación al régimen penitenciario no sólo como “el deber negativo de abstenerse de llevar a cabo prácticas que afecten innecesariamente el ejercicio de los derechos fundamentales de los internos, sino que también asume el deber positivo de adoptar todas las medidas necesarias y útiles para garantizar la efectividad real de aquellos derechos fundamentales que pueden ser ejercidos plenamente aun bajo condiciones de reclusión...En este contexto este Tribunal estima que las visitas de familiares y amigos de los internos, particularmente la visita íntima, constituyen un importante instrumento para garantizar la función resocializadora de la pena y la finalidad rehabilitadora del tratamiento penitenciario. Por esta razón el Estado asume el deber positivo de lograr que todos los establecimientos penitenciarios del país cuenten con las instalaciones apropiadas (privadas, higiénicas y seguras) para permitir la visita íntima”.

En relación al derecho internacional y el derecho de las personas privadas de la libertad, manifiestan los jueces en la sentencia que “es de especial relevancia constatar que a diferencia de otros grupos de especial protección, sobre los cuales se han adoptado tratados internacionales específicos (niños, mujeres o minorías étnicas, entre otros), en el caso de las personas privadas de la libertad, el sistema internacional solamente ha emitido resoluciones no convencionales sobre la materia (lo que) lleva a que la fuente jurídica para su protección lo constituya el núcleo duro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos...El Tribunal Constitucional es consciente de que el mayor número de violaciones a los derechos humanos que se cometen en el mundo tiene que ver precisamente contra las personas privadas de libertad, sea esto en establecimientos penitenciarios y en estaciones policiales pero también en hospitales, centros psiquiátricos y zonas de detención”. La sentencia determina además que “la permisión de la visita íntima no debe sujetarse a ningún tipo de discriminación, ni siquiera aquellas que se fundamenten en la orientación sexual de las personas privadas de su libertad”.

El Observatorio de Sentencias Judiciales es una herramienta de análisis desarrollada en el marco del Proyecto "Monitoring for Empowerment: Latin American Women's Rights in the Media and the Courts of Law" bajo la coordinado de ELA – Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (Argentina), con el fin de empoderar a las mujeres en seis países de América Latina -Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú- mediante la mejora de la conciencia de los derechos de las mujeres, de su reconocimiento por parte de los tribunales de justicia y de los medios legales para hacer efectivos estos derechos.

El Observatorio releva las decisiones judiciales de los Tribunales Superiores de Justicia en cada uno de los países involucrado en el Proyecto, a fin de determinar el grado de cumplimiento de los derechos reconocidos en la Convención para la Eliminación de Toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) por parte de los poderes judiciales locales y difundir las buenas prácticas en la defensa y reconocimiento de los derechos de las mujeres.

Los objetivos del Observatorio son:

Contribuir a un mejor conocimiento de los derechos de las mujeres y los medios legales para hacer efectivos estos derechos, en particular con respecto a los derechos sexuales y reproductivos; la participación política de las mujeres, la relación entre trabajo productivo / reproductivo y la violencia contra las mujeres.

Contribuir a la promoción del pleno ejercicio de los derechos de las mujeres a través de la difusión de los argumentos jurídicos y las mejores prácticas judiciales para optimizar la utilización de las herramientas legales por parte de organizaciones de mujeres, organizaciones de derechos humanos, instituciones académicas, profesionales del derecho e integrantes del poder judicial.

Contribuir a la consolidación de un consenso en la región de América Latina mediante el intercambio de experiencias nacionales para promover una mayor utilización de los mecanismos regionales e internacionales para la protección de los derechos humanos para promover los derechos de las mujeres.



MDG3Fund

